

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO DISTRITO FEDERAL
E DOS TERRITÓRIOS**



Rev. MPDFT Brasília Nº 01 1º Semestre Jan. 1985

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PUBLICADA PELA PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA EM
CONVÊNIO COM O SENADO FEDERAL — CEGRAF



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
FUNDADA EM 1984

Publicada pela Procuradoria Geral da Justiça em Convênio com o Senado Federal

Fundador:

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

Diretor:

PEDRO DE ASSIS

Comissão Editorial:

GILVAN CORREIA DE QUEIROZ

EVERARDS MOTA E MATOS

HELÊNIO RIZZO

JOÃO ALBERTO RAMOS

ARTHUR SEBASTIÃO CEZAR DA SILVA

ARINDA FERNANDES

PAULO TAVARES LEMOS

Secretária:

CARMEM MAGALHÃES

Endereço: Anexo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Praça do Buriti — Sala 825 — Fone: 225-1850- R/540

CEP: 70 072 — Brasília — DF. (Solicita-se permuta)

Revista do MPDFT Ano I nº 1 1985

v. semestral

I. Direito — Periódicos

CDD 340.5

CDU 34(05)

Com a assinatura deste convênio que passarei a firmar com o Dr. José Dilermando Meireles, renova-se a colaboração entre o Senado Federal e o Poder Judiciário, no caso de hoje com o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, convênio que tem por objetivo a impressão da REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO a ser editada pelo CEGRAF.

A revista a que se refere este termo de convênio é uma publicação semestral da maior importância e do maior interesse para os que militam no campo do Judiciário, destinada aos advogados, juristas, entidades ligadas ao Direito, estudiosos e interessados na tramitação de matéria jurídica aqui na Capital da República e lá nos Territórios.

A tiragem da referida publicação e de sua separata é de 1.000 e 2.000 exemplares, respectivamente, fixados, racionalmente, no acordo mútuo dos critérios de economia do nosso Centro Gráfico e da administração do Dr. Dilermando Meireles, Procurador-Geral do Ministério Público.

Por considerar o critério de gratuidade na distribuição da revista e a relevância e interesse da matéria a ser divulgada sob os aspectos legislativos da própria jurisprudência, bem como o benefício social desta iniciativa, o Centro Gráfico do Senado, sob a competente orientação do Dr. Aloísio Barbosa de Souza, cobrará da instituição conveniente conosco apenas 10% dos custos industriais e de impressão, conforme admite nossas instruções, em casos como este, de matéria relevante.

Portanto, a assinatura deste convênio, celebrado entre o Senado e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, por intermédio de seus titulares, é uma tarefa bastante significativa no elenco de trabalhos importantes que o nosso Centro Gráfico vem realizando e promovendo no âmbito da divulgação de obras consideradas valiosas e do interesse público.

Com este evento dá-se mais um passo no sentido da salutar colaboração e harmonia entre os Poderes constituídos de nosso País.

MOACYR DALLA



O Exmº Sr. Presidente do Senado Federal, Moacyr Dalla, quando pronunciava discurso alusivo à assinatura, que logo após se daria, do convênio firmado entre o Senado Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, para a edição da REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO pelo CEGRAF

APRESENTAÇÃO

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS vem, finalmente, à lume para somar com inúmeras outras publicadas pela grande maioria dos órgãos do Ministério Público Estadual vários anos antes.

*Essa lacuna na literatura jurídica do País — notadamente no que dizia respeito à falta de um órgão de divulgação do **Parquet** do Distrito Federal e dos Territórios — não foi preenchida de um salto. Mais de vinte anos se passaram desde os pródromos das primeiras tomadas de posição da Procuradoria-Geral e dos seus membros mais ressentidos e pressurosos da divulgação do órgão estatal, até o memorável 17 de outubro de 1984, quando, no Gabinete do Exm^o Sr. Presidente do Senado Federal, foi assinado o Convênio que propicia a edição deste órgão editorial.*

Era o empenho hercúleo, incansável, determinado, do Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios — o jurista e escritor laureado Dr. José Dilermando Meireles — aliado ao descortino e à aguda sensibilidade de homem público de S. Ex^a o honrado Senador da República e Presidente do Congresso Nacional, Dr. Moacyr Dalla, a dar ao Ministério Público na Capital do Brasil o prêmio e o coroamento de sua prolongada luta em prol de tão digno quão inarredável desiderato.

*Agora, resta ao **Parquet**, através o denodado e entusiástico empenho de seus honrados e cultos membros, continuar pela clareira aberta, descobrindo e fazendo-se descobrir, numa amostragem sóbria, porém sem tibieza e sem arroubos de falsa modéstia, apenas buscando deixar a sua marca — **couleur locale** — como forma concreta de contribuir, como parte integrante do elenco das publicações do gênero, para o intercâmbio das idéias ligadas ao aperfeiçoamento da Instituição do Ministério Público Nacional, das leis e da Justiça.*

Esta é uma obra que se inicia e, como tantas outras geradas pelo desprendimento dos gáudios gratuitos e das mesmices de áulicas legendas, mas tão-somente voltada para o primado do espírito público, fica a merecer o aplauso dos corações bem formados e, de outro lado, as contribuições críticas que possam enriquecê-la e aperfeiçoá-la.

Buscamos, sopitando a tendência humanamente compreensível de tentar "inovar", haurir a experiência editorial de publicações similares primorosamente

elaboradas pelos órgãos do Ministério Público de outras Unidades da Federação, daí seguirmos, mais ou menos de modo eclético, as variadas formas editoriais.

*Desejamos agradecer a decisiva contribuição de um dos melhores **experts** no campo editorial da Capital da República, quicá um dos melhores do País — o Sr. Gaetano Ré — Assessor Técnico do Centro Gráfico do Senado Federal, que desprendida e entusiasticamente elaborou o **lay-out** e coordenou todo o trabalho de impressão.*

Não seria justo deixar de consignar aqui o nosso preito de reconhecimento ao Dr. Aloísio Barbosa de Souza — figura exponencial de advogado que engrandeceu o foro da Capital Federal e alhures, com ênfase na Tribuna do Júri, de onde se encontra afastado em razão de haver sido convocado pela Presidência do Senado Federal a assumir o cargo de Diretor Executivo do CEGRAF e onde vem dando mostra irredargüível de seu alto espírito público e de sua inquestionável competência administrativa. A sua atuação junto à Presidência do Senado e o gosto com que esteve sempre atento aos menores acenos da Procuradoria Geral da Justiça, quer na pessoa de seu insigne titular, Dr. Dilermando Meireles, quer na pessoa deste modesto apresentador, constitui fato que serve de primoroso exemplo de respeito e apreço pela Instituição do Ministério Público

PEDRO DE ASSIS

Diretor

**MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
DOS TERRITÓRIOS**

PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Francisco de Assis Andrade
Gilvan Correia de Queiroz
José Lourenço de Araujo Mourão
Jorge Ferreira Leiteão

José Dilermando Meireles
Geraldo Nunes
Bernardino de Sousa e Silva

MEMBROS DO DISTRITO FEDERAL

Orlandino Batista de Freitas
José de Nicodemos Alves Ramos
Helênio Rizzo
Pedro Sobreira Pirajá
Marluce Aparecida Barbosa Lima
João Carneiro de Ulhoa
Lenir Azevedo
Everards Mota e Matos
Fernando Reis Lima
Celina Eutália de Souza
Pedro Luiz de Assis
José Ribamar Moraes
Percilio de Souza Lima Neto
Temistocles de Mendonça Castro
João Alberto Ramos
Mirtó Fraga
Suelly da Rocha Ambrósio da Fonseca
Isis Guimarães de Azevedo
Luiz Ramos Porto
Fabiano Gabriel Guimarães
Amaury de Souza Mello
Paulo Roberto de Magalhães Arruda
Eduardo Galil
Arthur Sebastião Cezar da Silva
Isaac Barreto Ribeiro
Margarida Maria Cerqueira Café
Adilson Rodrigues
Jesus de Morais Aguiar
José Alves de Lima
Zenaide Souto Martins
Romeu Gonzaga Neiva
Lecir Manoel da Luz
Welyde Ferreira de Faria
Humberto Adjuto Ulhoa

Terezinha Florenzano
Ruth Kicis Torrents Pereira
Arinda Fernandes
Benis Queiroz Bastos
Rita Faraco de Freitas
Terezinha Silvia Lavocat Galvão
Wilzy Elias Queiroga
Zuleika Ávila de Rezende
Paulo Tavares Lemos
Rubens Tavares de Sousa
Lélia Maria Duarte de Cerqueira
Maria de Lourdes Abreu
Maria Alice de Faria Hasselmann
Antonio Raimundo Gomes Silva Filho
Helena Cristina Mendonça Mafra
Décio Costa Ferraz
José Divino de Oliveira
Odete Alves Camelo
José de Souza Antunes
Francisco Cauby Saraiva Franco
Renato Sócrates Gomes Pinto
José Raimundo Xavier
Elza Rodrigues Lugon
Arnaldo Pereira Bueno
Marta Silva de Martin Catoira
Elne Levi Paranho
Josemias Costa
Suzana Vidal de Toledo Barros
Nídia Corrêa Lima
João Luiz de Sousa
Itiberê Ernesto de Oliveira Ribeiro
Francisca Silva de Sousa
Lucas Resende Rocha
Josué Pinheiro de Mendonça

Abadio José Mendes
Wilma Francisca Mendes
Tércio Filipe Alves
Anísio Teodoro
Sandra Mendes Gonzaga Neiva
Amarílio Tadeu Freesz de Almeida
José de Almeida Coelho

Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Mário-Zan Belmiro Rosa
Carmen Maria Martins Gomes
Nélio Rezende da Silva
Tânia Maria Nava Marchewka
Álvaro José Jorge

MEMBROS DOS TERRITÓRIOS FEDERAIS

Aurélio Távora Buarque
Geraldo Telles
Edson Gomes Correa
Aristarte Gonçalves Leite
Edmundo Evelim Coelho
Luiz Hittler Brito de Lucena
Humberto Pedrosa Espínola
Gaetano Amico
Nelson Urbano de Rezende
Omar Gonçalves de Oliveira
Francisco de Souza Oliveira
Paulo Batista Gomes
Adamor de Souza Oliveira
Hilma Lima de Oliveira
Luiz Carlos G. dos Santos
Tomás Guilherme Correa

Raimunda Clara Banha Picanço
Nilza Lobato Pereira
Jair Meurer Ribeiro
Conceição de Maria Pereira Brito
Jair José de Gouveia Quintas
Jonatas Pereira Cardoso
Procópio Soares Nogueira
Gladaniel Palmeira de Carvalho
Marta Maria de Rezende Pinto
Jamil Davi Valente dos Santos
Carlos Eduardo Magalhães de Almeida
Augusto Moraes Braga
Romualdo Covre
Benedito da Costa Braga
Pedro Xavier Coelho Sobrinho

NOVOS DEFENSORES PÚBLICOS

Novos companheiros vieram engrossar as fileiras do Ministério Público do Distrito Federal, nomeados que foram após renhido concurso de provas e títulos a que se submeteram perante rigorosa e douta Banca Examinadora. Aos prezados e cultos colegas as saudações e boas-vindas da Chefia Máxima do *Parquet*, de seus pares e, em especial de nossa REVISTA. Eis a lista dos empossados, por ordem de suas respectivas colocações no árduo concurso público no qual lograram, entre centenas de outros concorrentes, brilhante aprovação:

Carmem Maria Martins Gomes
Carlos Eduardo Maul Morcira Alves
Josemias Costa
Suzana Vidal de Toledo Barros
Nídia Corrêa Lima
Célia Regina Souza Delgado
João Luiz de Sousa
Itiberê Ernesto de Oliveira Ribeiro
Francisca Silva de Sousa
Lucas Resende Rocha
Josué Pinheiro de Mendonça
Abadio José Mendes
Tércio Filipe Alves
Wilma Francisca Mendes

Anísio Teodoro
Sandra Mendes Gonzaga Neiva
Amarílio Tadeu Freesz de Almeida
José de Almeida Coelho
Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Mário-Zan Belmiro Rosa
Nélio Rezende da Silva
Tânia Maria Nava Marchewka
Álvaro José Jorge
Heraldo Machado Paupério
José Firmo Reis Shoub
José Filipe de Araújo
Carlos Gomes

PALAVRAS PRONUNCIADAS PELO PROCURADOR-GERAL AO ENSEJO DA ASSINATURA DO CONVÊNIO FIRMADO COM O PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL PARA EDIÇÃO DA *REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO*

O ato de criação desta Revista, na singeleza de sua aparência, oculta significado de grande alcance para a instituição do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

É engano imaginar que as coisas da justiça devam sempre esconder-se sob a cortina do anonimato. Apenas sua via de divulgação deve ser mais discreta e serena.

Enquanto o Parlamento deve ser aberto à oxigenação da opinião pública, no momento efervescente da normatização do direito, na saltitância febril de sua gênese, a aplicação da norma vai realizar-se já no remanso das águas profundas.

Para um, portanto, quanto maior a gama de opiniões discutida e avaliada, menor é o risco da norma imperfeita; para a outra, porém, nefasta e contraproducente é a influência das opiniões menos refletidas e ligeiras, porque maior o risco da decisão injusta.

Por isso, enquanto para a divulgação do noticiário do Parlamento útil e salutar é a imprensa periódica, pelo poder que tem de lançar, na concomitância da elaboração da lei, o fogo cruzado das opiniões, já para as coisas da justiça úteis e salutareas são os livros e revistas especializadas, de comunicação desapaixonada, lenta e meditada.

O Parlamento elabora a lei, mas não se desinteressa de sua aplicação. Ao contrário, sua ação pede resposta de validade e desempenho social que só a experiência pode dar, porque direito é experiência.

Daí a ligação direta entre o Parlamento, a Magistratura e o Ministério Público. Estes, como aplicadores do direito, são também o laboratório de sua experiência.

O Senador Moacyr Dalla, ao subscrever com o Procurador-Geral o convênio que possibilita a edição da revista do Ministério Público, dá provas de que é realmente um estadista. Em meio à ebulição dos dias que correm, na antevéspera de uma disputada eleição presidencial, acha tempo para lançar ao solo uma semente de Carvalho.

Isto muito nos alegra e conforta, e evidencia a importância de estarem todos os comandos guarnecidos com homens de estatura, capazes de responder presente ao momento histórico das grandes decisões. É esse, seguramente, o caso do Dr. Aloísio Barbosa de Souza, na direção do Serviço Gráfico do Senado, a quem particularmente se deve o exame primeiro da proposta, sua aceitação e encaminhamento, com parecer favorável, à decisão política do Presidente.

É esse também o caso do meu colega e auxiliar, Dr. Pedro Luiz de Assis, que foi o intermediário vitorioso nas negociações.

Esperamos que, ao regressar para a próxima Legislatura, o Parlamentar brasileiro já possa contar com mais uma contribuição cultural em sua mesa de trabalho, com informações sobre essa tão pouco conhecida e tão mal compreendida instituição, que é o Ministério Público.

SUMÁRIO

DOCTRINA

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO 17
José Dilermando Meireles
2. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS
INSTITUCIONAIS 36
Jorge Ferreira Leitão
3. O CÂNCER DE NOSSAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS 48
Antônio Luiz de Souza Rocha
4. PRINCÍPIOS MODERNOS DE DIREITO PENAL 53
Everards Mota e Matos
5. A CULPABILIDADE DO NOVO CÓDIGO PENAL 61
Isaac Barreto Ribeiro
6. O CONDENADO E A DEFENSORIA PÚBLICA 127
João Carneiro de Ulhoa
7. A CORREÇÃO MONETÁRIA NA FALÊNCIA 133
Pedro Aurélio Rosa de Farias
8. FEDERALISMO E ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS 145
Lincoln Magalhães da Rocha

PARECERES

9. APELAÇÃO CÍVEL Nº 8.958 165
Geraldo Nunes
10. APELAÇÃO CÍVEL Nº 10.961 170
Geraldo Nunes
11. AÇÃO RESCISÓRIA Nº 142 172
Temístocles de Mendonça Castro
12. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 916 175
José Lourenço Mourão
13. PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS 178
José Ferreira Leitão
14. DESAPROPRIAÇÃO 186
Bernardino de Souza e Silva
15. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL 191
José Dilermando Meireles
16. CONCURSO PÚBLICO: LIMITE DE IDADE 199
Jorge Ferreira Leitão
17. DECADÊNCIA 204
Jorge Ferreira Leitão

SEÇÃO CÍVEL

18. DÚVIDA DE REGISTRO DE IMÓVEIS 211
João Alberto Ramos

19.	DÚVIDA INVERSA	214
	João Alberto Ramos	
20.	DÚVIDA SOBRE PROTESTO DE TÍTULO	217
	Bernardino de Souza e Silva	
21.	DÚVIDA DE REGISTRO DE IMÓVEIS	222
	João Alberto Ramos	
22.	DÚVIDA DE REGISTRO DE IMÓVEIS	225
	João Alberto Ramos	
23.	SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO	228
	João Alberto Ramos	
SEÇÃO CRIMINAL		
24.	CONFLITO DE COMPETÊNCIA	235
	Francisco de Assis Andrade	
25.	REVISÃO CRIMINAL	238
	Everards Mota e Matos	
26.	AGENTE DIPLOMÁTICO — IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PENAL	241
	Everards Mota e Matos	
NOTICIÁRIO		
27.	SAUDAÇÃO AOS NOVOS DEFENSORES PÚBLICOS	245
	José Dilermando Meireles	
28.	DISCURSO DE SAUDAÇÃO	249
	Helênio Rizzo	
29.	UMA PÁGINA DE SAUDADE	253
30.	DECLARAÇÃO DE VOTO NO TCU	254
	Lincoln Magalhães da Rocha	
LEGISLAÇÃO		
31.	LEI Nº 6.750, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1979	257
32.	LEI Nº 7.086, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1982	284
33.	SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO STF	287
34.	PORTARIA Nº 6.673	295
35.	RELATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	296

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO

PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES(*)
*Procurador-Geral da Justiça do
Distrito Federal e dos Territórios*

SUMÁRIO - 1. Considerações Preliminares. 2. Ministério Público - Órgão do Estado. 3. A Concepção de Agente Político. 4. Idéia e Fundamentos do 4º Poder. 5. O Ministério Público como Ramo do Poder Executivo. 6. O Ministério Público como Ramo do Poder Judiciário. 7. Proposta Final.

1 — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tudo leva a crer que teremos, muito brevemente, uma nova Carta Constitucional ou que faremos reformas substanciais na Constituição que nos rege.

Aproximamo-nos do encerramento de um ciclo revolucionário e nos achamos no limiar de uma nova fase da vida político-institucional do País.

Cumpramos que cada setor da vida pública, notadamente as instituições superiores que ainda não encontraram assento cômodo dentro dos padrões técnico-jurídicos da Constituição, procure unificar posições e arregimentar esforços para uma contribuição em alto nível ao aprimoramento de nossa ordem jurídico-constitucional.

Queixava-se, com sobra de razões, o Professor e Procurador-Geral PAULO SALVADOR FRONTINI, no excelente artigo publicado na Revista *Justitia*, sob o título “Ministério Público, Estado e Constituição”, ao afirmar:

...“Diante desse cenário, parece insuficiente a preocupação de estruturar o Ministério Público no próprio corpo da Constituição. Pode ser surpreendente uma afirmativa dessa índole, mas ela tem explicação. É que, a despeito de disciplinado constitucionalmente, com maior ou menor precisão, com maior ou menor deferência, pelos constituintes de 1934, 1946, 1967 e 1969, o Ministério Público nunca recebeu nos textos constitucionais o complemento indispensável à sua

(*) Conferência proferida no “Grupo de Estudos CARLOS SIQUEIRA NETO”, da Associação Paulista do Ministério Público, no dia 10 de outubro de 1984, em São Paulo.

plena afirmação institucional. Permanece, assim, como um órgão algo impreciso, mal demarcado entre os Poderes da República, com atribuições complexas e, mesmo, antinômicas, que vão desde o contraditório constitucional até a supervisão administrativa de entidades privadas; que abrangem o árduo encargo de acusador do Presidente da República nos crimes comuns, e de chefiar o serviço jurídico da União, como principal advogado do Poder Executivo: A plena definição institucional, aqui reclamada, surgirá no dia em que a Constituição claramente explicitar as atribuições fundamentais do Ministério Público. Esse o complemento de que a Instituição carece.”⁽¹⁾

Trabalho dessa natureza, contudo, é de responsabilidade tal, que não deve ser delegado a representações políticas de classe, sem que antes tenha havido amplo debate sobre as teses institucionais, e consciente, livre e desapassionada tomada de posição a seu respeito, por parte das bases das diversas corporações do Ministério Público em todo o País.

A modesta contribuição que lhes trago, com a aceitação do convite honroso que me fez o Ministério Público de São Paulo, é orientada segundo essa diretriz puramente científica, com o elevado propósito de engrandecer as nossas instituições públicas, em geral, e a do Ministério Público, em particular.

Caminharemos para essa jornada com um novo e consistente material de trabalho, representado pelas recentes conquistas da Lei Complementar nº 40, que elevou o Ministério Público ao reconhecimento de sua condição de instituição nacional permanente, essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado.

São duas revelações para-constitucionais do mais elevado alcance. Como instituição nacional, o reconhecimento de que o Ministério Público atua na condição de verdadeiro e não mais discutível órgão da soberania do Estado; e, como essencial à função jurisdicional, a meu ver uma opção clara quanto ao seu até aqui indefinido posicionamento constitucional.

Como observa o Professor HELY LOPES MEIRELLES, “O Ministério Público, como instituição nacional, vem desde a primeira Constituição da República, de 1891, que apenas se referiu à designação do Procurador-Geral da República, relegando suas atribuições à lei ordinária”.⁽²⁾

Era o primeiro passo que se dava na fixação dos lineamentos constitucionais do Ministério Público; mas não passava do início tímido e inseguro de uma longa e penosa caminhada.

(1) Vol. 90, págs. 254/255.

(2) APMP — Temas Institucionais, pág. 6.

Afinal, à míngua da consideração explícita das principais garantias que devem assegurar a ação dos seus agentes, essa honrosa presença constitucional do Ministério Público teve o condão apenas de generalizar a instituição na organização pública do País, tornando-a presente também nos textos das constituições estaduais.

Agora, porém, com o surgimento da Lei Complementar nº 40, que não apenas expressa ser o Ministério Público uma instituição nacional, mas essencial à prestação jurisdicional do Estado, deu-se a revelação plena de sua essência.

O Ministério Público, realmente, é instituição nacional. Mas não o é simplesmente por estar presente em um dos capítulos da Constituição, e sim, como foi observado, pelo reconhecimento de que sua função é essencial à prestação jurisdicional.

Para o exercício da jurisdição, existe um Poder de Estado que é o Judiciário. Os Poderes do Estado, como não poderia deixar de ser, têm raio de alcance sobre toda a Nação.

Ora, sendo de âmbito nacional o Poder Judiciário e sendo o Ministério Público um órgão essencial a ele, resulta, logicamente, ser o Ministério Público também uma instituição nacional.

Por outro lado, a sede da soberania é o elemento humano do Estado — a Nação — ; porém, o seu exercício está a cargo da pessoa jurídica central do Estado, que é a União.

Os Estados-membros não são soberanos. São apenas autônomos. Todo órgão que tem por fonte de atribuições o núcleo da soberania, não pode estar institucionalmente vinculado aos Estados-membros, senão à ordem jurídica central.

Os Estados-membros apenas organizam, administrativamente, o Ministério Público, por imposição da ordem jurídica central. Porém, não são as autonomias dos Estados, e sim a soberania da Nação, é que lhe dá conteúdo.

Nemo dat quod non habet. Se o Estado-membro não é soberano, dele não poderá emanar ato de soberania. Eis aí um verdadeiro ovo de Colombo, que por tanto tempo ensejou renhidos debates doutrinários, colocações extremadas e posicionamentos antagônicos.

O trabalho que lhes trago, por certo não tem a riqueza dos que estão habituados a ouvir e produzir nesse venerável templo de ciência, arte e cultura, que é a portentosa Capital Bandeirante, mas representa a sinceridade de minhas convicções e o máximo de esforço que a trabalhosa função de Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios me permitiu realizar.

2 — MINISTÉRIO PÚBLICO — ÓRGÃO DO ESTADO

Constituem marco indelével na evolução histórica do Ministério Público Brasileiro as idéias divulgadas por essa figura exponencial de líder e jurista que foi José Augusto CÉSAR SALGADO, cujo nome pronuncio sempre com respeito, admiração e saudade.

Já o disse e repito:

“Tão significativa e maiúscula é a presença desse mestre na formulação das novas idéias que compõem o quadro doutrinário atual da instituição, que não se pode falar em Ministério Público, no Brasil, sem prestar reverência à sua memória e, para aqueles que, como eu, tiveram a ventura de privar do seu convívio e desfrutar de sua amizade, prantear a sua insuprível ausência.”⁽³⁾

Estou certo de que, se um dia pudermos falar em “Escola Brasileira”, no campo doutrinário do Ministério Público, não se poderá regatear a CÉSAR SALGADO o título de seu lídimo e autêntico fundador.

Não seria necessário repetir aqui as idéias tão conhecidas de César Salgado sobre a teoria do Ministério Público como “órgão do Estado”.

Resumi-las, porém, é privar o leitor e o ouvinte de deliciar-se com a retórica que, durante várias décadas, se tornou familiar em nossa tribuna forense, além do risco, que não desejo correr, de deformá-las ou de expô-las com menor clareza, ou prejudicadas em sua peregrina elegância verbal.

Ei-las, pois, nas próprias palavras do seu expositor:

“Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Público simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, **in the right place**, pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição. A resposta seria encontrada na teoria da organicidade, de Comba, como bem o demonstrou Giuseppe Sabatini, ao reconhecer no Ministério Público as características de um órgão do Estado. Eis o ensinamento de Comba, em *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi*; “Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação, tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais age em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, seus próprios, mas, formalmente, são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste; na relação de organicidade não mais se apresentam dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela

(3) Ministério Público — Sua Gênese e sua História, 1983, pág. 22.

não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque aquele age como se fora a mesma pessoa jurídica.”

E prossegue o ilustre jurista:

“Estes conceitos, Jellinek os resume numa síntese perfeita: ‘Atrás do representante, há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém’. Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais — segundo Giuseppe Sabatini em *Il Publico Ministerio nel Diritto Processuale Penale* — ‘vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes.’ (4)

O valor maior do trabalho de César Salgado com a divulgação dessas idéias, foi o de alterar o velho conceito, assente, no período monárquico, de que os membros do Ministério Público não eram senão agentes do Poder Executivo, de sua escolha e confiança, molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas, como ele entender conveniente ao serviço público, na expressão enfática de Pimenta Bueno. (5)

Na verdade, esse foi o grande significado de César Salgado, entre os nossos pensadores, eis que o momento histórico em que viveu e pontificou não ensejava avanço mais extenso e profundo na direção da formulação dogmática das idéias nascentes, que precisavam evoluir mais, criar raízes, frondejar e florescer, antes que pudessem produzir frutos.

Não obstante, no projeto de código do Ministério Público do Estado de São Paulo, do ano de 1954, César Salgado, como seu autor, consignou no texto legal a conceituação do Ministério Público como “órgão do Estado”. Foi mera formulação teórica, mas constituiu um marco fíncado no balizamento da independência funcional do Ministério Público.

3 — A CONCEPÇÃO DE AGENTE POLÍTICO

O passo seguinte na evolução da idéia do órgão é exposto, com muita propriedade e clareza, por outro nome insigne de nossas letras jurídicas, o Professor Hely Lopes Meirelles.

Conceitua-o, como “Centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja ação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”. (6)

(4) “Arquivos”, do Min. da Justiça, vol., 123, pág. 228.

(5) *Apud* César Salgado, conferência sobre Campos Sales, “Justitia”, vol. 32, 1º Semestre de 1961.

(6) “O Estado e a Administração — Seus Poderes, Órgãos e Agentes”. “Justitia”, vol. 89, pág. 259.

Daí passa à classificação dos órgãos públicos, que subdivide em independentes, os originários da soberania e representativos dos Poderes do Estado; autônomos, os localizados na cúpula da administração, logo abaixo dos órgãos independentes; superiores, os que detêm poderes de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica; e subalternos, os que se acham vinculados à hierarquia dos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução.

Órgãos independentes são, segundo Hely Lopes Meirelles, os Três Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um poder pelo outro. (7)

Entre os órgãos que compõem essa classe, segundo o mesmo autor, está incluído o Ministério Público, porque seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições”

4 — IDÉIA E FUNDAMENTOS DO 4º PODER

Tem-se falado no Ministério Público como detentor de potencialidade e conteúdo para a formação de um quarto poder do Estado. Ouçamos, por exemplo, o que afirmou Alfredo Valladão:

“O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o **Espírito das Leis**, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a Sociedade e a Lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.” (8)

É também o que se tem ouvido, vez por outra, entre os estudiosos da doutrina do Ministério Público.

No caso, valem as reflexões realistas do Chefe do Ministério Público paulista, Paulo Salvador Frontini, quando asseverou na introdução do seu valioso trabalho, já aqui citado:

“... por mais belo que seja sonhar, impõe-se a adoção de uma atitude crítica e realista para situar o Ministério Público precisamente no contexto da nação a que deve servir e do Estado, de cuja estrutura faz parte.”(9)

(7) *Op. cit.*, págs. 261/262.

(8) *Apud* Roberto Lyra, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, pág. 17.

(9) *Op. cit.*, pág. 245.

Atitude crítica e realista, pois, é o que devemos ter. De nada vale sonhar. Daí por que a sustentação, muitas vezes repetida, de que se deve pugnar pelo reconhecimento do Ministério Público como Quarto Poder do Estado, deve ser analisada nos seus fundamentos e pesquisada no seu conteúdo.

O grande constitucionalista patricio, Professor Sampaio Dória, cuja autoridade peço vênua para invocar em abono das convicções que exporei sobre a matéria, com segura precisão técnica, assevera que “uma coisa é separação de poderes, e outra, muito diversa, distribuição de funções”.⁽¹⁰⁾

“Em sociedades incipientes — prossegue o mestre — não se separam os poderes, e, até, a princípio, mal se discriminam as funções públicas, e, mesmo, as particulares.”

Aduz mais:

“Mas, assim que a tribo cresce e se desenvolve, já não pode o chefe resolver, por si só, todos os problemas da comunidade. Quando não haja outros motivos, falta-lhe tempo, às vezes capacidade, e, não raro resistência. Cerca-se, então, como auxiliares de seu braço, de indivíduos que escolhe, com quem vai distribuindo as funções públicas.”⁽¹¹⁾

.....

“Mas todos os funcionários públicos, espalhados pelo país, são meros auxiliares do chefe, que é o soberano, a cuja vontade todos obedecem sem tugar, nem mugir. Do alto de seu trono, pode chegar à maravilha de forjar todos os moldes da vida social, desde a política até as modas projetando sua sombra, dia e noite, por toda parte: entre os empregadores e os empregados, para contratar o trabalho; entre o produtor e o consumidor, para tabelar o preço; entre pais e filhos, para dirigir a educação; entre o crente e o sacerdote, para pontificar a fê; entre o cientista e o público, para dogmatizar a verdade; entre o homem e a mulher, para disciplinar o amor; entre tudo e todos, para que a nação, num só pensamento e numa só vontade, ocupe, como se propala, seu lugar ao sol, e realize, na paz e na guerra, como sonham os ditadores, seus destinos históricos irrenunciáveis. Em tais povos, há sem dúvida, distribuição de funções públicas: ministros que administram, câmaras que legislam, tribunais que julgam, e para tudo, repartições onde se aglomeram funcionários de todas as categorias. Distribuição de funções, não há dúvida; mas não separação de poderes. A distribuição pode, mesmo, ter atingido o grau máximo da perfeição. Da homogeneidade inicial numa tribo

(10) Direito Constitucional, 1º Tomo, pág. 264, 3ª edição.

(11) Op. cit., pág. 264.

primitiva, se pode ir ter à heterogeneidade complexa das funções de um estado moderno. Mas hierarquizadas todas à vontade de um chefe. É a característica das sociedades incipientes, ou encruadas, ou retrogradadas: distribuição de funções; jamais separação de Poderes.”⁽¹²⁾

Se assim é, onde encontrar a gênese da separação de poderes? Responde-o ainda Sampaio Dória que essa separação começou, na história dos povos, com as reivindicações liberais. Constitui conquista de ordem política e, como lembra Frontini, coincidente com a versão moderna do Ministério Público:

...“Foi nesse momento, também, que os cidadãos, escarmentados da prepotência do Estado absoluto, sujeitando todos os súditos aos caprichos do monarca (L’Etat c’est moi...), impuseram o princípio da separação dos poderes, inspirados na célebre fórmula de Montesquieu. Instituiu-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem julga não administra nem legisla; e como quem julga manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há de ser provocado pelo interessado. Aqui estão as raízes do Ministério Público! O Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de Direito!” ⁽¹³⁾

...“Os povos mais viris — são agora expressões lapidares do insigne constitucionalista Sampaio Dória — foram atacando o poder ilimitado dos reis, e reclamando, para si, uma participação, cada vez maior, na estatuição das leis. De reivindicação em reivindicação, terminaram alguns povos, em primeiro plano, o povo inglês, por conferir a si mesmos todo o poder de legislar. Durante muito tempo, ainda ficaram os reis com o poder de executar as resoluções que o povo estatuiu. Mas, como, no exercício desta prerrogativa, os monarcas solapassem, às vezes pela astúcia, e outras pela força, o privilégio de legislar, que o povo lhes subtraía, as reivindicações populares foram às últimas, chamando para si também a função de executar as leis e resoluções que votasse. Aqui, destronando monarcas como na França de Luiz XVI; ali, conservando-os como na Inglaterra, onde reinam, mas não governam.” ⁽¹⁴⁾

Conclui que as funções têm razões diversas para se separarem e para se distribuírem. Distribuem-se por razões práticas: economia, eficiência, acerto e oportunidade das deliberações; separam-se por força de reivindicações políticas, para melhor garantia da liberdade.

(12) Op. cit., págs. 264/265.

(13) “Ministério Público, Estado e Constituição” *Justitia*, vol. 90, pág. 251.

(14) Op. cit., pág. 265.

Na separação de poderes, porém, prevalece o critério da **precipuidade** sobre o da **exclusividade**, já que, por exceção, os poderes exercem funções atípicas. O Legislativo administra e às vezes julga; o Executivo legisla e o Judiciário administra e legisla. Daí, e apenas por esse motivo, a acertada afirmação de Alcino Salazar, segundo a qual:

“A teoria das funções tem base científica; já a divisão de poderes é um arranjo artificial. Tem sido dito que é apenas obra de arte política.” (15)

“Pode haver função sem poder, e nunca poder sem função” — prossegue Sampaio Dória.

E continua:

“Função é a faculdade de proceder dentro das leis. Poder é, além de função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania. Não, faculdade soberana de ação, nem como se exprimia Robespierre, ‘as diversas partes essenciais e constitutivas da soberania’. Poder não é soberania em si. Mas delegação direta da soberania. Enquanto os órgãos forem hierarquizados, não há poder. Quando se alçam a poderes, a hierarquização desaparece. É possível, mesmo, para respeito da constituição, oporem-se às vezes uns aos outros. A norma é serem independentes entre si, sem quebra de harmonia e da mútua colaboração, que lhes cumprem. Mas o traço específico do poder é a capacidade de opor-se a outro poder. Enquanto apenas função, não há, no jogo dos órgãos do estado, garantias da liberdade. Só quando poderes, é que a garantia surge e se afirma contra os excessos do Executivo, e, mesmo, do Legislativo.” (16)

Mas a soberania, embora distribuída entre os Poderes, está neles inteiramente contida.

Importa a sua própria negação admitir-lhe a extravasão dos compartimentos constitucionais herméticos em que se contém.

Como “poder exclusivo e autodeterminante de dar ordens incontrastáveis, sancionadas pela força” — na conceituação de Sampaio Dória — (17) ou como “grau eminente do poder do Estado” — para Darcy Azambuja (18), a soberania tem como atributos essenciais a supremacia, a exclusividade e a autodeterminação e, como corolários, a unidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade.

A titularidade dela está com o povo, que é o elemento humano do Estado. Dele é que “emana o impulso vital que faz o Estado agir. Só o elemento

15) “Poder Judiciário — Bases para Reorganização”, 1ª edição, pág. 33.

16) Op. cit., pág. 266.

17) Op. cit., pág. 60.

18) “Teoria Geral do Estado”, 5ª edição, pág. 50.

humano é capaz de vontade e ação”. É, porém, exercitado pela pessoa jurídica do Estado, representativo da Nação, e repartida em funções típicas denominadas administrativas, legislativas e jurisdicionais. Essas funções esgotam o conteúdo da soberania.

Ora, o Ministério Público, a despeito de sua desvinculação hierárquica a qualquer dos Poderes, com o que se mostra investido de um dos atributos essenciais do Poder de Estado, não tem capacidade de opor-se aos demais Poderes.

Eis a defectividade que lhe retira a característica de poder autônomo, reivindicada conjuntamente por organicistas e quartopoderistas.

Não lhe é dado praticar deliberações finais e auto-executáveis. Toda a sua ação se desenvolve no âmbito do Poder Judiciário e tem por finalidade, ora promover, ora fiscalizar, como órgão integrativo da jurisdição.

O ato judicial é simples; porém, o ato jurisdicional é complexo. Revela-o Alcino Salazar em seu “Poder Judiciário — Bases para Reorganização”.⁽¹⁹⁾

Imperante a regra basilar do sistema contraditório, segundo a qual **ne procedat iudex ex officio**, evidenciado está que da elaboração desse ato, que consubstancia a prestação de um serviço de poder do Estado, participam outros agentes; um deles — o Ministério Público — com caráter de essencialidade.

Dizer que o Ministério Público é órgão da soberania, no entanto, equivale a afirmar ser ele um dos Poderes do Estado.

A meu ver essa conclusão é inelutável.

Assim, os defensores da conceituação do Ministério Público como **órgão da soberania do Estado**, embora não o digam, avançam na direção da proposta do Quarto Poder.

Na verdade assim é porque, dentro dessa ótica, o Ministério Público deixa de ser visto como agente do Poder Executivo, para ser visualizado como partícipe da soberania do Estado.

Reduzo, com essa constatação, a corrente dos **organicistas** à dos **quartopoderistas**, por evidente analogia de conteúdo entre suas proposições.

5 — O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAMO DO PODER EXECUTIVO

Os processualistas, notadamente os processualistas penais, sustentam com veemência maior a colocação do Ministério Público no âmbito do Poder Executivo.

Basta, para atestá-lo, a citação de um dos mais eminentes nomes da processualística pátria, que é o Professor José Frederico Marques, e que assim expõe o seu pensamento sobre a matéria:

(19) Op. cit., pág. 26.

“Sempre sustentei que o Ministério Público nem é um quarto poder, nem tampouco órgão integrante do Poder Judiciário. Adotando a opinião de Tito Prates da Fonseca e Pontes de Miranda (para lembrar apenas juristas não peregrinos), entendo que o Ministério Público ‘não é órgão jurisdicional, mas administrativo’, sendo outrossim, ‘um dos ramos do Poder Executivo’. E perfilhando ensinamento de Allorio, assim escrevi; ‘O Ministério Público está na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional’ (Instituições de Direito Processual Civil, 1966, vol. I, pág. 200, n. 112). Todavia, em outra passagem, deixei ressaltado: ‘Isto quer dizer que os membros do Ministério Público são funcionários da administração pública, isto é do Poder Executivo; mas, como acentuam Glasson e Tissier, com uma certa independência que não têm os funcionários dessa categoria’ op. cit., págs. 200 e 201, n. 112).” (20)

É que, para a construção doutrinária da teoria da relação processual, reputam esses autores imprescindível a estruturação do Ministério Público em um dos pólos do processo, como titular da pretensão punitiva do Estado.

Dão-lhe a condição de parte no sentido formal e no sentido material porquanto, além de sujeito do processo, representa o Estado na relação jurídico-substantiva, contrapondo o **jus persecuendi** ao **jus libertatis** do cidadão.

De maneira clara e enfática é o que diz o Professor Frederico Marques, ao afirmar:

“Não se pode, hoje, desconhecer a qualidade de parte do Ministério Público, porque é ele ponto de referência de uma série de interesses, de natureza processual e material, para que possa ser exercido o **jus persecuendi** do Estado — Administração, quando da prática de crime.” (21)

Para Frederico Marques, jurisdicionais são, unicamente, os atos emanados do juiz, isto é, os de decisão, os de instrução processual e os de documentação. Os atos do Ministério Público são, para ele, considerados atos postulatórios de parte. (22)

A réplica a essa conceituação foi dada de maneira completa e, a meu ver, vantajosamente, por Biagio Petrocelli, na conferência que se acha publicada na “Revista Justitia”. (23)

(20) A Chefia do Ministério Público e a Constituição Federal — **Justitia**, vol. 76, pág. 9.

(21) Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, pág. 39, 2ª edição.

(22) Op. cit., pág. 81.

(23) Nº 61, págs. 171/189.

Nessa conferência, de todos conhecida, Petrocelli demonstra, inicialmente, que o sistema acusatório puro somente existe com a ação penal privada. A partir do momento em que foi afirmado o interesse público na perseguição dos delitos, esse sistema entrou em decadência. O que vige é um sistema misto.

Depois, demonstra Petrocelli que a condição do Ministério Público, no processo, não é de parte. A independência funcional do órgão não se coaduna com essa construção.

De fato, diz ele, parte. “sui generis” nada diz; **parte pública** exclui a vinculação a interesse e, sem interesse, não há parte; **parte em sentido formal** é enunciado de conceito vazio; e **parte imparcial** é flagrante. “*contradictio in terminis*”.

A verdadeira parte, como destinatária da prestação jurisdicional, age por força de interesse; o Ministério Público, como órgão do Estado, age, imparcialmente, por imperativo de dever.

Não creio, porém, que a bem montada teoria da relação processual venha a sofrer com a nova conceituação do Ministério Público; além do que, a pretensão punitiva não pode ser considerada como atributo do Poder Executivo, mas sim interesse geral da Nação.

O certo é que, nessa matéria, estamos hoje em face de *lege lata*. É a Lei Complementar nº 40 que prescreve, em seu artigo 1º, que o Ministério Público é considerado Instituição nacional permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

No direito brasileiro, pelo menos, perde interesse o debate que se travava na doutrina a respeito da conceituação do Ministério Público como parte. O tema é, para nós, uma página do passado.

6 — O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAMO DO PODER JUDICIÁRIO

O meio de elaboração do ato jurisdicional é o processo, do qual participa, necessariamente, o Ministério Público, nas hipóteses que a lei determina, isto é, em toda a amplitude da jurisdição penal pública e em toda a extensão da jurisdição civil pública.

Essa atuação, o Ministério Público desempenha, como vimos, na condição de órgão essencial à prestação jurisdicional do Estado e não na condição de parte interessada.

Verdade que o instrumento típico da jurisdição é a sentença. Contudo, esta, embora ato formalmente unitário, é substancialmente complexa. Somente adquire força de coisa julgada após a intimação às partes e ao Ministério Público. Sem essa integração, se é ato judicial, ato jurisdicional não é, porque lhe falta a participação essencial do outro ramo do Poder, que é o Ministério Público.

Por aí se vê que nem só o Ministério Público, isoladamente, não constitui poder, como, de igual modo, a Magistratura, isoladamente, também não o constitui.

Assevera ainda, sobre o assunto, Sampaio Dória:

“O que mais caracteristicamente acentua e eleva a função judiciária à categoria de poder, é a prerrogativa de se opor ao Executivo em suas ilegalidades, em seus abusos de poder...” (24)

Mas como isto ela não pode fazer sem o Ministério Público, em virtude da regra segundo a qual o juiz não procede de ofício, duas conclusões daí surgem: a primeira é que a Magistratura, sem o Ministério Público, não é poder; a segunda é que o Ministério Público não poderá jamais integrar o Poder Executivo, sob pena de quebra do princípio de independência e harmonia dos Poderes.

A decisão judicial é fruto de acasalamento do órgão promovente com o órgão judicante. Sem qualquer deles, estamos diante de órgãos defectivos e infecundos, a cada um dos quais faltando uma característica essencial de Poder do Estado, que é, como dito, a capacidade de oposição aos demais poderes. É atributo que somente ambos têm, em ação conjunta.

Dir-se-ia existirem processos em que o juiz sentencia sem a interveniência do Ministério Público. São as questões de interesse privado. Contudo, a atuação em tais lides não é o que caracteriza o poder de Estado. Isto poderá significar ato de autoridade, porém não, ato de poder. De poder é aquele que tem força de oposição a outro poder. E esse ato a Magistratura somente poderá praticar provocada pelo Ministério Público ou mediante sua interveniência.

O Ministro José Geraldo Rodrigues Alkmin, de saudosa memória, em brilhante conferência feita em Guarapari, por ensejo do II Congresso Nacional do Ministério Público, no ano de 1973, após jogar habilmente com duas idéias antagônicas a respeito de posição constitucional do Ministério Público — pondo frente a frente os pensamentos de Carnelutti e Biagio Petrocelli, assim marca a sua posição sobre o tema:

“Tenho para mim, na verdade, o problema é de somenos, quanto à ubiquação constitucional do Ministério Público. O que importa são as garantias e a segurança dos meios para o exercício das funções que lhe deviam ser cometidas, na própria Constituição, independentemente de incorporá-lo ao Poder Judiciário. E neste ponto, as restrições que se façam ao pensamento de Petrocelli são de inegável procedência. Bem sabeis que, na forma de Governo que nos rege, a dois poderes se atribui a chamada realização do direito: ao Executivo e ao Judiciário. Ora, a distinção entre a atividade jurisdicional e administrativa afasta

(24) Op. cit., pág. 268.

positivamente a hipótese de que as atividades concernentes à defesa da ordem jurídica, através da investigação e da promoção de medidas tendentes à persecução criminal, possam enquadrar-se no conceito de jurisdição. Nem seria conveniente, à própria ordem jurídica, que o fosse. É que sabeis da desconfiança — creio que justificável — com que se encara o princípio inquisitivo. E a desconfiança — permito-me dizê-lo — não se prende somente ao **ne procedat iudex ex officio**. Não é tão-só a iniciativa do procedimento penal, de ofício, que pode marear a segurança da imparcial serenidade com que as causas devem ser decididas. A ampla liberdade investigatória conduz, igualmente, aos preconceitos e à possível quebra do equilíbrio na apreciação das razões expostas no contraditório. Ainda há pouco, reproduzíamos o pensamento de Carnelutti sobre o destacar-se, o Ministério Público, do Juiz. Se a este se confiasse a função de investigar, também estaria comprometida, pela possibilidade de preconceitos resultantes da investigação, a sua imparcialidade. Nem se diga que, hoje, os juizes dispõem de poderes instrutórios. Eles lhes são limitados ou restritos a elementos constantes nos autos. Ora, a pretendida incorporação, advogada por Petrocelli, do Ministério Público aos quadros da ordem judiciária, iria restaurar, em toda a plenitude, o sistema inquisitivo.”
(²⁵)

Há, nesse posicionamento, “*data venia*” da grande autoridade do mestre que o sustenta, duas embaraçantes dificuldades, a meu ver intransponíveis na doutrina da soberania do Estado.

A primeira delas está na afirmação de irrelevância quanto à busca de uma definição constitucional para o Ministério Público.

Com efeito, num ponto, pelo menos, parece estar acorde a maioria dos estudiosos do assunto: o ofício do Ministério Público é exercido em nome da soberania do Estado. Não é mais concebível o membro do Ministério Público, como um agente ligado institucionalmente à hierarquia do Poder Executivo, como o são todos os demais agentes ligados a essa área, mesmo os agentes políticos dos órgãos autônomos, os Ministros de Estado e os representantes diplomáticos.

Acordes nesse ponto, forçosamente deveremos todos estar acordes neste outro: é que, para atuar em nome da soberania do Estado, o Ministério Público precisará constituir um dos poderes ou compor, como ramo independente e autônomo, um dos Poderes existentes, sob pena de virmos a negar a atuação soberana do órgão.

Quando o Ministro Alkmin assevera que o importante é que o Ministério Público tenha assegurados na Constituição os meios para o exercício

(25) Revista **Justitia**, vol. 80, pág. 22 e seguintes.

de suas funções, mais uma vez com a devida vênia, outra coisa não está a fazer senão reconhecer a necessidade do que afirmou dispensável, isto é, a da exata definição constitucional do Ministério Público. Do contrário estaríamos a conceber um órgão destituído de predicação de soberania no exercício de poderes que só podem provir dela, o que seria simplesmente negar um dos seus atributos básicos, que é a supremacia.

Essa mesma dificuldade vejo-a, com igual respeito, no grande mestre Hely Lopes Meirelles, precisamente no Parecer que publicou na coletânea de Temas Institucionais, pela Procuradoria Geral em colaboração com a Associação Paulista do Ministério Público, 1982, quando escreveu:

“Assim sendo, a nosso ver, o correto posicionamento do Ministério Público foi o da Constituição de 1934, que o situou em título autônomo, sem vinculação a qualquer dos Poderes do Estado, atento a que no desempenho de suas atribuições não está hierarquizado ou subordinado a qualquer deles, tendo funções próprias e específicas, inconfundíveis com a de qualquer servidor público.” (26)

Data vênia, se o Ministério Público é exercido por agentes políticos independentes, segundo afirma o mestre, e se agentes políticos independentes, que atuam em nome da soberania, são os representativos dos Poderes do Estado, evidente que o Ministério Público só tem duas posições na Constituição: a de poder autônomo ou a de ramo independente e autônomo do Poder Judiciário.

A outra sustentação da memorável conferência de Guarapari e que também me parece destituída de raízes científicas mais profundas é a que prega a inconveniência para a própria ordem jurídica quanto à reintegração do Ministério Público ao Poder Judiciário, por significar a restauração do sistema inquisitório.

Pelo que se deduz de tudo o que ficou exposto na sustentação que vimos fazendo nesta palestra, a verdade é bem outra.

Com efeito, se houve um tempo em que a Magistratura poderia ter sido considerada como Poder autônomo, esse foi precisamente aquele em que vigorava o sistema inquisitorial.

A ação do juiz dentro desse sistema era totalmente independente e desvinculada de qualquer outro órgão. O seu comando era unitário, porque havia concentração de funções processuais no órgão judicante.

Com o advento do sistema acusatório, a sua unidade cindiu-se e o juiz passou a ser apenas um co-partícipe do ato de jurisdição.

(26) Op. e pág. cit.

Mas, vejam. O sistema acusatório rompeu com a unidade do ato de jurisdição, porém não o expulsou parcialmente da órbita do Poder Judiciário. Nem isto seria admissível. Centrifugando-se o outro co-partícipe desse ato, que é o Ministério Público, para a órbita de outro Poder, estaria quebrado o princípio de independência e harmonia dos Poderes. E, nesse caso, o sistema acusatório, ao invés de avanço democrático-liberal, teria significado a invasão e o atropelo de um Poder por outro.

Inadmissível ver as coisas por esse prisma.

Se o Ministério Público faz parte do Executivo e é essencial à prestação jurisdicional do Estado, o livre funcionamento do Judiciário fica na dependência de um agente de outro Poder. Nesse caso, deixaria o Judiciário de constituir um Poder autônomo, porque o Ministério Público passaria a representar um interventor do Executivo no Judiciário, e isto importaria a sua negação como Poder.

Então, não só não é inconveniente posicionar o Ministério Público no Poder Judiciário, quanto esse **status** lhe é natural e essa permanência, condição de recomposição e perfectude desse mesmo poder, por significar a reintegração de uma parcela essencial dele, que se desprende com a instituição do sistema acusatório.

Nem é preciso, pois, entrar mais em debate sobre teses estereis, a respeito do perigo que representa à restauração do sistema inquisitorial, a inclusão do Ministério Público no Poder Judiciário.

A restauração desse sistema existiria se se devolvesse aos órgãos da Magistratura o poder de investigação unilateral da verdade, tal como é feito nos procedimentos contravencionais e nos delitos culposos da Lei nº 4.611/65.

Confiado a outro ramo independente e autônomo do Poder Judiciário, com funções específicas, de órgão promovente e fiscalizador da jurisdição, sem liame hierárquico a prendê-lo à Magistratura, não seria sequer cientificamente honesto fazer afirmação dessa natureza, que a experiência jamais viria confirmar.

Daí retirarmos algumas conclusões necessárias. A primeira delas é que o Ministério Público não tem essência de Poder autônomo, mas sua natureza é de ramo do Poder Judiciário; a segunda é que a Magistratura também não reúne elementos para constituição de poder autônomo e sim, do mesmo modo e pela mesma razão, tem natureza de ramo do Poder Judiciário; a terceira é que o ato jurisdicional é complexo. Resulta da ação conjunta de dois órgãos do Estado: o órgão promovente e o órgão judicante.

Com base nessas proposições, apresento a seguinte proposta de reforma constitucional, com referência ao Poder Judiciário:

³²R. Art. Minist. Públ. Dist. Fed. Terit., Brasília, v. 1, n. 1, p. 17-35, 1985

7 — MINISTÉRIO PÚBLICO — PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO

Do Poder Judiciário

Art. O Poder Judiciário é exercido pela Magistratura e pelo Ministério Público, autônomos e independentes entre si.

Parágrafo único. Lei Complementar estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura e do Ministério Público, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes.

Seção I — Da Magistratura

Art. A Magistratura é exercida pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Conselho Nacional da Magistratura;
- III — Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais;
- IV — Tribunais e Juízes Militares;
- V — Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI — Tribunais e Juízes do Trabalho;
- VII — Tribunal e Juízes do Distrito Federal e dos Territórios;
- VIII — Tribunais e Juízes Estaduais.

(Seguem-se os atuais arts. 113 a 144 da Constituição).

Seção II — Do Ministério Público

Art. O Ministério Público, instituição nacional permanente e essencial à função jurisdicional, é o órgão do Estado responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição, das leis e dos direitos e garantias individuais.

Art. O Ministério Público é exercido pelos seguintes órgãos:

- I — Ministério Público Federal;
- II — Conselho Nacional do Ministério Público;
- III — Ministério Público Militar;
- IV — Ministério Público do Trabalho;
- V — Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;
- VI — Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;
- VII — Ministério Público Estadual.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional:

§ 2º São funções institucionais do Ministério Público:

I — velar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhes a execução;

II — representar por inconstitucionalidade ou para a interpretação da lei ou ato normativo, nas respectivas áreas de atribuições;

III — promover, com exclusividade, a ação penal pública e requisitar a instauração de inquéritos, podendo presidi-los e advocá-los;

IV — promover, na forma da lei, a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e dos interesses indisponíveis da comunidade;

V — promover inquérito administrativo para instruir a ação civil pública;

VI — exercer outras atribuições previstas em lei e que se compreendam nas finalidades institucionais.

§ 3º A atuação do Ministério Público poderá ser provocada por qualquer do povo.

§ 4º Cabe ao Ministério Público promover a nulidade de ato de qualquer Poder e requerer providências para evitar que o mesmo se consuma, nos termos da lei.

Art. O Conselho Nacional do Ministério Público, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se do Procurador-Geral da Nação, que o presidirá, de dois integrantes do Ministério Público da União, de um do Ministério Público do Distrito Federal e de três membros do Ministério Público dos Estados.

Parágrafo único. Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros do Ministério Público, sem prejuízo da competência disciplinar deste, podendo avocar processos disciplinares contra os mesmos e, em qualquer caso, determinar sua disponibilidade ou aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado em lei orgânica.

Art. Os membros do Ministério Público ingressarão nos cargos iniciais da carreira, mediante concurso Público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral com fundamento em conveniência do serviço.

Art. Nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público Estadual.

Art. Os membros do Ministério Público terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos, direitos, vantagens, deveres e impedimentos da Magistratura judicial.

Art. A chefia do Ministério Público será exercida pelo Procurador-Geral, eleito, entre os membros da instituição, na forma da lei.

§ 1º O mandato do Procurador-Geral será de 2 (dois) anos.

§ 2º Compete exclusivamente ao Ministério Público a iniciativa de leis pertinentes à organização e funcionamento da respectiva instituição.

Art. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria e global.

Parágrafo único. O numerário correspondente às dotações destinadas ao Ministério Público será entregue no início de cada trimestre, em quotas estabelecidas na programação financeira do Tesouro, com participação percentual nunca inferior à estabelecida para os Tribunais mencionados na Constituição e perante os quais officiar.

Art. A União, o Distrito Federal, os Territórios e os Estados terão procuradores para a defesa de seus interesses em juízo ou fora dele; excepcionalmente, tais funções poderão ser desempenhadas por membros do Ministério Público, enquanto não existir órgão próprio.

Art. Onde ainda não houver sido criado, a lei instituirá o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da respectiva unidade federativa, cujas funções serão exercidas pelos integrantes do quadro único do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal e dos Territórios.

XXX

É esta a proposta que trago para o laboratório de nossas altas decisões institucionais, que é São Paulo, vanguardeiro nas pugnas pelo aperfeiçoamento e líder na condução das idéias que têm marcado as diversas etapas de evolução do Ministério Público Brasileiro.

Sou daqueles que acreditam que o aperfeiçoamento institucional trará, por acréscimo, tudo o mais que as lutas de classe têm buscado em prol dos membros do Ministério Público e que, bem analisado, não é mais do que o que a Magistratura judicial conseguiu através de um processo de sedimentação histórica de alguns séculos de antecedência.

A proposta, que nada tem de político, em seu conteúdo, não obstante poderá, se acolhida, ganhar para o Ministério Público algumas etapas no ciclo de sua evolução, tornando-o passageiro do carro-chefe do Poder Judiciário, hoje ocupado inteiramente pelo órgão judicante.

O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS *

JORGE FERREIRA LEITÃO

Promotor de Justiça do Distrito Federal

EMENTA — MINISTÉRIO PÚBLICO DO DF:

1. Prerrogativa de tomar assento à mesa, junto e à direita do Magistrado que presidir aos trabalhos das sessões ou audiências dos tribunais ou juízos.
2. Legitimidade ativa para impetrar Mandado de Segurança, com o fim de resguardar o exercício de direitos e prerrogativas institucionais.
3. Irrita suspeição da Chefia Máxima do **Parquet**, traduzida em a nomeação de Procurador **ad hoc** para officiar nos autos do **mandamus**.

I — INTRODUÇÃO

1. O Código do Ministério Público do Distrito Federal, Lei nº 3.434, de 20 de julho de 1958 (harmonizada com as Leis nºs 3.754, de 14-4-60 e 4.158, de 28-11-62), em o respectivo Capítulo III, referente a Direitos e Garantias, edita:

“Art. 59. O Membro do Ministério Público terá assento à direita do Magistrado que presidir os trabalhos das sessões ou audiências dos tribunais e juízos, junto aos quais tenham exercício. Todavia o Defensor Público ficará no lugar destinado ao advogado”.

2. Não obstante a clareza cristalina desse dispositivo legal e orgânico, o Doutor Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e Presidente do Tribunal do Júri de Brasília, ao advento da inauguração das novas instalações do Tribunal Popular, em 5 e 6 de abril de 1974, resolveu também entronizar, abusivamente, prática insólita em a novel Capital, e no Brasil, qual a de demitir o Doutor Promotor Público de sua lídima e tradicional posição, à mesa, junto e à direita da Presidência dos trabalhos da Sessão Plenária e deslocá-lo para o interior dos cancelos, colocando-o, isso sim, junto ao Dr. Advogado do Réu.

3. Ao revés, na cadeira destinada ao Ministério Público, o Presidente do Tribunal do Júri, à guisa de nímia honraria, fez sentar gradas autoridades que convidou — e doravante convidaria — para assistir às respectivas sessões.

Comunicação da delegação de Brasília ao IV Congresso Nacional do Ministério Público realizado em Uberlândia, de 20 a 24 de maio de 1975.

4. A douta Promotoria Pública insurgiu-se contra a ilegalidade e, devidamente instruída pela Chefia Máxima do **Parquet**, sem alarde, logo à abertura dos trabalhos, postulou no sentido de ocupar sua tradicional cadeira. O pedido foi indeferido e, por delegação do Dr. Procurador-Geral, que avocou a espécie em o prazo e a teor da lei, detendo a Representação Máxima do Ministério Público, na defesa da própria Instituição, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, este Órgão impetrou o competente Mandado de Segurança nº 274, que pende de julgamento.

5. A inicial do **writ** evidencia que o Ministério Público, de forma sucinta quanto pôde, buscou balizar a questão do ângulo da dignidade em que se identificam o Poder Judiciário (Estado-Juiz) e o Poder Executivo (Estado-Administração).

6. **In casu**, o direito líquido e certo está indene de dúvida: deflui de texto expresso de lei e a prova documental, prê-constituída, é idônea.

7. E é patente a **legitímatio ad causam** ativa, do Ministério Público, que detém personalidade judiciária (Victor Nunes Leal, in "Problemas de Direito Público", Forense), hábil a permitir-lhe estar em juízo, quer como **órgão agente**, quer como **órgão interveniente**, parte processual e parte formal, agindo, sempre, em nome próprio (Henrique Fonseca de Araújo, in "Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil", Edit. Resenha Tributária Ltda., São Paulo); aliás, o Ministério Público, na hipótese, assume, até, a posição de **órgão presentante** da própria Potestade do Poder Executivo (Estado-Administração).

8. Ademais, a Instituição é também destinatária da regra inserta no art. 153, § 21, da Constituição Federal de 1967 (Emenda nº 1/69).

9. É que, segundo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, (RE nº 74.836 — Tribunal Pleno — CE, DJ de 19-11-73, p. 8.719), o órgão despersonalizado e parte formal tem legitimidade ativa para impetrar Mandado de Segurança, via idônea para a defesa do exercício de função constitucionalmente deferida, poder jurídico abrangido no conceito de direito público subjetivo.

10. A propósito, o eminente Ministro Rodrigues Alckmin, Relator para o Acórdão, ofereceu erudito estudo em que apreciou os precedentes do Pretório Excelso e as diversas manifestações do poder jurídico (faculdades, "potestas" e direito subjetivo, na terminologia de Carnelutti), prelecionando:

"Vê-se, pois, que já abandonou, este Supremo Tribunal, o critério de prender-se à consideração restrita dos direitos fundamentais enunciados no **caput** do art. 153 da C.F. admitindo o **writ** para defesa dos chamados direitos públicos subjetivos".

11. No caso concreto versado em o RE nº 74.836 — CE, recorda o douto Ministro a teoria geral carneluttiana, que conceitua o direito subjetivo como o poder de comandar para a tutela de interesse próprio. Rodrigues Alckmin con-

siderou, em substância, que assistia ao Tribunal de Contas do Ceará, órgão despersonalizado, direito subjetivo, no tocante ao exercício do seu poder funcional, direito que, violado, é reparável por Mandado de Segurança.

12. Ora, as prerrogativas do MINISTÉRIO PÚBLICO são inerentes às gradas funções que exercem os membros da Instituição e somente se justificam “ratione muneris”.

13. Conclusão: O MINISTÉRIO PÚBLICO é também destinatário da regra inserta no art. 153, § 21, da Constituição Federal.

14. Mas, em Juízo do segundo grau, também sofreu agravo a Instituição, haja vista a nomeação, pelo Relator, de Procurador **ad hoc**, para officiar no feito, usurpando função da Chefia Máxima do **Parquet**.

15. As peças a seguir traduzem a irresignação do MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL e a luta que empreende, em prol do respeito às prerrogativas institucionais, e, em suma, a bem da dignidade da própria Instituição.

II — A INICIAL DO “WRIT”

“Exmº Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL, por este órgão, que detém para tanto, a competente delegação do Exmº Dr. Procurador-Geral, (Doc. I), em prol da dignidade e prerrogativas da Instituição, a qual, junto ao Poder Judiciário, (Estado-Juiz) representa a majestade do poder Executivo (Estado-Administração), com fulcro na Constituição do País (Capítulo I, Seção VIII, e § 21, art. 153, notadamente), e, assim também, nas Leis Federais de números 3.434, de 20-07-58 (em substância, arts. 10 e 41) 4.158, de 28-11-62 (especialmente art. 3º), 1.533, de 31-12-51 (arts. 1º e 18) e Código de Processo Penal, perante o Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, vem impetrar o presente MANDADO DE SEGURANÇA, contra despacho exarado pelo ilustre Presidente do Tribunal do Júri e Titular da 1ª Vara Criminal, Dr. W. M., que, ilegalmente e com abuso de poder, na sessão inaugural do Júri, iniciada aos 05 (cinco) e terminada aos 06 (seis) de abril último, Primeira Sessão de Julgamento da Primeira Sessão Judiciária de 1974 (Docs. II a III), denegou — e, desde então, persiste em fazê-lo — ao doutor Promotor Público que funciona junto ao Juízo o direito líquido e certo de assumir, condignamente, a respectiva cadeira no estrado central do Plenário, de imediato à direita da Presidência, que o ilustre Juiz, ilegal e abusivamente, reserva, como lugar de honra, a convidados seus, ou mantém vazia, o que, **data venia**, constitui, por acréscimo, criação cerebrina, inclusive não agasalhada nas leis que disciplinam o procedimento penal pertinente ao “judicium accusations” ou ao “judicium causae”.

2. Cumpre registrar, na sessão em referência, a autoridade coatora distinguiu, com a honraria, ao ilustrado Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de então, o desembargador Cândido Colombo Cerqueira e ao douto Par deste, o Dr. Jorge Duarte de Azevedo, conforme faz prova o Doc. III.

3. O ato impugnado, insuscetível de recurso próprio ou mesmo reclamação, parece contou com o acólito da insigne Presidência do Tribunal, à época, desembargador Dr. Cândido Colombo Cerqueira.

4. Urge consignar, originou a deliberação do Exm^o Dr. Procurador-Geral consignada em o Doc. I a iniciativa do ilustre Dr. Jarbas Fidelis de Souza, que rogara orientação superior, em face de notícias da imprensa (Docs. IV e V), uma vez que, na qualidade de Promotor Público junto ao Tribunal do Júri, pretendia ocupar a cadeira que, mercê da lei (art. 59 do Código do Ministério Público) e assim também da tradição, sempre usou em Plenário do Tribunal Popular.

5. Com efeito, a inovação que se profliga não encontra guarida na lei e a reivindicação do MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL, no âmbito da Justiça Comum, corresponde à posição tradicional do Órgão da promoção da Justiça, já em primeira instância, Juizes Singulares ou Tribunal do Júri, já em segunda instância, Tribunais de justiça e Superiores, em todo o Brasil, quer em o Pretório Excelso, como é público notório.

6. Ora, respigando-se, em o noticiário, a parte referente às insinuações menos dignas, releva consignar que o repórter vaticinava, quanto às novas instalações e funcionamento do Tribunal do Júri, que este

“... obedecerá o critério totalmente novo no Brasil, com o promotor separado do juiz. Doravante, tanto o advogado de defesa quanto o promotor sentarão lado a lado, ficando nos lugares de honra o juiz, um escrivão e eventualmente um convidado, que assim tomará o lugar que pertencia ao promotor. No caso de não haver algum, a terceira e tradicional poltrona colocada no tablado, onde fica o juiz ficará vazia.”

7. Afinal, de acordo com a orientação superior, o ilustrado Promotor Público, Dr. Helênio Rizzo, na referida sessão de estréia, iniciada aos 5 (cinco) de abril, finda aos 6 (seis), deste ano, postulou no sentido de ocupar a cadeira tradicionalmente destinada à Promotoria Pública no estrado central do Plenário, na mesma mesa e de imediato à direita da Presidência, com fulcro na Lei Federal nº 3. 434, de 20 de julho de 1958, Código do Ministério Público do Distrito Federal cujo art. 59 assim edita:

— “O membro do Ministério Público terá assento à direita do Magistrado que presidir os trabalhos das sessões ou audiências dos

tribunais e juízos, junto aos quais tenham exercício. Todavia o Defensor Público ficará no lugar destinado ao advogado.”

8. A formulação do Promotor Público, Dr. Helênio Rizzo (Docs. II a III), foi, porém, desatendida, ocupando a tradicional cadeira, reservada à Promotoria, um ilustre convidado do Dr. W. M., MM Juiz Titular da 1ª Vara Criminal, consoante a Impetração consigna em os itens 1 e 2, acima.

9. A novidade — parece não atentaram a autoridade coatora e quem a inspirou — resultará, por certo, do desconhecimento, inclusive, das origens, evoluir, significação, gradas funções, majestade, da Instituição, em suma, histórica e semanticamente, do **Parquet**, conceito do qual, insensivelmente ou, talvez, utilizando processo subliminar na aparência inocente, o ato impugnado proscreeve o MINISTÉRIO PÚBLICO, colimando demiti-lo da dignidade que conquistou através dos tempos e, afinal, mereceu consagração nas leis e constituições.

10. A propósito do tema, sobreleva notar, já em os albores da Instituição, à época em que aos representantes do rei (“gens du roi”) se confiou a função de acusador público (“procureur”), adverte Helio Tornaghi (“Compêndio de Processo Penal” , 1967, vol. I),

— “Os monarcas procuraram por todos os meios robustecer a posição de seus representantes, dar-lhes independência em relação aos juízes e colocá-los em pé de igualdade com esses, fazendo inclusive que subissem o “parquet”, o estrado em que repousam as cadeiras dos juízes.”

11. Nem se argumente que, mercê de seu Estatuto, os ilustres advogados também devam ficar à direita do juiz, pois essa posição se lhes deve assegurar, sem que se atente contra os direitos e prerrogativas institucionais do Ministério Público, inclusive estratificados na regra positiva, específica, consignada no respectivo Código, a Lei nº 3. 434, de 20 de julho de 1958, que, repete-se, estatui, em seu art. 59, **in verbis**:

— “O membro do Ministério Público terá assento à diteita do Magistrado que presidir os trabalhos das sessões ou audiências dos tribunais e juízos, aos quais tenham exercício. Todavia o Defensor Público ficará no lugar destinado ao advogado.”

12. É que, a par de deferir ao Ministério Público a função de titular da “actio poenalis”, o Código de Processo Penal.

a) **impõe**, aos Órgãos do **Parquet**, o dever, sem limitações, de fiscalizar a exata aplicação da lei (CPP, art. 257);

b) **confere**, ao Promotor de Justiça, o poder, o dom de absoluta independência, no exame da prova (CPP, art. 385), optando pela condenação, como pela absolvição do acusado, com liberdade e amplitude igual à que o mesmo

Código de Processo Penal defere ao Juiz, sujeitos Promotores e Juizes às regras da' suspeição e impedimento.

13. Em a recente obra "O Júri" (RT-Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, pág. 14 e segs.), Hermínio Alberto Marques Porto, eminente Catedrático de Direito Judiciário Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, adverte que o Estado, ao comparecer, pela intermediação de Órgão que institui, perante o Poder Judiciário, para pleitear o reconhecimento do "jus puniendi", oferece os elementos suficientes:

- a) à definição do Ministério Público na esfera penal;
- b) à definição do suporte constitucional da AÇÃO PENAL.

14. E o emérito Professor, para abono de sua tese, com maestria, abroquela-se em o magistério do insigne José Antônio Pimenta Bueno ("Apostamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro", 1959, Edição RT, págs. 191 e 192, na parte "Teoria Geral da Ação Penal"), que cita e transcreve textualmente:

— "O fundamento constitucional da ação penal, como direito abstrato de agir, pertencente ao Estado, para aplicação da lei penal objetiva, reside justamente nessa autolimitação decorrente dos mandamentos constitucionais, no que diz respeito ao direito de punir".

15. Afinal, cumpre aduzir que, após referir a confusão que se faz, em desfavor do Ministério Público, entre "parte", em sentido substantivo, e "parte" na acepção adjetiva, processual, o ilustre Dr. Lauro Nelson Ferrari Thomé, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, (A Independência do Ministério Público como Garantia da Ordem Jurídica", in "Justitia", Vol. 80, págs. 9/13), traz à colação o pronunciamento de preclaros mestres, a saber, Petrocelli, Juiz da corte Constitucional da Itália e Catedrático de Direito Penal na Universidade de Nápolis, e SAUER, jusfilósofo, cuja relevância justifica, **data venia**, as transcrições que seguem:

—... "inútil tentar dissimular. Tudo se poderá fazer no estágio atual da civilização e dos ordenamentos jurídicos, menos impedir que o Ministério Público, no momento de proferir o seu parecer sobre a imputação posta em juízo, declare, se for esta a verdade, que o acusado é inocente."

—... "É inútil tentar dissimular. Tudo se poderá fazer no estágio atual da civilização e dos ordenamentos jurídicos, menos impedir que o Ministério Público, no momento de proferir o seu parecer sobre a imputação posta em juízo, declare, se for esta a verdade, que o acusado é inocente."

"O argumento é tão importante para os adversários da autonomia do Ministério Público, que tem sido suscitada por alguns a hipótese inacreditável de que o Ministério Público se imponha a proibição de renunciar à acusação. Nada de mais significativo para estabelecer.

como seria prudente, a relação de necessidade lógica através da qual, tanto se poderia fazer do Ministério Público simples “parte”, quanto desnaturar-lhe as funções, reduzindo-o de maneira absurda à condição de “Acusador a Qualquer Preço” (Biagio Petrocelli, **apud** Revista “Justitia”, Vol. 61, págs. 181 a 184).

— ...“ É muito freqüente ouvir dizer que o Magistrado do Ministério Público tem que prosseguir uma finalidade distinta da do Juiz: que o primeiro representa o interesse público (estatal) enquanto que o segundo tem que realizar a Justiça.

“Nada há mais errôneo do que essa opinião: a finalidade é a mesma para ambos, e o interesse público, o bem do Estado, coincide com a Justiça. Por esse motivo, que o vulgo ignora, o Magistrado do Ministério Público deve representar os interesses do acusado na mesma medida que o Juiz; tem que defendê-lo, desde que seja necessário”. (Apud Revista “Justitia”, vol. 61, págs. 388 a 389, Wilhelm Sauer, in “Filosofia Jurídica e Social”).

16. Em suma, o direito subjetivo do impetrante funda-se em fatos comprovados de forma incontestável e certa (Celso Agrícola Barbi, “Do Mandado de Segurança”, Forense 1966, págs. 55), caracterizável de plano na postulação e a matéria de fato é indubitosa (Caio Tácito, “O Abuso de Poder Administrativo no Brasil”, Rio, 1955, encontrando amparo na Constituição do País e Leis Federais citadas, em o contexto e complexo das quais haverá de ser apreciado e reconhecido.

17. Isto posto, o Ministério Público do Distrito Federal, oferecendo a presente impetração em duas vias instruídas com a documentação pertinente, em prol da majestade das funções e interesses que representa, requer que, observado o rito estabelecido na Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, notificada a digna autoridade coatora, haja por bem o Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios conceder o *writ*, para restabelecer e assegurar à Instituição o direito impostergável de assumir a cadeira tradicionalmente destinada à Promotoria Pública no estrado central do Plenário do Tribunal do Júri nesta Capital, na mesma mesa e de imediato à direita da ilustre Presidência, pois se identificam, em dignidade que se impõe resguardar, o Poder Judiciário (Estado-Juiz) e o Poder Executivo (Estado-Administração), atribuindo-se à causa, não obstante a respectiva natureza que, em boa técnica dispensaria o requisito, observado, então, pura e simplesmente *ad cautelam*, o valor simbólico de hum mil cruzeiros. Brasília, DF, 2 de agosto de 1974. Jorge Ferreira Leitão, 2º Subprocurador-Geral em exercício e Corregedor e, ainda, por delegação do Exmº Dr. Procurador-Geral.”

III — À GUISA DE AGRAVO REGIMENTAL

“Exmº Sr. Desembargador-Relator do Mandado de Segurança número 274

1. Nos autos do Mandado de Segurança nº 274, este órgão que, pelo Ministério Público do Distrito Federal, impetrou o *writ*, com a devida vênia, vem pedir reconsiderar o douto Relator o r. despacho de fls. 31, mercê do qual, para officiar no feito, foi nomeado Procurador, “ad hoc” o ilustre Dr. J. A. L. C., Procurador da República de Primeira Categoria, lotado na Primeira Subprocuradoria-Geral.

2. É que, sobre não haver incluído comando pertinente à intimação pessoal do Signatário, o despacho em referência, **data maxima venia**, contravém à lei, pois, via oblíqua, de plano, sem forma ou figura de juízo, decreta em sede imprópria, o impedimento e suspeição do Exmº Sr. Procurador-Geral que:

a) em tema de mandado de segurança de caráter originário, há de officiar, no prazo da lei (vide Ato Regimental nº 10 — Departamento de Imprensa Nacional — Rio de Janeiro — Brasil 1953, págs. 27/28);

b) em se tratando de suspeição e impedimento, encontra-se sujeito à disciplinação inserta no Ato Regimental nº 28 (publicação citada). Atos este e aquele que encerram regulação ainda vigente no âmbito do Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

3. Demais, na hipótese dos autos, a suspeição e impedimento da Chefia Máxima do *Parquet*, matéria de direito estrito disciplinada pelo Código de Processo Civil, Código do Ministério Público e atos Regimentais do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, é da competência privativa deste.

4. Isto posto, espera e confia o Impetrante em que, se não houver por bem V. Exª reconsiderar dito despacho e, incontinenti, encaminhar os autos ao Exmº Dr. Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios, visando ao Parecer do estilo, digno-se, então, de observar o “due process of law”, no que tange às arguições de impedimento e suspeição, a que se aludiu acima, para desate final do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília, DF, 9 de setembro de 1974. Jorge Ferreira Leitão, 2º-Subprocurador-Geral em exercício e Corregedor.”

IV — MEMORIAL

“Exmº Sr. Desembargador

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO pede vênia para oferecer ao douto Desembargador este **Memorial** que, sinteticamente, explicita as questões suscitadas e as razões pelas quais o presente MANDADO DE SEGURANÇA haverá de ser conhecido, preliminarmente, e, no mérito, concedido.

I — OBJETO: defesa do exercício de direitos e prerrogativas institucionais — poder jurídico abrangido no conceito de direito público subjetivo.

II — FUNDAMENTO: Constituição do País (Cap. I, Secção VIII, e § 21, art. 153), Leis Federais nº 3.434, de 20-07-58 (arts. 3º, 15, 16, 21 e 59), nº 3.754, de 14-04-60 (arts. 10 e 41), nº 4.158, de 28-11-62 (art. 3º), nº 1.533, de 31-12-51, e Código de Processo Penal.

III — QUESTÕES DE ORDEM:

a) O COATOR. A d. autoridade coatora, Presidente do Tribunal do Júri, Juiz Dr. W. M., diz, teve o **placet** da então Presidência do Egrégio Tribunal, o eminente Des. C. C. C. Mas parta a coação de um ou de outro, ou de ambos, competirá ao Colendo Tribunal o desate da controvérsia.

b) A NOMEAÇÃO DE PROCURADOR “AD HOC”. É irrita. O impedimento e suspeição do Exmº Dr. PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS é matéria de direito estrito: Lei nº 3.434, de 20-07-58 (art. 82), Código de Processo Civil e Atos Regimentais nºs 10 e 28 (Departamento de Imprensa Nacional — Rio de Janeiro — Brasil — 1953, págs. 27/28. DEMAIS: o digno Relator:

1º — não motivou o despacho que afastou do processo o Dr. PROCURADOR-GERAL e sequer intimou, pessoalmente, o MINISTÉRIO PÚBLICO. Malferido, pois, **data venia**, o Código de Processo Civil;

2º — não submeteu a exame do Plenário do Colendo Tribunal, embora provocado, petição que lhe dirigiu o MINISTÉRIO PÚBLICO que reclamou a emenda do gravame que se lhe infligia, súplica tempestiva que, à guisa de Agravo Regimental, encontra agasalho na Lei nº 1.301, de 28-12-50 (art. 33).

IV — “LEGITIMATIO AD CAUSAM” ATIVA: O MINISTÉRIO PÚBLICO é, também, destinatário da regra do art. 153, § 21, da Constituição Federal, que agasalha, inclusive, o poder jurídico necessário a resguardar prerrogativas e direitos inerentes à Instituição, abrangidos no conceito de direito público subjetivo. A doutrina e os Tribunais já o proclamaram.

É QUE

a) personalidade jurídica não se confunde com personalidade judiciária, e o MINISTÉRIO PÚBLICO detém esta última, que, segundo a doutrina (a alienígena e a pátria) assegura “legitimatio ad causam” ativa para impetrar ação mandamental (Mandado de Segurança) — Victor Nunes Leal, in “Problemas de Direito Público”, Forense, 1ª Ed. 1960, pág. 425 e segs.; Helly Lopes Meirelles, da 73/39, nota): a massa falida, a herança jacente, o espólio, o MINISTÉRIO PÚBLICO etc., não têm personalidade jurídica, mas têm personalidade judiciária.

b) o exercício de direitos e prerrogativas institucionais traduz-se em poder jurídico, abrangido no conceito de direito público subjetivo, sob o pálio do permissivo constitucional (art. 153, § 21).

3. Não procede, pois, a Preliminar erguida pelo Dr. Procurador “ad hoc”, o qual, **data venia**, confundiu conceitos basilares, não logrando distinguir

entre personalidade jurídica e personalidade judiciária, e esta consiste na suscetibilidade de ser parte (Dec-lei nº 29.637, de 28-05-39), parte formal ou substancial. E o Exmº Dr. PROCURADOR-GERAL avocou a espécie.

V — PROVA INSTANTÂNEA E IDÔNEA: Os documentos que instruem a inicial comprovam, instantânea e imediatamente, o gravame que causou ao Impetrante o ato ilegal e abusivo da autoridade coatora e a lesão que se quer conjurar está provada, DOCUMENTALMENTE:

Doc. I, em o qual a CHEFIA MÁXIMA do PARQUET sintetiza as providências e entendimentos promovidos junto ao Juízo e à Presidência do Tribunal, para resolver-se suasoriamente a questão, de sorte que, sem maiores repercussões e alardes, o MINISTÉRIO PÚBLICO viesse a ocupar sua tradicional cadeira, no estrado central do Plenário, à mesa e imediatamente à direita, junto à Presidência dos Trabalhos. As negociações, porém, não conduziram a bom termo, pelo que o Exmº Dr. PROCURADOR-GERAL resolveu instruir a doutra PROMOTORIA PÚBLICA, no sentido de que, no momento em que se instalassem os trabalhos da Sessão inaugural, em se concretizando a ameaça, noticiada até pela imprensa, de esbulho do posicionamento tradicional da Instituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO requeresse, por petição, ao Dr. JUIZ a observância da lei (art. 59 da Lei nº 3.434/58), pedindo se consignasse em Ata o eventual indeferimento da pretensão, para exame ulterior da CHEFIA MÁXIMA do PARQUET e impetração do “remedium iuris” próprio.

Docs. II/III, que estratificam o requerimento do MINISTÉRIO PÚBLICO (vide Doc. I acima) e o indeferimento, por parte do Dr. Juiz coator;

Doc. III, Ata da Primeira Sessão de Julgamento da Primeira Sessão Judiciária de 1974, que comprova que o ilustre Juiz Impetrado convidou o então Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o douto Desembargador C. C. C., a ocupar o lugar destinado por lei ao MINISTÉRIO PÚBLICO, no Plenário do Júri, em a mesa sobre o estrado central, imediatamente à direita daquela Presidência do Tribunal Popular. Aliás, o fato é público e notório e independeria de prova (CPC, art. 334, inc. I), mas se encontra bem provado nos autos, consoante defluiu, ainda, dos seguintes elementos:

a) Docs. IV/V, os quais trazem à colação, inclusive, noticiário da Imprensa Local sobre a ilegal inovação;

b) INFORMAÇÕES aduzidas pela própria autoridade coatora, que, em substância, confessa ditos fatos (CPC. art. 334, inc. II).

4. De outro lado, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento de que as questões de direito, por mais delicadas ou intrincadas, podem ser dilucidadas na sede do Mandado de Segurança, que é ação própria, **in casu**, dedutível perante o Judiciário: se, suasoriamente, em face das gestões adotadas e à vista do requerimento da Promotoria, o Dr. Juiz Impetrado não acolheu a pretensão do MINISTÉRIO PÚBLICO, ensanchas se apresentaram para o ajuizamento do **writ**. Foi o que ocorreu.

5. E, é indisputável, a expressão “Nada a Deferir”, ao contrário do que sustenta o Dr. Procurador “ad hoc”, é forma oblíqua e, **data venia**, pouco viril que traduz, que significa, que equivale, é óbvio, a “Tudo a Indeferir” ou a “Indefiro”.

6. Dessarte, são de todo inconsistentes e, mesmo, pueris, as afirmações do Dr. Procurador “ad hoc” no sentido de que a ponderação do Exmº Dr. PROCURADOR-GERAL, em 3-4-74, (DOC. I) de que o assunto seria delicado e complexo, demandava estudo e reflexão, e de que só o Judiciário, em ação própria, poderia dilucidar a questão, dita ponderação não recomendaria, nem permitiria o encaminhamento da petição, de 5-4-74 (DOC. II), mediante a qual o Dr. PROMOTOR, de forma incidental, submeteu o assunto, apenas dois dias após, a exame do Dr. Juiz Presidente do Tribunal do Júri. Também é pueril o argumento de que o despacho “Nada a Deferir” não equivaleria ao despacho “Indefiro”.

7. Sem ressonância, os protestos da autoridade coatora, no sentido de que sempre procurou, como de seu dever, prestigiar o MINISTÉRIO PÚBLICO.

8. Afinal, quanto à afirmação do Dr. Juiz Impetrado de que o Exmº Dr. J.J.G.L., PROCURADOR-GERAL, teria concordado com a minimização do MINISTÉRIO PÚBLICO, com a postergação de seu posicionamento tradicional, queda desmentida, expressa e categoricamente, por documento autêntico do próprio punho da CHEFIA MÁXIMA DO PARQUET (Doc. I, acima assinalado), cujo eloqüente despacho originou, mesmo, a presente impetração.

9. Não procede, também, a preliminar erguida pelo Dr. Procurador “ad hoc”: A PROVA DOCUMENTAL ACOSTADA À INICIAL É INSTANTÂNEA E IDÔNEA, encontrando-se confortada, em substância, pelas informações da própria autoridade coatora.

VI — MÉRITO: Evidente e palpável a procedência do presente Mandado de Segurança, nesse sentido concluindo, mesmo, o Dr. Procurador “ad hoc”. É que o direito líquido e certo invocado na impetração, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, encontra guarida nas disposições da Constituição e Leis Federais, mencionadas linhas volvidas, notadamente a Lei nº 3.434, de 20 de julho de 1958, CÓDIGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL, cujo art. 59 assim edita:

“O membro do Ministério Público terá assento à direita do Magistrado que presidir os trabalhos das sessões ou audiências dos tribunais e juízos, junto aos quais tenham exercício. Todavia o Defensor Público ficará no lugar destinado ao advogado.”

10. E o Dr. Procurador “ad hoc”, no mérito, opinou pela concessão do *writ*, em substância aduzindo:

“10. A um Egrégio Tribunal, em Sessão solene, de cunho político social, como seria a da instalação do Tribunal do Júri, cabe receber seus visitantes e distinguí-los com lugar de honra que mereçam. Mas, “data máxima venia”, inadmissível o mesmo proceder em sessão de julgamento, pois, nesta, o lugar de quem não compõe o Tribunal é o reservado ao povo, ainda que aí se lhe destine, como praxe, posição eminente.

11. No exercício de sua função específica, que é a de julgar, o Juiz não pode receber visitas, por mais gradas e ilustres sejam elas. O mesmo se dá, no Pretório, com o Promotor ou com o Advogado.

12. O registrado na Ata copiada às fls. 15/19, tido pelo noticiário da imprensa não oficial, conforme documento de fls. 20, como rotina a ser adotada pelo Tribunal do Júri, “data máxima venia”, não encontra justificativa nem amparo legal de qualquer espécie, e só seria aceitável, à luz da lei, na fase de instalação do Júri e antes de se iniciar o julgamento.

13. Por mais distintos, ilustres, cultos e respeitáveis que tenham sido os visitantes, como o foram e são, pródigos em aplausos para com as novas instalações do Tribunal do Júri do Distrito Federal, seus louvores e encômios não teriam o condão de derogar dispositivo expresso de lei vigente, como o é o art. 59 da Lei nº 3.434, de 20-7-58.

.....
“15. As nobilitantes funções desempenhadas pelo órgão do Ministério Público, em Juízo ou fora dele, não são de medir-se por graus de prerrogativas funcionais, mas se a Lei as outorgou, por mínimas que pareçam ser, relevantíssimas razões ditaram sua outorga e a defesa delas, intransigente e impostergável se impõe como dever, em nome mesmo do Estado que as houve por bem estipular.”

11. EM FACE DE TODO O EXPOSTO, O MINISTÉRIO PÚBLICO espera e confia em que o presente MANDADO DE SEGURANÇA haverá de ser conhecido, preliminarmente, e, no mérito, concedido. Jorge Ferreira Leitão, 2º-Subprocurador-Geral em exercício e Corregedor. Brasília, DF, março de 1975”.

O CÂNCER DE NOSSAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

ANTÔNIO LUIZ DE SOUZA ROCHA

Procurador da Justiça
do Estado do Paraná

O artigo ora publicado foi transcrito da “Folha de Londrina” de 1º de março de 1975. Pela atualidade do tema a que o tempo se incumbiu de emprestar maior valor, resolvi publicá-lo, por inteiro. Parece que foi escrito em face do HOJE. Acontece que o HOJE continua durando 10 anos.

Se “O PARTEIRO” não estiver atento ao momento do “parto”, O MONSTRO que vem por aí, propiciará ao Brasil um novo período de “crises institucionais”, sabe lá Deus até onde, quando tudo está ao alcance das mãos, e tão fácil!

“Para Herrera Figuerôa, Reitor da Universidade John Kennedy, de Buenos Ayres, este século é o século do tridimensionalismo, que superou, sem dúvida, o normativismo puro kelseniano, que ainda grassa nos pretórios, por ser mais fácil de ser captado nas simples presilhas dos códigos. O endeusamento que ele fez do Prof. Miguel Reale, e que fizeram em sua grande maioria, os jusfilósofos de todo o mundo, reunidos em congresso, em Brasília, em 1972, nos autoriza a tomá-lo como pedra fundamental da análise que fazemos.

Para Reale, o Direito é considerado como um “objeto” ou um “ser” (teoria dos objetos desenvolvida a partir de Frank-Brentano e Edmund Husserl) e tanto pode ser uma norma jurídica, quanto uma associação, ou ainda uma INSTITUIÇÃO. As ciências têm por estudo “objetos”, no sentido de existirem com uma estrutura objetivada, distinguindo-se uns dos outros, por sua classificação no quadro geral das ciências. Para as ciências matemáticas, o triângulo existe e tem uma essência: “figura geométrica, com três lados e três ângulos”, mas seus “objetos” são atemporais. As ciências físico-biológicas lindam-se por fatores espaço-temporais, mas são neutras a valores, os quais caracterizam os “objetos” das ciências culturais. Os “objetos” do “mundo da cultura” existem e têm uma estrutura “fenomênica”, vale dizer, “fora do subjetivismo” do ser humano que os observa. É preciso que se acostume a ver, por exemplo, o Direito, quase como “uma coisa”, que existe independentemente do subjetivismo de cada um, mas que tem como pressuposto de sua existência, uma “cultura” ou “uma sociedade”. A sociedade

é a “condição primeira” da existência do Direito, pois, só com ela aparecem os componentes da estrutura SER “DIREITO”; “Fatos” e “Valores” implicados em um processo dialético gerador da “NORMA”, a qual, NECESSARIAMENTE, tem que ser “SÍNTESE dialética integrativa” daqueles FATOS e daqueles VALORES.

Veja-se a importância destes pilares para se entender tudo sobre cada problema jurídico que se apresenta a cada dia, ao juiz, ao advogado. Veja-se a importância deles para o político e para o legislador. Veja-se a importância para se entender tudo sobre “A CRISE DAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS” que vivemos.

As crises institucionais são provocadas, todas elas, por uma causa fundamental: a teratologia(ou monstruosidade) do “Ser Jurídico”, pela edição de NORMAS INADEQUADAS aos FATOS e aos VALORES de uma determinada cultura, ou seja, a “monstruosidade” do “objeto” ou “MODELO INSTITUCIONAL” inadequado à sua própria definição. Destrói-se a Instituição pela contradição contida nos próprios termos de sua NORMA. Acontece, muitas vezes, que a NORMA jurídica esteja inadequada aos “FATOS e VALORES” a que visa. Ela terá “vigência” no momento em que for publicada. Terá “eficácia” porque “obriga” e pode ser imposta pela força da autoridade. Falta-lhe, entretanto, “validade”, porque não corresponde aos VALORES e FATOS histórico-sociais que deveriam ser os dois componentes de sua essência.

Então, com os olhos voltados para a “definição” acima de “DIREITO” teremos que: se a NORMA não for a “SÍNTESE de FATOS e VALORES” histórico-sociais, mas, “expressão cerebrina” de um teórico imposta para ser experimentada “a posteriori”, o “Ser jurídico” estará afetado em sua essência: é SER teratológico cuja monstruosidade pertence à intimidade de sua própria “essência”.

A importância destes pressupostos, fundamentais à ordem econômico-jurídico-social, é imensa. Oliveira Viana nos mostrou, com obra comemorativa dos cem anos de independência do Brasil, que todos os nossos males e erros, e TODAS AS NOSSAS CRISES INSTITUCIONAIS advieram da inadequação de nossas instituições a “nossa realidade”, vale dizer: “as nossas instituições políticas nunca tiveram os olhos postos nos FATOS e nos VALORES eminentemente nossos. Nossos políticos só sabiam gritar por igualdade e liberdade (valores que os enciclopedistas franceses lhes ensinaram, via Coimbra), garantidos por um Estado de Direito, em que os Três Poderes independentes e harmônicos (Montesquieu, via “The Federalist”, pela voz de Rui) se frenavam, mesmo que a custo da lentidão do processo legislativo ou judiciário, instituições que se desmoralizaram, dentro da ortodoxia montesquieana, como estruturas inadequadas a realizar seus fins, e a isto se chamou “Estado de Direito” ideal e utópico (para usar linguagem de Oliveira

Viana), que precisa ser superado, com vistas nos valores e fatos de nossa cultura atual.

Grande parte das instituições inspiradas em figurinos alheios às nossas necessidades histórico-sociais, a nossos valores culturais, se transformaram em “mito”, em “tabu” intocável, esquecidos os homens de que foram os fatos históricos de cada momento que se implicaram com valores culturais, dando origem às instituições próprias àquele momento. No princípio era o Rei-Juiz-Legislador, mas, aos poucos, foram-se separando os poderes diante das implicações fático-axiológicas do momento ambiental.

2. Resta à imaginação do constitucionalista de hoje superar Montesquieu, diante da nova perspectiva fático-axiológica que lhe apresentarão o geopolítico, o sociólogo e o jusfilósofo.

Pelo visto, projeta-se agora (março de 1975) dinamizar o processo “nomogenésico” visando “aberturas”, como se algo estivesse fechado; visando a “descompressão” como se algo estivesse comprimido; visando a “volta ao Estado de Direito”, como se esta Revolução-não tivesse sido ungida pelo batismo do fogo revolucionário, quando o povo se “investiu” no Poder Constituinte pela mão dos chefes da Revolução, os quais fizeram uma “Proclamação” imediatamente após a vitória (Ato Institucional de 9 de abril de 1964) afirmando que o faziam por tempo determinado, em nome da Nação, como seus delegados. Depois, a voz da subversão exigiu que o processo se dilatasse no tempo. Tudo isto, porque as INSTITUIÇÕES NÃO FUNCIONAVAM. Os “objetos” culturais “INSTITUIÇÕES” estavam doentes em sua própria essência, pois, as NORMAS não eram mais adequadas aos fatos históricos, — e os instrumentos jurídicos também —, para dar vida às INSTITUIÇÕES em tempo de era espacial, e muitos órgãos do Poder haviam aderido aos “desvalores” que a Revolução se propusera estirpar.

Naquela Proclamação se afirmou que “O Processo Revolucionário é da Nação inteira”, e isto é muito importante enfatizar, como fundamento da legitimidade revolucionária!

A Revolução, portanto é, ela mesma, um “objeto cultural”, com estrutura tridimensional em sua essência. Sua legitimidade repousa no fato de que, estando o “objeto” “instituições vigentes” (a ordem normativa e os órgãos a ela referentes) sofrendo de processo canceroso em sua estrutura, investiu-se ela no poder constituinte para iniciar e completar novo processo nomogenésico (gestação e parto de uma nova constituição), em nome da Nação. Em outras palavras, a revolução veio como “processo revolucionário” para substituir instituições disformes em sua essência teratológica, por outras sadias. Veio para propiciar instituições jurídicas e órgãos capacitados a realizar valores expressos nas normas. Eis tudo o que se espera da Revolução.

Mas... a desordem era tão grande que o “Governo Revolucionário” teve que dedicar tempo enorme a dois valores prioritários, que, se não fosse isto, seriam objetivos de simples governo, sem a “nota” de “revolucionário”. Foi necessário, primeiro, detonar o processo do “desenvolvimento” com “segurança”, imposto pelo determinismo de nosso condicionamento geopolítico, como se pode ver claríssimo da leitura de “Geopolítica do Brasil”, de autoria do General Golbery do Couto e Silva. Havia inconformados, à sombra da conspiração, e estes “fatos” exigiam “normas” adequadas para defender os “valores” que a filosofia revolucionária empolgou em suas mãos. E a isto estão chamando de “Compressão”!!!

É fato histórico sabido que o “processo revolucionário” se desenvolve com maior ou menor lentidão. A Revolução é um SER em gestação cujo processo se desenvolve no tempo e se completa com sua Institucionalização Definitiva. Não pode vir à luz nem antes, nem depois do tempo. No momento (fevereiro de 1975) a Nação está sentindo as dores do parto daquele SER. Já fazem força para virem à luz do dia “seres” menores como “Distrito Eleitoral”, “bi ou pluripartidarismo”, “Sublegendas”, “Códigos”, “Reforma Judiciária”, “Divórcio”, que são como “fetos normativos” aspirando à vida jurídica. Por fim, tenta vir à luz a CONSTITUIÇÃO.

Quem está assentado no ponto de incidência do Poder, vai presidir ao parto. Dentro de uma Democracia plural, vários “fetos” (doutrinas, pontos de vista, projetos de lei) aspiram ser “O Escolhido” para entrar na “Vida Normativa”. O parteiro escolherá somente um. No seio da mãe Revolução, entre vários fetos sadios (há sempre uma pluralidade de opções válidas porque adequadas a fatos e valores), ingressam de permeio, fetos teratológicos, pela utopia contida na Norma em desconformidade com fatos e valores. Não sendo, pois, a sua síntese, são “cobras inteligentes e com vontade”, são homens autômatos ou robôs pensantes e feridos todos na intimidade de sua essência. Todas as Leis “ideais utópicas” são dessa categoria. São mágicas jurídicas fabricadas por aprendiz de feiticeiro, que postas na vida da “vigência” jurídica, imediatamente demonstram a sua imprestabilidade e a sua “capacidade de gerar crises” ou seja “o pólo oposto do valor visado”.

Examinem-se uma por uma, as nossas Instituições Políticas em Crise e ver-se-á, de imediato, que padecem desta doença: “inadequação normática”. São leis feitas por lunáticos idealistas que acreditam que o que serve para os Estados Unidos, para a Alemanha, a Suécia, serve para nós, como acreditam na força de suas “teorias cerebrinas”. Thomas Morus acreditava que sua Utopia servia para todos. Não. Não servem, porque tais normas “não pertencem ao SER jurídico, por não se referirem a fatos e valores daquela sociedade específica a que se destinam”.

Temos o “nosso doente”. Para curá-lo, só remédio NOSSO. Até a medicina já descobriu que não há mais doenças. Há doentes.

Estejamos, pois, alertas e a postos para ajudar ao parteiro, nesta democracia plural, pois, foi isto o que ele pediu a todos os que pudessem ajudar, de lá de Brasília. Já vai fazer um ano, MEU Deus! (Estávamos em 1º de março de 1975).

Em outros artigos examinarei “objetos” como “sublegenda”, “bi ou pluripartidarismo”, “eleições majoritárias, proporcionais, mistas e ecléticas”, “Organização do Poder Judiciário”, “A Federação”, “O Ministério Público” e vários outros. Numa segunda parte tratarei de outro “ponto de estrangulamento” de nossas crises: a inadequação entre a “vigência” da norma válida e a sua “eficácia” ou “efetividade social”, o que só será possível quando contarmos com “órgãos capacitados” ou seja conscientes de seu dever de servir aos valores contidos na norma, sem deixá-la morrer pela inércia, ou sem extravasar de suas atribuições e competências.

Por fim, a terceira parte, em que tratarei do tema: “A Revolução como Instituição”, em que oferecerei dentre várias, uma opção válida de superação da concepção montesquieana, concebendo o Estado, também dentro de uma visão tridimensional concreta, em que haja UM SÓ Poder Nacional, em TRÊS ramos distintos. O órgão máximo do Poder Nacional composto da cúpula dos três ramos seria presidido pelo Presidente da República. Este órgão teria em suas mãos o Poder Constituinte permanente, como potência a ser atualizada durante as grandes crises.

Usarei o método fenomenológico fazendo primeiro a análise de cada “objeto”, ou instituição em crise, tentando demonstrar que as duas grandes causas das crises são a monstruosidade contida na essência do próprio ser estudado e a falta de capacitação de órgãos inadequados aos valores contidos na norma.

Até aqui o artigo publicado na “Folha de Londrina” de 1º de março de 1975.

Façamos uma pergunta sincera a nós mesmos: O “ser jurídico doente”, que estava doente em 1964 e que doente continuava em 1975, ferido na intimidade de sua essência, por moléstia crônica denominada Inadequação Normática, está curado?

— Foi ele tratado convenientemente pela Revolução, que veio só para fazê-lo, podendo, com sinceridade, devolver ao povo o Poder Constituinte em que se investiu (e que guarda em estado de potência), cônica de ter cumprido a missão a que se propusera: curar o enfermo de tão terrível moléstia, a inadequação normática? A democracia está devidamente “institucionalizada”, — sinônimo de “feita” —, conforme o prometido?

Brasília, 22 de outubro de 1984

PRINCÍPIOS MODERNOS DE DIREITO PENAL

*EVERARDS MOTA E MATOS
Promotor de Justiça do DF*

A — COLOCAÇÃO DO TEMA

A missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos valorados como elementos essenciais à vida em sociedade.

A lei penal não cria o injusto mas apenas o consubstancia através do tipo que, para ser autêntico, deve descrever condutas, proibidas antes pela consciência ético-social e moral de um povo.

Ao erguê-las como objeto da proteção penal, o legislador se serve de certas substâncias alicerçadoras da lei.

Essas fontes, quanto mais autênticas e reais forem, refletirão as tendências sociais com maior fidelidade e as tornarão, em consequência, mais duradouras.

Pode a evolução gradativa da sociedade gerar novas fontes erigidoras de bens outros carentes de proteção ou mesmo considerar determinadas como não mais suscetíveis do amparo penal.

Também, as mutações sociais possibilitam a hermenêutica a acompanhar o sentido da proteção para determinar o seu âmbito e alcance.

Por tais razões a ciência penal cria princípios reitores que visam estabelecer os fundamentos para uma mais adequada aplicação da justiça atinente.

Dentre os diversos já conhecidos, alguns se destacam, modernamente, como regras de interpretação conducentes a uma mais fiel aplicação da lei penal.

B — PRINCÍPIOS

I — DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Consiste em interpretar certas condutas, formalmente subsumidas a um tipo, como fora do seu alcance porque socialmente reconhecidas como lícitas e adequadas.

Sendo os tipos incriminadores moldes de condutas proibidas, as aceitas como normais, pela sociedade, estão despidas do desvalor que as caracteriza como injustas, ficando, portanto, fora do alcance penal.

HANS WELZEL no seu “Derecho Penal Aleman” — Parte General — 11ª edición — 2ª Edición Castelhana — Editorial Jurídica de Chile — pág. 84, exemplifica:

“Por ser socialmente adecuadas quedan excluídas, asimismo, las lesiones corporales insignificantes, del § 223, las privaciones de libertad irrelevantes, del § 239, el jugar pequeñas cantidades, de los §§ 284 ss; la entrega habitual de regalos de escaso valor para Año Nuevo, del § 331 (véase infra § 78 AI); las condutas meramente indecorosas o impertinentes, de los delitos contra la honestidad, entre otros más.”

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em sua excelente obra, “Princípios Básicos de Direito Penal” — Ed. Saraiva — 1982, ao tratar do tema, no item 100, págs. 185/186, esclarece:

“A ‘adequação social’ exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos.”

Fechando o item com prioridade elucidativa, cita a seguinte frase de MIR PUIG:

“Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto.”

Realmente, a mãe que fura a orelha da filha para proporcionar a ornamentação com os brincos, ofende-lhe a integridade corporal; o pai que priva o filho rebelde de sua liberdade, trancando-o no quarto para forçá-lo ao estudo ou o juiz do interior que recebe uma leitoa de um fazendeiro na véspera do Natal, apesar de formalmente terem suas condutas subsumidas, respectivamente, nos tipos dos artigos 129, 148 e 317 do Código Penal — lesões corporais, cárcere privado ou corrupção passiva — materialmente suas ações não se revestem da ilicitude que servira de substância à tipificação dos crimes supra-exemplificados pois, socialmente adequadas.

Sob outro prisma a questão pode ser examinada em consonância com os elementos do tipo, subjetivos e objetivos.

O mesmo fato objetivo pode se apresentar de conformidade ou de contrariedade ao direito, dependendo da atitude subjetiva impulsionadora da ação que o causou. Para saber se existe ou não o elemento subjetivo do tipo, condicionador de sua existência, há necessidade de se especular sobre a intenção do agente que o fez. Daí se nota que os estados subjetivos, o desejo, a vontade ou a intenção distinguem o justo do injusto, o lícito do ilícito, o permitido do proibido.

Se inexistente o elemento subjetivo geral do injusto porque a conduta é reconhecida como normal ou adequada, não há de se falar em infração do tipo penal.

E, não há crime, sendo o fato atípico, se faltar qualquer dos seus elementos essenciais de ordem subjetiva ou objetiva.

Certo é que, para o Finalismo, o dolo é natural, ou seja, despido do elemento normativo — “potencial ou efetivo conhecimento do injusto” — que, para esta teoria, se encontra na culpabilidade, como juízo de censura ou reprovação, razão por que poder-se-ia admitir que os agentes, nos exemplos fornecidos, alcançaram o elemento objetivo com dolo, ou seja, com consciência e vontade.

Porém, “segundo a doutrina dominante, dolo, como relação psíquica de fato, é a vontade de realização de um tipo penal, com o conhecimento de todas as suas circunstâncias objetivas” — JOHANNES WESSELS — “Direito Penal” — Parte Geral — pág. 50 — Ed. Sérgio Antônio Fabres — Porto Alegre — 1976 — Tradução de Juarez Tavares.

Também WELZEL, para quem “dolo é o saber e querer a realização do tipo” — *in* obra já citada.

Ora, como dolo é a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, nenhum dos autores de fatos constitutivos dos exemplos retromencionados tiveram o conhecimento e a vontade de, com suas condutas, realizarem os respectivos tipos. Em consequência, são elas atípicas por se encontrarem despidas da força psíquica necessária à valoração penal, e, desta forma, socialmente adequadas.

Estas incursões teóricas não têm a pretensão de apresentar o princípio como característica do tipo já que também o percebemos como forma de interpretação.

2 — DA INSIGNIFICÂNCIA

Decorre do anterior e se apresenta como meio auxiliar de interpretação.

A proteção dos bens jurídicos fundamentais à paz social constitui, como visto no início, a missão do Direito Penal.

Para alcançá-la há de se perquirir sobre a razão da lei, ou seja, o fim que a levou a proteger o bem ou interesse jurídico objetivado.

Nessa trilha o intérprete, freqüentemente, pode se deparar com fatos típicos que, entretanto, esbarram nas razões teleológicas, impossibilitadoras de sua valoração ao âmbito do alcance da norma, tornando-os, por tais razões, atípicos.

São os fatos penalmente insignificantes por apenas atingirem interesses irrelevantes ao objetivo da resposta penal pois, muitas vezes, não correspondem, também, às características subjetivas do tipo.

Não configurariam peculato as apropriações de objetos como canetas, papéis, lápis etc., levados das repartições pelos funcionários, em gesto normal e instintivo, desde que em quantidade insignificante.

Da mesma forma, inexistiria descaminho a posse, pelo turista, ao regressar, de quantidade pequena de mercadorias estrangeiras.

As palavras de baixo calão sempre dirigidas, como imprecações, a alguém, em costume freqüente e generalizado, na sua aceção valorativa não afetam, em regra, a dignidade e a honra ou não constituem ameaças, na sua real dimensão jurídica.

D'outra forma, examinando tais condutas sob o aspecto subjetivo, são inúmeras as que, apesar de se ajustarem ao tipo, não possuem aquela característica necessária ao seu perfazimento.

Realmente, o funcionário público que se apropria de lápis, canetas, cliques ou borrachas, objetos na sua posse em razão do cargo, não tem a consciência e vontade da ilicitude formalmente objetivada no tipo do art. 312 do Código Penal — Peculato.

Por iguais razões, os agentes das condutas exemplificadas, não agem com o fim de perfazer os elementos objetivos descritos pela norma tipificada, donde inexistir a congruência.

O princípio é largamente empregado, na maior das vezes, inconscientemente.

Os agentes de fiscalização do trânsito preferem aplicar sanções administrativas do que autuar os motoristas quando surpreendidos sem a habilitação, em direção perigosa ou na omissão do sinal de perigo (triângulo) nas circunstâncias determinadas. infrações previstas, respectivamente, nos artigos 32, 34 e 36 da L. C. Penais.

As delegacias policiais anotam primeiro as ocorrências em rascunhos ou "tombinhos" para só registrá-las no livro oficial (O Tombo), após se certificarem da significação penal do evento.

É conhecido o desinteresse, nas varas criminais, pelos feitos irrelevantes por insignificância do bem jurídico afetado, cujos destinos, na sua grande maioria, são a prescrição pela pena abstrata ou, se julgados, pela concreta, em regra.

WELZEL não destacou este princípio, preferiu considerá-lo dentro do anterior porque os fatos de pouca importância para o Direito Penal emergem de condutas consideradas socialmente adequadas.

Como nem sempre as condutas causadoras de fatos insignificantes são socialmente adequadas, a doutrina alemã introduziu o princípio em pauta, visando, nesses casos, a delimitação do injusto.

3 — DA CONFIANÇA

Desenvolveu-se no âmbito dos crimes culposos. Nestes o agente só atinge o resultado previsível, não desejado, quando inobserva o cuidado objetivo exigido.

JOHANNES WESSELS, *in* obra citada, pág. 150, esclarece com a concisão que lhe é peculiar:

“Com este conteúdo, assim averiguado, do cuidado exigido objetivamente deve-se comparar a conduta do autor, causadora do resultado:

Se esta corresponde às exigências, será cuidadosa, conforme ao tráfego e faticamente isenta de defeitos, e com isto, deixa de existir o desvalor da conduta e com ele a tipicidade;

“Se a conduta real do autor permanece aquêm das exigências da ordem jurídica será descuidada, contrária ao tráfego e faticamente defeituosa.”

JAMES TUBENCHLAK no seu livro “Teoria do Crime” — 1ª ed. — Forense — 1978 — anotou:

“Através do moderno princípio da confiança, desenvolvido jurisprudencialmente em face da crescente proliferação dos delitos de automóvel, já se consegue limitar o conceito do dever de cuidado objetivo” — pág. 113.

Também FRAGOSO, *in* Lições de Direito Penal — Parte Geral — na sua 5ª ed. — Forense — 83 — pág. 229, após objetivar o alcance do princípio, “segundo o qual os usuários da via devem confiar em que os demais respeitarão, por igual, as normas de prudência que regem a circulação de veículos”, acrescentou que, “com base nisso determina-se o comportamento exigível do motorista e do pedestre para saber se ocorrem, ou não, específicos deveres de atenção, diligência e cuidado” — no mesmo sentido WELZEL, obra citada pág. 191.

As formas de violação do cuidado objetivo previstas em nosso Código Penal são a imprudência, negligência ou imperícia.

Se o agente deve agir sempre com atenção, diligência e cuidado para não violar tais formas caracterizadoras de culpa, deve igualmente confiar em que os outros tenham idêntica conduta, devida e necessária no âmbito da relação social.

Sob tal prisma a responsabilidade penal é feita através do processo de exclusão.

Verifica-se se a conduta desviou-se do normal diante de um evento danoso. Em caso afirmativo não houvera violação, por parte do agente, do cui-

dato necessário, restando, em consequência, sua total irresponsabilidade pelo resultado advindo.

Assim, nos delitos de trânsito, provada a precaução do autor e o descuido de um terceiro ou da própria vítima, que contribuiu para causá-lo, não há de se falar em culpa.

Exemplo significativo da aplicação do princípio da confiança pode ser colhido na recente decisão do preclaro Magistrado JOSÉ AUGUSTO DE FIGUEIREDO BRANCO, da 1ª Vara de Delitos de Trânsito do Distrito Federal:

“Colhe-se dos autos que na manhã de 5 de setembro de 1983 o acusado estava normalmente dirigindo um táxi na Estrada Parque Dom Bosco, imprimindo-lhe velocidade moderada, quando atropelou Maria Rodrigues Pedrosa causando-lhe as lesões descritas no laudo do IML (fl. 9).

“O conjunto probatório revela, com suficiente nitidez, que a vítima desceu de um ônibus da Viação Pioneira e tentou atravessar a pista passando pela frente de um coletivo da VIPLAN, fazendo-o com desatenção e apressadamente, razão pela qual foi atropelada pelo táxi que o réu conduzia.

“A testemunha David Barbosa de Araújo, em fl. 22v. esclareceu que ‘a vítima, ao tentar ultrapassar a pista, o fez de forma apressada e sem olhar para os lados’. Também Ary Gomes Figueiredo Filho, em fl. 20v., informou que, antes do sinistro, Maria ‘saiu da frente de um ônibus que se encontrava parado no estacionamento’, procedendo ‘sem atentar para as condições de trânsito’.

“As provas coligidas não afirmaram a dinâmica do acidente que o réu traçou em seu interrogatório (fl. 27v.).

“Ao que tudo indica, o atropelamento foi determinado pela conduta afoita e temerária da própria vítima.

“A doutrina e a jurisprudência já estabeleceram que, nos crimes oriundos de acidente de trânsito, se o evento aconteceu por culpa exclusiva da vítima, não há como imputar-se qualquer responsabilidade ao motorista, uma vez que para a incriminação é necessária a prova de elemento moral (v. Edgard de Moura Bittencourt. “Vítima”, págs. 194 e 195, Ed. Universitária de Direito, 1978; Geraldo de Faria Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro — “Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito”, pág. 700, Ed. Saraiva, 1983).

“O comportamento da vítima representou para o acusado fato verdadeiramente imprevisível, circunstância esta que impede a caracterização da culpa penal.

“Ademais, a exemplo do que vem ocorrendo com a jurisprudência alemã, é necessário desenvolver a aplicação do **princípio da confiança** (Vertrauensgrundsatz), em virtude do qual cada um dos envolvidos no tráfego tem o direito de esperar que os demais se atenham às regras e precauções que de todos são exigidas, a menos que circunstâncias especiais evidenciem o contrário (v. Johannes Wessels — “Direito Penal”, Parte Geral, trad. do alemão, pág. 150, Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976; Hans Welzel — “Derecho Penal Alemán”, trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, págs. 188 a 191, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1976; Eduardo Correia — “Direito Criminal”, vol. I, pág. 424, Ed. Livraria Almedina, 1971; Francisco de Assis Toledo — “Princípios Básicos de Direito Penal”, pág. 95, Ed. Saraiva, 1982; Heleno Cláudio Fragoso — “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, vol. I, pág. 76, Ed. José Bushatsky, 1976, e Álvaro Mayrink da Costa — “Direito Penal”, Parte Geral, pág. 546, Ed. Forense, 1982).

“A propósito, preleciona Hans Welzel — corifeu da teoria finalista — que o princípio da confiança concretiza **materialmente**, de modo importante, a noção de cuidado, na medida em que faz da esfera do correto comportamento dos **demais** a base do comportamento apropriado de todo usuário da via, salientando que as regras de circulação adquirem, dessa forma, um novo valor dentro da noção de cuidado, uma vez que sendo **lícito**, em princípio, ao usuário da via, contar com que os demais usuários se conduzirão de maneira correta, passa ele a dispor de uma base sólida para regular apropriadamente seu próprio comportamento. (“Culpa e Delitos de Circulação”, trad. de Nilo Batista, in Revista de Direito Penal, nº 3, pág. 27).

“Por isto mesmo, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão relatado pelo juiz Dínio Garcia (v. Vicente Celso da Rocha Guastini e Wilson Ninno — Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. II, pág. 151, Ed. RT, 1980), teve o ensejo de assim decidir:

Embora, em termos absolutos, tudo o que não seja fisicamente impossível é previsível; no que respeita ao trânsito a previsibilidade há de ser temperada pelo princípio da confiança recíproca em razão do qual cada um dos envolvidos no tráfego tem o direito de esperar que os demais se atenham às regras e cautelas que de todos são exigidas. Assim não há de condenar motorista que, ante conduta disparatada da vítima, colhe-a em inevitáveis condições de atropelamento.

“O caso em julgamento possibilita a aplicação do princípio da confiança, em razão do comportamento revelado pela vítima nas proximidades dos ônibus, surpreendendo o motorista do táxi.

“Considero que não há nos autos prova suficiente para fundamentar sentença de natureza condenatória.

“**Diante do exposto**, com amparo no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, julgo a ação improcedente e absolvo Vergílio Tales Gonçalves da acusação de ter infringido o artigo 129, § 6º, do Código Penal” (**In** Processo nº 15.078).

WELZEL, depois de afirmar o emprego do princípio além do âmbito do trânsito, para qualquer trabalho conjunto e dividido entre várias pessoas, esclarece:

“O cirurgião tem que confiar em sua operação, na assistência correta por parte da enfermeira. Se ela (eleita corretamente por ele de acordo com as circunstâncias) o passa, inadvertidamente, a injeção falsa, quando ele, nesse momento, já não pode controlar, não é sua ação porém a dela que lesiona o cuidado requerido no âmbito da relação” — **idem**, obra citada, pág. 198 (traduzi).

A culpa é da enfermeira desatenta. O médico procedeu dentro da confiabilidade normal, assim como, no trânsito, confiamos em que todos os demais ajam dentro dos critérios lógicos plausíveis.

Por ser aberto o tipo dos crimes culposos, o princípio em exame funciona como modo de interpretação dos fatos na aplicação do conceito amplo do dever de cuidado objetivo.

A literatura a respeito dos princípios é cautelosa, razão da dificuldade no desenvolvimento destas despretensiosas considerações, cujo objetivo tivera um fim de cunho mais informativo.

Tirar ilações criativas é perigoso mas desenvolver as possibilidades emergentes das existentes é um dever a quem se propõem abordá-las mesmo porque é através do erro que nasce a correção.

A CULPABILIDADE NO NOVO CÓDIGO PENAL

ISAAC BARRETO RIBEIRO

Promotor Público do Distrito Federal.

SUMÁRIO: 1. Culpabilidade e Responsabilidade. 2. Evolução do Conceito de Culpabilidade. 3. Elementos de Culpabilidade. 4. Causas de Exclusão da Culpabilidade. 5. Culpabilidade e Periculosidade. 6. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O propósito do tema acima enunciado é estudar a culpabilidade na Lei nº 7.209, de 11 de junho de 1984 (publicada no D.O. de 13-7-84), modificadora da Parte Geral do Código Penal.

Ao tempo em que era concluída a elaboração deste trabalho, ainda não havia sido sancionada pelo Senhor Presidente da República a Nova Parte Geral do Código Penal, de modo que tivemos de rever todo o trabalho que havia sido montado sobre o Projeto de Reforma Penal ou Projeto de Lei nº 1.656/83.

Quando se fizer referência ao Código Penal, tratar-se-á do Código de 1940; quando for referido o Novo Código Penal, tratar-se-á da Lei nº 7.209/84 acima referida.

Não há necessidade de fazer referência à importância do tema a ser abordado em um direito penal da culpabilidade, onde a pena passa a ser aplicada e medida segundo o grau de culpa do agente, pois quanto mais rico o conceito da culpabilidade, tanto menos se torna necessária a aplicação da pena criminal.

1º CAPÍTULO: CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE

Embora expressem aspectos distintos da mesma realidade, não se confundem os conceitos de culpabilidade e responsabilidade.

Quem é culpado é responsável e, conforme a teoria majoritária, sendo a imputabilidade um pressuposto da culpabilidade, sempre que o agente for imputável, será plenamente responsável, em certa medida, e sendo responsável

(*) Trabalho de conclusão do Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do Centro de Ensino Unificado de Brasília.

pode ser chamado a prestar contas pelo fato a que deu causa, sofrendo as conseqüências jurídico-penais previstas na lei.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer os conceitos de responsabilidade, imputabilidade, imputação e culpabilidade, bem como ao final sistematizar um quadro uniforme das causas de exclusão da culpabilidade.

RESPONSABILIDADE

Responsabilidade é a conseqüência jurídica da prática de uma infração. É o dever que tem o agente de prestar contas de seu ato, é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. (1)

A imputabilidade distingue-se, portanto, da responsabilidade. (2) Enquanto a imputabilidade é capacidade de culpabilidade, a responsabilidade constitui um princípio conforme o qual sempre que o agente for imputável, será de certo modo responsável penalmente e, se for responsável, deverá prestar contas pelo fato-crime a que deu causa, sofrendo as conseqüências da aplicação da pena criminal. (3)

Os dois campos da imputabilidade e da responsabilidade têm cultivadores diferentes: o da imputabilidade cabe às indagações médico-criminológicas; o da responsabilidade penal só pode ser devassado pela visão superior do magistrado, aferidor e administrador da Justiça.

Ao médico cabe fazer diagnóstico e prognóstico mental e, portanto, a ele interessa falar em imputabilidade. O juiz, por sua vez, avalia a responsabilidade.

RESPONSABILIDADE — HISTÓRICO DAS DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

O tema da responsabilidade dividiu as duas principais escolas penais da segunda metade do século XIX. Enquanto para os clássicos a responsabilidade

(1) Cernicchiaro, Luiz Vicente. Ob. cit., pág. 438/439.

(2) Nelson Hungria não distingue responsabilidade de imputabilidade: "A distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabilidade representam conceitos que de tal modo se entrosam que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser considerados *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*. Na terminologia jurídica, ambos os vocábulos podem ser indiferentemente empregados, para exprimir tanto a capacidade penal *in genere*, quanto a obrigação de responder penalmente pelo fato concreto, pois uma e outra são aspectos da mesma noção" ("Comentários ao Código Penal", v. I, t. 2, págs. 320/321).

(3) Francisco de Assis Toledo, ao fazer a distinção entre culpabilidade e responsabilidade chama a atenção para a "fixação da responsabilidade, pessoal pelo fato-crime, que antecede a aplicação da pena criminal e que não se confunde com o anterior — e também necessário — "certamento da autoria" que "é feito no âmbito do juízo de culpabilidade, mediante a constatação de que o agente, no momento da ação ou da omissão, embora dotado de capacidade, comportou-se como se comprovou, realizando um fato penal típico, quando dele seria exigível, nas circunstâncias, conduta diversa" ("Princípios Básicos de Direito Penal", pág. 127).

baseia-se no livre arbítrio como um dogma indiscutível (responsabilidade moral), para os positivistas decorre da existência do homem em sociedade (responsabilidade social ou legal).

A Escola Positiva, dando maior importância ao delinqüente que ao delito, desvendou na pessoa do notável psiquiatra e antropólogo criminal Lombroso a figura do criminoso inato que, por estigmas de degenerência e taras hereditárias, nasce para o crime, contrariando a Escola Clássica de Carrara, que não admitiu jamais que um homem pudesse nascer votado para o crime.

Secundando Lombroso, apareceu na Escola Positiva a figura do sociólogo e antropólogo criminal Ferri, emprestando importância não somente aos fatores biológicos, mas também aos físicos ou cosmo-telúricos e aos sociais na gênese do crime, ao contrário da Escola Clássica, que afirmava que o que produz o fenômeno do crime é a vontade do agente e não os fatores integrados à individualidade do delinqüente e os resultantes das condições mesológicas.

Dentre os fatores cosmo-telúricos que fazem parte do ambiente físico que rodeia o homem, a sociologia criminal apontou as estações, a temperatura, as condições atmosféricas, o clima, a topografia do solo, a produção agrícola. Dentre os fatores sociais, os que decorrem da vida em sociedade, tais como a constituição da família, a religião, a densidade da população, a educação, o alcoolismo, a organização política e econômica, o sistema legislativo.

A Escola Clássica, no campo filosófico, é partidária de que o homem é livre para conduzir suas ações e, ao praticar o delito, decidiu-se pelo mal, podendo fazê-lo para o bem, isto é, tem livre arbítrio e, por ser livre, deve ser punido porque tem liberdade moral. A Escola Positiva, ao contrário, diz que o homem não é livre na sua conduta, mas é impulsionado pelo determinismo. É conduzido. Não age.

Em resumo, para os clássicos, o livre arbítrio, essência da responsabilidade moral, é a base da responsabilidade penal. O homem deve ser punido, declarando-o portanto penalmente responsável porque dispõe de livre arbítrio, liberdade para agir. A Escola Positiva, ao contrário, assentou o conceito de responsabilidade social. Para se punir alguém, é preciso que se lhe possa imputar o crime. É preciso que haja imputabilidade. Na Escola Clássica, a imputabilidade é moral, advém do livre arbítrio. Na Escola Positiva, o homem é responsável porque vive em sociedade.

Apesar dos exageros devidos ao empenho com que defendia suas idéias, exorbitando em conclusões que ainda era prematuro retirar, Lombroso teve o mérito de levar à verdade humana, dentro da qual o homem deve ser devidamente apreciado e, como pessoa, cuidadosamente examinado e sopesado nas influências que poderá ter sofrido do meio ambiente e da sua própria constituição.

O famoso cientista italiano relacionou seus estudos de psiquiatria e antropologia com os da ciência criminal e julgou descobrir dentro da própria natureza humana a causa dos delitos.

Ele desejou logo obter meios de diagnóstico criminológico baseado em dados puramente somáticos.

Chegou a necropsiar delinqüentes, assim como pacientes falecidos de pelagra (deficiência de niacina), então desconhecida em sua etiologia.

Numa dessas necropsias, levada a cabo no cadáver de um famoso bandido calabrés, Vilela, ao exame do crânio verificou, o grande mestre de Turim, a existência da fosseta occipital média — uma abertura na parte posterior do crânio — com desenvolvimento fora do comum, análogo ao que existe no crânio de certos animais inferiores e em certas raças antigas. Foi a antevisão do atavismo como fator criminal. A herança atávica explicaria, a seu ver, a etiologia, a causa dos delitos.

Segundo Lombroso, certos homens, por efeito de uma regressão atávica, nascem criminosos, deixando-se dominar por um entusiasmo quase obsessivo pelos estudos que pretendiam ligar a gênese criminal a um fator puramente morfológico.

O criminoso inato seria caracterizado por uma cabeça **sui generis**, com pronunciada assimetria craniana, fronte baixa e fígdia, orelhas em forma de asa, zigomas, lóbulos occipitais e arcadas superciliares salientes, maxilares proeminentes (prognatismo), face longa e larga, apesar do crânio pequeno, cabelos abundantes, mas barba escassa, rosto pálido.

Além das anomalias anatômicas, apresentaria as fisiológicas e psíquicas. Importantes são a insensibilidade física e psíquica com profundo embotamento da sensibilidade à dor (analgesia) e do senso moral, o manicismo (uso preferencial da mão esquerda) ou a ambidextria (uso indiferente das mãos), disvulnerabilidade (resistência aos traumatismos e recuperação rápida), distúrbios dos sentidos e mau funcionamento dos reflexos vasomotores, entre outras características fisiológicas.

Notar-se-ia também os seguintes caracteres psíquicos: atrofia do senso moral, impulsividade, vaidade, imprevidência, egoísmo, ciúme, desejo de destruição etc.

Proseguindo nas suas investigações, Lombroso, ao estudar um atentado praticado por Mísidea no quartel, pois era à época médico militar, notou que o agente era afetado de epilepsia, configurando, assim, ao lado da teoria atávica, um novo componente da atividade criminal, já agora funcional e mental, e não apenas morfológico, que explicaria o fenômeno do delito: a epilepsia.



TIPOS LOMBROSIANOS (do Atlas de Lombroso, **apud** Hilario Veiga de Carvalho) (*)

(*) Compêndio de Criminologia, cit., pág. 71.



CRÂNIO DE VILELA



MISDEA

(do Atlas de Lombroso — **apud** Hilario Veiga de Carvalho) ^(*)

^(*) Compêndio de Criminologia, cit., pág. 72.

A causa da degeneração seria, portanto, a epilepsia, que ataca os centros nervosos e perturba o desenvolvimento do organismo.

Finalmente, uma terceira explicação para o crime acrescentou o mestre italiano: a loucura moral, sob a influência dos estudos de Maudsley, na Inglaterra.

A base da teoria lombrosiana — atavismo, loucura, moral e epilepsia — do ponto de vista da responsabilidade, como vimos, levaria a substituir o livre arbítrio da Escola Clássica pelo determinismo da Escola Positiva.

Tivesse Lombroso naqueles tempos a possibilidade de estudar os fatores XYY⁽⁶⁾ ou da moderna diencefalose criminógena⁽⁷⁾ e teria o famoso palpiteiro de Turim, na caracterização de estigmas criminogênicos, fixado mais ainda o crime a caracteres biológicos específicos.

Ferri, seguidor da escola lombrosiana, seguiu uma orientação diferenciada de um determinismo exclusivamente biológico, e, sentindo a fragilidade da doutrina antropológica ortodoxa, definiu o problema da gênese criminal como uma origem dupla — biológica e social —, sendo que Ferri considerou os fatores sociais como de importância capital na gênese do delito.

(6) “No relatório dos Drs. Mendlewick, Wilmotte, Flament e Stoquart, há várias conclusões sobre a relação direta entre o cariótipo XYY e a delinquência, recomendando-se que se evite estabelecer relação muito imediata entre patologia cromossômica e responsabilidade penal. Para muitos a anomalia XYY constituiria um prolongamento da teoria de Lombroso, que teria tido uma visão profética: no embrião humano estaria a chave de certas formas de criminalidade. Todavia, a descoberta da aberração XYY focaliza o problema da periculosidade predelitual.

“Os cientistas citados não sustentam a tese da fatalidade biológica, que leva, irremediavelmente, o indivíduo ao crime. Pode haver uma predisposição, que facilitaria a passagem ao ato, como nos casos de certos suicidas, ou abaixamento do umbral de resistência, que desencadearia a reação anti-social.

“A agressividade e o comportamento anti-social dos doentes com a anomalia XYY manifestam-se após os 15 anos, quando a constituição cromossômica é determinada desde o nascimento. Supõe-se uma associação entre a aberração XYY e o comportamento anti-social por intermédio de uma disfunção neurendócrina revelada na puberdade. Diante de um delinquente com a aberração cromossômica, deve comportar-se como diante de outra forma clínica de infantilismo afetivo ou de desequilíbrio psicopático.” (Jason Soares Albergaria. “Noções de criminologia”. Ob. cit., págs. 42/43).

(7) Alterações anátomo-funcionais da região diencefalo-hipofisária como causa determinante do crime.

Pende, estudando a correlação dos hormônios com a psicopatia e a criminalidade, observou que uma endocrinopatia (doença endócrina) não será causa determinante do crime sem o concurso dos fatores cerebrais (alterações anatomo-funcionais da região diencefalo-hipofisária): a diencefalose criminógena.

Hurwitz, respondendo à indagação a respeito da conexão entre criminalidade e função endócrina, afirma que não foi possível ainda uma tipologia endócrina útil.

O Prof. Jason Albergaria, respondendo à indagação “as alterações glandulares influem na conduta criminosa?”, ressalta que “somente pode-se considerar determinado caso particular de transtorno endócrino, com efeitos psíquicos em relação ao delito”. (“Noções de criminologia”, ob. cit., pág. 52).

Ferri deu expansão ao trinômio causal do delito — fatores antropológicos, físicos e sociais — e classificou os criminosos em cinco categorias:

a) O criminoso nato de Lombroso, com os seus estigmas de degeneração indicativos de forte inclinação ao delito, no qual Ferri vislumbrava como traço característico a atrofia do senso moral.

b) O criminoso louco, também de Lombroso, cuja existência os clássicos não concebiam, pois o louco não pode ser delinqüente, visto não ter responsabilidade moral, mas perfeitamente consentâneo na Escola Positiva, para a qual a responsabilidade é social. A espécie, aliás, abrangia também os fronteiriços ou semiloucos ou indivíduos situados entre a sanidade e a enfermidade psíquica.

c) O criminoso habitual é sobretudo produto do meio: influem nele mais os fatores exógenos do que os endógenos. Faz do crime como que uma profissão. Vive para o delito. Sai da prisão para voltar a delinqüir, reincidindo no crime, passando de pequenos delitos para os mais graves. Em regra, inicia sua vida criminosa bem cedo e por pequenos delitos e a própria punição que recebe concorre para piorar-lhe o caráter, corrompendo-se ainda mais ao contato de outros delinqüentes.

d) O criminoso passional é sobretudo honesto, mas de sensibilidade exagerada, a qual leva-o a cometer o crime. De temperamento sangüíneo ou nervoso, às vezes epileptóide ou desequilibrado. Seu crime geralmente ocorre na juventude. Procede sem premeditação nem dissimulação, de maneira repentina. Confessa o delito e se arrepende, e por isso quase sempre se suicida ou tenta seriamente fazê-lo.

Ferri preconizava um tratamento penal mitigado para os delinqüentes com paixões sociais, pois, ao seu ver, o criminoso de motivo social merece contemplação do julgador. Terá sido levado ao crime por circunstâncias demasiado poderosas.

e) O criminoso ocasional é fraco de espírito, débil de temperamento e sem firmeza de caráter. Delinqüente porque surgiu a ocasião propícia. Facilmente se conduz ao crime impelido pela ocasião criada pela miséria, espírito de imitação, certas condições que convencem da segurança da ação e da impunidade etc.

Depois das correntes extremas dos clássicos e dos positivistas, surgiram os ecléticos, sustentando, como queria a Escola Positiva, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, de que é inseparável o método experimental positivo. Dissentindo, porém, dos positivistas, repeliram a concepção de um criminoso nato e consideraram o crime politicamente. Aprofundando o estudo do Direito Penal, não dispensando o método dedutivo dos clássicos.

Na Itália, com Alimena, Carnevale e Impallomeni, aparece a terceira escola, ou Escola do Positivismo Crítico. Na França aparece uma escola com Garraud, Gabriel, Tarde e outros. Aparece também a Escola da Política Criminal, com Von Liszt, Van Hamel, Adolpho Prins e Carlos Stooss.

Contemporaneamente; a tendência de mais acentuada autoridade é a Escola Técnico-Jurídica com Rocco, Manzini, Massari, Vannini e muitos outros penalistas. É a corrente dominante hoje na Itália. Ela separa Direito Penal das chamadas ciências penais e acha que é preciso criar um Direito Penal autônomo. Suprime toda análise metafísica. A imputabilidade independe da questão do livre arbítrio, consistindo na capacidade de entender e querer.

O tecnicismo jurídico patrocinou a teoria psicológica da culpabilidade, que começou a definir com a obra de Frank, ao lançar as bases da “teoria normativa da culpabilidade”, como vimos ao estudar o conceito de culpabilidade.

A Escola Penal Unitária de Longhi e Sabatini, estabelecendo conciliação entre o tecnicismo jurídico e as novas conquistas da Escola Positiva.

A escola de Defesa Social, que seria antes um movimento denominado “Nova Defesa Social”, surgiu em Gênova em 1945, encabeçada por Gramática e seguida por Marc Ancel, na França. Vislumbra uma política criminal que se empenha pela mudança do próprio comportamento do delinqüente, que teria possibilidade de recuperação e ressocialização, e portanto beneficiaria a pessoa humana, libertando-a do risco e das tentações de cair ou recair na delinqüência, assegurando a sua melhor adaptação ao meio em que deve viver.

O movimento propõe a exigência de aprofundamento no exame da personalidade do criminoso, não aceitando o determinismo materialista e acreditando que a pessoa é capaz de, ela própria, redimir-se da mácula do crime. (8)

Marc Ancel esquematiza suas idéias sobre a Defesa Social: (9)

“a) A defesa social pressupõe uma concepção geral do Direito Penal que vem não a castigar uma falta de sancionar com um castigo a violação consciente de uma regra legal, mas a proteger a sociedade contra os atos criminosos.

b) A defesa social pretende realizar a proteção de maneira natural através de um conjunto de medidas geralmente extrapenais, no sentido estrito do termo, destinadas a neutralizar o delinqüente seja por eliminação ou segregação, pela aplicação de métodos curativos ou educativos.

(8) Stefani, G. Levasseur, G. *Droit Pénal Général*. Dalloz, 1971, Paris, pág. 83.

(9) Ancel, Marc. *La défense sociale nouvelle*. Paris, 1954.

c) Procura também promover uma política criminal que favoreça a prevenção individual em relação à prevenção coletiva.

d) A ação de ressocialização não pode desenvolver-se senão através de uma humanização cada vez maior do novo Direito Penal, que buscará utilizar todos os recursos do indivíduo, dar-lhe confiança em si mesmo, dar-lhe o sentido dos valores humanos, esforçando-se por assegurar e respeitar os direitos inerentes de sua condição de homem.

e) Esta humanização do direito e do processo penal não será apenas o efeito de um movimento humanitário ou sentimental, mas será apoiado o mais solidamente possível no conhecimento científico do ato criminal e da personalidade do delinqüente.”

Resumindo, são os seguintes os pontos principais da defesa social (com evidentes peculiaridades, segundo os diversos autores):⁽¹⁰⁾

1. Não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa.

2. Direito do delinqüente ser “socializado”.

3. Predomínio da prevenção especial.

4. Tratamento totalmente desprovido de sentido repressivo.

5. É antes de tudo considerado um movimento de Política Criminal.

6. Para alguns autores, imposição do chamado “direito penal do autor” (Taterprinzip).

7. Substituição da pena por um sistema de medidas de prevenção especial impostas de acordo com a personalidade do delinqüente.

8. O ato antissocial considerado como simples sintoma de periculosidade social.

9. Humanização do Direito Penal.

10. Bases científicas.”

E o triplo objetivo da Defesa Social é: ⁽¹¹⁾

“1. A pena não tem caráter unicamente expiatório, mas interessa-se também pela proteção da sociedade.

“2. A pena, além de ser exemplar e retributiva, tem o objetivo de melhorar e até reeducar o delinqüente.

⁽¹⁰⁾ Mauzanera, L. Rodríguez. **Criminología**. E. Porrúa, México, 1979, pág. 250.

⁽¹¹⁾ Mauzanera, L. Rodríguez. **Criminología**. E. Porrúa, México, 1979, pág. 250.

3. A justiça penal deve ter sempre presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, com o objetivo de que o tratamento penal seja sempre humano.”

CRIMINOGENESE

A moderna criminologia admite que o crime tenha uma dupla fonte de influências condicionadoras, constituídas pelo fator endógeno, que compreende as forças que provêm do próprio indivíduo⁽¹²⁾ e o exógeno, que compreende as forças que emanam do ambiente físico ou social em que o criminoso vive, atuando sobre a capacidade delitiva.⁽¹³⁾

Como vimos, Ferri admitia a conjunção de três tipos de forças criminógenas: individuais, físicas e sociais, contrariando um princípio absolutamente seguro, antes do advento do positivismo penal, qual fosse o da existência única e exclusiva do livre arbítrio como essência, origem e razão da conduta humana.

(12) Estudando o criminoso sob as perspectivas da genética criminológica, da biotipologia criminal e da psicologia criminal, isto é, considerando seus aspectos biológicos, o Prof. Jason Soares Albergaria diz: “Embora a biocriminologia atravesse uma fase negativa, no dizer de H. F. Ellemberger, todavia continua a existir e o criminoso é estudado em sua face interna: a disposição, a constituição, o genótipo, e em sua face externa: a estrutura corporal, o biótipo, o fenótipo.

“A disposição ou constituição distingue-se em disposição germinal ou disposição herdada, disposição inata ou predisposição e disposição adquirida ou personalidade. A disposição herdada consiste na união dos dois plasmas germinais ou progenitores, recebida pelo novo indivíduo por todo o curso da vida. Seu conteúdo é definitivo. Os influxos da evolução ulterior não modificam a disposição germinal. A disposição germinal transmite ao novo indivíduo a massa hereditária da totalidade de seus antepassados paternos e maternos.

“Realmente, a disposição herdada ou germinal é a que o indivíduo recebe de seus progenitores desde a concepção para todo o curso da vida. Na disposição ou carga hereditária está a base endógena da personalidade corporal ou anímica. A disposição inata ou congênita é a disposição herdada mais as alterações sofridas durante a vida intra-uterina. No claustro materno, a carga hereditária sofre influência ou lesões germinais: álcool, sífilis, tuberculose etc. A disposição herdada, sob os influxos do primeiro mundo circundante, o interior materno, transformou-se em disposição inata ou predisposição. A disposição inata é parcialmente, disposição adquirida. A disposição adquirida ou personalidade (a terceira espécie de disposição), em determinado momento de sua curva vital encerra em si todos os influxos e efeitos, que modificaram a disposição herdada e a disposição inata. A disposição adquirida resultou da disposição germinal e do mundo circundante ou ambiente. Disposição é a possibilidade de desenvolvimento; personalidade é o desenvolvido. A personalidade não esgota ou realiza toda a disposição.” (Noções de criminologia. Ob. cit., págs. 35/37.)

(13) Estudando a disposição e o mundo circundante, o Prof. Jason diz: “Existe uma contínua interação entre disposição e mundo circundante. Os fatores do mundo circundante influenciam sobre os fatores constitucionais e também os fatores do mundo circundante dependem dos fatores constitucionais. A escolha do mundo circundante e sua configuração dependem da personalidade. De Greef, entre as espécies de meios: o inelutável (a família), o imposto (a prisão), inclusive o escolhido (o matrimônio, a profissão etc.). Se trazemos conosco a marca de nosso mundo circundante, também nele deixamos impresso algo de nossa personalidade. Todavia, nem sem-

Não foi pacífico admitir-se que na gênese do crime possam influir causas provenientes do meio em que se desenvolveu o delinqüente e causas próprias ao mesmo delinqüente, defluente da sua própria maneira de ser. (14)

Não se admite hoje qualquer pretensão de predomínio na explicação da origem dos crimes quanto à primazia dos fatores sociais como queria a escola francesa, nitidamente defensora da sociologia criminal, ou à prevalência dos fatores individuais, como procurava a Escola de Antropologia Criminal dos italianos.

Hoje predomina o ecletismo no campo da Criminologia, que admite que a personalidade humana indiscutivelmente se caracteriza pela possibilidade de usar o arbítrio, sendo que sobre ele podem influir fatores criminogenéticos que influenciem essa personalidade a cometer ato anti-social, cabendo maior ou menor parcela de influência aos fatores mesológicos ou biológicos sobre o condicionamento do arbítrio humano.

2º CAPÍTULO: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Durante longo período histórico, a responsabilidade penal era considerada objetivamente. Era a concepção que dispensava o elemento subjetivo como essencial à infração penal, só interessava o fato danoso externo. Considerava-se o fato objetivamente, sem atentar para o elemento moral. Bastava o nexo de causalidade material entre o fato causado e o agente, isto é, o vínculo que se estabelece entre a ação ou omissão e o resultado da infração penal, do ponto de vista físico. O direito penal era, então, um puro direito penal do resultado. A responsabilidade era objetiva. Bastava o **versari in re illicita**, isto é, a responsabilidade penal prescindia do elemento subjetivo, bastando a simples produção do resultado típico (quem se envolvia em coisa ilícita era responsável também pelo resultado fortuito). Era a responsabilidade sem culpa, concepção medieval que está afastada do nosso moderno Direito Penal da culpa.

A seguir, passou-se à responsabilidade baseada na culpa, **nullum crimen sine culpa**, que apresenta duas fases da evolução do conceito de culpabilidade.

pre se distinguiu a interação entre estes dois fatores, a disposição e o mundo circundante. No tocante à causação ou determinação do crime, uma teoria admitia que a disposição hereditária fosse causa do crime independentemente do mundo circundante: *Les crimes des vivants sont commis par les morts*. A teoria sustentada por Lombroso, Freud e Adler. Ou, ao contrário, a causa exclusiva é o mundo circundante. A teoria da Lacassagne, com inspiração da Marx. As teorias relativas distinguem a disposição do mundo circundante, ou a sua "equivalência". (Noções de criminologia. Ob. cit., pág. 37)

(14) No estudo da genealogia do delinqüente, o Prof. Jason diz: "Hoje é superada a teoria da disposição hereditária da delinqüência, mas considera-se a herança biológica de tendências criminosas, com a agressividade ou a violência" (Noções de criminologia. Ob. cit., pág. 38.)

A primeira fase é a da **concepção psicológica da culpabilidade**, em que se começa a construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na idéia de crime, ao lado da inevitabilidade do fato, de alguns elementos anímicos ou psíquicos — a previsibilidade e a voluntariedade — como condição de aplicação da pena.

Esta “primeira formulação técnica da culpabilidade”, no dizer de Heleno Fragoso ⁽¹⁵⁾, colocava em realce o nexó psicológico de causalidade entre o agente e o resultado, isto é, o vínculo que se estabelece entre a ação ou omissão e o resultado, do ponto de vista moral ⁽¹⁶⁾.

O dolo e a culpa seriam as duas espécies de culpabilidade e a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável, seria um pressuposto da culpa jurídico-penal.

É uma concepção naturalística, psicológica da culpabilidade, que é insuficiente para reunir o dolo caracterizado pelo querer (elemento volitivo) e pela previsão (elemento intelectual), e a culpa que se caracteriza pelo não querer. É impossível estabelecer um nexó de causalidade psicológica entre o agente e o fato, no caso da chamada culpa inconsciente. Portanto, dolo e culpa não podem ser espécies de um denominador comum, a culpabilidade, pois a culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado, não sendo, portanto, possível que um conceito normativo (culpa) e um conceito psíquico (dolo) sejam espécies de um denominador comum ⁽¹⁷⁾.

A **teoria psicológico-normativa da culpabilidade**, fundada por Frank, procurou encontrar o elemento que fosse comum ao dolo e à culpa *stricto sensu*. A culpabilidade é então um juízo valorativo sobre a situação fática da culpabilidade. A culpabilidade deixa de ser uma situação puramente naturalística, psicológica e adquire fisionomia de um juízo de reprovação ou de censura ao autor do fato.

No caso de estado de necessidade como excludente de culpabilidade (art. 25 do CP de 1969), como por exemplo o da tábua de salvação, o agente que mata em estado de necessidade, age dolosamente, mas sua conduta não é culpável, uma vez que diante da inexigibilidade de outro comportamento, não se torna reprovável. Quando é inexigível outra conduta, embora tenha o sujeito ativo agido com dolo ou culpa, o fato não é reprovável, isto é, não se torna culpável.

⁽¹⁵⁾ Lições de Direito Penal. Parte geral, Bushastsky, 1976, pág. 211.

⁽¹⁶⁾ Antolisei diz que “a culpabilidade consiste em um nexó psíquico entre o agente e o fato exterior” (Manual de Derecho Penal, Ob. cit., pág. 240.)

⁽¹⁷⁾ O Prof. Francisco de Assis Toledo refere que, “se indagarmos aos penalistas que adotam a teoria psicológica o que é a culpabilidade, a resposta será: 1º) a culpabilidade é a ligação psicológica entre o agente e seu fato; 2º) a culpabilidade, por isso mesmo, só pode estar no psiquismo do agente”. (Princípios básicos, Ob. cit., págs. 26/27.)

A culpabilidade não é, assim, um vínculo psicológico entre o autor e seu fato, ou entre o agente e o resultado, mas um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo).

Dolo e culpa, ao invés de espécies de culpabilidade, são elementos da mesma. A culpabilidade é, portanto, psicológico-normativa, contendo o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade de outra conduta e a culpa como elementos normativos.

De acordo com a teoria psicológico-normativa, são elementos da culpabilidade: ⁽¹⁸⁾

a) imputabilidade (pressuposto)

b) elemento psicológico-normativo: dolo ou culpa **stricto sensu** (negligência, imprudência, imperícia)

c) exigibilidade de conduta diversa (de um comportamento conforme o direito) possibilidade nas circunstâncias

d) um juízo de censura ao autor do fato por não ter exercido esta possibilidade. ⁽¹⁹⁾

Se o agente de um crime, ao praticar a ação punível, estava dotado de certa dose de autodeterminação (momento volitivo) e de compreensão (momento intelectual) — imputabilidade — que o tornava apto a frear, reprimir ou desviar sua vontade ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta), e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa **stricto sensu**), desencadeou o fato punível, pode ser feita a censura de culpabilidade a este agente. ⁽²⁰⁾

Portanto, o dolo continua, nesta teoria normativa, como na psicológica, situado na estrutura do delito, isto é, na culpabilidade. Para a teoria normativa, o dolo é normativo, volta a ser o **dolus malus** dos romanos, isto é, um dolo constituído do elemento anímico-intencional e mais a valoração, a intenção má, perversa. Não é, portanto, um mero dolo psicológico ou natural.

Dentro dessa teoria normativa, o dolo que faz parte da culpabilidade, compõe-se de:

a) um elemento intencional, volitivo, isto é, a voluntariedade.

⁽¹⁸⁾ Sintetizado por Francisco de A. Toledo. In princípios básicos, pág. 28.

⁽¹⁹⁾ O Prof. Francisco de Assis Toledo refere que “se indagarmos aos seguidores desta corrente o que é a culpabilidade, a resposta será: 1º) é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológico; 2º) os seus elementos psicológicos (dolo ou culpa) estão no agente do crime, mas o seu elemento normativo está no juiz, não no criminoso” (Princípios básicos. Ob. cit. pág. 28/29).

⁽²⁰⁾ Mezger considera como bases do juízo de culpabilidade: a imputabilidade; o dolo ou a culpa; e a ausência de causas de exclusão da culpabilidade ou exigibilidade de conduta adequada à norma (Ob. cit., pág. 265/266).

- b) um elemento intelectual, a previsão do fato
- c) um elemento normativo, a consciência da ilicitude.

Este último, a consciência da ilicitude, é o elemento normativo, que faz com que o dolo não se esgote no conhecimento e vontade de praticar um fato típico (dolo natural). O agente procede voluntariamente, com previsão do resultado e persegue um fim que sabe ilícito.

É nesta concepção normativa da culpabilidade que se inserem as teorias do dolo (teoria estrita e teoria limitada do dolo), que vamos expor ao tratar da localização do erro na estrutura do delito. Estas teorias inserem a consciência da ilicitude (consciência do injusto) no dolo, como um de seus elementos constitutivos. A ação dolosa pressupõe a (atual) consciência do injusto.

A segunda fase da evolução do conceito de culpabilidade caracteriza-se pelo “giro revolucionário” de Welzel com a **doutrina finalista da ação**, que, em princípio, concorda com todos os elementos da teoria normativa, mas os distribui melhor na estrutura do crime.

A ação humana com seu elemento característico, fundamental, da intencionalidade, isto é, o seu finalismo, vem a constituir o núcleo do novo sistema⁽²¹⁾; o tipo passa a ser a sede do dolo e este o elemento intencional, finalístico da ação. O dolo, faz parte da ação humana e não do juízo de culpabilidade. Com isto Welzel extraiu o dolo e a culpa **stricto sensu** da culpabilidade e incluiu-os no conceito de ação, localizando-os, portanto, no tipo legal de crime. (22)

Não ficou nisto. Retirou Welzel do dolo a consciência da ilicitude e a exigência da atualidade desta, isto é, a ação dolosa pressupõe a consciência (potencial) da ilicitude. Esta consciência da ilicitude ficou situada no interior da culpabilidade, que retém o momento normativo da reprobabilidade da resolução da vontade, isto é, a culpabilidade se reduz, essencialmente, a um juízo de censura que se faz ao autor do fato.

(21) Welzel afirma que “a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista e não somente causal. A finalidade ou atividade finalista da ação baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as conseqüências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é vidente” **la teoría de la acción finalista**. Ob. cit., pág. 20).

(22) Welzel, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Ob. cit., pág. 31.

Embora a estrutura do crime culposos seja inteiramente diversa da do crime doloso, o conceito de ação, no entanto, coincide, num e noutro caso. Nos crimes culposos também há ação dirigida finalisticamente a um resultado, embora esta ação dirija-se a fim penalmente irrelevante (Fragoso, pág. 238).

Welzel limitou-se, portanto, a arrumar a casa, apanhando os resultados das teorias psicológica e normativa da culpabilidade e dando uma nova distribuição sistemática aos elementos estruturais do crime, possibilitando, assim, uma superação de vários impasses.

Encarregado, como Promotor Público, pelo Senhor Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal, para promover sindicância em caso de cesareana de emergência com laqueadura tubária, realizada em parturiente indígena por médicos do 1º Hospital de Base de Brasília, fui buscar na teoria finalista apoio para concluir pelo arquivamento em virtude dos médicos que operaram-na, exercerem uma ação finalista de cura e não uma ação finalista de lesão corporal (23).

O que fez a laparotomia realizada pelos médicos deixar de ser uma lesão corporal foi tão-somente a intenção de cura(24) que lhes dirigiu a ação, pois esta é exteriormente igual à do agente que abre o ventre utilizando um instrumento perfurocortante com o **animus laedendi**, ou do homicida que faz a mesma ação com o **animus necandi**.

Em resumo, é o seguinte o quadro sistemático do dolo e da culpabilidade na teoria normativa pura: (25)

Dolo do tipo:

- a) Intencionalidade — finalidade da ação (elemento volitivo)
- b) previsão do resultado (elemento intelectual).

Culpabilidade:

(23). "EMENTA. 1) CESARIANA de emergência (gravidez trigemelar), concomitante com LAQUEADURA TUBÁRIA REVERSÍVEL, tendo em vista o alto risco de vida da paciente para futuras gestações, ante as alterações tróficas do útero, incisão corporal para retirada do 3º feto, formando um "T" invertido com a incisão transversa segmentar, e a presença de varizes pélvicas abundantes. RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS, por pretendida mutilação e afronta aos padrões culturais da parturiente indígena, e seu marido, os quais teriam consentido sem assistência do órgão tutor;

2) Sindicância, que concluiu pelo ARQUIVAMENTO à míngua de ação finalista de lesão corporal na paciente, mas ação finalista de cura, e à falta de conduta dolosa de desrespeito aos padrões de sua cultura". (Jorge Ferreira Leitão. Mutilação de parturiente. Rev. Dout. Jur. TJDF. Brasília, DF. Set., 1982, pág. 33/44).

(24) Welzel ensina que a enfermeira que, sem pensar em nada, aplica uma dose de morfina demasiado forte, de efeito mortal, realiza uma ação finalista de cura, mas não uma ação finalista de homicídio. O sujeito que, na penumbra, atira num homem, supondo tratar-se de um tronco de árvore, realiza um tiro finalista de exercício, mas não uma conduta finalista de homicídio. Nos dois casos, "a consequência ulterior não querida (morte) originou-se de modo cegamente causal pela ação finalista" (El nuevo sistema del derecho penal. Ob. cit., pág. 28).

(25) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo durante o Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB — 1983, e, in Principios Básicos. Ob. cit., nág. 33.

- a) imputabilidade (pressuposto)
- b) consciência potencial da ilicitude
- c) possibilidade e exigibilidade, nas circunstâncias de um agir-de-outro-modo
- d) juízo de censura ao autor por não ter exercido, quando podia, esse poder-agir-de-outro-modo. ⁽²⁶⁾

Tendo como pano de fundo a teoria normativa pura da culpabilidade, apareceram na Alemanha as “teorias da culpabilidade”, no interior das quais distinguem-se a “teoria estrita da culpabilidade” e a “teoria limitada da culpabilidade” (preferida pela jurisprudência alemã).

Para esta “teoria da culpabilidade”, que vamos expor ao tratar da localização do erro na estrutura do delito, o dolo está no tipo, ao passo que a consciência da ilicitude está na culpabilidade. Deste modo, a falta de consciência da ilicitude não atinge o dolo, precisamente porque este está no tipo. Daí decorre que, se o dolo está no tipo, não se confunde com a culpabilidade nem pode estar nela.

Foi dentro da “teoria da culpabilidade” que, na Alemanha, seja na jurisprudência, seja na legislação, o tema do “erro de proibição” no direito penal pôde atingir seu desenvolvimento mais adequado, tornando possível distinguir:

- a) erro de tipo: um erro excludente do dolo do tipo;
- b) erro de proibição: um erro excludente da censurabilidade, isto é, da culpabilidade.

Enquanto a teoria estrita da culpabilidade seguida por Welzel, Maurach e outros considera todo erro sobre a ilicitude como erro de proibição, a teoria limitada da culpabilidade distingue o erro de proibição direto do indireto. Verifica-se este último quando o erro incide sobre uma causa de justificação, diversificando o tratamento do erro que recai sobre uma causa de justificação:

- a) o que incide sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação classifica-se como erro de tipo, excludente do dolo do fato, mas admite a punição por fato culposo, se previsto em lei;

- b) o que versa sobre a própria existência ou os limites da causa de justificação classifica-se como erro de proibição indireto, sobre a ilicitude do fato — o autor age com dolo do fato, completando-se a realização do

⁽²⁶⁾ A culpa assim como o dolo estão situados no tipo legal de crime (Welzel. **La teoría de la acción finalista**. Ob. cit., pág. 20 e 31).

O conceito de culpabilidade é o mesmo no crime culposo. Aqui também se exige a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade, nas circunstâncias de um agir-de-outro-modo.

injusto típico, faltando a “consciência da ilicitude”, que, se for inevitável, estará excluída a censurabilidade, e, portanto, a culpabilidade; se não for inevitável, poderá atenuar a pena.

Para a “teoria da culpabilidade”, o erro, como se vê, está situado:

- a) como causa de exclusão do dolo, anulando o elemento intelectual deste;
- b) como causa de exclusão da culpabilidade, anulando a censurabilidade da resolução de vontade do agente;
- c) como fator de atenuação da pena.

LOCALIZAÇÃO DO ERRO NA ESTRUTURA DO CRIME

Quatro teorias avultam, buscando explicar a localização sistemática do erro na estrutura do crime, agrupando-se os doutrinadores em duas correntes, denominadas na Alemanha:

- a) teoria do dolo
- b) teoria da culpabilidade.

Conforme a teoria do dolo, o erro, seja de que natureza for, exclui sempre o dolo, procurando, assim, dar ao problema do erro uma solução unitária.

Consoante a teoria da culpabilidade, há que distinguir:

- erro de tipo (excludente do dolo)
- erro de proibição (excludente da culpabilidade).

TEORIAS DO DOLO

Ao expor o conceito de culpabilidade, vimos que é na concepção normativa da culpabilidade que se inserem as teorias do dolo:

- a) teoria estrita do dolo
- b) teoria limitada do dolo.

A teoria limitada do dolo pouco diverge da teoria extremada, a não ser na substituição do conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial e na exigência da consciência da ilicitude material, não puramente formal.

a) Teoria extremada ou estrita do dolo

Esta teoria situa o dolo na culpabilidade e a consciência da ilicitude no dolo.

O conceito de dolo desta teoria retrocede ao **dolus malus** dos romanos. É um dolo normativo, isto é, refere-se à vontade, previsão e consciência da ilicitude (conhecimento de que se realiza uma conduta proibida). Esta consciência da ilicitude é o elemento normativo do dolo. É uma consciência atual da ilicitude, isto é, no momento mesmo do agir do agente. Se faltar ao

agente este “conhecimento atual da ilicitude”, embora tenha querido e previsto o que fez, o fato não terá sido doloso, pois o seu causador agiu como que cegamente, não teve oportunidade de eleger entre o lícito e o ilícito. Segundo Mezger, em sua primeira fase, há no agente uma “cegueira jurídica”, uma “inimizade ao direito”.

Para aplicar o dolo normativo ao criminoso por tendência ou ao criminoso habitual, que não tem a exata “consciência atual da ilicitude”, pois pelos maus hábitos e as falsas noções adquiridas segundo as regras do crime, jamais soube da ilicitude”, Mezger elaborou uma “culpabilidade pela conduta de vida” que seria, na área penal, uma “culpabilidade do caráter” do campo filosófico.

Para esta teoria estrita do dolo, o erro jurídico penal, seja de tipo, seja de proibição exclui sempre o dolo, pois anula o elemento intelectual (previsão do resultado) ou o elemento normativo (consciência do injusto). Como, dentro desta concepção, os dois elementos são integrantes do dolo, basta a ausência de um deles para excluir o dolo, permitindo, todavia, a punição por fato culposos, se previsto em lei e se o erro era evitável.

Se o erro é inevitável, exclui o dolo (anula o elemento intelectual). Se o erro é evitável, admite-se a condenação pelo fato culposos, se previsto em lei.

O erro de proibição equipara-se ao erro de tipo quanto aos seus efeitos e o erro de fato da teoria tradicional equipara-se ao erro de direito.

b) Teoria limitada do dolo

A teoria anterior está abandonada devido às muitas críticas que recebeu e a teoria limitada do dolo, que quis ser um aperfeiçoamento, apresenta, como vimos, pouca divergência.

Mezger, em sua última fase, aderiu a esta concepção limitada do dolo e, pretendendo superar as falhas da teoria estrita do dolo, criou, como dissemos antes, a “culpabilidade pela condução de vida”, para possibilitar a condenação do agente não por aquilo que ele faz mas por aquilo que ele é, contrariando o princípio do **nullum crimen sine culpa**, substituindo o direito penal do fato por um direito penal do autor de sérias e imprevisíveis conseqüências.

Voltando ao caso do criminoso habitual ou por tendência, que constitui um perigoso delinqüente, é discutível que se possa aplicar-lhe o dolo normativo, e, portanto, a teoria normativa e a do dolo revelaram-se insuficientes, exatamente no criminoso mais necessitado da pena criminal.

Como vimos, a teoria limitada do dolo não diverge da teoria estrita a não ser em alguns pontos. Ela substitui o conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial. Assim, age dolosamente não só quem comete o crime querendo, e sabendo que atua no terreno do ilícito, mas também aquele que, mesmo sem esse conhecimento, tem possibilidade de saber que o seu agir é algo proibido ou socialmente danoso.

Esta teoria exige a consciência da ilicitude material e não puramente formal. Entende-se por antijuridicidade material a conduta humana que fere um interesse social protegido pela norma, enquanto a antijuridicidade formal é o comportamento humano que viola a lei; em outras palavras, corresponde à tipicidade. Anibal Bruno diz que aquela antijuridicidade que se define como contrariedade a uma norma de Direito é a formal, e que a material exprime o caráter anti-social do fato punível. (27)

TEORIAS DA CULPABILIDADE

Na Alemanha, as teorias do dolo foram superadas com a segunda lei de reforma, que introduziu nos §§ 16 e 17 do Código Penal Alemão o erro de tipo e o de proibição.(28)

Também o novo Código Português de 10-9-82 acolheu, nos artigos 16 e 17, o “erro sobre as circunstâncias do fato” e o “erro sobre a ilicitude”.

A Nova Parte Geral do Código Penal regulamentou, nos artigos 20 e 21, o erro de tipo e de proibição, sob a denominação de “erro sobre elementos do tipo” e “erro sobre a ilicitude do fato” **in verbis**:

“Erro sobre elementos do tipo

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mais permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.”

“Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena, se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

(27) Direito Penal, ed. 1959, vol. I, tomo I, pág. 342.

(28) Código Penal Alemão. José Bushatsky, editor. 1974, pág. 259/260:

Art. 16: “Erro sobre circunstâncias de fato:

§ 1º Quem, ao executar o ato, desconhece uma circunstância que integra a tipicidade legal, não age dolosamente. A punibilidade por causa da execução culposa permanece intacta”.

Art. 17: “Erro de proibição:

Na execução do ato, faltando ao agente a compreensão de cometer um ilícito, então age ele sem culpa se não pôde evitar o erro. Se pôde evitar o erro, então a pena pode ser atenuada de acordo com o art. 49, § 1º (tratados especiais fundamentos legais da atenuação)”.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

Como vimos anteriormente, ao expormos a evolução do conceito de culpabilidade, são duas as teorias da culpabilidade:

- teoria estrita ou extremada da culpabilidade
- teoria limitada da culpabilidade.

1) Teoria estrita da culpabilidade

Esta teoria seguida por Welzel, Maurach, Armin Kaufmann e outros de nova redistribuição sistemática aos elementos estruturais do crime, e como vimos, apareceu na Alemanha com a teoria finalista da ação.

Ela separa do dolo a consciência da ilicitude, sendo o dolo-do-fato (vontade intencionalmente dirigida mais previsão do resultado) transferido da culpabilidade para o injusto, passando, então, necessariamente, a fazer parte do tipo legal. A consciência da ilicitude passa, então, a fazer parte da culpabilidade. Adota-se, porém, a potencial consciência da ilicitude (age dolosamente não só quem comete o crime querendo e sabendo que atua no terreno do ilícito, mas também aquele que, mesmo sem esse conhecimento, tinha possibilidade de saber que o seu agir era algo proibido ou socialmente danoso).

O dolo do tipo não se confunde mais com o dolo normativo, isto é, o *dolus malus*, que, como vimos ao tratar da teoria do dolo, contém vontade, previsão e conhecimento de que realiza uma conduta ilícita (consciência da ilicitude).

Aqui na teoria extremada da culpabilidade o dolo do tipo contém apenas dois elementos: previsão e vontade. O elemento consciência da ilicitude deixa, pois, de integrar o dolo para fazer parte do juízo de censura de culpabilidade.

É o seguinte o quadro do dolo e da culpabilidade nesta teoria, como vimos na teoria normativa pura: ⁽²⁹⁾

Dolo do tipo:

Vontade (intencionalidade - finalidade da ação) - elemento volitivo

Consciência (previsão do resultado) - elemento intelectual.

Culpabilidade:

Imputabilidade (pressuposto)

Consciência potencial da ilicitude

Possibilidade e exigibilidade, nas circunstâncias, de um agir-de outro-

modo

⁽²⁹⁾ Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB — 1983 e *in* Princípios Básicos de Direito Penal. Ob. cit., pág. 33.

Juízo de censura ao autor por não ter exercido esse poder-agir-de-outro-modo quando podia.

Aqui nesta teoria o erro não é mais sempre excludente do dolo como na teoria do dolo, pois tudo depende do efeito que poderá produzir:

a) Erro de tipo, isto é, erro sobre elemento do tipo. Se nas circunstâncias anula o elemento intelectual do dolo, excluirá, certamente, este elemento.

b) Erro de proibição, isto é, erro sobre ilicitude do fato. Se anula apenas a consciência potencial da ilicitude, deixará intacto o dolo do tipo, mas excluirá a culpabilidade, pois a consciência da ilicitude faz parte dela.

Temos então, as seguintes conseqüências que estabelecem a distinção entre as teorias em estudo: ⁽³⁰⁾

a) Quanto ao erro, poderá ser de tipo ou de proibição. Se for erro de tipo, exclui o dolo sem afetar a culpabilidade. Se for erro de proibição, exclui a culpabilidade, se inevitável, deixando intacto o dolo com todos os seus elementos, mas anulando a possibilidade de aperfeiçoamento do crime. No erro de tipo, excludente do dolo, permanecendo intacta a culpabilidade, o agente pode ser condenado por crime culposo — por negligência, imperícia ou imprudência — se previsto em lei. Só não pode ser condenado obrigatoriamente por crime doloso. O erro de tipo, se comprovado, exclui o dolo, quer seja evitável ou inevitável, pois só se pode pensar em um erro de tipo evitável que não se evitou na hipótese de culpa, *stricto sensu*, que, de qualquer modo faz cair a figura dolosa, podendo também estar-se diante de um simulacro de erro, que é irrelevante para o Direito Penal. No erro de proibição inevitável, que exclui a culpabilidade — o erro de proibição evitável não exclui a culpabilidade, pois é passível de censura não há condenação possível, seja por dolo, seja por culpa, *stricto sensu*, pois não há crime sem culpabilidade. Excluída a culpabilidade, a absolvição se impõe, seja o fato doloso ou culposo, pois em ambas se exige a culpabilidade.

b) Quando o erro recai sobre uma causa de justificação, esta teoria extremada da culpabilidade diz que todo o erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição, tornando impossível a condenação por fato culposo ou por excesso culposo, já que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade. O erro de proibição evitável não impede a condenação por fato doloso, mas inviabiliza a condenação por fato culposo, por não ser pensável um fato simultaneamente doloso e culposo.

c) Na legítima defesa putativa, não é possível excluir a condenação por homicídio culposo, ao pálio desta teoria extremada da culpabilidade. O erro de

⁽³⁰⁾ Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB — 1983 e *in* Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. Ob. cit., pág. 273.

proibição não exclui o dolo, mas pode, em certas circunstâncias, remover a culpabilidade. Se inevitável, excluirá a culpabilidade, e a sentença é absolutória. Se evitável, faz permanecer a responsabilidade do autor por fato doloso, permitindo a atenuação da pena. Em resumo, a consequência do erro de proibição inevitável é a absolvição. A consequência do erro de proibição evitável, mas que não se evitou, é a condenação atenuada por dolo. Se o crime é culposos, temos na legítima defesa putativa o seguinte: “Se o agente não evita, como pode e deveria, a prática do crime por negligência, imprudência ou imperícia, nesta hipótese o crime só pode ser culposos, jamais doloso, jamais dolo atenuado, por não ser pensável um fato único “culposos-doloso”, que o Prof. Francisco de Assis Toledo chamava de “uma teratologia jurídica”.⁽³¹⁾ Se doloso, e o agente não evita como pode e deveria a prática do crime por dolo, o crime é um todo doloso, mas será discutível que deva merecer, em tais circunstâncias, especial atenuação da pena.

O erro que no Código Penal vigente recai sobre uma causa de justificação está expressamente regulamentado no art. 17, cujo § 1º opta pela punição do fato culposos como “crime culposos” e não pela atenuação da pena de um dolo inexistente.

Conforme afirma o Prof. Francisco de Assis Toledo, é uma impossibilidade jurídica total, dentro do Código Penal, tratar a legítima defesa putativa culposos como crime doloso e puni-la como tal, de modo extremamente mais severo, “quando o erro deriva de culpa” (art. 17, § 1º).⁽³²⁾

Alcides Munhoz Neto toma posição concluindo que nas descriminantes putativas o erro é sempre de proibição, pois trata-se de erro por não representação da ilicitude.⁽³³⁾

Ainda consoante o mesmo autor, nas descriminantes putativas a ausência de dolo por não representação da tipicidade não pode ser afirmada. Este autor afirma que quem lesa corporalmente outrem, porque se supõe injustamente agredido por ele, tem representação da tipicidade de seu proceder, isto é, sabe que ofende a integridade corporal ou a saúde de outrem, supondo, porém, que sua atitude é lícita, pois a tem como amparada por uma causa legal de exclusão da ilicitude (legítima defesa). A eficácia do erro de fato nas descriminantes putativas só pode ser atribuída à ignorância da ilicitude.⁽³⁴⁾

O mesmo autor afirma que como o conhecimento da ilicitude não integra o dolo, mas pertence à culpabilidade, segue-se que quem age na crença errônea de ser legítimo seu comportamento procede dolosamente, e que a circunstância de ser o erro vencível punido como crime culposos reflete apenas o critério de tratar

⁽³¹⁾ Princípios básicos do direito penal. Cit. pág. 79.

⁽³²⁾ Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. Ob. cit., pág. 274.

⁽³³⁾ A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Cit., pág. 116.

⁽³⁴⁾ A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Cit., pág. 112.

um comportamento doloso como de culposo fora, em decorrência da diminuição pessoal, não significando, com efeito, que, em tal hipótese, a falta de consciência da ilicitude exclua o dolo, deixando, se evitável, subsistente a culpa em sentido estrito.⁽³⁵⁾

O Prof. Francisco de Assis Toledo retruca, dizendo que um crime doloso punido como se culposo fora seria um ente híbrido com poder de mutação, uma teratogenia, um monstro mitológico.⁽³⁶⁾

A divergência entre os dois mestres é plenamente justificada, pois, como veremos no estudo das discriminantes putativas, trata-se simplesmente de distinguir as teorias diferentes que ambos adotam, pois, enquanto o Prof. Munhoz adota a “teoria estrita ou extremada da culpabilidade”, que foi superada na própria Alemanha, onde teve origem com Welzel e outros, o Prof. Toledo adota a “teoria limitada da culpabilidade”, que é a predominante da jurisprudência alemã e que será estudada a seguir.

2) Teoria limitada da culpabilidade

Os fundamentos desta teoria limitada são os mesmos vistos na teoria extremada da culpabilidade, até o ponto em que tem início o tratamento dos efeitos jurídico-penais do erro de proibição (Maurach).

A solução para o problema do erro é dualista como na teoria estrita, isto é, distingue o erro de tipo do de proibição, pois ambas colocam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade.

No erro de tipo, a ignorância ou falso conhecimento por parte do agente é sobre circunstâncias fáticas ou normativas pertencentes ao tipo legal. O autor age sem dolo do fato, por desconhecer ou conhecer falsamente uma circunstância do tipo legal, seja de caráter fático (descritivo), seja de caráter normativo. O autor não tinha o conhecimento de todas as circunstâncias objetivas, descritivas ou normativas do tipo. Anula portanto o elemento intelectual do dolo, sendo um erro excludente do dolo, mas que permite a condenação por fato culposo, se previsto em lei.

Se, por exemplo, “A” desfere um tiro no que supõe ser uma caça e acerta em “B”, cometeu um erro de fato. ⁽³⁷⁾ Percebeu um animal e não um ser humano. Feriu, portanto, erroneamente um ser humano, quando pretendia matar um animal, isto é, cometeu um erro sobre um elemento fático, descritivo do tipo.

Outro exemplo de erro de tipo: se “A” retira da mesa de “B” um chapéu, pensando que é seu, retirou coisa própria e não “coisa alheia”; subtraiu

⁽³⁵⁾ A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio, Forense, 1978, pág. 116.

⁽³⁶⁾ Princípios básicos de Direito Penal. Cit. pág. 79.

⁽³⁷⁾ Exemplo retirado de Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Cit., pág. 412.

erroneamente coisa alheia móvel, por desconhecer o caráter alheio da coisa (elemento normativo).

No erro de proibição, a ignorância ou falso conhecimento por parte do agente recai sobre a ilicitude do fato. Trata-se de erro sobre a mesma. O autor age com pleno dolo do fato, isto é, há o dolo do tipo mas falta a consciência da ilicitude. Pensa erroneamente que o que pratica não é algo proibido. Se o erro de proibição é inevitável, exclui a culpabilidade, e se é evitável, permite a atenuação da pena do dolo.

Também até aqui a teoria extremada não apresenta divergências com a teoria limitada da culpabilidade, pois ambas apresentam o erro de tipo como causa de exclusão do dolo, admitindo, nesta hipótese, o crime culposos, e ambas apresentam o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição, neste caso, por crime culposos.

A divergência começa quando o erro recai sobre uma causa de justificação, isto é, as denominadas discriminantes putativas.

Para a teoria estrita da culpabilidade, como vimos, todo erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição, pois trata-se de erro por não representação da ilicitude, e todo erro sobre a consciência da ilicitude é erro de proibição, o que torna evidentemente impossível a condenação por fato ou por excesso culposos, já que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, tornando-se inviável a condenação, quer por dolo quer por culpa. Quanto ao erro de proibição evitável, não impede a condenação por fato doloso, mas inviabiliza a condenação por fato culposos, por não ser pensável um fato simultaneamente doloso e culposos.

O exemplo a seguir poderá explicar melhor: “A”, supondo-se ameaçado de morte por seu desafeto “B”, que faz um gesto semelhante ao de sacar uma arma, age mais rapidamente e mata o suposto agressor. Depois, verifica-se que “B” estava desarmado e apenas tirava do bolso um lenço.

Para a teoria estrita da culpabilidade, “A”, mesmo comprovado o erro, deverá ser condenado ou absolvido por homicídio, conforme a evitabilidade ou inevitabilidade do erro. Não há qualquer possibilidade de condenação de “A” por homicídio culposos. É uma teoria dura, severa, rígida, rigorosa.

Para a teoria limitada da culpabilidade, poderá ocorrer:

a) condenação de “A” por homicídio doloso, se propositadamente, se incorrer em verdadeiro erro (simulacro de erro), valeu-se da situação ensejada por “B” para liquidar o desafeto;

b) condenação de “A” por homicídio culposos, se incorreu em erro evitável, não se comportando com a prudência que, nas circunstâncias, lhe era razoavelmente exigível;

e) absolvição de “A”, se ficar demonstrado que o seu erro era inevitável diante da dramatização de “B” ao fazer o gesto de sacar uma arma inexistente.

O erro que no Código Penal de 1940 recai sobre uma causa de justificação está expressamente regulado no art. 17, § 1º, que opta pela punição do fato culposo como “crime culposo”. A única solução ajustável ao Direito brasileiro, no art. 17, § 1º, é a teoria limitada da culpabilidade, que oferece maiores opções, e não a teoria extremada, que, na hipótese de homicídio culposo comprovado, como no exemplo acima, coloca a Justiça Criminal diante do dilema de ter que, frente a um fato culposo, submeter o réu a uma severa condenação ou a uma injustificada absolvição por crime doloso.⁽³⁸⁾

A Nova Parte Geral do Código Penal, inspirada na teoria limitada da culpabilidade, acolheu a orientação de que o erro sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a condenação por fato culposo se previsto em lei, e que se aplica a disposição supra quando o agente, por erro plenamente justificado, comete o crime supondo “situação de fato” que, se existisse, tornaria a ação legítima (art. 20 e parágrafo único).

Esta orientação do Novo Código Penal encontra apoio entre os seguidores da “teoria dos elementos negativos do tipo”.⁽³⁹⁾ Também Jescheck, no item que trata do erro sobre causas de justificação, adere à teoria limitada da culpabilidade.⁽⁴⁰⁾

No Código Penal de 1940, o preceito do art. 17, 2ª parte, (“quem por erro plenamente justificado pelas circunstâncias supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”), trata das discriminantes putativas. E, junta-

(38) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB — 1983 e *in* Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. Ob. cit., pág. 275.

(39) Para a teoria dos elementos negativos do tipo, “o tipo há de abarcar não só as circunstâncias típicas do delito, senão também todas aquelas que afetem à antijuridicidade. Os pressupostos das causas de justificação entendem-se assim como elementos negativos do tipo. Incluem-se, portanto, no tipo porque somente quando faltam é possível um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Elementos do tipo e pressupostos das causas de justificação se reúnem, por esta via, em um tipo total e se situam sistematicamente em um mesmo nível” (Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, cit., 1º vol., pág. 338).

(40) “A doutrina majoritária e um setor da Jurisprudência seguem uma via intermediária que conduz a um resultado idêntico ao proposto pela teoria dos elementos negativos do tipo, mas com fundamentação diversa (teoria limitada da culpabilidade). O erro evitável sobre os pressupostos de uma causa de justificação não se considera erro de tipo, aplicando-se, porém, ao mesmo o § 16 do Código Alemão, que trata do erro de tipo, por reputar-se decisiva a analogia de estrutura a respeito do próprio erro de tipo.

“A teoria correta é, pelo contrário, a que, com aceitação crescente, entende que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação reconhecida unicamente pode subsumir-se no § 16 (do mesmo Código Alemão, que cuida do erro de tipo) quanto à sua consequência jurídica, de modo que o autor, ainda que tenha realizado um delito doloso, só pode ser condenado por imprudência” (Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. Cit. pág. 635).

mente com o § 1º (“não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”), aplica-se ao erro *sui generis*, sobre o tipo de permissão que Jeschek chama de “erro de tipo permissivo” (41) excludente do dolo, que permite a punição a título de culpa *stricto sensu* e não ao erro de permissão excludente da censura de culpabilidade, denominada por Jeschek: “erro de proibição indireto”. (42)

Como veremos ao tratar das descriminantes putativas, em que o erro recai sobre uma causa de justificação, estas descriminantes irreais não se limitam às hipóteses de exclusão do dolo previstas no art. 17, 2ª parte, acima citado, mas podem constituir causas supralegais de exclusão da censura de culpabilidade, conforme a escusabilidade ou não dessa forma básica de erro.

Assim, temos que o erro sobre uma causa de justificação pode recair sobre:

- a) os pressupostos fáticos dessa mesma causa de justificação, conforme vimos no art. 17, 2ª parte, quando diz: “supõe situação de fato”;
- b) os limites ou a própria existência da causa de justificação (“supõe estar autorizado”).

Em conclusão temos que as denominadas “descriminantes putativas” encontram melhor tratamento dentro da “teoria limitada da culpabilidade”, va-

(41) “Um erro *sui generis*, em que o autor crê erroneamente que concorrem aquelas circunstâncias que, de dar-se, justificariam o fato (erro sobre o tipo de permissão).

É o erro sobre circunstâncias que, de concorrer, dariam lugar a uma causa de justificação reconhecida (erro de tipo permissivo). Trata-se de um erro *sui generis* situado entre o erro de tipo e o erro de proibição indireto. A analogia com o erro de tipo radica em sua estrutura: também o erro de tipo permissivo refere-se aos elementos (normativos e descritivos) de uma proposição jurídica.

A semelhança com o erro de proibição indireto reside em sua conseqüência: o conhecimento do tipo não resulta afetado e a função de chamada deste pode, assim, desprender-se plenamente; o erro determina somente que o autor creia que a norma proibitiva retrocede excepcionalmente ante uma proposição permissiva” (Tratado de Derecho Penal. Ob. cit., pág. 633 e 634).

(42) “O erro sobre causas de justificação:

Também constitui erro de proibição a suposição errônea de uma causa de justificação, se o autor erra sobre a existência ou os limites da proposição permissiva (erro de permissão). Em tal caso, o autor não desconhece o predicado de desvalor que implica o tipo, senão que erra sobre a intervenção de uma proposição permissiva, mas em ambos os casos concorre o dolo típico e o erro se refere unicamente ao estar proibido do fato. Chamamos a este suposto erro de proibição indireto, porque o autor não crê aqui que o fato seja lícito sem mais. Senão que desconhece a antijuridicidade no caso concreto mediante o rodeio que supõe erroneamente uma proposição permissiva.

Distinguem-se dois casos de erro de proibição indireto:

- a) o autor supõe erroneamente a existência de uma causa de justificação não admitida pelo ordenamento jurídico (erro sobre a existência);
- b) o autor desconhece os limites jurídicos de uma causa de justificação admitida (erro sobre os limites)” (Tratado de Derecho Penal. Ob. cit., pág. 632 e 633).

riando o resultado de excluir o dolo mas permitindo a punição do fato como crime culposo, se previsto em lei, ou excluindo a culpabilidade (43) conforme configurem, em concreto, o erro semelhante ao de tipo ou o erro de proibição, submetendo-se aos requisitos já apresentados para a escusabilidade ou não de cada uma dessas formas básicas do erro.

DISTINÇÃO ENTRE ERRO DE DIREITO E DE PROIBIÇÃO

Autores brasileiros, desavisadamente, não fazem distinção entre erro de direito, como dispõe o Código Penal, e erro de proibição, de que trata a teoria normativa da culpabilidade. Também, alguns autores pátrios procuram açodadamente estabelecer a correspondência entre erro de fato e erro de tipo.

A Lei nº 7.209 de 11-7-84 modificadora da Parte Geral do Código Penal abandona as expressões “erro de direito” e “erro de fato” do Código Penal de 1940 e acolhe as duas formas básicas de erro, construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (art. 20) e erro sobre a ilicitude do fato (art. 21).

Não se trata porém de simples substituição da rubrica “erro de fato” por “erro sobre elementos do tipo”, e “erro de direito” pela expressão “erro sobre a ilicitude do fato”, pois é um equívoco equiparar o “erro de proibição” ao “erro de direito” e o “erro de tipo” ao “erro de fato”, como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo, e o erro de direito passasse a ser chamado erro de proibição.

Em face das novas concepções introduzidas no código alemão, que no § 16 define o erro sobre circunstâncias de fato, e, no § 17, o erro de proibição, e no código português, coincidentemente nos arts. 16 e 17, o retorno à terminologia do Código de 1940, relativamente ao tema do “erro” (erro de fato — erro de direito), seria um despropósito, num Projeto que se propõe a adotar em todo curso o princípio do *nullum crimen sine culpa*, e que diz ter abolido todos os resquícios da responsabilidade sem culpa.

Como veremos a seguir, o erro de tipo abrange situações que eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito, e o erro de proibição abarca uma série de situações que antes eram classificadas como erro de direito, e inclui situações novas.

Outro equívoco é a confusão que certos autores brasileiros fazem entre erro de proibição e ignorância da lei.

(43) Esta é a posição da Exposição de Motivos do Ministro Ibrahim Abi-Ackel, que, em seu nº 19, assim se pronuncia: “repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como o Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art. 17, § 1º)”. (O texto do projeto de reforma do Código Penal nº 1.656/83 Parte Geral, Mensagem nº 241/83, está publicado na coletânea de Reforma Penal — Departamento de Imprensa Nacional — Ministério da Justiça).

A expressão “o desconhecimento da lei é inescusável”, introduzida no art. 21 do Novo Código Penal, corresponde à pura “ignorância da lei” no art. 16 do Código Penal de 1940, e portanto é inescusável, não isentando de pena.

É certo que a doutrina do erro acolhida pelo Novo Código Penal distingue a pura “ignorância da lei” de “erro sobre a ilicitude do fato”. Lei é a norma escrita editada pelos órgãos competentes do Estado, enquanto ilicitude do fato é a correlação de contrariedade entre este fato e a totalidade do ordenamento jurídico.

O erro sobre a ilicitude do fato inevitável é escusável. Portanto, o que é escusável, na doutrina do erro, não é a ignorância da lei, mas a eventual e inevitável ignorância sobre o estar proibido.

No parágrafo único do art. 21, o Novo Código Penal definiu a evitabilidade do erro em função da “consciência potencial da ilicitude”. O erro é considerado evitável se o agente atuou ou se omitiu sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Quanto às discriminantes putativas, o Novo Código Penal admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade”, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de um causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Não há, portanto, isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos, repetindo a figura culposa do art. 17, § 1º do Código de 1940.

DISTINÇÃO ENTRE ERRO DE FATO E ERRO DE TIPO (*)

Não há correspondência entre erro de tipo e erro de fato da teoria tradicional, pois nesta teoria, se o erro é sobre direito extrapenal, é erro de fato, mas se é sobre direito penal, é erro de direito, e portanto um erro sobre elemento normativo, seja um conceito jurídico, seja um conceito antijurídico ou franca referência ao injusto (vide diferença entre erro de tipo e erro de proibição), nem sempre é erro de fato. (44)

O erro de tipo abrange o erro sobre qualquer elemento constitutivo do tipo, pouco importando que sejam elementos fáticos ou jurídico-normativos.

(44) Basileu Garcia afirma, sem rodeios, que a assertiva de que o erro de direito (antiga denominação) não escusa prende-se ao erro de direito penal. Assim, se o agente ignora que a apropriação indébita é crime, isto é irrelevante.

Considera ainda o referido mestre que o erro sobre o direito extra-penal, isto é, a norma integrada por outras normas distintas das penais, tais como civil, comercial, administrativa etc., constitui erro de fato (antiga denominação). Se o agente, em virtude de errôneo entendimento de uma relação jurídica, conserva como sua a coisa alheia, incide em erro de direito extrapenal, equivalente ao erro de fato, e não poderá ser condenado por apropriação indébita (Instituições de Direito Penal. Cit. pág. 276).

(*) O erro de tipo está deslocado, pois não constitui causa de exclusão da culpabilidade mas sim excludente da tipicidade da conduta em face da inexistência do dolo.

O erro de tipo abrange, portanto, situações que antes eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito.

A velha e superada dicotomia romana, erro de fato erro de direito, que só tinha por objeto o fato ou a lei, extraía efeitos jurídicos opostos, isto é, a escusabilidade do erro de fato e a inescusabilidade do erro de direito, quando o certo é dizer que na nova distinção entre tipo e ilicitude, conectada com a correspondente entre erro de tipo e de proibição, ambas podem ou não ser escusáveis, como veremos ao estudar o erro de tipo e o de proibição.

DISTINÇÃO ENTRE ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO

O erro de tipo tem por objeto elementos ou circunstâncias integrantes do tipo (fáticos ou jurídico-normativos), enquanto o erro de proibição recai sobre a ilicitude do fato.

A distinção tradicional entre erro de fato e erro de direito é impraticável, pois a dicotomia romana tem por objeto o fato ou a lei.

No lugar da falsa e superada oposição romana entre o fático e o jurídico, coloca-se o decisivo contraste na antítese tipo legal-ilicitude.

O que importa, pois, é distinguir entre os casos de erro de tipo e de proibição, que não coincide com a dicotomia tradicional erro de fato-erro de direito.

a) Erro de tipo ou "erro sobre elementos do tipo"

Abrange o erro sobre qualquer elemento ou circunstância constitutivos do tipo legal, seja de fato ou de direito, recaindo, portanto, sobre os elementos integrantes fáticos ou jurídico-normativos.

Parte da doutrina entende, portanto, que o erro de direito extra-penal não constitui erro de direito (antiga denominação), e sim tem efeitos semelhantes ao erro de fato (antiga denominação), que exclui a tipicidade. Em contraposição, há o erro de direito penal, aquele que incide sobre uma norma específica do mesmo, que não exclui a tipicidade.

Quanto à distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal, ensina Welzel que o erro sobre uma circunstância de fato do tipo complementar é um erro de tipo; o erro sobre a norma complementar (a disposição punitiva) é um erro de proibição, isto é, se o erro incidir sobre o fato constitutivo da matéria extrapenal, tratar-se-á de erro de tipo (art. 17, *caput*, 1ª parte), excludente do dolo e, em consequência, da tipicidade do fato; se a má interpretação versar sobre a norma extrapenal, haverá erro de direito, irrelevante para o nosso CP.

A exposição de motivos não faz diferença entre as duas formas de erro de direito penal e extrapenal, posto que, quando uma norma penal incriminadora é integrada por outras normas, distintas das penais, como lei civil, comercial, administrativa (complementos), estas disposições não podem ser consideradas extrapenais, uma vez que com as normas penais formam uma unidade, integram um todo. Assim, impregnadas de cunho penal, o erro sobre estas normas constitui erro de direito, sem efeito de exclusão de culpabilidade, pois o erro a seu respeito é um irrelevante *error juris criminalis*.

Foi Alexander Graf zu Dohna ⁽⁴⁵⁾ quem, pela primeira vez, em 1923, anotou na descrição dos tipos legais, a par de fatos objetivos, elementos normativos.

Assim, portanto, qualquer erro sobre elemento constitutivo do tipo, seja descritivo (elementos objetivos: “matar alguém”, “ofender a integridade corporal de alguém”, “subtrair coisa”), seja normativo (conceito jurídico: noção de “documento”, qualidade de “funcionário”, de “função pública”, “casamento” no civil; extrajurídico: “mulher honesta”, “dignidade”, “decoro”, “saúde”, “moléstia”); juízo de valoração: “meio insidioso ou cruel; ou franca referência ao injusto: “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem as formalidades legais”), é considerado erro de tipo.

Erro de tipo essencial é o que versa sobre elemento constitutivo do tipo, de tal forma que o crime não se verifica, se não for o erro.

No crime de furto do art. 155, CP, dois elementos constitutivos do tipo são a “coisa” e a circunstância de ser “alheia”. O elemento “ser coisa” é meramente descritivo, é objetivo, não fazendo referência à ilicitude ou à culpabilidade. O elemento “ser alheia” envolve o conceito de propriedade (“coisa alheia”, móvel), constituindo um elemento normativo. Quem se apodera de coisa alheia móvel, pensando ser um chapéu que lhe pertença, comete erro de tipo essencial, pois erra sobre o caráter alheio da coisa, que constitui erro sobre elemento do tipo, sem o qual o crime deixa de existir. O agente não cometeria, portanto, subtração alguma, se o objeto realmente lhe pertencesse. O erro, nessa hipótese, sendo essencial, é sempre escusável, pois só há a forma dolosa de furto, não sendo prevista em lei a forma culposa.

Erro de tipo accidental, ao contrário, é o que incide sobre circunstâncias acessórias ou aspecto secundário ao tipo, de modo que o crime se verificará, mesmo sem o erro e com erro modificar-se-á apenas na sua concreta manifestação. Vale dizer que sem as circunstâncias estranhas ao tipo o crime não deixa de existir.

Se o agente detona sua arma de fogo contra alguém, na certeza de se tratar de um perigoso inimigo e mata outra pessoa, está procedendo com erro accidental, que não altera substancialmente o fato, não lhe elimina a criminalidade. O fato de ser o inimigo ou outra pessoa diz respeito a circunstância secundária da infração, pouco importando sua natureza; pertence, integra-se à figura delituo-
sa do homicídio.

Se alguém subtrai objeto de Antonio, supondo ser de Bráulio, está procedendo com erro accidental, posto que se refere a aspecto secundário da infração. O mesmo se diga de alguém que furta farinha, imaginando ser açúcar.

(45) “*La estructura de la teoría del delito*”. Buenos Aires, A. Perrot. 1958.

No Código Penal de 1940, o erro de tipo essencial está regulado no art. 17, **ab initio**, e seu § 1º, com a denominação de erro de fato.

Diz o Código de 1940 que é isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui (art. 17, 1ª parte). O agente supõe, de modo plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui, isto é, ignora a existência da circunstância de fato que integra o tipo.

O § 1º do art. 17 do Código de 1940 disciplina o erro culposo, isto é, o erro evitável ou vencível que não se evitou devido à atitude culposa do agente. Nessa hipótese, de qualquer forma, exclui-se o dolo, exurgindo a culpa, se prevista em lei. A Lei nº 7.209/84 modificadora da Parte Geral do Código adotou esta orientação, que se aplica igualmente ao Código vigente.

b) Erro de proibição ou “erro sobre a ilicitude do fato”

É o erro sobre o estar proibido. O agente supõe que está autorizado a praticar o fato.

Como vimos na distinção do erro de direito, o de proibição abarca uma série de situações, que antes eram classificadas como erro de direito, e inclui situações novas.

O erro de proibição pode ser escusável (inevitável, invencível) quando se tratar de autêntica ignorância da ilicitude do fato, e inescusável (evitável, vencível), quando realmente constituir uma espécie de *ignorantia legis*.

O erro de proibição só é escusável quando é inevitável, isto é, quando a falta de consciência da ilicitude for inevitável. (46)

Como exemplos de erro de proibição escusável temos:

1. Erro de proibição direto, quando o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida ou por desconhecer os valores que fundamentam, no terreno conceitual e normativo, a norma vigente, ou por não compreender seu verdadeiro âmbito de incidência.

2. Erro de proibição indireto, quando o agente erra sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, supondo que está autorizado por uma

(46) O Prof. Francisco de Assis Toledo traça o seguinte quadro contendo os critérios da evitabilidade e, portanto, para a inescusabilidade ou inadmissibilidade do erro de proibição: “1º) exclui-se o erro de proibição relevante quando o agente atue com uma “consciência profana” do injusto; 2º) é ele ainda excluído quando o agente: a) atue sem essa consciência, apesar de lhe ter sido fácil, nas circunstâncias (com o próprio esforço de inteligência e com os conhecimentos auridos da vida comunitária de seu próprio meio), atingir tal consciência profana; b) atue sem essa consciência (*ignorantia affectata* do direito canônico) por ter, na dúvida, deixado propositamente de informar-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) atue sem essa consciência (*ignorantia vincibilis* do direito canônico) por não ter procurado informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas”. (O erro... Ob. Cit., pág. 97.)

norma permissiva a praticar o fato que sabe em princípio proibido, como veremos no estudo das descriminantes putativas.

3. Erro de proibição, quando o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado e omite a ação que lhe é determinada, porque, encontrando-se na posição de garante, supõe por erro escusável (inevitável) não estar obrigado a agir para obstar o resultado.

A espécie de erro de proibição direto recai sobre a norma proibitiva.

Norma proibitiva é a que impõe um dever de omissão, de abstenção de certos atos, como por exemplo: não matar, não causar lesão corporal, não furtar.

Se a ação proibida a título de furto é subtrair, isto é, um fazer “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, o preceito, que é a ação oposta a subtrair, é não subtrair, isto é, um não fazer.

O erro de proibição direto não é *ignorantia legis*, isto é, não incide sobre a lei penal, mas é aquele que conduz por equívoco à realização de uma conduta concreta que implique contrariedade a uma norma de proibição e se ajuste a um modelo típico penal.

Há casos especiais em que o conhecimento na norma pode, inevitavelmente, faltar, na consciência do agente, e também quanto ao erro, alguns casos especiais são considerados aptos a afastar a “suspeita de um agir com o conhecimento da proibição”.

Assim acontece no erro de proibição direto que ocorre quando o agente, sem possibilidade de evitar, de inibir a conduta, infringe a norma proibitiva, ou por desconhecê-la ou por conhecê-la mal, ou por não compreender seu verdadeiro âmbito de incidência.

No crime de bigamia, descrito no art. 235 do CP de 40, se “A” erra sobre a natureza de seu matrimônio anterior, supondo-o inválido, e casa-se pela segunda vez, antes do divórcio ou da anulação do casamento, incorre em erro de proibição, não podendo ser imputado de bigamia. (47) Agiu com falta de consciência da ilicitude, e o crime de bigamia não se aperfeiçoa diante da exclusão, pelo erro, da culpabilidade pelo ato. Não se trata de um erro de fato por equiparação (a antiga doutrina equiparava o erro de direito extrapenal ao erro de fato).

A espécie de erro de proibição indireto recai sobre norma permissiva.

Às normas permissivas correspondem os “tipos de conduta lícita”, dentre os quais situam-se os “tipos permissivos”, que dão origem às causas de justificação.

Se o erro recai sobre a situação de fato (“supõe situação de fato”) de uma causa de justificação, isto é, sobre pressupostos objetivos, deve ser tratado, se

(47) Exemplo tomado de Francisco de Assis Toledo. O erro ... cit., pág. 104.

escusável, como “erro de tipo permissivo” (48) excludente do dolo, não se afastando a hipótese da culpa *stricto sensu* no excesso culposo.

Se recai sobre a própria existência ou sobre os exatos limites da causa de justificação, mesmo que não haja qualquer equívoco sobre os pressupostos fáticos da mesma (“situação de fato”), o erro deve ser tratado como de proibição indireto, que, se evitável (inescusável), aperfeiçoa-se o crime doloso, mas, se inevitável (escusável), exclui-se a culpabilidade.

Com isso, a legítima defesa putativa será examinada:

1. Como erro de tipo, quando recai sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação.
2. Como erro de proibição, quando recai sobre os seus limites normativos.

A espécie erro de mandamento recai sobre norma preceptiva (49).

Norma preceptiva é a que impõe um dever de ação, ao contrário da norma proibitiva, que impõe um dever de abstenção de certos atos.

Se o preceito é um fazer, como no art. 135, do CP/40, “prestar assistência”, em que encontramos o crime de omissão de socorro, a ação proibida é um não fazer, isto é, “deixar de prestar socorro”, e portanto uma omissão.

Quem pratica o fato supondo, com uma valoração “na esfera do profano”, não estar obrigado a praticar a conduta ordenada pela norma, age com falta de consciência da ilicitude, ocorrendo o erro de proibição, denominado erro de mandamento.

Nos crimes comissivos por omissão, o agente situa-se na “posição de garantidor”, incumbindo-lhe o dever de evitar o resultado típico penal. Se o erro incide sobre a existência da norma preceptiva, isto é, sobre a existência do dever de impedir o resultado, ocorre o erro de mandamento.

Garantidor é a pessoa que tem o dever jurídico de impedir o resultado. O Código de 1940 não define quando existe este especial dever. A Exposição de Motivos é igualmente omissa.

O Novo Código Penal, no art. 13, § 2º, cuida dos destinatários em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas (Exposição de Motivos do Ministro Ibrahim Abi-Ackel, nº 13).

(48) Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Cit. pág. 633/634.

(49) “Ocorre um erro de mandamento nos delitos de omissão quando o autor erra sobre seu dever de atuar; desconhece a norma preceptiva da qual se segue a antijuridicidade material de sua inatividade.” Jescheck, ob. cit., pág. 877.

Se o tutor deixa de socorrer o pupilo que se afoga pensando não estar obrigado a arriscar sua própria vida para salvá-lo, ocorre um inequívoco erro de proibição. ⁽⁵⁰⁾

Espécies de erro de proibição inescusável:

1. O erro que recai sobre a vigência ou eficácia de uma lei que constitui uma espécie de *ignorantia legis*, inescusável⁽⁵¹⁾; aqui é válido o princípio *ignorantia legis neminem excusat*, legislado, como vimos, no art. 16, CP e no art. 3º, LICC. É lógico que diz respeito ao fundamento da validade e eficácia da lei. É uma questão de pura obrigatoriedade abstrata (vigência) da lei. Quem é ignorante da lei não se exime da pena, caso tenha atuado culpavelmente.

Quanto ao erro de eficácia, o agente julga que a legitimidade do preceito legal contraria um costume de categoria superior, ou norma constitucional.

2. A forma de *ignorantia legis* se identifica como erro que recai sobre a punibilidade do fato — inescusável. O agente sabe que faz algo proibido, ou devia e podia sabê-lo, mas supõe inexistir pena criminal para a conduta que realiza.⁽⁵²⁾

3. A forma de *ignorantia legis* identifica-se com o erro que recai sobre a subsunção do fato à hipótese legal — inescusável. O agente conhece a previsão legal, o fato típico, mas por erro de compreensão, supõe que a conduta realizada não coincide, não se ajusta ao tipo delitivo, à hipótese legal.⁽⁵³⁾

DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Descriminantes putativas são tradicionalmente causas de exclusão da culpabilidade, que ocorrem quando situações configuradoras de causas de justificação — legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito por erro — existirem apenas na imaginação do agente.

São, portanto, discriminações irreais, ao contrário das causas de justificação do art. 19 do Código Penal de 1940.

Como exemplo de discriminação putativa temos a denominação legítima defesa putativa, em que “A”, supondo-se ameaçado de morte pelo seu inimigo, que faz um gesto de sacar uma arma, age mais rapidamente e mata seu suposto

(50) “Erro sobre o dever de evitar o resultado”. Exemplo tomado de Francisco de Assis Toledo. O erro... cit. pág. 65.

(51) Erro de vigência e erro de eficácia. Toledo, in O erro... Ob. cit., pág. 101.

(52) Erro de punibilidade. Refere-se à consequência jurídica do fato. É irrelevante. Jescheck. Ob. cit., pág. 422.

(53) Jescheck. Ob. cit., pág. 400. Erro de subsunção (“de nada servirá ao ladrão de galinhas alegar que não considera “coisas” os animais vivos”). “O autor conhece o conteúdo objetivo de um elemento do tipo, porém erra sobre seu significado jurídico-penal”. Pág. 421.

agressor, tudo não passando de um lamentável engano por parte de “A”, pois a agressão só existia na imaginação deste.

Não se pode cogitar, no exemplo supra, de uma verdadeira legítima defesa, pois a agressão era inexistente, podendo configurar:

- a) um erro escusável, excludente da culpabilidade, ou
- b) um erro derivado de culpa, caracterizador do crime culposos.

O art. 17, *in fine*, do CP de 40, declara ser “isento de pena... quem por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”, e, no parágrafo 1º do mesmo artigo, temos que “não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

Enquanto o art. 17, 1ª parte, trata de erro de tipo (... quem comete o crime por erro quanto ao fato...), o preceito do art. 17, 2ª parte, completado pela norma do parágrafo 1º, acima citados, aplica-se ao erro de tipo permissivo, uma das hipóteses das discriminantes putativas, excludente do dolo, que permite a punição a título de culpa mas não se aplica ao erro de proibição indireta excludente da culpabilidade.

O Novo Código Penal adotou esta orientação *in verbis*:

“Erro sobre elementos do tipo. Art. 20: o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por fato culposos, se prevista em lei.”

Discriminantes putativas. “§ 1º: é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.”

Esta posição é adotada pela teoria limitada da culpabilidade, que é dominante na jurisprudência dos tribunais da Alemanha, berço da teoria finalista de Welzel, que seguia a teoria estrita da culpabilidade.

Nas discriminantes putativas, o erro que recai sobre uma causa de justificação pode ser:

- a) sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação (“supor situação de fato”), excludente do dolo e exurgindo a culpa;
- b) sobre os limites ou a própria existência da causa de justificação (“supor estar autorizado”), excludente da censura de culpabilidade.

O art. 17 *in fine* e § 1º do Código Penal de 40 só cuidam da primeira hipótese: “supor situação de fato”. Um exemplo desta discriminante putativa é o do agente que, supondo-se na iminência de ser agredido por seu inimigo (que apenas tirava do bolso um lenço), alveja-o e o mata.

Neste exemplo o erro recai sobre os pressupostos fáticos da legítima defesa, isto é, sobre os requisitos da legítima defesa, o que vale dizer, sobre seus pressupostos objetivos. O agente supõe, em consequência de um erro inevitável (invencível), achar-se em face de uma agressão iminente ou atual e injusta.

Uma situação como a legítima defesa, configuradora de causa de justificação do art. 19, II e 21 do CP de 40, pode, quando existir apenas na imaginação do agente, transformar-se em causa de exclusão do dolo, caso esteja dentro dos limites da reação que seria necessária contra a suposta agressão.

Se o agente é induzido à mesma suposição por erro inescusável (superável, vencível) exsurge a culpa, isto é, será punível a título de culpa *stricto sensu* pelo evento lesivo, que pode ser a lesão corporal ou o homicídio culposo (figuras previstas em lei).

O art. 17, *in fine* do CP de 40 (“supõe situação de fato”) não esgota as hipóteses das discriminantes putativas.⁽⁵⁴⁾ O erro que recai sobre uma causa de justificação pode fazê-lo não sobre os pressupostos fáticos, mas sobre os limites ou a própria existência da causa de justificação (“supor estar autorizado”).

Um exemplo desta segunda hipótese é o do oficial das Forças Armadas, tido como valente, sério e respeitável que, numa festa, defende-se de um tapa no rosto, supondo estar autorizado a desferir um tiro no tórax do agressor, em legítima defesa, excedendo-se sobre os limites da necessidade. ⁽⁵⁵⁾

Neste exemplo não há qualquer equívoco do agente sobre a “situação de fato”, incidindo o seu erro somente sobre os limites da causa de justificação — legítima defesa. A agressão é atual e injusta, apenas não há ponderação nem proporcionalidade, isto é, não foram usados os “meios necessários” moderadamente. Um oficial das Forças Armadas não se convence de que pode levar um tapa no rosto sem repulsa, agindo erradamente sobre os exatos limites da norma. O erro foi o agente “supor estar autorizado”.

Trata-se, no referido exemplo, de erro de proibição indireto, isto é, sobre os limites normativos da causa de justificação que, se inevitável (escusável), não se aperfeiçoa o crime doloso, excluindo-se a culpabilidade.

As duas hipóteses citadas, portanto, não se confundem, ou seja, “supor situação de fato” é erro de tipo e “supor estar autorizado” é erro de proibição, sendo que o art. 17, 2ª parte e o § 1º do CP de 40 só cuidam do erro de tipo, isto é, “supor situação de fato”.

Como o Novo Código Penal propõe-se adotar em todo o seu curso o princípio do *nullum crimen sine culpa*, não será possível, na lacuna da lei, concluir-se na hipótese acima referida simplesmente por uma responsabilidade

(54) Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos... Cit. pág. 76.

(55) Exemplo tirado e adaptado de Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB, 1983.

objetiva do agente, mas deve ser tratado, dentro da “teoria limitada da culpabilidade”, como erro de proibição, uma causa extralegal de exclusão da culpabilidade, se escusável.

Heleno Cláudio Fragoso considera como situação básica de erro de proibição a do agente que supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, constituindo descriminantes putativas.⁽⁵⁶⁾

O saudoso Alcidez Munhoz Neto achava que o erro nas descriminantes putativas é sempre erro de proibição no direito penal brasileiro.⁽⁵⁷⁾

Damásio de Jesus segue a mesma linha, posto que adota a teoria “estrita” da culpabilidade, afirmando que as descriminantes putativas integram-se no erro de proibição.⁽⁵⁸⁾

A teoria “estrita” da culpabilidade, seguida pelos autores acima citados, que é também adotada por Welzel, Maurach e outros, foi repelida na própria Alemanha, onde teve origem, cuja teoria predominante na jurisprudência é a “limitada” da culpabilidade.

Francisco de Assis Toledo diz ser uma teratogenia “um crime doloso punido como se culposo fora”⁽⁵⁹⁾, ao criticar a posição assumida por Alcidez Munhoz Neto que, tentando explicar que no direito penal brasileiro o erro nas descriminantes putativas é sempre erro de proibição, afirma *in verbis*: “Em conclusão, no direito penal brasileiro cabe afirmar que o erro nas descriminantes putativas é erro de proibição. Como o conhecimento da antijuridicidade não integra o dolo, mas pertence à culpabilidade, segue-se que quem age na errônea crença de ser legítimo o seu comportamento procede dolosamente. Porém, sendo o erro de fato e invencível, não é culpado por ausência de censura pessoal e tem isenção de pena, legalmente estabelecida. A circunstância de ser o erro vencível punido como crime culposo não colide com a afirmação acima. Esta forma de punição não significa, com efeito, que, em tal hipótese, a falta de consciência da antijuridicidade exclua o dolo, deixando, se evitável, subsistente a culpa em sentido estrito. Reflete apenas o critério de tratar um comportamento doloso como se culposo fora em decorrência da diminuição da censurabilidade pessoal...”⁽⁶⁰⁾

Tanto a teoria estrita da culpabilidade quanto a limitada adotam os princípios da teoria finalista e da normativa pura da culpabilidade, no sentido de separar a consciência da ilicitude do dolo, que fica apenas com a vontade intencionalmente dirigida ao resultado e mais a previsão do mesmo resultado, isto é,

(56) Lições de Direito Penal. Parte geral. 1976. Bushatsky, pág. 223.

(57) A ignorância da antijuridicidade... Forense, 1978, Rio, pág. 112.

(58) Direito Penal. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 439.

(59) Principios básicos... Ed. Saraiva, 1982, pág. 79.

(60) A ignorância da antijuridicidade. Cit., pág. 116.

o dolo é transferido da culpabilidade para o injusto, passando então a fazer parte necessária do tipo legal: dolo-do-tipo. A consciência da ilicitude passa a fazer parte da culpabilidade (é um pressuposto necessário do juízo de censurabilidade). Não é preciso a consciência atual da ilicitude, basta a potencial (mesmo não tendo o agente conhecimento da infração, tinha a possibilidade de saber que o seu agir era algo proibido ou socialmente danoso).

Não há, portanto, divergência entre a teoria extremada e a limitada da culpabilidade quanto à situação do dolo no tipo e à consciência da ilicitude na culpabilidade.

Quanto ao erro de tipo e ao de proibição, ambas as teorias aceitam que o erro de tipo exclui sempre o dolo, quer seja evitável ou inevitável, e o erro de proibição exclui a culpabilidade somente quando inevitável, não havendo neste caso possibilidade de punição por crime culposos.

O erro de tipo sempre exclui o dolo porque vicia o elemento intelectual, a previsão. Permite porém a condenação por crime culposos, se prevista em lei, porque, estando o dolo no tipo e não mais na culpabilidade, a exclusão daquele deixa esta intacta, podendo aperfeiçoar-se a culpabilidade por crime culposos.

O que o erro de proibição exclui, quando inevitável, é a culpabilidade, pois anula a consciência da ilicitude, que está situada naquela. Não havendo crime sem culpabilidade, o erro de proibição impede a condenação, seja por dolo, seja por culpa. Se o erro for evitável, atenua a pena, mas a condenação se impõe.

Portanto, a divergência entre a teoria extremada ou estrita e a teoria limitada da culpabilidade é quanto aos efeitos jurídicos do erro que recai sobre uma causa de justificação, isto é, as descriminantes putativas.

Para a teoria estrita da culpabilidade, esse erro será sempre de proibição, o que torna impossível a condenação por fato culposos ou por excesso culposos, já que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, tornando inviável a condenação por dolo ou culpa. Já o erro de proibição evitável não impede a condenação por fato doloso, mas a inviabiliza, por não ser pensável um fato simultaneamente doloso e culposos.

Para explicar, porém, a existência de condenações por homicídio culposos na legítima defesa putativa, a doutrina estrita explica que o erro de proibição não exclui o dolo, mas pode, em certas circunstâncias, remover a culpabilidade. Se inevitável, a consequência é a absolvição, pois excluirá a culpabilidade. Se evitável, mas que não se evitou, a consequência é a condenação atenuada por dolo.

O Prof. Francisco de Assis Toledo acha que o agente que, em certas hipóteses de legítima defesa putativa, não evita, como poderia e deveria, a prática do crime, por negligência, imperícia ou imprudência, somente pode cometer crime

culposo, jamais com dolo atenuado, por não ser pensável um fato único “culposo-doloso”, que ele classifica como “verdadeiro monstro mitológico”.

Sustenta o referido mestre que no erro que recai sobre uma causa de justificação regulado no art. 17 do CP de 1940, que no parágrafo primeiro opta pela punição do fato culposo “como crime culposo”, não se pode tratar a legítima defesa putativa culposa como crime doloso e puni-la como tal, de modo extremamente mais severo, “quando o erro deriva de culpa”.⁽⁶¹⁾

A divergência, portanto, entre a teoria estrita e a limitada da culpabilidade está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, para a primeira teoria, erro de proibição, para a segunda, erro de tipo permissivo, que produz os mesmos efeitos do erro sobre elemento do tipo, ⁽⁶²⁾ ensejando, portanto, o aparecimento da modalidade culposa.

Para a teoria limitada, como vimos, há que distinguir duas espécies de erro que recaem sobre causas de justificação:

- a) a que recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação.
- b) a que recai sobre a existência ou os limites da causa de justificação.

No primeiro caso, ocorre um erro de tipo permissivo, que tem o mesmo efeito do erro de tipo, isto é, exclui o dolo, mas permite a punição do fato como crime culposo, se previsto em lei.

No segundo caso, ocorre o erro de proibição, com exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena, se evitável.⁽⁶³⁾

(61) Princípios básicos... Cit., pág. 79.

(62) Johannes Wessels afirma que na teoria limitada da culpabilidade “o erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida não suprime o dolo do tipo, mas sim, em *aplicação analógica* do § 16, II (do Código Alemão sobre a errônea suposição de circunstâncias justificantes do fato) (só) a *culpabilidade dolosa* e a *pena de dolo*, equiparando-se, assim, *só em suas conseqüências jurídicas* ao genuíno “erro de tipo”. O erro de tipo permissivo evitável faz com que o autor não seja punido por cometimento doloso do fato, mas sim pelo cometimento negligente onde houver à disposição um tipo de negligência correspondente.” (Direito Penal. Ob. cit., pág. 104.)

(63) Johannes Wessels faz a distinção entre erro de tipo permissivo e o simples erro de permissão: “Designa-se por erro de tipo permissivo o erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida. Ele ocorre quando o autor tem erroneamente por existentes circunstâncias que, no caso de sua existência real, justificariam o fato.

A delimitação entre “erro sobre o tipo permissivo” e “erro de permissão” pode ser algumas vezes difícil; onde aparecer uma incompatibilidade, é de se supor, na dúvida, um erro de tipo permissivo. Na legítima defesa putativa, por exemplo, a afirmação de um erro de tipo permissivo não está limitada ao caso em que o autor erroneamente se sente agredido. De uma errônea suposição de circunstâncias justificantes do fato trata-se também, quando o autor julga falsamente a espécie ou a intensidade da agressão real ou suposta e em conseqüência defende-se mais intensivamente do que o “necessário”, ou quando o autor, em virtude das circunstân-

3º CAPÍTULO: ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Segundo vimos no estudo da concepção da culpabilidade relacionada com a teoria finalista da ação, a culpabilidade possui os seguintes elementos, ao pálio da teoria normativa pura da culpabilidade:

- a) imputabilidade
- b) conhecimento da ilicitude
- c) exigibilidade da conduta.

Na expressão de Maurach “se diz que “a culpabilidade é uma censura”, faz-se um juízo de valoração em relação ao delinqüente. Em consequência, a culpabilidade deve ser um fenômeno normativo”. (64) Se a culpabilidade é um fenômeno normativo, o dolo não pode persistir como elemento da mesma, mas sim fora dela.

Graf zu Dohna fez a famosa distinção entre valoração do objeto e objeto da valoração. Por sua vez, Claus Roxin adota a distinção entre injusto e culpabilidade e aconselha distinguir entre o objeto da valoração, a valoração propriamente dita e a união do objeto com seu predicado de valor. (65)

cias concretas (isto é, não puramente abstratas), tem uma agressão adequada ao direito como “antijurídica”. Com isto se mostra que o erro de tipo permissivo não é de nenhum modo idêntico ao “erro de fato”, mas pode compreender, nos elementos normativos de justificação, também erros sobre a valoração”.

“Um mero erro de permissão existirá quando o autor desconheça os limites jurídicos de uma causa de justificação reconhecida ou acredite na subsistência de uma causa de justificação reconhecida pela ordem jurídica (= erro de proibição indireto).

Assim, por exemplo, quando o agredido, em caso de legítima defesa pensa que poderia usar todo e qualquer meio de defesa ou continuar lesando o agressor também após o término definitivo da agressão. (Direito Penal. Ob. cit., págs. 103/105.)

(64) Maurach. Derecho Penal. Tradução de Juán Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, vol. 2º, pág. 14.

(65) A distinção entre injusto e culpabilidade é considerada com razão como uma das perspectivas materiais mais importantes que há conseguido elaborar nossa ciência do direito penal.

Existe unanimidade em considerar que a culpabilidade se distingue do injusto pela peculiar forma de valoração a que se submete a ação do autor... Se se quer falar com exatidão, será aconselhável distinguir entre objeto da valoração (o “tipo da culpabilidade), a valoração mesma (que a maioria designa com o nome de “reprovabilidade” e a união do objeto e de seu predicado de valor (a “culpabilidade” ou, mais exatamente, o “fato culpável”). Em sentido estrito, o objeto da reprovação pode-se limitar ao tipo da culpabilidade, isto é, as circunstâncias que sem pertencer ao injusto, são decisivas para a reprovabilidade (Claus Roxin, Culpabilidad y prevención en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Editorial Reus SA., Madrid. 1981. Págs. 57/58).

A culpabilidade é apenas censurabilidade, isto é, valoração, não podendo, portanto, estar misturada com o objeto da mesma valoração, que lhe é exterior, e onde situa-se o dolo. (66)

IMPUTABILIDADE

Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade. (67)

A capacidade de culpabilidade constitui, portanto, o primeiro dos elementos sobre os quais repousa o juízo de culpabilidade.

O conceito de capacidade de culpabilidade aponta, em primeiro lugar, a idade. Antes de alcançar a maturidade biológica refletida na idade, não pode o autor incorrer em responsabilidade jurídico-penal.

Dizia o Código Penal de 69, no texto do Decreto-lei nº 1.004/69, que o menor de 18 anos que, já tendo completado 16 anos, revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento, seria imputável.

Um jovem que, ao tempo do fato, não alcançasse os 18 anos, só incorreria em responsabilidade jurídico-penal se, por seu desenvolvimento moral e intelectual, gozasse de suficiente maturidade para compreender o injusto do fato e atuar conforme a este entendimento.

O Código Penal de 1940 estabelece como regra geral a responsabilidade criminal a partir dos 18 anos, que é o limite mínimo da imputabilidade penal (art. 23 do Cod. Penal de 1940).

A tendência da legislação comparada, juntamente com a recomendação do VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, é a fixação da menoridade penal aos 16 anos. A legislação germânica atual fixa esse limite em 14 anos.

Além da idade, a capacidade de culpabilidade relaciona-se com a saúde psico-mental do autor, pelo que deve negar-se a imputabilidade quando houver graves manifestações de diminuição da mesma.

Imputabilidade seria a capacidade *in abstracto* que tem uma pessoa de realizar determinado ato com pleno discernimento.

Nos termos do art. 22 do Código Penal de 1940, não é imputável quem, no momento do fato, não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito da con-

(66) Maurach distingue o conceito complexo e o conceito valorativo da culpabilidade. As concepções sistemáticas que situam o dolo na culpabilidade mantêm um conceito "complexo" (isto é, em que se unem o objeto da valoração e a valoração do objeto) da culpabilidade. (Ob. cit. 2º vol. pág. 21)

(67) Jescheck. Ob. cit., vol. 1º pág. 595.

duta ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Subentendem-se a inexistência de desenvolvimento e normalidade mentais e, ainda, ausência de inteligência e vontade.

Como se trata de causa excludente da culpabilidade, isto é, que nega *a priori* (desde o início) a existência de um agente culpável, o Código emprega a expressão “é isento de pena”.

O Código não possui, portanto, uma disposição que conceitue a imputabilidade. O conceito de sujeito imputável é encontrado a *contrário sensu*, como vimos no art. 22, que trata da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

A Lei nº 7.209/84 modificadora da Parte Geral do Código Penal Parte Geral, mantém como limite mínimo da imputabilidade penal os 18 anos (art. 27), enquanto que no seu art. 26 trata dos inimputáveis, apenas diferenciando do Código vigente quanto ao *nomen juris*, que este denomina de irresponsáveis.

Imputabilidade é, então, a capacidade intelectual (consciência, inteligência) e volitiva (atuação voluntária ou vontade). Distingue-se da consciência da ilicitude, que será abordada a seguir.

IMPUTAÇÃO

Imputação é o ato ou efeito de atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. A quem tinha aptidão para realizar com pleno discernimento um ato, foi atribuída a responsabilidade de pela prática desse ato. O que era abstrato, a imputabilidade, passa a ser considerado, concretamente na imputação.⁽⁶⁸⁾

A aptidão para realizar determinado ato subentende a coexistência de desenvolvimento e sanidade mental completos. Somente nestas condições poderá o homem ter capacidade de receber a atribuição do referido ato.

Esta imputação é chamada subjetiva, ou *imputatio juris*, que se distingue da imputação objetiva ou *imputatio facti* que, no Direito Penal, nem sempre corresponde com a causalidade, pois esta é às vezes meramente hipotética, como

(68) Francisco de Assis Toledo distingue a imputabilidade referida ao fato daquela referida diretamente ao agente. A primeira “é sinônimo de atribuibilidade. Imputar é atribuir algo a alguém. Quando se diz que determinado fato é imputável a alguém, está-se atribuindo a essa pessoa ter sido a causa eficiente e voluntária desse mesmo fato. Mais ainda: está-se afirmando ser essa pessoa, no plano jurídico, responsável pelo fato e, conseqüentemente, passível de sofrer os efeitos decorrentes dessa responsabilidade, previstos pelo ordenamento vigente”. A última hipótese “significa aptidão para ser culpável. Quando se afirma que certa pessoa é imputável, está-se dizendo ser ela dotada de capacidade para ser agente penalmente responsável” (Princípios básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 1982, pág. 104).

nos delitos omissivos próprios, onde se afirma a imputabilidade apesar da ausência de relação de causalidade. (69)

(69) A teoria dominante no Brasil não distingue, todavia, com clareza, os problemas da causalidade e os da imputação objetiva, considerando que nos delitos materiais ou de resultado, a causalidade é suficiente por si só para a realização do tipo.

Nos delitos materiais, para que se possa imputar ao autor o resultado como produto de sua ação, é necessário que entre a ação e o resultado haja um nexo de causalidade.

O art. 13 do Projeto de 1983 não mantinha a definição de causa como fez o Código Penal vigente no seu art. 11 **in fine**. Entretanto, pôs em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano.

Várias teorias avultam, buscando explicar a relação de causalidade, sendo ainda discrepantes as teorias.

No Brasil, o Código vigente adotou a teoria da *conditio sine qua non*, ou da equivalência dos antecedentes, em que todas as condições do resultado se consideram equivalentes. No caso em que várias ações constituam condições do resultado, serão todas elas causais, posto que não é possível distinguir entre causalidade jurídico-penalmente relevante e irrelevante no seio do conceito de causa. É o chamado *regressus ad infinitum*.

Para evitar que de causa em causa se remonte ao infinito, há os seguintes corretivos à teoria da *conditio*:

- a) pela teoria da imputação objetiva
- b) pelos elementos da ação do correspondente tipo
- c) *pela exigência do dolo ou da culpa, isto é, não vai além do elemento subjetivo*

A teoria da adequação foi fundada por um médico, o fisiologista de Friburgo Johannes von Kries, com a finalidade de evitar os resultados injustos da aplicação da teoria da *conditio* nos crimes qualificados pelo resultado.

A teoria da adequação requer que o resultado causado pelo autor seja até certo ponto provável ao realizar-se a ação para que esta possa contemplar-se como causa do resultado. Trata-se de prognose póstuma.

O fundamento material da teoria da adequação reside no fato de que só a criação de um risco juridicamente desaprovado pode corresponder ao sentido da norma proibitiva e de que só são imputáveis aqueles resultados em que dito risco se haja realizado.

No caso de um hemofílico que recebesse um soco no nariz e viesse a morrer devido a uma anemia hemorrágica aguda, pela teoria da *conditio sine qua non* seria condenado por homicídio.

No exemplo acima, mesmo que se recorresse ao dolo ou à culpa para limitar a responsabilidade jurídico-penal, ainda assim tratar-se-ia de um problema referente à imputabilidade objetiva.

Somente ao pálio da teoria da causalidade adequada poder-se-ia dizer que um soco no nariz não é causa adequada à produção do resultado.

E quando é que se diz que a ação é adequada? Quando é geralmente idônea para determinar o efeito. É um juízo de probabilidade.

MODIFICADORES DA IMPUTABILIDADE

Flamínio Fávero considera como modificadores da capacidade de imputação os seguintes:⁽⁷⁰⁾

I — Biológicos:

1. Normais:
 - a) raça
 - b) idade
 - c) sexo
2. Acidentais:
 - a) temperamento
 - b) sono
 - c) emoção intensa
 - d) agonia
 - e) surdo-mudez
 - f) cegueira
 - g) alcoolismo
 - h) toxicomanias
3. Patológicos:
 - a) constituições psicopáticas
 - b) psicopatias
 - c) psicoses

II — Mesológicos

1. Meteorologia
2. Civilização
3. Associação

I.1.a) Quanto à raça, pode-se admiti-la como promotora de uma modificação da imputabilidade, como pode acontecer na ignorância ou na errada compreensão da lei penal, quando escusáveis, na hipótese de transmigração de elementos de um agrupamento dado para o convívio com os de outro grupo com regras culturais e sociais diversas.

I.1.b) No que diz respeito à idade, somente após os 18 anos poderão os agentes de crime ser processados criminalmente com a atenuante para os menores de 21 anos e maiores de 70 anos.

I.1.c) O sexo é um modificador da responsabilidade penal, como acontece com a puerpera que mata o próprio filho ou abandona o recém-nascido, como a gestante que provoca o aborto em si mesma, ou consente que outro o pratique. Estados especiais da fisiologia da mulher, tais como puberdade, menopausa, catamênio, gestação, parto, puerpério e lactação, podem alterar o psi-

(70) Medicina Legal. Ob. cit. 2º volume, págs. 426/453.

quismo, podendo redundar em verdadeiras perturbações da saúde, modificando a responsabilidade penal.

I.2.a) O temperamento, embora não constitua, em si, um modificador da imputabilidade, dará um tom individual da nossa reatividade do ponto de vista afetivo-ativo, e, somente quando o temperamento descambar para o predomínio sobre a peia das conveniências sociais, da moral, da religião em que a consciência e a inteligência facultam é que será considerado um modificador da imputabilidade, passando, neste caso, ao terreno das constituições psicopáticas e das psicopatias.

I.2.b) O sono normal não é um modificador da imputabilidade. Só excepcionalmente é que pode ele assumir algum papel restritivo, quando passa para o campo da patologia, como no sonambulismo e no hipnotismo, sendo esses estados um sintoma de uma perturbação mental ou de um comprometimento maior ou menor da sanidade mental.

I.2.c) Estados emotivos, tais como emoções, afetos e paixões, são o ponto de união entre os modificadores normais e anormais do livre arbítrio. Embora não excluindo a responsabilidade penal, os estados emocionais atenuam-na, conforme a sua violência, justa causa e nexos concordes entre ambas.

I.2.d) Os estados agônicos referem-se mais à capacidade civil do que à penal. Pode porém a agonia modificar a imputabilidade, eis que altera o discernimento.

I.2.e) A surdo-mudez e a afasia devem ser consideradas como modificadoras da imputabilidade. Se não recebeu educação, é equiparado ao surdo-mudo ao idiota ou imbecil, e, mesmo reeducado, pode ter imputabilidade restrita. Quanto à afasia, depende da causa, da co-participação de modificações do psiquismo, do grau de lesão nervosa central concomitante e do grau de educação anterior à afasia.

I.2.f) A cegueira somente modifica a imputabilidade se acompanhada de outra lesão como surdo-mudez, transtorno mental etc.

I.2.g) O alcoolismo não exclui a responsabilidade penal quando a embriaguez é voluntária ou culposa. Se o alcoolismo é crônico e produz uma psicose exotóxica, passa a ser um modificador psiquiátrico da responsabilidade penal, incluído entre as doenças mentais. Os ébrios habituais são perigosos presumidos.

I.2.h) As toxicomanias repercutem sobre a imputabilidade, reduzindo-a ou suspendendo-a. A embriaguez voluntária ou culposa por substância de efeitos análogos aos do álcool não excluem a responsabilidade. São presumidos perigosos os condenados por crime cometido em estado de embriaguez por substâncias de efeitos análogos ao do álcool, se habitual a embriaguez.

I.3.a) As constituições psicopáticas são, no dizer de Flaminio Fávero, “miopragias mentais ou fragilidades psíquicas que se caracterizam por um con-

junto de tendências inatas ao indivíduo, pelas quais ele reage a seu modo ao meio social”. (71) Elas não saem do terreno da normalidade, pois constituem, do ponto de vista mental, um equivalente do temperamento esquizotímico, ciclotímico, exotímico etc. Não excluem a responsabilidade penal, pois, para todos os efeitos, são indivíduos mentalmente sãos e desenvolvidos. (72)

1.3.b) Quanto às personalidades psicopáticas, caracterizam-se os indivíduos chamados fronteiriços ou semi-alienados, certas formas de psicopatias sexuais (homossexualismo, perversões da libido, masoquismo, sadismo, onanismo, exibicionismo, narcisismo, feiticismo, frigidez sexual, necrofilia, satiríase, ninfomania, lesbianismo, safismo), de toxicomanias, psicastenia, formas frustradas de epilepsia etc.

Esses psicopatas ocupam a zona limítrofe entre a doença mental e a normalidade psíquica, não tendo a plenitude intelectual ou volitiva. Embora tenham compreensão da criminalidade de seus atos, não têm contudo a necessária capacidade de inibição ou autodeterminação. O CP qualifica como perturbação mental, sendo necessário que o crime surja diretamente, pela própria motivação do caráter psicopático do agente. (73)

(71) J. Alves Garcia diz que “em toda ciência em vias de formação é incerta a terminologia. Enquanto para alguns autores a constituição exprime a totalidade dos atributos do indivíduo, para os biólogos modernos ela especifica apenas a sua face morfológica, estrutural, seja esta macroscópica ou química (Psicopatologia forense, ob. cit., pág. 136). A constituição mental anormal é identificada com o conceito de psicopatia e esta teria assim suas raízes na constituição (C. Ferrio, Psiquiatria clínica e forense. UTET, Torino, 1959, vol. I, pág. 1018).

(72) Kretschmer classifica os temperamentos em duas categorias fundamentais: ciclotímicos e esquizotímicos. Essa classificação se refere a temperamentos normais. Segundo o mesmo autor, destes dois tipos psicológicos fundamentais, ciclotímicos e esquizotímicos, chegar-se-ia, respectivamente, através de formas de passagem do cicloidismo e do esquizoidismo, à psicose maniaco-depressiva e à esquizofrenia.

O cicloidismo e o esquizoidismo, para os opositores de Kretschmer representariam uma acentuação, respectivamente, do temperamento ciclotímico e do temperamento esquizotímico, acentuação que constituiria já um desvio da normalidade, uma anomalia do caráter.

Ainda segundo Kretschmer, aos diversos temperamentos correspondem, do ponto de vista somático, constituições diversas. Os ciclotímicos seriam, no aspecto somático, pícnicos, enquanto que em relação aos esquizotímicos prevaleceriam as formas somáticas que correspondem aos tipos dos leptossômicos, astêmicos, atléticos e displásticos.

O referido autor esquematizou os temperamentos de acordo com a estrutura corporal e acompanhou suas manifestações no estágio normal, fronteiriço e nas formas mórbidas, insistindo em que existe apenas a maneira de reagir de cada tipo físico de que a psicose é a forma extrema e patológica.

(73) Há que distinguir entre psicopata e psicótipo. Aquele é portador de personalidade psicopática e este é portador de uma doença mental. Os portadores de personalidade psicopática não são, a rigor, doentes mentais. Os psicóticos equivalem aos “alienados mentais”. As idéias modernas sobre o assunto consideram doença mental como toda e qualquer perturbação da saúde mental, estando portanto englobadas neste conceito as personalidades psicopáticas. As expressões “loucos de todos os gêneros” do art. 5º do Código Civil e “alienação mental” do art. 178 do Estatuto do Funcionário Público, no sentido de psicóticos (dos psiquiatras) ou doentes mentais (dos penólogos) são impróprias e ultrapassadas em psiquiatria clínica.

Constituição	Temperamento	Psicose afim
	Normal Fronteiriço	
Pícnica	Ciclotímico Ciclóide	Psicose maníaco-depressiva
Leptossomática	Esquizotímico Esquizóide	Esquizofrenia
Atlética	Viscoso ou Epileptóide Ixotímico	Formas catatônicas da esquizofrenia. Epilepsia

As neuroses constituem grupo mórbido, cujos distúrbios psíquicos, emocionais e psicossomáticos resultam da tentativa que faz a pessoa para revelar seus conflitos íntimos ou para dominar uma situação vital ou existencial estressante. Relativamente ao problema da responsabilidade penal dos neuróticos, são imputáveis, pois agem como pessoas normais, à exceção dos estados crepusculares histéricos, que escapam à inibição da personalidade do agente.

1.3.c) As psicoses constituem grupos mórbidos que resultam da convergência de fatores endógenos e exógenos, que surgem em período etário determinado do indivíduo, que tendem a desorganizar a personalidade e que podem evoluir para a cura, cronicidade ou morte. O Código Penal adota a expressão “doença mental”. Dentre as doenças mentais, o Serviço Nacional de Doenças Mentais (SNDM) inscreve as psicoses por infecções e infestações, as devidas à sífilis, exotóxicas, endotóxicas, por lesões cerebrais, oligofrenias, epilepsias, esquizofrenias, psicoses maníaco-depressivas, psicopatias mistas e associadas e psicoses psicogênicas.

O Código Penal adota a expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, no seu art. 22, significando o desenvolvimento mental incompleto, aquele que ainda não se concluiu, como no caso dos adolescentes, infantes, silvícolas, enquanto o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica, como no caso dos oligofrênicos com suas variedades de imbecis, idiotas e débeis mentais, sejam de natureza congênita, sejam conseqüentes a causas patológicas que atuaram nos primeiros anos de vida, antes que se desse a evolução das faculdades mentais. Os surdos-mudos que, no momento da prática do fato, por causa de desenvolvimento mental retardado, não têm capacidade de compreensão ou autodeterminação, são inimputáveis. Se, porém, em conseqüência da anomalia, possuírem diminuída a capacidade intelectual e volitiva, tratar-se-á de semi-responsabilidade, aplicando-se o disposto no art. 22, parágrafo único, do CP/40, respondendo pelo crime com a pena diminuída.

Se, entretanto, mesmo portadores de desenvolvimento mental retardado, no momento do crime têm capacidade intelectual e autodeterminação, devem ser considerados imputáveis e responder pelo crime sem atenuação. (74)

Os oligofrênicos apresentam vários graus de retardamento: idiota (no seu grau de maior insolvência intelectual), imbecil (quando é profundo o atraso mental) e o débil mental (no estado mais próximo da normalidade média). (75)

Os menores de 18 anos e os silvícolas, como vimos, entrariam no desenvolvimento mental incompleto, sem precisar o Código referir-se a eles, pois por interpretação extensiva estariam sob tal rubrica.

Portanto, as expressões “doença mental” e “perturbação da saúde mental”, usadas no art. 22 do Código de 1940, não se identificam. É certo que toda doença mental constitui perturbação da saúde mental, mas nem toda perturbação da saúde mental constitui doença mental. No caso do parágrafo único do art. 22/CP/40, ingressam as doenças mentais que não retiram do sujeito a capacidade intelectual ou volitiva, mas a diminuem, e outras anormalidades psíquicas que, diminuindo o entendimento e a vontade, não constituem doenças mentais.

Em face de doença mental, portanto, podem ocorrer duas hipóteses:

a) em decorrência dela o agente é inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento: aplica-se o *caput* do art. 22 do CP/40;

b) por causa da doença mental, o agente não possui a plena capacidade de entendimento ou de determinação; aplica-se o parágrafo único do art. 22 do Código Penal de 1940.

II.1) Quanto aos modificadores mesológicos, temos que as influências meteorológicas dificilmente conseguem afetar o íntimo da vida anímica do indivíduo a ponto de alterar a imputabilidade.

II.2) A civilização pode ser um fator que modifique a imputabilidade, pois ela é realmente criminogênica.

II.3) Quanto à associação, é sabido que a psicologia das multidões limita e modifica a imputabilidade, e daí a atenuante no crime praticado sob a influência da multidão em tumulto.

(74) As expressões “doença mental”, “desenvolvimento mental retardado” e “perturbação da saúde mental”, empregadas no art. 22 do Código Penal, correspondem à psicose, oligofrenia e personalidade psicótica dos psiquiatras.

(75) O idiota tem um QI (quociente intelectual) abaixo de 25 e a evolução mental corresponde à de uma criança de 3 anos. O imbecil tem um QI entre 25 e 50 e uma evolução mental entre 3 e 7 anos. O débil mental tem um QI entre 50 e 90 e uma evolução mental entre 7 e 12 anos.

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE

A inimizabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

O art. 22 do CP/40 diz que não é imputável o agente que, no momento do fato, em consequência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A capacidade de entender o caráter criminoso do fato não significa a exigência de o agente ter consciência de que sua conduta se encontra descrita em lei como infração. Note-se que a norma do art. 22 do CP/40 não fala que o sujeito não compreendeu o caráter ilícito do fato, pois se o fizesse estaria determinando uma apreciação concreta e psicológica. Trata-se, assim, de um puro juízo de valor a respeito da capacidade de culpabilidade que se distingue da consciência da ilicitude.

Se a imputabilidade é a capacidade de entender e de querer, pois, de acordo com a Exposição de Motivos do CP de 40, “continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”, pode a imputabilidade estar ausente porque o indivíduo, por questão de idade (menoridade de 18 anos), não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico, ou porque existe em concreto uma circunstância que a exclui. Todo indivíduo é imputável, salvo quando existe uma causa de exclusão da imputabilidade.

São causas que excluem a imputabilidade e por consequência a culpabilidade:

- a) doença mental
- b) desenvolvimento mental incompleto
- c) desenvolvimento mental retardado
- d) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.⁽⁷⁶⁾

É insuficiente que o agente seja portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto (salvo o caso da menoridade, que constitui causa de exclusão da imputabilidade abrangida pela expressão “desenvolvimento mental incompleto”) ou retardado, ou que pratique o fato em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. É necessário que, em decorrência dessas deficiências, não tenha a capacidade de entender e de querer. A

(76) A embriaguez completa por vício em álcool ou substância de efeitos análogos é incluída entre as doenças mentais, afastando, portanto, **a priori**, a existência de um agente culpável e é, conseqüentemente, causa excludente da imputabilidade.

presença da causa (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior) e do efeito (incapacidade de entender e de querer) é que faz surgir a inimputabilidade, posto que o CP adotou o critério biopsicológico sobre as causas de inimputabilidade, que toma em consideração a causa e o efeito.⁽⁷⁷⁾

Dentre os estados de anomalia psíquica, que excluem a imputabilidade, o Código Penal de 1940 não previu, como fazia o Código de 1890, a grave perturbação da consciência. Como vimos, para que se reconheça a inimputabilidade, não basta a presença de certos estados mentais anormais; é necessário que da anomalia resulte a incapacidade de entender a ilicitude ou de se determinar de acordo com tal entendimento, isto é, que deles resulte completa incapacidade de entendimento da ilicitude ou de autodeterminação, não sendo necessário os dois resultados.

a) A expressão “doença mental” inclui as psicoses e aquelas neuroses que dificilmente conduzem à completa incapacidade de entendimento ou de autodeterminação.

A doença mental deve ser constatada através de perícia psiquiátrica, através do incidente de insanidade mental, sempre que houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado.

b) O desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como vimos, compreende os oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais) que apresentam anomalias do desenvolvimento mental.

Deve ser constatado também, através de perícia psiquiátrica, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

c) A embriaguez completa e fortuita também exclui a imputabilidade, tanto causada pelo álcool quanto por substância de efeitos análogos, desde que dela resulte a incapacidade de entendimento. Somente a embriaguez plena e acidental (art. 24, § 1º do CP/40).

(77) São três os sistemas que no Direito Penal moderno buscam explicar a inimputabilidade:

- a)** sistema biológico: condiciona a capacidade de culpa moral à saúde mental, à normalidade da mente; se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado inimputável, sem necessidade de anterior indagação psicológica. É o método dos psiquiatras, de quem dependem os juízes;
- b)** sistema psicológico: não indaga se há uma perturbação mental mórbida; declara a inimputabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com este entendimento (momento volitivo);
- c)** método biopsicológico: é a reunião dos dois primeiros; a inimputabilidade só é excluída se o agente, em razão da enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. É o sistema adotado pelo Código vigente (Exp. de Motivos CP/40, nº 18).

A embriaguez voluntária ou culposa, nos termos do art. 24 do Código Penal de 1940, não exclui a imputabilidade.

Nos casos em que o agente embriagou-se voluntariamente, com o fim preordenado de cometer o crime e naqueles casos em que mesmo sem o fim de cometer crime, embriagou-se voluntariamente mas prevendo que podia vir a cometê-lo e assumindo o risco do resultado, é pacífico o entendimento de que se resolvem pelo princípio da ação livre em sua causa (*actio libera in causa*).

A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, no seu art. 19, considera isento de pena o agente que em razão da dependência ou sob efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade é atenuada quando reduz a capacidade (art. 19, parágrafo único do mesmo diploma legal).

Neste caso em que o indivíduo embriagou-se por caso fortuito ou força maior, em que não existe o menor vínculo de causalidade psicológica entre o ato de embriagar-se e o evento criminoso, onde não há intenção de se embriagar e não podendo prever os efeitos da libação alcoólica ou drogas, deixa de haver a *actio libera in causa*.

A Nova Parte Geral do Código Penal, repete a redação do art. 22 do CP/40 com mais acerto, substituindo a palavra “crime” por “fato” (art. 26). No parágrafo único do art. 26 prevê o Novo Código a responsabilidade diminuída para o semi-imputável, podendo o juiz optar pela medida de segurança nos casos em que predominar o quadro mórbido. Permanecem os mesmos, e com o tratamento que lhes deu o Código de 1940 os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez (art. 28, I, II e §§ 1º e 2º).

CONHECIMENTO DA ILICITUDE

O conhecimento da ilicitude constitui o segundo dos elementos do conceito de culpabilidade.

Pela teoria normativa pura da culpabilidade, a consciência da ilicitude do fato é um pressuposto da culpabilidade. Ela consiste na possibilidade de verificação, no momento da prática do fato de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico.

O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena. Se porém o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência, considera-se evitável o erro e proibição, podendo ser diminuída a pena.

A Nova Parte Geral do Código Penal, conclui, no art. 21, a *contrario sensu*, que o conhecimento do injusto constitui um pressuposto do juízo de culpabili-

dade. O que o preceito regula é o erro de proibição, isto é, se falta ao autor a consciência da ilicitude, atua sem culpabilidade, se o desconhecimento do injusto lhe resulta inevitável, caso em que isenta de pena. Se o autor puder evitar o erro, a pena poderá ser atenuada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

A consciência do injusto como elemento da culpabilidade teve sua posição na estrutura do conceito de culpabilidade muito polemizada na Alemanha. Duas correntes avultaram, denominadas teoria do dolo e teoria da culpabilidade.

Para a teoria do dolo, que hoje é minoritária, a consciência do injusto constituía, junto ao conhecer e querer, os elementos do tipo, precisamente o núcleo do dolo (*dolos malus*), de sorte que, faltando a consciência do injusto, nunca podia impor-se a pena por dolo.

A teoria da culpabilidade, que é a dominante, contempla a consciência da ilicitude como elemento autônomo da culpabilidade, com a consequência de que ainda faltando o conhecimento do injusto, pode achar-se justificada a pena pelo dolo, se o erro de proibição era evitável.

A Nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, de 11-7-84, acompanhando o direito atual, fez a distinção entre erro de tipo (art. 20) e erro de proibição (art. 21). A regulação do erro de proibição baseia-se na teoria da culpabilidade, inferindo-se isto do fato de que, segundo o art. 21, o erro de proibição evitável não afeta ao dolo e conduz unicamente à atenuação da pena.

O Novo Código Penal decidiu a questão, acolhendo expressamente a relevância do erro sobre a ilicitude do fato (art. 21.)

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Vimos que a culpabilidade é composta de três elementos:

- a) imputabilidade
- b) potencial consciência da ilicitude
- c) exigibilidade da conduta diversa.

Quando falta algum destes, a culpabilidade é excluída. As causas que excluem a culpabilidade são denominadas dirimentes, causas de isenção de pena ou de inculabilidade.

O Supremo Tribunal alemão, em sua famosa decisão de 18 de março de 1952, considerou que para o conhecimento da ilicitude não se deve exigir o conhecimento por parte do agente, ao cometer o fato, que infringe uma norma, ou da punibilidade do comportamento. Basta que o agente possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, o caráter injusto do seu atuar.

Welzel reelaborou o conceito de “consciência da ilicitude”, ao introduzir um novo elemento: o dever de informar-se, pois não é possível exigir-se por par-

te do agente motivação pelo conhecimento da norma (requisito formal), ou pela anti-socialidade ou imoralidade da conduta ou lesão de um interesse (concepção material do injusto), ou, ainda, que atinja em sua consciência “na esfera do profano”, com o esforço devido, o caráter injusto de sua ação, se se supõe que o mesmo agente não é jurista, se a conduta é totalmente neutra e se na sua consciência profana nunca esteve nem está a matéria do injusto. (78)

Como vimos, as teorias do dolo afirmam que a consciência da ilicitude é elemento do dolo, enquanto as teorias da culpabilidade dizem que é integrante da culpabilidade.

Para ambas as teorias, é difícil aceitar plenamente a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, principalmente no que tange a questão de saber se deve ou não existir distinção entre “falta de consciência da ilicitude” e “ignorância da lei”

Ao tratar da distinção entre erro de direito e erro de proibição, falamos da confusão que se faz no Brasil entre as duas noções. Como veremos, falta de consciência da ilicitude não se confunde nem se identifica com os preceitos contidos no art. 16 do Código Penal vigente, que diz textualmente: “a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena”, nem com os do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

O Prof. Francisco de Assis Toledo dá um exemplo muito fácil, tomado da vida real, *in verbis*: “se tomarmos, de um lado, a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas entre ambos, isto é, na mútua contrariedade que se estabeleceu entre o fato concreto, real, e do ordenamento jurídico no seu todo. Assim, podem-se conhecer perfeitamente as leis e não a ilicitude de um fato (legítima defesa putativa, para citar somente um exemplo fácil), o que bem revela a nítida distinção dos conceitos em exame”. (79)

A Nova Parte Geral do Código Penal põe fim à confusão, colocando no *caput* do art. 21 a expressão inicial: “o desconhecimento da lei é inescusável”,

(78) O Prof. Francisco de Assis Toledo traça o seguinte quadro esquemático: “Não aproveita ao agente a falta de consciência da ilicitude quando:

- a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio;
- b) propositadamente (*ignorantia affectata* dos romanos) recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida;
- c) não procurar informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.” (Princípios básicos. Ob. cit., págs. 65 e 66.)

(79) Elementos básicos de Direito Penal. Ob. cit. pág. 67.

definindo a seguir o erro sobre a ilicitude do fato, que constituirá então uma causa legal de exclusão da culpabilidade.

O Código Penal de 1940 não definiu o erro sobre a ilicitude do fato, de modo que na legislação brasileira vigente há que se reconhecer entre as causas “supralegais” de exclusão da culpabilidade, o erro de proibição, se inevitável.

Outro erro de proibição que também deve ser reconhecido na legislação brasileira vigente como causa “supralegal” de exclusão de culpabilidade é o configurado pelas discriminantes putativas, quando o erro incide sobre a norma permissiva e é inevitável.

A nova Parte Geral do Código Penal também não cuidou do erro de proibição indireto, isto é, sobre os limites normativos da causa de justificação, que dentro da “teoria limitada da culpabilidade, deve ser tratado como causa “supralegal”, de exclusão da culpabilidade, se escusável”.

O art. 17, 2ª parte do Código Penal de 1940, e art. 20, § 1º da Nova Parte Geral do Código Penal, aplicam-se ao erro de tipo permissivo, isto é, sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, excludentes do dolo pois produz os mesmos efeitos do erro de tipo, daí porque não incluiremos o erro de tipo dentre as causas de exclusão da culpabilidade.

EXIGIBILIDADE E CONDUTA DIVERSA

A exigibilidade de conduta diversa constitui o terceiro dos elementos do conceito de culpabilidade.

A culpabilidade pressupõe que o agente, ao praticar a ação, encontrava-se em circunstâncias que lhe permitiam uma conduta conforme ao direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se ao preceito, quando tinha a possibilidade de evitar, nas circunstâncias, a conduta reputada criminosa.

Como veremos, ao tratar das causas de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, chega-se à conclusão de que a culpabilidade é excluída naqueles casos em que o agente, no momento da ação ou omissão, não tinha a possibilidade, nas circunstâncias, de agir de outro modo, pois não lhe era exigível conduta diversa.

A inexigibilidade de outra conduta é, portanto, a *contrario sensu*, causa de exclusão de culpabilidade, e quem não age culpavelmente não deve ser responsabilizado pelo fato.

O juízo de reprovação ao autor do fato compete ao juiz do processo, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, que tem como pressuposto a exigibilidade de conduta conforme a norma.

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Mesmo que o agente seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito, exige-se que nas circunstâncias do fato tenha tido possibilidade de praticar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A reprovação social (culpabilidade) da conduta surge somente quando, podendo o sujeito agir de acordo com a ordem jurídica, transgride-a.

Em face de um fato criminoso, devemos observar as circunstâncias que o acompanham, que Frank chamou de concomitantes, posto que concorrem no cometimento de um fato e, não só podem atenuar a pena, como também excluir a culpabilidade.

Não pôde haver juízo de reprovabilidade quando o agente executa o fato em face de circunstâncias relativamente anormais e a normalidade está ausente em caso de perigo (estado de necessidade).

Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o direito, pratica conduta diferente, que constitui o delito. Se, ao contrário, não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade.

A inexigibilidade de conduta diversa é causa de exclusão de culpabilidade, e ocorre nos seguintes casos previstos em lei:

- a)* coação moral irresistível (arts. 18/CP/40 e 22 CP Novo).
- b)* obediência hierárquica (arts. 18/CP/40 e 22 Código Novo).

Além das causas legais acima citadas, que estão expressamente previstas em lei, há todo um conjunto de circunstâncias que em concreto representa uma insuperável situação de inexigibilidade de conduta diversa, isto é, de conduta conforme o direito, que constituem as causas supra legais de exclusão de culpabilidade⁽⁸⁰⁾:

- a)* estado de necessidade exculpante (o caso da tábua de salvação de Carneades — hipótese dos dois naufragos — de vida contra vida);
- b)* excesso de legítima defesa exculpante (excesso intensivo de legítima defesa, por confusão, medo ou susto);
- c)* caso fortuito (imprevisibilidade do evento por parte do agente).

Sabido de todos, um comportamento só é culpável quando o agente capaz previu ou quis o fato lesivo, mas se o processo psíquico de representação e vontade se tenha formado de modo anormal nos crimes dolosos, por causa de uma

(80) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB. 1983.

circunstância fática, admite-se que tal conduta já não possa considerar-se culpável. O mesmo deve ser considerado em favor do sujeito nos crimes culposos.

Sendo a inexigibilidade de conduta conforme ao direito um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual compete ao juiz do processo e não ao próprio agente do crime, não há razão para se entender que a utilização do princípio da “não exigibilidade” deva ser restringida às hipóteses legais para evitar a excessiva impunidade dos crimes.

4º CAPÍTULO: DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é a mais nítida característica do conceito de crime (Bockelman). A conduta típica e ilícita, que caracteriza o injusto, somente se aperfeiçoa, como crime, quando se lhe agrega a característica da culpabilidade. O crime portanto é um injusto culpável.

Como vimos ao tratar das teorias da culpabilidade, a idéia dominante na jurisprudência alemã e na maioria dos países ocidentais é a de culpabilidade como um juízo de censura que se faz ao agente pelo seu fato típico e ilícito, isto é, a culpabilidade do fato do agente, que recai sobre o comportamento humano que realiza um fato-crime.

A culpabilidade pressupõe a imputabilidade e se compõe dos seguintes elementos segundo a teoria dominante: consciência potencial da ilicitude e possibilidade, nas circunstâncias de um agir-de-outro-modo. O juízo de censura ao autor é por não ter exercido, quando podia, esse poder-agir-de-outro-modo.

Como nos tipos dolosos o dolo está no tipo e não na culpabilidade, quando a ação não for dolosa, o que se exclui é a própria existência do fato típico e não apenas a culpabilidade, e por isto não incluiremos o erro de tipo dentre as causas excludentes de culpabilidade.

Levando em conta a teoria da culpabilidade tentaremos sistematizar as causas de exclusão da culpabilidade ⁽⁸¹⁾ agrupando-as em duas hipóteses: as expressamente previstas em lei (causas legais) e as denominadas causas supralais, que o Prof. Luiz Vicente Cernichiaro define como excludentes de criminalidade, não expressas, porém componentes do mundo jurídico e que tornam uma conduta típica, sem censura do Direito ⁽⁸²⁾.

No rol das causas legais incluiremos de início aquelas que negam, *a priori*, a existência de um agente culpável, e ao depois as que anulam um dos elementos da culpabilidade.

(81) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB. 1983.

(82) Dicionário de Direito Penal. Ob. cit., pág. 73.

A) CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE (expressamente previstas em lei):

a) Causas que afastam a censurabilidade do fato, operando num momento anterior ao do surgimento dos elementos da culpabilidade. Excludente da imputabilidade:

1. Doença mental e retardamento mental (art. 22 do Código Penal de 1940 e 26 do Novo Código Penal).

2. Embriaguez completa por vício em álcool ou substância entorpecente ou que provoque dependência física ou psíquica (art. 22 do Código Penal de 1940 e art. 26 do Novo Código Penal).

3. Menoridade (desenvolvimento mental incompleto) (art. 23 do Código Penal de 1940 e art. 27 da Nova Parte Geral do Código Penal).

b) Causas que afastam a censurabilidade do fato porque anulam um dos elementos essenciais da própria culpabilidade:

1. Inexigibilidade, nas circunstâncias, de conduta diversa:

a) coação moral irresistível (arts. 18 do Código Penal de 1940 e 22 da Nova Parte Geral do Código Penal);

b) obediência hierárquica (arts. 18 do Código Penal de 1940 e 22 da Nova Parte Geral do Código Penal).

2. Embriaguez completa pelo álcool ou droga, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 24, § 1º, Código Penal de 1940, art. 28, § 1º, do Novo Código Penal e art. 19 da Lei nº 6.368, de 21-10-76).

B) CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE (afastam a censurabilidade da conduta porque anulam um dos elementos da culpabilidade):

Situações incompatíveis com a existência de algum dos elementos essenciais da culpabilidade:

1. Inexigibilidade, nas circunstâncias, de conduta diversa:

a) estado de necessidade exculpante (sacrifício de bem de igual ou maior valor);

b) excesso de legítima defesa exculpante (excesso intensivo de legítima defesa, por confusão, medo ou susto);

c) caso fortuito (imprevisibilidade do evento).

2. Erro de proibição inevitável (exclusão da consciência potencial da ilicitude).⁽⁸³⁾

(83) O erro de proibição não foi definido na legislação brasileira vigente; daí ser incluído como causa "extralegal" de exclusão da culpabilidade se inevitável. Todavia a Nova Parte Geral do Código Penal incluiu o erro de proibição no art. 21.

3. Discriminantes putativas, quando configuram erro de proibição inevitável (erro de proibição indireto, que incide sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação). ⁽⁸⁴⁾

Em resumo, o meio mais seguro que se deverá utilizar para constatação final da culpabilidade do agente pelo injusto típico que lhe é imputado constitui-se em um procedimento duplo pelo qual, ao tempo em que se pesquisam os pressupostos e os elementos da culpabilidade, vai-se conferindo o resultado obtido mediante a verificação da possível ocorrência de alguma das denominadas “causas de exclusão da culpabilidade”. ⁽⁸⁵⁾

Exsurgirá nítida e completa a imagem do crime se nesta dupla aferição:

a) a primeira pesquisa (sobre os pressupostos e os elementos da culpabilidade: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude, exibibilidade de conduta diversa) for positiva quanto à culpabilidade; e

b) a segunda pesquisa (sobre aquelas situações incompatíveis com a existência de algum dos elementos essenciais da culpabilidade ou de seus pressupostos: doença e retardamento mentais; menoridade; embriaguez completa, por vício em álcool ou substância análoga que provoque dependência; inexigibilidade, nas circunstâncias, de outra conduta; estado de necessidade exculpante; embriaguez completa por álcool ou substância análoga, decorrente de caso fortuito ou força maior; coação moral irresistível; obediência hierárquica; erro de proibição inevitável; discriminantes putativas, quando traduzirem erro de proibição inevitável; o excesso exculpante de legítima defesa, e o caso fortuito), for negativa quanto às causas de exclusão da culpabilidade.

5º CAPÍTULO: CULPABILIDADE E PERICULOSIDADE

Com os estudos de Marc Ancel sobre a periculosidade e tratamento do ponto de vista da defesa social, houve uma radical mudança no conceito de periculosidade. McCormick tem como tema central de seu trabalho o delinquentes normal e perigoso. ⁽⁸⁶⁾

(84) O erro de proibição que incide sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação não foi definido nem no Código Penal de 1940, nem na Nova Parte Geral do Código Penal, devendo em ambos os casos ser tratado como causa “supralegal” de exclusão de culpabilidade.

O erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, incluído no art. 17, 2ª parte, do Código de 1940 e no art. 20, § 1º, da Nova Parte Geral do Código Penal, segundo a teoria limitada da culpabilidade constitui erro de tipo permissivo, isto é, com os mesmos efeitos do erro de tipo, e portanto excludente do dolo sem afetar a culpabilidade, e o que se exclui é a própria existência do fato típico, daí por que não incluímos estes casos de erro de tipo dentre as causas excludentes de culpabilidade.

(85) Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos. Ob. cit. págs. 120 e 121.

(86) Ob. cit. nº 2, págs. 484/497.

O Código Penal de 1940 reconhece dois tipos de periculosidade: a real, que é declarada pelo juiz, e a presumida por lei, conforme os artigos 77 e 78, respectivamente.

O Novo Código Penal reformulou completamente os conceitos de periculosidade no que diz respeito à sua verificação, e extinguiu a medida de segurança para os imputáveis, não havendo mais a periculosidade presumida, devendo então toda periculosidade ser declarada pelo juiz.

INIMPUTABILIDADE E PERICULOSIDADE

Dentre as conseqüências jurídicas da inimputabilidade, já vimos que é isento de pena quem pratica fato que a lei define como crime sendo inimputável.

Entretanto, nos termos do art. 78, I, do Código Penal de 40, presume-se a periculosidade do inimputável, devendo ser ele internado em manicômio judiciário pelo prazo de 6, 3 ou 2 anos, conforme a duração da pena cominada, respectivamente 12, 8 ou 1 ano, no mínimo, e internado pelo prazo de um ano nos outros casos (art. 91).

A Nova Parte Geral do Código Penal, modificou o sistema da lei vigente: o inimputável só será internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em outro estabelecimento adequado, se o fato previsto como crime, a ele atribuído, for punível com reclusão, sendo a internação ou sujeição a tratamento por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, devendo o prazo mínimo ser fixado de 1 a 3 anos (art. 97 e § 1º).

Se, todavia, o fato previsto como crime, a ele atribuído, for punível com detenção, poderá o juiz determinar-lhe a sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97 e § 1º).

SEMI-IMPUTABILIDADE E PERICULOSIDADE

Se a anomalia mental não exclui, mas apenas reduz a capacidade de entender o ilícito ou de se determinar segundo este entendimento, a imputabilidade é diminuída.

Gracet chama os semi-imputáveis de fronteiros, pois se situam entre a sanidade e a plena insanidade mental. Aqui estão as chamadas personalidades psicopáticas (hipertímicos, fanáticos, explosivos, depressivos, atímicos, supervalorizadores do eu, hipobúlicos, psicopatas sexuais, psicopatas toxicofílicos), os transtornos mentais passageiros, os estados incipientes e residuais de psicoses e certos graus de oligofrenia (debilidade mental), quando afetam, sem excluir, a capacidade de entender e querer.

O Código Penal de 1940 prevê a imputabilidade diminuída, no seu art. 22, parágrafo único. A pena imposta pode ser reduzida de 1/3 a 2/3. A periculosidade do agente é igualmente presumida, nos termos do art. 78, II do CP de 40, sendo obrigatória a imposição de medida de segurança após o cumprimento da

pena, conforme art. 82, I do CP de 40, consistente em internamento em casa de custódia e tratamento (art. 92 do Código Penal de 1940).

A solução do Código de 1940 impõe pena e medida de segurança, que não passa de um prolongamento da pena, pois após o cumprimento desta, imposta pela culpabilidade diminuída, passa a cumprir no mesmo estabelecimento penal a medida de segurança.

O Novo Código Penal permite ao juiz substituir a pena pela medida de segurança de internação ou pela sujeição a tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos, quando se tratar de semi-imputabilidade e necessitar de especial tratamento curativo (art. 98).

EMBRIAGUEZ HABITUAL E PERICULOSIDADE

A embriaguez, se habitual ou patológica pelo álcool ou substâncias análogas, é causa de presunção de periculosidade nos termos do art. 78, III do CP de 40, e deve o agente ser internado em casa de custódia e tratamento nos termos do art. 92, IV.

O anteprojeto de reforma da Parte Geral, de 1981, permitia ao juiz internação para fim curativo, quando se tratava de condenados reconhecidos como ébrios habituais ou toxicômanos (art. 98, § 3º).

O Novo Código Penal não cuidou dos ébrios habituais ou toxicômanos.

MEDIDA DE SEGURANÇA E REFORMA DOS CÓDIGOS

A Lei nº 7.209/84 modificadora da Parte Geral do Código extinguiu a medida de segurança para os imputáveis e estabeleceu o sistema vicariante para os semi-imputáveis (permite ao juiz optar pela pena ou pela medida de segurança).

A medida de segurança de caráter meramente preventivo e assistencial ficará reservada somente aos inimputáveis.

A pena tem como fundamento a culpabilidade e a medida de segurança fundamenta-se na periculosidade.

Ao réu perigoso e culpável não há razão para se aplicar o binário pena e medida de segurança.

Com a extinção, no Novo Código, da medida de segurança para o imputável, o sistema foi reforçado, destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. Assim é que o conceito de crime continuado não foi estendido ao criminoso profissional, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidentes semelhanças.

A fim de evitar que perigosos delinquentes, autores de vários roubos a mão armada, sejam postos em liberdade sem estarem preparados para o reingresso na sociedade, ao cumprirem metade da pena unificada no crime continuado, o

Novo Código criou o parágrafo único do art. 71, que permite que nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz aumente a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras dos arts. 70, parágrafo único (a pena não poderá ser superior à que seria cabível pela regra do concurso material) e 75 (o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos).

O Novo Código reformulou, também, para não prejudicar a repressão aos crimes mais graves, o instituto do livramento condicional no caso de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, em que a concessão do livramento ficará subordinada não só às condições do art. 83, I, II, III e IV, mas, ainda, à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (art. 83, § único).

O Novo Código só consagrou duas medidas de segurança: a detentiva e a restritiva.

A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo em 1 a 3 anos, que tornar-se-á indeterminado enquanto não for verificada por perícia médica a cessação da periculosidade.

A medida restritiva prevista no Código Penal consiste na sujeição do agente a tratamento ambulatorial conforme a modalidade terapêutica prescrita, admitido o tratamento ambulatorial somente quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção, devendo perdurar enquanto não verificada a cessação de periculosidade.

Com a extinção da medida de segurança para os imputáveis, não há mais periculosidade presumida por lei, devendo, portanto, toda periculosidade ser declarada pelo juiz.

Embora a periculosidade do agente do delito seja a condição indispensável da aplicação da medida de segurança e portanto não se ligue ao problema da responsabilidade, não queríamos terminar este trabalho sem tecer alguns comentários sobre os laudos psiquiátricos de cessação da periculosidade para a obtenção de benefícios legais concernentes aos incidentes de execução penal, que são: livramento condicional, prisão albergue, indulto, redução da pena.

Se a medida de segurança, na reforma dos Códigos, só se aplica aos inimputáveis, toda a periculosidade deverá ser declarada pelo juiz, que indicará um determinado tipo de internamento ou tratamento ambulatorial, conforme se trate de medida de segurança detentiva ou restritiva.

Somente nos casos acima mencionados, ligados sempre à doença ou deficiência mental e à anormalidade psíquica pela problemática da irresponsabilidade ou semi-responsabilidade, é que se compreende, ao ensejo da liberdade de seus internos, a obrigatoriedade de um laudo psiquiátrico que ateste a cessação ou continuação da periculosidade

O art. 775, II, do atual Código do Processo Penal, trata de pacientes internados em manicômio judiciário ou em casa de custódia e tratamento, que exigem exame pericial feito por dois médicos, que verificarão a cessação ou não da periculosidade para revogação da medida de segurança.

Por sua vez, o art. 715, parágrafo único, do mesmo diploma legal trata de pacientes internados em casa de custódia e tratamento, que exigem exame mental do sentenciado para concessão do livramento condicional, nos termos dos arts. 62 e 81 do Código Penal de 1940.

À Casa de Custódia e Tratamento, bem como o Manicômio Judiciário, são destinados, portanto, a acolher sentenciados que tenham praticado delito sob a condição de semi-imputabilidade ou cuja peculiaridade se centre na inimputabilidade, respectivamente.

Evidentemente, ao pálio dos novos códigos, não se aplicarão mais medidas de segurança aos condenados tão-somente por serem reincidentes em crimes dolosos, por terem sofrido imposição de pena de reclusão por mais de cinco anos, ou pena privativa de liberdade, se o crime relaciona-se com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição, conforme consta respectivamente nos arts. 93, I; 93, II, **a** e 93, II, **b** do Código Penal de 1940.

O Código Penal de 1940 manda internar em Colônia Agrícola, em Instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (art. 88, § 1º, III) estes condenados cuja criminalidade revele comportamento eminentemente anti-social, e a medida de segurança aplicada nestes casos (art. 93, I; 93, II, **a** e 93, II, **b** do Código de 1940) é conhecida como uma conduta automatizada do magistrado, pois não há aqui um nexo de causalidade entre a periculosidade e qualquer doença ou perturbação da saúde mental, embriaguez patológica ou habitual, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Nestes casos não interfere laudo psiquiátrico, pois estes declarados “perigosos” (por presunção legal ou periculosidade real, declarada pelo juiz) não se distanciam do homem médio normal, sob o prisma psíquico.

No exame de cessação ou permanência da periculosidade, nestes casos, predominam na perícia aspectos necessitados de visão mais ampla,⁽⁸⁷⁾ o que será feito louvando-se principalmente em relatório pormenorizado e motivado,⁽⁸⁸⁾ seja do diretor do estabelecimento prisional, quando se tratar de réu pre-

(87) Roberto Lyra diz que “tratando-se de internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, predominam, na perícia, aspectos necessitados de visão mais ampla. Na falta de técnicos do serviço social, como os mais indicados para dizer a respeito, impõem-se os educadores” (Comentários ao Código de Processo Penal, cit., pág. 300).

(88) Nelson Hungria diz que “o relatório deve ser pormenorizado e motivado. Cumpre que sejam mencionados todos os dados e assentamentos relativos ao interno, bem como quaisquer observações pessoais de que tenham sido objeto e possam servir de orientação ao pronunciamento

so na hipótese de pedido de livramento condicional, quando então será ouvido o Conselho Penitenciário, seja do diretor do estabelecimento de segurança (colônia agrícola etc.).

Rui Carlos Machado Alvim chama a atenção para o império do laudo psiquiátrico sobre os demais relatórios quando o setenciado não está acometido de doença mental. Chega a dizer que o laudo psiquiátrico é uma condição descabida, uma vez que a lei processual não o exige para sentenciados com cumprimento de medida de segurança que não sejam irresponsáveis ou parcialmente responsáveis, quando da verificação da cessação da periculosidade, e para isto é decisiva a regra do art. 775, I, do Código de Processo Penal.

E conclui o referido autor que, neste desolador contexto penitenciário, pode-se concluir que a proliferação de laudos psiquiátricos, antes de ser um avanço contributivo das ditas ciências auxiliares do direito penal, constitui — este o seu real conteúdo — uma dissimulada ilegalidade a constringer os sentenciados no direito à liberdade.⁽⁸⁹⁾

CONCLUSÕES

A Lei nº 7.209/84, publicada no DO de 13-7-84, modificadora da Parte Geral do Código Penal, não transigiu com o princípio do **nullum crimen sine culpa** e então propõe-se a adotar em todo o seu curso a responsabilidade subjetiva do agente.

1) Acolheu a orientação de distinguir entre **tipo** e **antijuridicidade**, abandonando a superada oposição entre o **fático** e o **jurídico** da velha tradição roma-

judicial. As informações terão de versar, igualmente, sobre a biografia do indivíduo, sua conduta no estabelecimento, seu modo de convívio com os companheiros, suas relações com os funcionários, sua dedicação ou aversão ao trabalho, sua boa ou má vontade no tocante às práticas escolares, educacionais ou religiosas, sua maior aptidão intelectual e física, seu grau de aproveitamento ou resultados obtidos, suas atividades de afetividade, frequência e caráter de suas relações com a família e amigos, quaisquer episódios que sejam indiciários de sua continuada proclividade à violência, à imoralidade ou à fraude, ou, ao contrário, de sua recuperação social ou reajustamento às normas éticas, suas possibilidades de êxito no retorno à vida livre. Deve sempre ter-se em conta que a retificação da personalidade de um criminoso adulto (não se tratando dos meramente ocasionais), para extirpar-lhes a impulsividade nociva ou as más inclinações de inveterados hábitos de vida, definitivamente aceitos ou já estratificados em segunda natureza, é cometimento bem mais árduo e complexo, como eu já disse alhures, que domesticar *a uncia tigris*. Mas não é uma causa sem esperança de sucesso. O mais endurecido criminoso não deixa de ser homem e, como tal, há de ter em sim como diz Abrahamsen, um núcleo formado por alguns sentimentos bons ou por algumas boas intenções, que podem ser trazidas à tona, desenvolvidos, fomentados, para sua reassimilação social. É mesmo de supor-se que se tal indivíduo tivesse sido criado em ambiente favorável ou não tivesse sofrido as influências perniciosas que o desorientaram, jamais teria trilhado a senda do crime (Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade. Transcrito da revista "Arquivos", nº 61, de março de 1957, publicada pelo Ministério da Justiça).

(89) De quando a psiquiatria se torna um juiz paralelo na execução penal. Cit. págs. 199/299.

na, isto é, o erro jurídico penal relevante recebe a denominação mais explícita de “erro sobre elementos do tipo” e “erro sobre a ilicitude do fato”, ou, abreviadamente, “erro de tipo” e “erro de proibição”, nos arts. 20 e 21.

Não se trata, porém, de simples substituição da rubrica “erro de fato” por “erro sobre elementos do tipo”, e “erro de direito” pela expressão “erro sobre a ilicitude do fato”, como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo, e o erro de direito passasse a ser chamado erro de proibição.

2) Acolheu, outrossim, a orientação de que o erro de tipo essencial, isto é, o que recai sobre algum elemento do tipo é sempre escusável no crime doloso, e exclui sempre o dolo, quer seja evitável ou inevitável exsurgindo a modalidade culposa, se prevista em lei, art. 20.

3) Acolheu, outrossim, a orientação de que o erro de tipo essencial, isto é, discriminantes putativas, no art. 20 e § 1º, acolhendo a orientação de que o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (“supor situação de fato”), deve ser tratado, se escusável, como “erro de tipo permissivo”, excludente do dolo, ensejando o aparecimento da modalidade culposa se prevista em lei, enquanto o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação (“supor estar autorizado”) deve ser tratado como erro de proibição, uma causa extralegal de exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena, se evitável.

4) Põe fim, outrossim, corretamente, à confusão que se faz entre falta de consciência da ilicitude e ignorância da lei ao dispor no art. 21 que o conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos, e a seguir define o erro sobre a ilicitude do fato.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ABI-ACKEL, Ibrahim. **Exposição de Motivos nº 211**. Projeto de Reforma Penal, Departamento de Imprensa Nacional. Brasília. 1983.
2. ALBERGARIA, Jason Soares. **Noções de Criminologia**. Editora Lemi S/A. Belo Horizonte, Minas Gerais. 1978.
3. ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho Penal**. Trad. Juan del Rosal e Angel Torio. Buenos Aires, Uteha. 1960.
4. ALVIM, Rui Carlos Machado. **De Quando a Psiquiatria se Torna um Juiz Paralelo na Execução Penal**. Rev. Proc. Geral do Estado de São Paulo (2º), 189/100 jun. 1983.
5. ANGEL, Marc. **La Defense Sociale Nouvelle**. 1ª ed., 196. Nouvelle édition. Ed. Cujas. 1966.
6. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Dicionário de Direito Penal**. Bushatsky. São Paulo. 1974.
7. DOHNA, Alexander Grafzu. **La Estructura de la Teoria del Delicto**. Trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1958.
8. FÁVERO, Flaminio. **Medicina Legal**. 2º vol. 9ª ed. Livraria Martins Editora. São Paulo. 1973.
9. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. Bushatsky. São Paulo. 1976.

10. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. Max Limonad. São Paulo. 1978.
11. GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia Forense**. 3ªed. Forense. Rio de Janeiro, 1979.
12. HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal**. 5ª ed. Vol. 1, tomo II, Forense. Rio de Janeiro. 1978.
13. HUNGRIA, Nelson. **Método e Critérios para Avaliação da Cessação de Periculosidade**. Revista "Arquivos" nº 61, de março de 1957. Ministério da Justiça.
14. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 1º vol. Bosch, Casa Editorial S.A. Urgel. Barcelona.
15. JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. Parte geral**. 3ª ed. Saraiva. São Paulo. 1978.
16. MAURACH, Reinart. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Juán Córdova Roda. Barcelona. Ed. Ariel. 1962.
17. MAUZANERA, L. Rodríguez. **Criminología**. Edição Porrúa. México. 1979.
18. McCORMICK, D.N. **Quelques Aspects du Problème des Délinquants Dangereux et Anormaux**. Tradução de Denyse Chast. *Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Editions 5, reg. nº 2, 1975, Paris.
19. MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. *Revista de Derecho Privado*. Madrid. 1955.
20. MUNHOZ NETO, Alcides. **A Ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Forense. Rio de Janeiro, 1978.
21. LEITÃO, Jorge Ferreira. **Mutilação de Parturiente**. *Rev. Dout. Jur. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Setembro de 1982. Págs. 33/34. Brasília.
22. LYRA, Roberto. **Comentários ao Código de Processo Penal**. VI vol. Forense. Rio de Janeiro. 1944.
23. ROXIN, Clauss. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Ed. Reus S.A., Madrid, 1981.
24. STEFANI, G. LEVASSEUR, G. **Droit Pénal Général**. Dalloz, 1971. Paris.
25. TOLEDO, Francisco de Assis. **O Erro no Direito Penal**. Saraiva. São Paulo. 1977.
26. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Saraiva, São Paulo. 1982.
27. TOLEDO, Francisco de Assis. **Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade**. *Revista dos Tribunais*, vol. 556, pág. 271 e seguintes. Dezembro de 1982.
28. WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Trad. José Cerezo. Mir. Ediciones Ariel. Barcelona. 1964.
29. WELZEL, Hans. **La Teoría de la Acción Finalista**. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Editorial Depalma. Buenos Aires.
30. WESSELS, Johannes. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução. Sérgio Antonio Fabris, editor. Porto Alegre. 1976.

O CONDENADO E A DEFENSORIA PÚBLICA

JOÃO CARNEIRO DE ULHÔA
Promotor de Justiça do Distrito Federal

RESUMO: Introdução. O Preso e sua sorte no Presídio. A Nova Lei: Preocupação com a Pessoa do Preso. Execução como Atividade Jurisdicional: Encargos Maiores para a Defesa. O Defensor e o Preso. Defesa do Preso no Âmbito Administrativo. O Defensor no Processo Executivo Penal.

Cabe-nos, graças à lisonjeira indicação do Ministro Magalhães da Rocha e ao amável convite do Professor Jason Albergaria, tecer algumas considerações sobre o relacionamento do defensor público e o condenado, em face das situações já existentes e que serão ampliadas com a próxima vigência do novo estatuto prisional, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Portanto, o nosso trabalho limitar-se-á à análise das expectativas do preso ante o seu assistente jurídico e a contraprestação que esse poderá lhe ofertar, análise essa embasada na vivência haurida nos longos anos de exercício da promotoria pública e como membro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal.

O PRESO E SUA SORTE NO PRESIDIO

Não se pode perder de vista que, na grande maioria dos casos, o interno dos nossos presídios é um esquecido, deixado à própria sorte, notadamente após a condenação. Essa situação, há cerca de quarenta anos, foi sentida e valeu a observação contundente do insigne Roberto Lyra (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. 6º, p.p. 57/58, ed. Revista Forense, 1944), trazendo verdadeira conclamação ao Ministério Público, e, pela sua objetividade e pureza, merece lembrança:

“O esforço da Justiça Pública não teria finalidade, envolvendo vexames inúteis, senão contraproducentes, se abandonasse o sentenciado durante a provação carcerária. Cabe ao Ministério Público acompanhar os resultados da execução, para exemplo da atuação futura... Diante da trágica realidade penitenciária, o promotor público deve ser o defensor da nova vítima, em que se converte, às vezes, o sentenciado. O advogado cuida dos interesses dos réus. Quando estes se transformam em homens confiados inteiramente ao Estado, desa-

parece, em regra, a ação do patrono, sobretudo quando se trata de desprotegidos, ignorantes ou miseráveis. A nós, do Ministério Público, compete, então, a alta missão de velar, não pelos interesses, mas pelos direitos daqueles cuja condenação pedimos e obtemos para educar, para instruir, para tratar. Quando o advogado, pago e satisfeito, vê cumprido o seu mandato, outro começa a pesar sobre os nossos ombros. Junto às prisões não há mais acusadores, e sim, defensores, no mais solene sentido da expressão.”

Decorridas quatro décadas, essa situação pouco mudou, não só nas penitenciárias das grandes cidades, como nas cadeias das comarcas do interior. O quanto se logrou em prol do preso, deveu-se, sobretudo, ao esforço incomum dos estudiosos do problema, bem assim à sensibilidade das pessoas e órgãos envolvidos diretamente com a execução penal.

O estudo do Direito Penitenciário e da Execução Penal nas universidades é limitado. Aliás, poucas são as faculdades que inserem em seu currículo cadeira específica, visando o maior conhecimento do assunto, quase sempre tratado como prolongamento do processo penal.

A NOVA LEI: PREOCUPAÇÃO COM A PESSOA DO PRESO

A Lei de Execução Penal preservou ao Ministério Público várias atribuições que nos parecem, porquanto vinculadas ao imediato interesse do preso, mais sujeitas à sua conveniência postulatória a exercer-se através de seu patrono.

Mas, pode-se divisar aí a preocupação do legislador em cercar o prisioneiro da dupla garantia assistencial, porque, não raro será o promotor — que exerce vigilância obrigatória nas penitenciárias e secundado pelo Conselho Penitenciário — que irá pressentir as necessidades dele em sua vida carcerária.

Por isso, pensamos que algumas das atribuições impostas ao Ministério Público no art. 68 da Lei (requerer instauração de incidentes de excesso ou desvio de execução, revogação da medida de segurança, conversão de penas, progressão nos regimes, desinternação), senão supletivas, hão que ser consideradas concorrentes, porque *munus* próprio da defesa, sempre no interesse do preso.

A Lei, pois, ao explicitar a obrigatoriedade da assistência jurídica “aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado” (arts. 15 e 16), não restringiu a atuação do Ministério Público no tocante ao amparo pessoal devido ao condenado.

Entretanto, tornou obrigatória a intervenção da defesa em quaisquer incidentes da execução, fazendo com que o seu exercício extrapole a esfera das postulações meramente administrativas.

EXECUÇÃO COMO ATIVIDADE JURISDICIONAL: ENCARGOS MAIORES PARA A DEFESA

Induvidosamente, a obrigatoriedade da assistência jurídica, nos termos em que o novo diploma a coloca, interliga-se a uma opção doutrinária que irá refletir-se no acervo de responsabilidades processuais indeclináveis impostas ao defensor do preso.

É por demais conhecido o debate entre os tratadistas, remontando a Carnelluti e Sabatini, sobre se a execução penal constitui atividade meramente administrativa ou se se traduz em atividade jurisdicional.

Como considerou o Ministro Xavier de Albuquerque (*Problemas Processuais da Execução Penal* — Conferência publicada na Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 14, p. 79), na execução penal reconhecível é “o atributo, ostensivo ou mesmo imanente, da jurisdicionalidade”.

A nova Lei, nos parece, optou por considerar a execução como atividade jurisdicional.

Essa opção da Lei de Execução Penal, palpável já no seu art. 2º, está sustentada na própria Exposição de Motivos quando o Ministro Abi-Ackel enfatiza: “À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada”.

Outra não é a conclusão ante as disposições relativas ao Procedimento Judicial — abrangentes de todas as “situações previstas nesta lei” (arts. 194 e seguintes).

Ora, jurisdição subentende competência jurisdicional e contraditório, forçando no processo executivo penal o posicionamento da clássica trilogia: juiz, acusação e defesa.

Posto isso, fácil será verificar o imenso leque de atividades que o novo diploma impõe à defesa, e em especial à defensoria pública, que irá encampar a assistência jurídica deferida à grande massa de desfavorecidos existente nos presídios.

O DEFENSOR E O PRESO

A vivência no trato com o presidiário permite-nos tecer algumas considerações sobre a sua problemática, seus reclamos, suas indagações, suas esperanças e propósitos.

O interno, não só para conhecer a extensão da sanção recebida, ou os benefícios que a lei lhe faculta no decorrer do cumprimento da pena, busca amparo no profissional, mas quer muitas vezes apenas dialogar com alguém estranho ao seu dia-a-dia.

A palavra amiga e orientada do profissional, como que lhe retempera, não raro, as esperanças, conforta-o, enfim colabora na preservação de sua personalidade, objetivo maior da Lei.

A ressocialização do condenado muito dependerá também desse contato periódico com o assistente jurídico.

O trabalho preliminar do defensor, para inclusive afastar um tratamento aparentemente discriminatório, exige a audiência coletiva dos internos, permitindo-se-lhes a manifestação sobre futura audiência pessoal e o escalonamento do atendimento.

A seleção prévia a cargo da direção do presídio é desaconselhável, pois gera a desconfiança e pode insinuar o privilégio.

As audiências individuais, precedidas da seleção elaborada pelo próprio defensor, ensejarão esclarecimentos objetivos sobre a situação processual do preso. A essa altura, o defensor terá compulsado os autos da execução e avaliado a legitimidade da condenação.

DEFESA DO PRESO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Os regulamentos das penitenciárias, costumeiramente, prevêem procedimento administrativo para apuração das faltas disciplinares com a facultações de defesa, que consiste, na prática, em alegações obtidas com as declarações prestadas pelo interno.

O diploma recém-promulgado erigiu em dogma o “direito de defesa” (art. 59). Esse direito, e nada o impede, poderá ser exercido pelo defensor, inclusive com a produção de provas, levando maior seriedade a esses procedimentos.

Ainda no âmbito da administração carcerária, disporá o interno de um importante mecanismo de defesa dos seus direitos, qual seja “o direito de representação e petição”, estatuído no art. 41, XIV.

O exercício pleno desse direito reclamará, no entanto, o patrocínio do defensor atento e destemido, ainda mais porque a ele está reservada a entrevista pessoal com o interno, possibilitando-lhe o conhecimento dos fatos ensejadores da representação.

O DEFENSOR NO PROCESSO EXECUTIVO PENAL

Se por um lado a convivência com o preso exige do defensor paciência, habilidade e destemor, no âmbito do processo executivo penal defrontará ele com imensurável tarefa, notadamente nos grandes centros, a cobrar-lhe dedicação, esforço intelectual e vivência processual.

Certamente por falta de aparelhamento básico, escapam à percepção dos juizes, promotores, advogados e defensores públicos, notórios erros judiciários e evidentes nulidades processuais, permitindo a conservação de inocentes nas prisões.

Já Yolanda Catão e Elizabeth Sussekind (*Os Direitos do Preso*, Ed. Forense, 1980, p. 98), ao tratarem da assistência jurídica, denunciavam:

“A grande maioria da população carcerária não possui advogado particular e fica esquecida nos estabelecimentos penitenciários. Muitos poderiam obter livramento condicional, já que cumpriram os requisitos legais; outros poderiam ter o caso reexaminado através de revisão criminal, com grandes possibilidades de êxito; outros, ainda, foram condenados com base em processos que apresentavam vícios de diversas origens que poderiam ser nulificados por meio de *habeas corpus*. Em suma, se atendida de maneira conveniente, boa parte da população carcerária poderia estar em liberdade.”

Embora em escala menor, também no Distrito Federal nos deparamos com situações semelhantes.

São condenações com arrimo em meros indícios, apenações excessivas, excesso de execução, que não poderão passar no crivo do defensor junto ao Juízo das Execuções.

A preservação dos direitos assegurados aos condenados muito dependerá da infra-estrutura que se possa oferecer aos órgãos da execução penal e, no particular, à defensoria pública.

Sem a infra-estrutura necessária toda a assistência prometida pelo novo diploma que, segundo reza em seu art. 1º, se destina, precipuamente, à integração do condenado, se esvaziará.

Urge, pois, que os órgãos de assistência jurídica sejam convenientemente aparelhados, cuidando-se, inclusive, das condições para que a defensoria pública se projete nas comarcas do interior do País, onde apenas juizes, promotores e poucos advogados se preocupam com a humanização das prisões e com a sorte dos condenados.

Não só o convívio com a pessoa do preso no recinto do cárcere e os embates com a administração presidiária exigirão do assistente jurídico iniciativa e dinamismo. O contraditório da execução, prolongando-se além da extinção da pena até a reabilitação, reclama dele persistentes postulações.

É a reclamação efetiva da obediência a progressividade da pena; o pedido de extinção na ocasião exata do escoamento da sanção ou do período de provas; a comprovação quanto à impossibilidade de atendimento da pena pecuniária — todos momentos em que a intervenção do defensor deverá anteceder preferentemente a iniciativa do juiz ou do órgão do Ministério Público.

Afinal, se na etapa cognitiva do processo penal a iniciativa da defesa dificilmente atende ao interesse do réu, na execução ocorre o inverso, reclamando do assistente jurídico o aproveitamento das oportunidades instituídas já com a Lei nº 6.416/77, que consolidou a progressividade dos benefícios durante a execução.

Não basta falar nos autos apenas quando convocado, no cumprimento formal de integrante da relação processual. A defesa na execução há de ser dinâmica, sob pena de se frustrar toda a expectativa em favor do condenado, objetivo primordial do diploma há muito esperado.

São essas as nossas ligeiras considerações.

Brasília, 11 de setembro de 1984.

A CORREÇÃO MONETÁRIA NA FALÊNCIA É POSSÍVEL EM FACE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE?

PEDRO AURELIO ROSA DE FARIAS

Juiz de Direito do DF

Após meditar algum tempo acerca da incidência da correção monetária nos processos relacionados a falências e concordatas, pude chegar a conclusões que divergem frontalmente da orientação até aqui traçada pelo Egrégio TJDF e por outros Tribunais do País.

Nas pesquisas efetuadas, pude constatar a falta de uniformidade no tratamento do tema, com a jurisprudência oscilando de modo indeciso e a doutrina seguindo os mesmos passos.

É evidente que o assunto necessita de contornos definidos e claros, já que neste sombrio contexto nacional por que passamos, onde as quebras da indústria nacional chegam a assumir proporções assustadoras, colocando em cheque toda a política social desenvolvida pelos Governos da República, causando o desemprego e a desativação de grande parte das pequenas e médias indústrias nacionais que são as responsáveis pela grande massa de oferta de empregos, um correto enfrentamento do tema por parte do Poder Judiciário torna-se necessário, indispensável e urgente, a fim de que parte do clima de tensão em que vivemos neste específico ponto se dissipe.

Legislação Existente Sobre a Correção Monetária

Para uma melhor abordagem do tema, faz-se necessário, desde logo, catalogar toda a legislação existente sobre a correção monetária:

1. Como se sabe muito bem, foi a Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que instituiu a Correção Monetária nos contratos imobiliários de interesse social, ao dispor em seu art. 5º:

“Art. 5º Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construções de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para a aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros,

com a conseqüente correção do valor monetário da dívida toda vez que o salário mínimo legal for alterado.”

2. Esta faculdade de previsão da correção monetária nos contratos para a aquisição da casa própria foi afastada pelo Decreto-lei nº 19, de 30 de agosto de 1966, que tornou obrigatória a sua adoção nas operações do Sistema Financeiro de Habitação, a ser calculada tomando por base os índices da correção monetária fixados pelo Conselho Nacional de Economia para correção do valor das ORTNs. O reajuste das prestações com base no salário mínimo ficou tão-somente facultado quando se tratasse de imóveis residenciais, de valor unitário inferior a 75 salários mínimos e se destinarem a atender às necessidades habitacionais de famílias de baixa renda.

Eis a letra da lei:

“Art. 1º Em todas as operações do SFH deverá ser adotada cláusula de correção monetária, de acordo com os índices de correção monetária fixados pelo Conselho Nacional de Economia, para a correção do valor das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, e cuja aplicação obedecerá a instruções do Banco Nacional da Habitação.

§ 1º O reajustamento das prestações poderá ser feito com base no salário mínimo, no caso de operações que tenham por objeto imóveis residenciais de valor unitário inferior a 75 salários mínimos e se destinarem às necessidades habitacionais de famílias de baixa renda.”

3. Em seguida o legislador enfrentou o tema dispondo no Decreto-lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, a aplicação da correção monetária nos débitos de natureza trabalhista, pela primeira vez referindo-se expressamente aos processos de falências e concordatas.

Disse o legislador:

“Art. 1º Os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas a qualquer título, pelas empresas abrangidas pela CLT e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, aos seus empregados, quando não liquidados no prazo de 90 (noventa) dias contados das épocas próprias, ficam sujeitos a correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia...

§ 2º A correção de que trata este artigo aplica-se também aos créditos dos empregados nos processos de liquidação, concordata ou falência, cessando, porém, sua fluência a partir do deferimento do pedido de falência.”

Como se vê, aqui o legislador previu a correção monetária das indenizações trabalhistas até o momento de deferimento do pedido de quebra, o que nos leva a interpretar que a correção das indenizações trabalhistas é devida em casos de concordata e liquidação somente até a quebra; o mesmo ocorrendo com a falência.

4. Continuando na sua regulamentação ao instituto da correção monetária, o nosso legislador, por intermédio do Decreto-Lei nº 858, de 11 de setembro de 1969, dispôs sobre a cobrança e a correção monetária dos débitos fiscais nos casos de falência em seu art. 1º, dizendo:

“Art. 1º A correção monetária dos débitos fiscais do falido será feita até a data da sentença declaratória da falência, ficando suspensa, por um ano, a partir dessa data.

§ 1º Se esses débitos não forem liquidados até 30 dias após o término do prazo previsto neste artigo, a correção monetária será calculada até a data do pagamento, incluindo o período em que esteve suspensa...

5. A Lei nº 5.670, de 2 de julho de 1971, veio posteriormente a regulamentar a aplicação temporal da correção monetária, determinando em seu art. 1º que:

“Art. 1º O cálculo da correção monetária não recairá, em qualquer caso, sobre período anterior à data em que tenha entrado em vigor a lei que a instituiu”, aplicando-se o cálculo aos processos pendentes e respeitando a coisa julgada que tenha fixado termo a quo diverso.”

6. Mais à frente o tema foi novamente abordado na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que dispôs sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, em seu art. 18, letra “f”, que tem a seguinte redação:

“Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:... f) não reclamação de correção monetária de quaisquer dívidas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

6.1. Este dispositivo legal foi alterado em parte pelo Decreto-Lei nº 1.477, de 26 de agosto de 1976, que dispôs sobre a correção monetária nos casos de liquidação extrajudicial ou falências das entidades a que se aplica a Lei nº 6.024 acima mencionada, com a seguinte redação:

“Art. 1º O art. 1º do Decreto-Lei nº 1.477, de 26 de agosto de 1976, acrescido de um parágrafo único, passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 1º Os créditos do Banco Central e do Banco Nacional da Habitação, junto a entidades a que se refere a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, originários de operações de empréstimo, de financiamento, de refinanciamento, de assistência financeira e liquidez, de ces-

são ou sub-rogação de créditos hipotecários ou de cédulas hipotecárias, realizadas com recursos próprios daqueles Bancos ou de fundos pelos mesmos geridos, são sujeitos à correção monetária, mesmo quando decretada a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

“Parágrafo único: O disposto neste artigo abrange, inclusive, as operações realizadas posteriormente à decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, referentes à efetivação da garantia de depósitos públicos ou de compra de obrigações passivas das entidades a que se aplica a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974”...

Pela simples leitura dos mencionados dispositivos legais, vê-se que o legislador passou da não incidência da correção monetária nos casos de liquidação extrajudicial, para admiti-la de pleno naquelas hipóteses e nos casos de falência, para finalmente estendê-la de modo amplo a todos os exemplos em que os dinheiros públicos fossem aplicados por entidades que estivessem sob a tutela da Lei nº 6.024/74.

7. Tratando da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública o nosso legislador mais uma vez referiu-se expressamente à correção monetária e à falência, dispondo o seguinte Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 2º:

“Art. 2º: ... § 2º: A dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato...”

“Art. 5º: A competência para processar e julgar a execução Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

8. Recentemente a Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, veio a determinar a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial. Esta Lei que tanta confusão está causando em sede de falência e concordata foi regulamentada pelo Decreto nº 86.649, de 25 de novembro de 1981, e em momento algum refere-se de modo expresso à sua aplicação aos processos falimentares.

Esta extensa narração e disposição de textos legais se faz necessária, em face do seu total desconhecimento por aqueles que têm o dever de pedir e dar a prestação jurisdicional.

Tenho notado com relativo pesar que muitas decisões judiciais em sede de direito falimentar têm sido proferidas em completo desacordo com o sistema determinado pelo legislador nacional.

Como se pode defluir da simples leitura dos textos legais acima indicados, o legislador quando desejou referir-se aos processos falimentares e de concordata, o fez expressamente fazendo consignar o seu entendimento da letra da lei. E por que o fez assim? Simplesmente porque a regra principal que vige

em sede de direito falimentar é o princípio da **par conditio creditorum**, ou do tratamento igualitário de todos os credores.

Proibição da Correção Monetária Cambial na Lei de Falências

Particularmente entendo que o legislador de 1945 foi hábil por excelência, ao prever expressamente em seu art. 213 a impossibilidade de aumento da dívida do falido ou concordatário em face da desvalorização da moeda nacional, estipulando que:

“Art. 213: Os créditos em moedas estrangeiras serão convertidos em moeda do País, pelo câmbio do dia em que foi declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva, e só pelo valor assim estabelecido serão considerados para todos os efeitos desta lei”.

Ora, como se sabe a desvalorização cambial é o melhor e mais preciso índice real de medida da desvalorização de nossa moeda. Isto porque se tivermos em mente outras espécies de índices, veremos que os mesmos são irrealis, pois contêm expurgos das acidentalidades que podem ocorrer em certo momento na economia, o que nos leva a um índice de desvalorização falso da moeda.

Isto é um artifício odioso dos economistas oficiais que tentam desta forma tampar o sol com a peneira, procurando de qualquer modo baixar os índices da inflação, nem que para isto façam olhos e ouvidos de mercador, enganando o povo com falsos índices.

Mas em sede de discussão jurídica necessário se torna aplicar os institutos tal como são, e no caso concreto o nosso legislador de 1945 utilizou-se do único índice de desvalorização da moeda de que dispunha na oportunidade, e ressalte-se que naqueles bons tempos a inflação em nada se aproximava dos intoleráveis índices atuais, ou seja, a desvalorização da moeda nacional em face da moeda estrangeira.

Esta é uma regra que demonstra claramente que até nos contratos em moeda estrangeira, o seu valor deve ser convertido ao câmbio do dia, justamente para evitar-se não somente o curso forçado da moeda estrangeira como também para impedir o prejuízo dos demais credores de moeda fraca, ou melhor, de moeda nacional.

Vê-se então que a lei especial das Falências prevê expressamente a não incidência da atualização da moeda nos créditos habilitados.

Sobre este tema vamos encontrar em obra do festejado mestre TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, in **Comentários à Lei de Falência**, 3ª Edição, 1962, Forense, Rio, pág. 130, a seguinte lição: “O montante do passivo do devedor, tanto na falência como na concordata, não deve sofrer oscilação no curso do processo. Daí o preceito que determina a conversão dos créditos em

moeda estrangeira do País pelo câmbio do dia em que for declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva”.

Continuando na análise deste dispositivo legal, refere-se ainda o mencionado autor às obras de GUSTAVO BONELLI, *in Del Fallimento*, 2ª Edição, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milão e de ANTÔNIO BRUNETTI, *in Diritto Fallimentare Italiano*, Società Editrice Del “Foro Italiano”, Roma, 1932.

Certo está então que a manutenção do princípio da **par conditio creditorum** deve restar como ponto de toque do instituto da Falência, pois caso contrário estaremos permitindo que somente aqueles credores já considerados privilegiados assumam por completo todo o pouco ativo do falido. Ademais, deve-se levar ainda em consideração que a valorização imobiliária não acompanha de modo algum a desvalorização da moeda. Enquanto os índices da correção monetária alcançam índices insuportáveis, o aumento do valor dos imóveis quase não se faz sentir.

Lei de Falências é Lei Especial

Outro ponto que parece-me de interesse relevante é que a Lei nº 6.899/81 tem o caráter nitidamente geral, e desta forma não pode de modo algum impor-se à lei falimentar que é sabidamente uma lei de caráter especial. Ora, um dos princípios gerais mais simples de interpretação é de que a lei geral não derroga a lei especial — **lex generalem non derogat lex specialis** ao contrário, a lei especial derroga a lei geral — **lex specialis derogat generali**.

Considerando-se então a lei de falências como uma lei especial, deve-se ainda levar em consideração a lição de RENÉ SAVATIER, *in Les Metamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d’Aujord’hui*, Paris, 1952, de que “na exegese da lei especial não se admitem critérios extensivos e analógicos”. Se o texto legal proibiu expressamente o melhor critério de atualização da moeda, que é sem dúvida alguma a variação cambial, não creio que se possa permitir a correção monetária por qualquer outro critério estabelecido pelos economistas oficiais.

Natureza Jurídica das Decisões Proferidas nas Habilitações dos Créditos Envolvidos na Falência

A perfeita análise dos créditos envolvidos nos processos falimentares é outro assunto que merece particular enfoque.

Pela leitura simples do art. 1º da Lei nº 6.899/81 chega-se à conclusão de que a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive custas e honorários advocatícios. Ora, as decisões proferidas em processos falimentares e que julgam os créditos relacionados com as falências não resultam débitos, isto porque tais créditos já existiam antes da falência.

Então se os créditos já existiam antes da falência, não há que se falar em crédito oriundo de decisão judicial, caso em que na hipótese de execução contra devedor solvente deveria ser devidamente atualizado como determina a lei.

Segundo os clássicos do Direito Processual Civil, a ação proposta é que vai determinar a natureza jurídica das sentenças, que podem ser DECLARATÓRIAS, CONDENATÓRIAS ou CONSTITUTIVAS, sustentando ainda PONTES DE MIRANDA, com particular propriedade e invulgar raciocínio, que ainda existem as sentenças mandamentais, que não são aceitas por boa doutrina, como por exemplo pelo prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, in Instituições de Direito Processual Civil, volume II, 2ª Edição, 1962. Forense. Rio, pág. 57.

As ações que nos levam a uma SENTENÇA DECLARATÓRIA pedem necessariamente a incidência do direito objetivo sobre uma pretensão, para que se declare existente ou inexistente uma relação jurídica. Segundo lição de FREDERICO MARQUES em obra acima mencionada, pág. 48, “na ação declaratória o que o Juiz aplica é a regra preceptiva do mandamento legal, o seu preceito primário, e não a regra sancionadora, ou preceito secundário”.

As ações que propiciam as SENTENÇAS CONDENATÓRIAS visam à aplicação da regra sancionadora do dispositivo legal, ou seja, a sua efetiva condenação pelo juiz, que segundo LIEBMAN transforma a regra sancionadora de abstrata que é em concreta.

As AÇÕES CONSTITUTIVAS são aquelas que têm por objetivo a criação, alteração ou extinção de uma relação jurídica. No entender de TORQUATO CASTRO, in Ação Declaratória, 1942, págs. 24 e 25, tais ações “visam não somente obter a certeza jurídica sobre a pré-existência de um direito pertencente ao titular da ação, de exigir a constituição judicial de uma situação jurídica ou de regular a sua condição por um determinado estatuto, como também pôr em existência atual aquela mesma situação ou aquele mesmo estatuto”.

As sentenças declaratórias e as condenatórias operam efeitos **ex tunc**, ou seja, desde então, ao passo que as constitutivas, em regra, produzem efeitos **ex nun** — desde agora, e apenas excepcionalmente **ex tun** — desde então.

Ora, está mais do que evidente que as decisões a que se refere a Lei nº 6.899/81 e das quais resultam débitos são as condenatórias e as constitutivas, e não as declaratórias, como são aquelas proferidas nas ações que visam regularizar os créditos relacionados com os processos falimentares.

Tais créditos já existiam desde a declaração da quebra e por estarem submetidos aos efeitos das regras próprias e particulares do direito falimentar, necessitam ser reconhecidos antes de serem pagos. Na sua apreciação o juiz declara a sua validade frente ao princípio da **par conditio creditorum**, e os habilita ao recebimento de seu valor.

Como se vê, creio que se pode licitamente afirmar que as sentenças reconhecedoras de créditos envolvidos em processos falimentares não podem nem devem ser entendidas como decisões originadoras de débitos, nos termos do art. 1º, da Lei nº 6.899/81.

Daí entender, por mais este motivo, que a lei geral da correção monetária não se aplica à lei especial das falências.

A Correção Monetária Processual e a Correção Monetária Material

Atento ao problema que a duração dos processos trazia às partes, CHIOVENDA ressaltou que o prestígio do processo judicial estaria seriamente comprometido na sua eficiência, caso não viesse estruturado do modo conveniente a eliminar, do melhor modo possível, a incrível desvantagem que o demandante que tem o direito ao seu lado se vê defrontando em razão do fator tempo.

Eis a justificativa ao postulado máximo da **perpetuatio jurisdictionis**, colocada de modo definitivo pelo mestre acima indicado, *in* Ensayos, vol. II, pág. 5, tradução espanhola de SANTÍS MELENDO, ao lecionar que “a máxima **per citationem perpetuatur jurisdictio** ganha sentido e clareza se vem considerada como expressão de um princípio e tendência geral que se manifesta a cada passo nas leis processuais, e segundo a qual se deve impedir, tanto quanto possível, que a necessidade de servir-se ao processo para a defesa do direito se converta em dano de quem se vê constringido a acionar ou a defender-se em juízo para pedir justiça”.

O festejado mestre em seus **Principii**, § 5º II, voltou a referir-se ao assunto afirmando que “a sentença que acolhe a demanda deve atuar a lei como se estivesse acontecendo no momento da demanda judicial: a duração do processo não pode vir em detrimento ao direito do autor.”

Deste raciocínio não se afastou CARNELUTTI, *in* Svalutazione Monetaria e Processo — Rivista di Diritto Processuale, vol. II pág. 1.947, a afirmar que na essência o que interessa à parte prejudicada é “liquidar o dano passado como se fosse presente”.

Estas considerações iniciais ao tema se fazem necessárias porque urge fazer-se distinção entre a **CORREÇÃO MONETÁRIA PROCESSUAL** e a **MATERIAL** e a sua aplicabilidade aos processos falimentares.

Vamos encontrar em LAURO PAIVA RESTIFFE, *in* Tratado da Correção Monetária Processual, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983, pág. 22, clara alusão à primeira delas: “**CORREÇÃO MONETÁRIA PROCESSUAL** não é pena, nem multa nem cominação de mora, nem prejuízo e nem lucro. É simples instrumento de equilíbrio relacionado à técnica interna do processo. Sua função mecânica, por assim dizer, é neutralizar o fator de desequilíbrio decorrente da inevitável duração do processo judicial, em cuja pen-

pendência deve permanecer garantida a atualização da moeda até efetiva satisfação da obrigação por parte do devedor, se vencido foi.”

Aqui o que mais interessa é o fato objetivo da sucumbência do devedor, ou seja, deve o vencido pagar aquilo que deve como se estivesse no momento em que teve o patrimônio do vencedor diminuído por ato de sua responsabilidade.

Já a **CORREÇÃO MONETÁRIA MATERIAL** decorre exclusivamente do princípio da **restitutio in integrum**, ou seja, quem por qualquer motivo não justificável e aceito pelo direito violar direito ou mesmo causar prejuízo a outrem deve reparar integralmente o dano, o que vale dizer que o dever de reparação deve operar-se a partir do momento em que o prejuízo tornou-se efetivo para o titular do direito violado.

Como, todavia, o processo falimentar tem a natureza especial de colocar todos os credores em uma mesma plana de direitos e deveres, vale ressaltar que estas regras acima expostas não se aplicam em momento algum a falências.

Há pouco tempo atrás o ilustre Desembargador do TJDF, Dr. GERALDO IRINEO JOFFILY lembrou-se um velho adágio espanhol que diz de “lo perdido saca lo que puedas”, para justificar as ações sempre ladinas dos credores em processos falimentares. Se aqui os credores estão situados numa mesma plana, torna-se necessário evitar que uns consigam mais direitos do que outros, ou seja, todos devem suportar com os efeitos da falência do devedor na proporção direta e proporcional de seus respectivos créditos.

A lei falimentar fez uma comprida exposição acerca dos créditos que devem ser pagos em primeiro lugar, iniciando pelos trabalhistas, da Fazenda Pública Federal e Estadual, encargos e dívidas da massa, privilegiados, quirografários e retardatários. Ora, se o próprio legislador por intermédio do Decreto-lei nº 75, de 21-11-66, estipulou que os créditos trabalhistas são corrigidos monetariamente até a data da decretação da quebra, e pelo Decreto-lei nº 858, de 11 de setembro de 1969, que a correção monetária dos débitos fiscais do falido fica suspensa por um ano, como admitir-se que os créditos com garantia real sejam corrigidos plenamente e à sociedade?

Em primeiro lugar, o pagamento da correção monetária material ao credor com garantia real significa um obstáculo intransponível colocado à frente das pretensões dos demais credores sem tal garantia, em segundo lugar, é socialmente injusto remunerar o simples capital **in integrum** em detrimento da remuneração devida em face do trabalho desenvolvido pelos empregados da falida, que recebem por força de dispositivo legal seus créditos sem a necessária correção monetária.

E mesmo na hipótese em tela, necessário se torna manter a qualquer custo o princípio da **par conditio creditorum**.

Assim, parece-me que nos processos falimentares em que seja possível a aplicação do princípio da **restitutio in integrum**, o pagamento aos credores deva

ser efetuado por etapas, iniciando-se pelo principal de todos os créditos, em seguida passando à remuneração deste capital principal que são os juros legais devidos. E somente após o pagamento do capital principal devido e a remuneração deste capital representado pelos juros legais, é que se pode pensar em aplicar a correção monetária material sobre os créditos já pagos e sobre os juros já computados.

Note-se, ainda, que o pagamento destas parcelas corrigidas deve obedecer ao princípio da **par conditio creditorum**, de sorte que todos os credores habilitados devem receber proporcionalmente os seus créditos corrigidos.

Nada de pagar a correção integral somente a alguns dos credores, geralmente aos privilegiados que são os maiores e em maior número. Até aqui na **restitutio in integrum** os credores devem receber dentro do espírito da lei, ou seja, proporcionalmente na razão direta de seus créditos.

Creio que desta forma estaremos adequando a hipótese da **restitutio in integrum** ao princípio da **par conditio creditorum**.

Da Falência Fraudulenta e a Correção Monetária

Ultrapassando o velho conceito histórico que entendia toda falência como sendo fraudulenta **decoctor ergo fraudator** chegou-se ao moderno entendimento de que a falência não é um fenômeno econômico de espécie alguma, mas sim um mecanismo e engenho jurídico, um remédio jurídico para enfrentar-se a insolência ou inadimplência, por um processo coletivo com a mais completa proteção do crédito.

Como diz CARNELUTTI, “falência não é ato ilícito, logo, o processo não representa sanção”.

Mas há falência que resultam claramente de atos provocados e manipulados por comerciantes que se valem do instituto para lesar e fraudar credores. Para tais falidos há os crimes falimentares estipulados compridamente pelos artigos 186 a 199 da Lei de Falências.

Como a ninguém é dado valer-se da própria torpeza **turpitudinem suam allegans non est audiendus**, creio que o falido que age de forma consciente com o objetivo de fraudar credores, não pode de modo algum beneficiar-se da não-incidência da correção monetária nos processos falimentares.

Entendo que nestes casos deva-se aplicar o princípio material da **restitutio in integrum** consagrado no instituto da correção monetária material, tal qual como já mencionado acima. É que consoante lição de LAURO PAIVA RESTIFFE — ob. cit., pág. 42: “É preciso ter em conta que a correção monetária material, do mesmo modo que a exigência da **restitutio in integrum** que lhe serve de base, é uma figura que diz respeito à lesão do direito; isto é, só entra em jogo como meio de propiciar a completa reparação de prejuízo decorrente de lesão a direitos em geral”.

Nestes casos, o falido que com sua ação consciente procura deliberadamente causar a quebra de sua empresa, com isto lesando direitos de seus credores, fica obrigado a reparar integralmente os prejuízos decorrentes de sua ação, nem que para isto haja uma extensão da falência ao patrimônio particular dos sócios, o que pode ser obtido através da ação própria de alcance.

Considerações Finais

Estas as razões que me levam a afirmar que os créditos sujeitos aos processos falimentares não devem ser, em regra, submetidos à incidência da correção monetária. Pois, se a mesma for aplicada, teremos por terra o princípio da **par condito creditorum**, que sem dúvida alguma é a pedra de toque do sistema falimentar, e os únicos beneficiários serão sempre os credores privilegiados, que por receberem na frente dos demais haverão para si todo o produto apurado na liquidação do ativo existente.

FEDERALISMO E ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Professor da Universidade de Brasília (1965-1985), Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União, Master of Comparative Law — Estados Unidos (1963-1964), Doutor em Direito pela Universidade de MG (1982), Enseignant de Droits de l'Homme — Strasbourg (1976), Visiting Professor da ONU (1976), Honorary District Attorney of Philadelphia (1976), Curso na Universidade de Roma (1981), Ex-membro do Ministério Público de MG e do DF.

"A Suprema Corte realizou através de suas decisões aquele ideal de uniformidade nacional pelo qual tanto batalharam o inglês Jeremy Bentham e os americanos Story e Kenty, através de sonho de codificação que afinal não veio."

GILMORE — As 3 Eras do Direito Americano.

1ª PARTE

ASPECTOS DO FEDERALISMO AMERICANO

A evolução do Federalismo Americano se confunde com a própria história da formação do poder nacional daquela grande Nação.

A Declaração da Independência, de 4 de julho de 1776, anunciava o nascimento de uma nova Nação, mas as contestações bélicas da Inglaterra estavam a exigir a união das 13 colônias em torno de um ideal maior de nacionalidade.

O primeiro grande passo nesse sentido foi dado em 1780, quando as colônias, seguindo o exemplo de Nova York, cederam milhões de hectares de terra ao governo central, numa inequívoca demonstração de unidade e nacionalidade que tanto se fazia mister, naqueles conturbados anos.

A luta contra a Inglaterra contribuiu, de maneira decisiva, para mudança de filosofia individualista e de nítida feição local das colônias para uma abertura em prol da união dos estados.

Além disso, a posição desigual entre as grandes colônias como Massachusetts, New York e Pensilvânia prejudicava as pequenas como New Jersey, a ponto de as pessoas não poderem cruzar o rio Hudson para vir vender suas hortaliças sem pagar pesadas taxas a New York.

Outras situações anômalas também se constituíam em matéria de relações internacionais e internas, como a da variedade e da multiplicidade de moedas.

As dificuldades econômicas, geradas pela guerra contra a Inglaterra, descontentavam a poderosa classe dos fazendeiros e agricultores que assim se viam compelidos às barras dos tribunais em processos executivos de dívidas.

Nessa ocasião, George Washington escreveu que os estados se encontravam unidos apenas por “uma corda de areia” e o prestígio do Congresso havia chegado a um ponto muito baixo.

Foi quando Alexandre Hamilton conseguiu convencer seus colegas da necessidade de se regular o comércio interestadual que era a espinha dorsal do relacionamento entre os estados.

E realmente um conclave se realizou em 1787, em Philadelphia, onde os mais brilhantes líderes representavam seus estados.

Lá estavam entre outros, George Washington, Benjamim Franklin, Morris, James Wilson, James Madison, Hamilton, etc. Ausente, Thomas Jefferson, em missão oficial na França.

A tônica da reunião foi a necessidade de se criar um governo novo, através da reconciliação dos governos locais com o governo central.

Adotaram o princípio de que as funções e poderes do governo nacional deveriam ser cuidadosamente definidos e estabelecidos, ficando aos estados os demais remanescentes poderes.

Entre os principais poderes do governo central estavam os de cunhar moedas, regular o comércio, declarar guerra e assinar paz.

Um dos primeiros problemas a surgir foi o da representatividade dos estados no governo central.

Os grandes batiam-se pela representação proporcional à sua população, ao passo que os pequenos não queriam que sua influência fosse diluída, em função do número de seus representantes.

O debate se prolongou quase que indefinidamente, até que o representante de Connecticut encontrou a fórmula do consenso: representação proporcional na Câmara dos Deputados e representação igual no Senado.

A reunião de Philadelphia resultou no mais perfeito e duradouro documento público da história política da humanidade.

Na concessão de poderes, a convenção de 1787 delegou ao governo federal todos os poderes para lançar e arrecadar impostos, direitos, tributos e taxas, pagar as dívidas e prover à defesa comum e ao bem-estar geral dos Estados Unidos, todos os direitos, tributos e taxas deveriam ser uniformes em todos os Estados Unidos:

contrair empréstimos, sob o crédito dos Estados Unidos;

regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos Estados e com as tribos de índios;

estabelecer uma regra uniforme de naturalização e leis uniformes de falência, em todos os Estados Unidos;

cunhar moeda, regular o valor desta e da moeda estrangeira e fixar o padrão dos pesos e medidas;

estabelecer penas para a falsificação de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos;

estabelecer agências e estradas para o serviço postal;

promover o progresso da ciência e das artes úteis, assegurando por tempo limitado, aos autores e inventores direitos exclusivos aos seus respectivos escritos e descobertas;

criar tribunais inferiores à Corte Suprema;

definir e punir os atos de pirataria, os delitos cometidos em alto mar e as violações ao direito das gentes;

declarar guerra, conceder cartas de corso e de represálias e ditar regulamentos relativos às presas feitas em terra e no mar;

organizar e manter exércitos, não podendo qualquer crédito para tal fim exceder o prazo de dois anos;

organizar e manter uma marinha de guerra;

ditar regras para a administração e disciplina das forças de terra e mar;

regular a convocação da milícia, a fim de garantir a execução das leis da União, reprimir insurreições e repelir invasões;

promover a organização, armamento e treinamento da milícia, bem como a administração das partes desta empregada no serviço dos Estados Unidos, reservando-se aos estados a nomeação dos oficiais e a obrigação do treinamento, de acordo com a disciplina prescrita pelo Congresso;

exercer a competência legislativa exclusiva no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que se possa tornar, mediante cessão dos estados e aceitação do Congresso, a sede do governo dos Estados Unidos e exercer igual poder, em todas as áreas adquiridas, com o consentimento da legislatura do Estado, em que as mesmas estiverem situadas, para a construção de fortes, armazéns, arsenais, estaleiros e outros edifícios necessários; e

elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais poderes conferidos por esta Constituição ao Governo dos Estados ou aos seus departamentos ou funcionários.

Como se vê, como corolário dessa enumeração de poderes está a notável “necessary and proper clause”, através da qual a constituição atribua ao governo central o poder de fazer todas as leis que se tornassem necessárias e convenientes para por em execução os poderes enumerados e todos os outros de que se encontrassem investidos o governo e seus agentes.

A convenção havia decidido que a Constituição entraria em vigor logo que fosse aprovada por 9 dos 13 Estados.

O forte medo de um poder central forte fez com que se exarcebassem as divergências entre o grupo dos Federalistas e dos Antifederalistas.

Lucrou a ciência política com a publicação dos *Federalist Papers* que foram de autoria de Hamilton, Madison e John Jay e que hoje constituem um notável patrimônio da literatura jus política.

Não obstante a perfeição do documento constitucional o interregno de 3 anos de sua elaboração iria mostrar a conveniência da elaboração de um *bill of*

rights que desse a garantia aos Estados e a força ao governo central para fazer cumprir os seus poderes.

A decisão a que chegaram foi a de que a União não agiria contra os Estados mas sim contra os indivíduos, pois a lei era dirigida a todos os habitantes do país.

E assim foram elaboradas as 10 primeiras emendas das quais a décima está assim redigida: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição nem por ela proibidos aos Estados, são reservados respectivamente aos Estados e ao povo.”

A experiência de 2 séculos permite à doutrina apontar como principais feições do federalismo americano os seguintes elementos:

1. União de Estados autônomos.
2. Divisão de poderes entre a União e os Estados, cabendo àquela os poderes enumerados e aos segundos os residuais ou reservados.
3. Supremacia da Constituição federal e das leis e tratados que se fizerem em decorrência desse poder.
4. Plenitude de poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como o poder de criar impostos a todos os Estados e ao governo central.
5. A supremacia da Constituição cujo controle é exercido através da *judicial review*, especialmente pela Suprema Corte.

O Federalismo americano tem passado por diversas fases, sendo a primeira delas a própria confederação que funcionou até o estabelecimento do 1º governo federal, em 1789.

Veio, em seguida, o Federalismo *gendarme* em que a União se comportava como a guardiã da defesa externa, da política externa, do comércio interestadual e desbravava o oeste.

Depois, chegou a fase do Federalismo cooperativo, com o advento da 1ª Grande Guerra e a eleição de Woodrow Wilson e que durou até 1950.

Pertence a essa época o “New Deal” de Franklin Delano Roosevelt, onde os anseios dos Estados eram acolhidos e partilhados pela União.

Nessa terceira fase, adotou-se avançada política dos Direitos Civis, em que a verdadeira identidade nacional e a cidadania ficaram mais palpáveis, através da liderança da União.

Esse federalismo cooperativo durou até 1950.

Surgiram então os primeiros choques quando o “clientelismo político” — consistente na força dos líderes locais do partido junto aos que controlavam a Casa Branca — passou a dominar.

É também deste tempo a Presidência Imperial, em que o Executivo Federal passou a ter uma força maior e a suplantar o Legislativo.

Isso foi possível, sobretudo, graças aos *grants-in aids* que eram volumosos auxílios e verbas federais que a clientela política postulava ao governo central.

Essa ação intergovernamental era dirigida por um *Advisory Commission* e por um *Joint Committee* em busca de uma *big society*.

O poder central cresceu assustadoramente.

Nixon e Carter acenaram para uma participação maior de estados e municípios no processo decisório.

Tudo sem relegar ao oblióvio o papel preponderante da União na condução do problema dos direitos civis e humanos.

A mesma tendência se nota em Reagan em cuja administração já se tem falado nos “direitos dos Estados”.

Eis aí o federalismo.

O Federalismo, tal qual o indica o seu étimo latino — *Foedus-foederis* — significa aliança.

Consiste numa aliança ou união de vários poderes que se diversificam na unidade e se unificam em sua diversidade.

Essa dispersão estrutural do poder — de que fala o cientista político Daniel J. Elazar — é fruto da concepção original do sistema que foi visualizado como uma matriz e não hierarquia, um sistema em áreas e não em níveis.

Mas ao mesmo tempo, não se pode afirmar que não haja linhas de autoridade neste sistema piramidal: em algum lugar e momento, as decisões têm de ser tomadas, mas o problema não é haver uma só ou nenhuma decisão, mas várias ou muitas, cabendo a alguma delas tomar a precedência em diferentes situações.

2ª PARTE

FEDERALISMO JUDICIAL

I

INTRODUÇÃO

O Federalismo, pela sua magna importância no sistema de governo americano, do mesmo modo que comporta um enfoque de natureza política, pode ser visto sob o ângulo do controle jurisdicional.

É o que os autores costumam chamar “Judicial Federalismo”.

Já se afirmou, algures, que a existência de bons juízes tem o condão de transformar as más leis em boas.

Se fizermos um retrospecto da história política dos Estados Unidos, veremos que, nos grandes momentos, surge a figura de um grande magistrado.

Marshall, Holmes, Brandeis, Hughes, Cardoso, Warren são apenas alguns dos grandes nomes que engrandeceram a judicatura dos Estados Unidos.

O êxito (extraordinário) do federalismo norte-americano é ao mesmo tempo um atestado de perenidade da teoria política de Montesquieu que através do mecanismo dos **checks and balances** (dos freios e contrapesos) realiza o equilíbrio do poder.

Aqui também, no Federalismo, a dispersão estrutural do poder faz com que se alcance o equilíbrio entre o poder central, os Estados e as municipalidades.

Mas em um como em outro, esse equilíbrio é realizado em grande parte através do poder judiciário, em tese, o mais fraco e desarmado dos três.

É que a ele cabe a função de interpretar a constituição e as leis do país.

GERALD JOHNSON, escrevendo sobre homens que marcaram época como os Presidentes da Suprema Corte Marshall e seu sucessor, mostra como a liderança de homens daquela têmpera elevou a Suprema Corte de uma mera repartição ao segundo poder efetivo da República.

Diz o festejado autor:

“Poderão alegar que a modificação se realizaria de qualquer forma, se não através de Marshall, pelas mãos de algum outro homem, portanto, por que chamá-lo de importante pelo simples fato de se achar presente? Tal alegação não é verdadeira; a modificação não se processaria de qualquer forma. O Supremo Tribunal poderia ter sido de opinião que era forçado a aceitar todas as leis passadas pelo Congresso. Se assim fosse, jamais teríamos tido o equilíbrio de poderes que muitos julgam indispensáveis à subsistência da República. Sem esse equilíbrio os Estados Unidos provavelmente ter-se-iam destruído logo após a Guerra de 1812, e é quase certo que também o mesmo tivesse acontecido por ocasião da Guerra Civil. Talvez algum outro homem agisse como Marshall, e talvez não; é quase certo que ninguém mais o faria com tanta serenidade e inteligência. Seja como for, John Marshall foi um grande homem, apesar de muito orgulhoso e obstinado.”

São de sua responsabilidade dois dos maiores e mais importantes casos da história judiciária dos EE. Unidos: o caso *Marbury v. Madison*, de 1803 e o *McCulloch v. Maryland*, de 1816.

No 1º, se estabeleceu a mais importante conquista do direito: o poder da Suprema Corte de controlar os atos do Poder Legislativo e do próprio Executivo, podendo declará-los inconstitucionais.

No 2º, a supremacia do direito federal sobre o direito estadual, através da cláusula dos poderes próprios e necessários. Foi nesse caso que ele teve a oportu-

tunidade de fazer a afirmação que veio a se tornar célebre: o poder de tributar é o poder de destruir.

Nele, a Suprema Corte decidiu, através de um dos mais brilhantes votos de Marshall, que a cobrança de impostos, por parte de um Estado, em relação a um Banco Federal, é inconstitucional pois limita a União de exercer seus poderes, quer explícitos quer implícitos na Constituição.

Outros casos importantes, envolvendo a questão federal, foram decididos nesse 1º século do federalismo.

Em *Gibbons v. Ogden*, em 1824, a Corte julgou o caso da autorização legislativa que Robert Livingston havia obtido do legislativo de New York para, durante 20 anos, navegar os rios e águas do Estado, contanto que, até 1800, construísse um barco que fosse capaz de desenvolver 4 milhas, por hora, contra a corrente do rio Hudson. Transferiu esse direito a Ogden, que moveu a ação contra um concorrente, de nome Gibbons. Ogden perdeu.

Foi o 1º caso coberto pela **cláusula do comércio**. A grande questão era saber se os estados podiam exercer jurisdição sobre o comércio interestadual, quando o Congresso já houvesse legislado sobre idêntica matéria.

A decisão foi de que os atos da legislatura de New York deveriam ceder à legislação federal e a decisão anterior da corte inferior que assim não dispunha devia estar errada.

Em 1852, novo caso vem aos tribunais: *Cooley v. The Port of Philadelphia*.

Nesta hipótese, não havia lei federal regulando a atividade de pilotagem. Indagava-se se, nesta hipótese, os Estados podiam legislar. A corte considerou a lei estadual válida porque o Congresso não havia legislado sobre a matéria. Houve 2 votos vencidos que consideravam exclusivo o direito da União para legislar sobre **interstate commerce**.

II

O ATIVISMO JUDICIAL: DOIS ESTILOS

Falando a respeito de Roger B. Taney, sucessor de Marshall em 1835, disse o citado autor:

“Este Presidente do Tribunal cometeu um erro terrível na decisão **Dred Scott**, com o que esteve perto de causar a destruição do Supremo Tribunal. Em vista disso, durante muitos anos foi considerado um indivíduo insignificante, e ninguém, exceto poucos especialistas em História Jurídica, tributou-lhe qualquer estudo sério. Mais recentemente, porém, as opiniões se modificaram, a ponto de, em 1961, um historiador do Supremo Tribunal Federal haver declarado categoricamente que Taney foi o segundo Presidente do Supremo Tribunal em importância da História, sobrepujado unicamente por Marshall.

Pelo menos um fato é certo: antes de desgastá-lo, Taney elevou consideravelmente o Supremo Tribunal. Mas ele não utilizava os mesmos métodos de Marshall. Este tinha plena consciência, a maior parte do tempo, de que não dispunha de força física, soldados ou policiais, que mantivessem suas decisões, podendo contar exclusivamente com a opinião pública. Algumas de suas idéias, contudo, eram bastante mais avançadas que a opinião pública, sendo com relação a elas que se destacou sua habilidade. Era argumentador tão astuto que podia tomar um ponto obscuro da lei e torná-lo tão claro e simples que o cidadão comum, que jamais havia pensado naquilo, ficava convencido de que sempre pensara da mesma forma que Marshall.

A força de Taney era diferente. Longa experiência política, em grande parte adquirida ao trabalhar com o mestre nessa ciência, Andrew Jackson, havia-lhe granjeado uma excepcional habilidade em sondar a opinião pública. Poucos homens entendiam melhor como o homem comum reagiria a qualquer proposta que pudesse surgir, e por ter profundos conhecimentos jurídicos, ele podia geralmente interpretar as leis de maneira a irem ao encontro do pensamento do povo. Marshall conseguia fazer a opinião pública amoldar-se às leis; Taney ajustava a lei à opinião pública. Mas ambos mantinham o poder da Nação apoiando o Tribunal, e o prestígio deste elevou-se cada vez mais.

A grande deficiência dos dois juízes era uma tendência a esquecer um fato de suma importância, qual seja, que o governo não consiste unicamente em direito. É formado em parte de política e só ocasionalmente pode a política ser determinada por lei. Quando surge um problema, caso se trate de uma questão de justiça, o Legislativo e o Judiciário, o Congresso e o Supremo Tribunal, poderão dele encarregar-se em conjunto. Mas quando se trata de aspectos políticos, o Legislativo e o Executivo, o Congresso e o Presidente, deverão tomar a si a incumbência. O Judiciário não se envolve.

O Supremo Tribunal pode declarar o que é constitucional, e o que está de acordo com as leis e costumes das nações civilizadas. Mas não pode dizer, ao surgirem novas circunstâncias, o que é aconselhável para o caso, o que lhe é mais conveniente.

Embora o Supremo Tribunal não disponha de uma única baioneta ou de um cassetete policial com que possa obrigar o cumprimento de seus mandados, contará com poder suficiente enquanto estiver apoiado pela opinião pública. Além do mais, como se constatou que sucessivas importantes decisões foram justas e esclarecidas, a confiança do povo no Tribunal sempre esteve em ascensão. Somente quando foi ele incumbido de decidir quais eram as questões verdadei-

ramente políticas, por exemplo, lidar com os índios era uma questão em grande parte política — aquela confiança ficou abalada. Mas Marshall sempre se inclinava a levar o poder do Tribunal o mais longe possível, e por ocasião de sua morte alguns homens mais cordatos já começavam a preocupar-se, pois parecia-lhes que o Tribunal estava tentando tomar a seu cargo todas as funções do governo.”

E mais adiante:

“Durante vinte anos o Tribunal, sob a autoridade do Presidente do Supremo Tribunal. Taney seguiu a mesma orientação, não tanto procurando estender seu poder, mas usando esse poder com mais rigor ao tornar a legislatura mais clara e mais definida. Ao fazê-lo, o prestígio do Tribunal elevou-se extremamente, e o povo foi ficando cada vez menos disposto a permitir que alguém afrontasse suas decisões.

Todo esse tempo, há quem diga, houve uma questão fundamental apoiando praticamente todos os casos que foram submetidos ao Supremo Tribunal. O ponto imediato poderia ser qualquer coisa — contratos, comércio interestadual, o Banco dos Estados Unidos, impostos, etc., — mas por detrás do ponto imediato existia sempre a questão da relação entre os vários Estados e a União.

Seja como for, quase todas as grandes decisões do Tribunal dirigido por Marshall e Taney referiam-se às relações dos Estados com a União. Marshall, de um modo geral, estabelecia os limites além dos quais os Estados não podiam avançar; Taney, geralmente, estabelecia os limites além dos quais a União não podia avançar. Com a reunião dos dois, a lei se tornava maravilhosamente clara, e eles o conseguiam com tal habilidade que, para a maioria das pessoas parecia justo e próprio que a relação legal entre o Estado e a União devesse ser com eles, afirmavam. E assim o Tribunal tornou-se altamente respeitado e seu poder aumentou em larga escala.

Mas governo não é apenas jurisdição, e durante todo esse tempo a tensão no campo político formava-se gradualmente até atingir o ponto de explosão. A questão era a escravidura negra, consistindo, na verdade, mais num caso de polícia que de jurisdição. A lei era suficientemente clara. A Constituição tolerava a instituição da escravidura e as várias leis relacionadas com o assunto eram baseadas nessa tolerância. Mas aumentava cada vez mais o número de pessoas que julgavam errada a própria tolerância. A solução seria a emenda da Constituição, mas emenda é questão política e não legal.

O erro de Taney foi esquecer ou desprezar esse fato quando o caso de Dred Scott chegou à sua presença.”

Com essa decisão o Tribunal entrou em crise de desprestígio a ponto de, no caso Merryman, em 1861, um civil ser preso por um oficial do Exército por suspeita e atirado numa cela de Fort McHenry e, tendo o Presidente Taney expedido uma ordem de *habeas corpus*, o comandante do forte se recusou a acatá-la, alegando cumprir ordens do Presidente da República.

Foi a suprema humilhação da Corte, não igualada nem no caso dos índios da Geórgia, em que Marshall também viu descumprida uma decisão sua, a respeito do problema político dos índios.

Essa intromissão em assuntos políticos tirou a base e sustentáculo da Corte.

Daí a afirmação do citado autor:

“Ele devia saber que isso não seria possível, já que fora esse o pensamento de Marshall no caso dos índios da Geórgia, que também constituía matéria política. Quando Marshall tentara encaminhá-lo para o campo político, o que fizera na realidade fora arrastar o Tribunal para a política, expondo-o ao ridículo. Mas o caso dos índios era de reduzida importância e não agitara todo o país, tendo suas consequências para Marshall consistido em pouco mais que um vexame. Escravatura, ao contrário, constituía a questão de maior importância para a Nação, de forma que quanto Taney arrastou o Tribunal para a política no tocante àquele assunto, quase chegou a destruí-lo, além de ficar com seu prestígio seriamente abalado durante muitos anos.”

E Gilmore completou:

“Havia uma questão que acabou por dilacerar a União... a contribuição judicial ao debate sobre a escravidão pode ter servido para agravar a situação e precipitar a catástrofe.”

III

DUE PROCESS OF LAW, EQUAL PROTECTION

E INTERSTATE COMMERCE:

AS 3 REGRAS DE OURO DO FEDERALISMO

O fim da guerra civil marcou também o início da verdadeira identidade nacional americana e da cidadania e a União passou a ditar uma política de direitos civis.

Através da votação da XIV Emenda em 28 de julho de 1868, os Estados se viram compelidos ao *due process of law* e à *equal protection of the law*.

Que significa o *due process of law*? As respostas tem sido dadas desde 1887 e continuarão a sê-lo.

Além do significado que na perífrase se contém, ele significa muito mais.

Em 1873, o Tribunal decidiu, no caso *Slaughter House* que o Estado pode conceder monopólio a certos ramos de negócio; em 1886 decidiu que as *corporations* são pessoas, no sentido da Emenda XVI e, como tais, amparadas pela cláusula do *due process of law*.

Da interpretação meramente procedimento ou formal, passou-se a uma concepção substantiva da cláusula.

A princípio, analisando-se a legalidade, tendo como pedra de toques a razoabilidade do fato, o teste deslocou-se para o poder de polícia que a União tem v.g., segurança geral, bons costumes ou bem-estar.

Baseado nessa cláusula, de 1890 a 1937, diz Corwin, a Suprema Corte declarou inválidas 55 leis federais e 228 estaduais.

Apenas o critério de apreciar a legalidade se deslocou do Juiz para o Legislador médio, através do teste da razoabilidade.

A cláusula do *due process* é mais antiga que a do *equal protection*, visto que esta só foi introduzida com a Emenda XIV e ambas têm sido interpretadas no sentido de proteger os direitos e dar as garantias constitucionais de liberdade, vida, propriedade e economia.

Na virada do século, nos anos 1900, o Supremo retirou-se das decisões finais das questões de direito privado e tornou-se um fórum para as controvérsias sócio-políticas provenientes do Direito Constitucional.

Tal comportamento atravessou a época da 1ª Grande Guerra e a eleição do Woodrow Wilson com o seu projeto *New Freedom*, que inicia o federalismo cooperativo e que vai durar até por volta dos anos 50, passando pelo *New Deal*.

Nessa fase do Federalismo dos anos 1900, a questão federal foi ventilada sob a cláusula do *interstate commerce*.

No caso *Hammer v. Dagenhart* — 247US.251 (1918), conhecido como *Child Labor Case*, a lei federal proibia o transporte de mercadorias de fábricas que empregassem crianças.

O que o Congresso visava era proibir o trabalho desses menores, desestimulando-o.

A Suprema Corte julgou inválido o ato do Congresso.

O que a Corte afirmava era que esse poder pertencia aos Estados e a União não poderia invadir a competência dos Estados.

Já dos anos 1930 em diante, a cláusula do *interstate commerce* já foi vista sob outra ótica.

Em *U.S v. Darby* (1941), a Suprema Corte abandonou o seu ponto de vista de *Hammer v. Dagenhart*, com aprovação generalizada. Nos 23 anos que decorreram entre uma e outra decisão, alcançou-se um entendimento mais claro e

mais seguro a cerca da responsabilidade que a cláusula do *interstate commerce* coloca nos ombros dos Congressistas.

A cláusula do comércio interestadual torna o Congresso o guardião único desse interesse vital para a Nação.

Neste caso, tratava-se de proibir o comércio de madeira manufaturado por empregados que ganhassem menos que o salário mínimo estipulado ou que trabalhassem mais horas do que as permitidas.

Ainda no caso *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation* (1937), a Corte exigiu que as empresas que usassem trabalho de presos fizessem constar da embalagem tal fato, para que a concorrência de trabalho livre com o trabalho de preso não fosse fator de desequilíbrio de preços entre os estados.

Entretanto, o pânico da catástrofe econômica de 1929 e a depressão fizeram com que o povo americano voltasse as vistas para o governo de maneira crítica.

Essa atitude levou o Presidente Franklin Delan Roosevelt a propor uma nova política — o *New Deal* — para enfrentar aqueles tormentosos problemas econômicos que haviam causado tanta miséria e até suicídios.

A idéia central de Roosevelt era de que o povo é, e assim deve ser encarado, o principal destinatário da ação governamental. As empresas e as *corporations* devem ceder lugar ao bem-estar do povo.

Impunha-se um novo modo de operar e de trabalhar.

Quase todo mundo pensava assim, exceto 5 dos 9 Ministros que compunham a Suprema Corte.

O resultado foi uma série de percalços para a Corte e principalmente para Roosevelt.

Este pensou em aumentar para 15 o número de Ministros.

Quando o projeto se encontrava no Legislativo, o Ministro Presidente Robert E. Hughes conseguiu influenciar o Juiz Roberts e esse passou a apoiar o *New Deal*: o governo passou a contar com 5x4, a seu favor.

A sensibilidade de Hughes salvou a Corte de uma derrota perante o Executivo e a opinião pública.

IV

POSIÇÃO PREFERENCIAL DOS DIREITOS CIVIS: RESSURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Após os anos 30, passou o econômico a predominar sobre o social e a problemática passou a ter a sua tônica nas liberdades civis.

Casos envolvendo problemas de raça, sexo, idade, liberdade de opinião, de pensamento, palavra ou religião, direito a privacidade, representação política, plenitude de defesa e outros pulavam nas Cortes.

E a magistratura pouco fazia para que as leis restritivas desses direitos fossem julgadas inconstitucionais.

Os comunistas foram perseguidos e se exigia juramento de lealdade para acesso aos cargos públicos. Foi a época áurea do Macartismo.

Uma nota que tem caracterizado o Federalismo Americano é haver sido construído lenta e gradualmente.

Em *Plessy v. Ferguson* (em 1896) a Corte reconheceu a validade da cláusula *equal but separate*, consagrado na legislação de Louisiana que permitia às ferrovias fornecer acomodações separadas para brancos e negros.

Até 1954, a Corte foi aperfeiçoando este entendimento, fazendo ênfase sobre a igualdade de condições. Neste ano, em *Brown v. Board of Education*, a Corte evidenciou que a segregação, em matéria de ensino, visava a proibir aos negros o acesso às coisas da educação do branco e isso era discriminativo.

A partir daí, a dessegregação foi atingindo todas as áreas até tornar-se total, baseado na cláusula da *equal protection of the law*.

Isso se deu nos anos 50 e 60, em que a Corte começou a contribuir para o reconhecimento de uma legislação de cunho nacional.

Ocorreu sobretudo com a Corte de Warren, época em que reapareceu o denominado “judicial activism”.

O instrumento principal foi o uso da Emenda XIV para impor o Bill of Rights aos Estados.

Segundo Gilmore, o ativismo judicial existiu antes do famoso Tribunal Warren, tanto em áreas do Direito Público, como do Direito Privado e as perspectivas são de que essa onda de ativismo continuará, tanto na Suprema Corte como nos demais tribunais.

No próprio Supremo Tribunal, a formação de uma maioria ativista geralmente sólida, da qual os juízes Black e Douglas foram geralmente os porta-vozes, data de 1940, assinala o citado autor.

Gilmore, em sua descontraída obra “As 3 Eras do Direito Americano”, salienta que o espírito criativo e inovador foi uma característica notável do Direito Americano durante o período anterior à 1ª Guerra Civil, que ele chama a Era da Descoberta.

Anota ainda que, já em 1830, Alexis, de Tocqueville o salientava. Realmente, assevera ele, uma característica do Direito Americano que sempre surpreendeu e muitas vezes chocou os observadores estrangeiros é o fato de nossos tribunais rotineiramente assumirem a jurisdição sobre questão que, na maioria

dos outros países, são considerados muito além dos limites da competência judicial.

O notável publicista Bernard Schwartz aponta três princípios que orientaram os tribunais americanos na elaboração de sua jurisprudência, especialmente a Corte de Warren.

O primeiro deles é a doutrina da posição preferencial dos direitos civis sobre os econômicos.

Isso leva à consequência de que a Corte, ao analisar a constitucionalidade de uma lei que possa ferir os citados direitos, deverá dar uma interpretação mais restritiva ao princípio da presunção da constitucionalidade que a legislação traz insito.

O contrário acontecerá com leis que versem sobre outros direitos.

Cada geração tem sua axiologia, sua escala de valores e a atual geração encara os direitos civis como prioritários.

Essa posição preferencial está bem expressa no caso US v. Carolene Products Co (1938).

O segundo princípio é da substantivação do *due process of law*.

A princípio, atribuíam-se à perífrase uma interpretação meramente formal. Mas uma interpretação substantiva se faz mister para uma proteção mais efetiva e assim se fez.

A terceira alavanca foi a extensão aos Estados dos direitos assegurados no Bill of Rights.

Entre os casos mais expressivos citarei apenas 4:

1º) Brown v. Board of Education (1954) em que se pôs fim à doutrina do *equal but separate* e se introduziu a dessegregação.

2º) Mapp v. Ohio (1961) em que se estabeleceu a doutrina de que toda a prova obtida por buscas e apreensões em violação à Constituição Federal é inadmissível numa corte estadual.

3º) Gideon v. Wainright (1963) em que se estabeleceu o direito de defesa pleno, especialmente a presença de um advogado durante o julgamento .

4º) Miranda v. Arizona (1966) de que resultou a famosa Miranda rule pela qual o acusado, ao ser preso, pode calar-se e exigir a presença de um advogado.

A partir de 1970, com Burger na presidência, a Suprema Corte foi ocupada por juízes mais conservadores, nomeados por Presidentes Republicanos.

Glick cita uma série de decisões recentes nesta linha conservadora:

... a que permitiu a revogação de passaporte para cidadãos cujas viagens são consideradas perigosas à segurança nacional.

... a que invalidou a cidadania de um antigo nazista.

... a que limitou o direito de aborto.

... a que julgou aplicável a lei do rapto somente às mulheres mas não aos homens.

... a que restringiu os direitos de tratamento dos deficientes mentais.

... a que permitiu a limitação das solicitações de fundos feitas pelos Hare Krishna.

Por outro lado, a Corte emitiu algumas decisões consideradas liberais:

... em que se permite o acesso de mulheres às Cortes alegando discriminação sexual por chefes e empregadores.

... em que se determinou pagamento de indenização de desemprego a uma Testemunha de Jeová que preferiu deixar o emprego, a trabalhar na indústria de guerra.

... em que se declarou inconstitucional, por violativa da livre manifestação da palavra, a proibição de cartazes.

De qualquer modo, a política de direitos civis nunca foi tão prestigiada antes de Warren, como hoje.

Ao chegarmos ao termo desta meditação talvez fosse lícito levantar o problema da legitimidade ou da propriedade de se falar em ativismo judicial e em seu antônimo a auto-restrição (*self-restraint*).

O termo é polissêmico e por isso tem-se prestado a vários usos.

Uma coisa porém é certa: sempre existiu e existirá uma filosofia, uma política, uma “frónesis” uma prudência para o tratamento das questões judiciais.

Dependendo do modo mais ou menos intenso como o judiciário abraça uma idéia ou diretriz, dir-se-á que ele é mais ativista ou menos.

Sintoma disso é a ação afirmativa que algumas organizações femininas, grupos de direitos civis e outros que têm pleiteado maior participação na escolha especialmente dos juizes federais.

E para concluir, citemos mais uma vez a Gilmore: “nós nos propusemos a criar um sistema legal racionalmente organizado. Tivemos que ajustá-lo ao ritmo vertiginoso das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas. Tivemos que enfrentar os complexos problemas que derivaram do obscuro conceito metafísico de uma união indissolúvel de estados indestrutíveis. O Congresso Federal fez muito pouco, os legisladores estaduais, menos ainda. Os juizes tornaram-se os solucionadores prediletos dos problemas”.

PARECERES

APELAÇÃO CÍVEL Nº 8.958

Relator: Des. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Apelante: EZILDO CORREIA e S/M NORMA FALBO CORREIA

Apelado: LUCY SANTOS GUIMARÃES

PARECER Nº 319 S-6

EZILDO CORREIA e sua mulher, inconformados com sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível que, em ação de consignação em pagamento, cumulada com adjudicação de imóvel, julgou-as improcedente, e procedente a reintegração de posse movida pelos réus, o espólio CARLOS ROBERTO LOPES GUIMARÃES manifesta o recurso de apelação de fls.

Os apelantes, que adquiriram de YONE ALMEIDA ABREU os direitos que esta, por cessão, obtivera de Carlos Roberto Lopes Guimarães e sua mulher (fls. 10/3), relacionados ao apartamento 105, bloco H, SQS 302, objeto de promessa de compra e venda aos mesmos, outorgada pela COHAB (fls. 75, Reint. Posse), requereu consignação em pagamento de parcelas em atraso, tendo em vista que, falecendo o outorgante, sua viúva efetivara seu pagamento obtendo a quitação do imóvel através do seguro.

O espólio, entretanto, antes do ajuizamento da consignatória, cumulada com a adjudicação, ingressara, contra os apelantes, com ação de reintegração de posse junto à 1ª Vara Cível, tendo os mesmos excepcionado o Juízo da 8ª Vara, acolhida pela decisão de fls. 206/214.

Citada a viúva e herdeiros, julgada a exceção, foram os autos remetidos à 1ª Vara Cível. Na réplica os apelantes alegaram ser intempestiva a contestação, agravando do despacho que não acolheu sua alegação.

Tendo protestado por prova testemunhal e apresentado o rol de testemunhas, como duas audiências — não foram realizadas, não tendo sido intimadas as testemunhas para a que se procedeu, formalizaram os apelantes agravo retido, requerendo seja o mesmo, na preliminar, objeto de julgamento.

O MM. Juiz julgou improcedente as ações consignatória e de adjudicação, e procedente a ação possessória.

Suspensão do curso do processo, por força da exceção aos 29-8-79 (fls. 2, autos 45.290), da juntada da precatória aos autos, o que ocorreu aos 27 do mesmo mês, transcorreu em dia.

Aos 16-10-79 foi prolatada decisão sobre a exceção, transitando em julgado aos 12-11-79, data em que recomeçou a contagem do prazo para contestação, exaurido aos 27 do mesmo mês e ano.

A contestação, só juntada aos 15 de fevereiro de 1979, segundo o apelante, seria intempestiva.

Alegam os apelados que, julgada a exceção, remetidos os autos à 1ª Vara Cível, defeso ao MM. Juiz da 1ª Vara Cível, a prática de qualquer ato, ao MM. Juiz da 1ª Vara Cível, cumpria formalizar intimação quanto ao restante do prazo, cujo curso, somente após este ato judicial, teria reinício.

Entendemos, entretanto, que transitada em julgado a exceção, o prazo suspenso inicia seu curso, não se fazendo necessária a intimação, automática que é sua fluência.

Somos, assim, na preliminar suscitada, pelo conhecimento e provimento ao agravo.

Quanto ao segundo agravo, adiadas as audiências, as testemunhas presentes, poderiam ser intimadas para a que iria realizar-se na data designada. Não o sendo, nem se comprometendo os apelantes a trazerem-nas independentemente de intimação, inobservado o disposto no artigo 112, do CPC, ocorre, na hipótese, cerceamento de defesa, principalmente se levado em conta, versarem os autos disputa também sobre a posse, em que tal prova reveste-se de significado e relevo.

Diante do exposto, somos pelo conhecimento e provimento ao segundo agravo retido.

Superadas, entretanto, as preliminares, no mérito, cabe examinar, sucintamente, a consignatória, a adjudicação compulsória e a possessória.

Os apelantes estavam, em atraso, com as prestações do imóvel, e, reclamando os apelados que o depósito não era integral, complementaram-no (fls. 122), utilizando-se do permissivo legal constante do artigo 899, do CPC.

Nas cessões de direito outorgadas a Da. Yvone, e por esta aos apelantes, não há cláusula resolutória expressa, e os apelados não formalizaram a ela ou a eles, notificação, constituindo-os em mora, providência necessária e inafastável, em face do disposto no artigo 1º, do Decreto-lei nº 745, de 7/8/69.

É certo que os apelados, falecendo Carlos Roberto Guimarães, pagaram as prestações em atraso, logrando, assim, que o seguro quitasse o apartamento, importância que reclamaram e que os apelantes complementaram, como já mencionamos. Mas, tal iniciativa, embora necessária, não excluía a notificação à cessionária, em cujos direitos sub-rogaram-se os apelantes, a fim de que, constituída em mora, se viabilizasse, comprovado o inadimplemento da obrigação de pagar as prestações, a rescisão da cessão de direitos.

Os apelantes, sub-rogados por força da cessão, nos direitos e obrigações da cedente, pagas as prestações pelos apelados, em face do atraso verificado, poderiam, amigavelmente, ou através da consignatória, extinguir obrigação sua, cumprida pelos apelados.

A consignatória das prestações em atraso, complementada com a importância do seguro, deveria ter merecido acolhida pelo MM. Juiz, não se justificando, parece-nos, a sua improcedência.

Os apelados, contestando a adjudicação compulsória, alegaram que da promessa de compra e venda, outorgada ao falecido e sua esposa, constava, expressamente, a proibição da cessão de direitos. Tal restrição, além de limitada à promitente vendedora, quitado o apartamento pelo seguro, cujo valor os apelantes consignaram, não se justifica, consolidada que está a propriedade em nome dos apelados, herdeiros e esposa do falecido.

A quitação, levada a efeito pelo seguro, em nada interfere com os direitos conferidos na cessão a Da. Ione, nos quais sub-rogaram-se os apelantes. Apenas a escritura, que deveria ser outorgada pela promitente vendedora, passaria a constituir obrigação dos apelados.

Não obstante as considerações acima, entendemos que, inobservada disposição do artigo 22, da Lei nº 649, a cessão não confere aos apelantes o direito à adjudicação compulsória, embora em causa obrigação de fazer, sujeita que está à condição de inscrição, como determinado na referida lei, como aliás, decidiu o STF (RTJ 57/530).

Quanto à possessória, sua improcedência parece-nos manifesta. Cedidos os direitos a Da. Ione, os apelantes transferiram-lhe validamente a posse, cabendo-lhe, ou a quem transferira seus direitos, as obrigações para com a promitente vendedora, cumpridas, não obstante o atraso das prestações, pelos apelantes.

Se descumprido o contrato, cabia aos apelados constituir a cessionária em mora, e, se não emendada, promover a rescisão do contrato, cumulada com a reintegração de posse. Entretanto, a alegação de que os apelantes encontram-se no imóvel sem qualquer relação de direito que a justifique (fls. 2, ação possessória), “turbando” o seu exercício pelo apelado, é afirmação vazia, desmentida pela evidência dos fatos.

Diante do exposto, somos pelo provimento, em parte, do recurso, cassada a reintegração de posse, e procedente a consignatória, ressalvados eventuais direitos pertinentes à cessão e conseqüências da negativa dos apelados quanto à outorga da escritura definitiva do imóvel.

Brasília, 14 de setembro de 1983. — **Geraldo Nunes**, Subprocurador-Geral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 10.969

Relator: Des. JOFFILY

Apelante: MARIA DO CARMO MIRANDA

PARECER Nº 361 S-6

MARIA DO CARMO MIRANDA, não se conformando com a sentença que julgou improcedente a ação de reconhecimento de sociedade de fato, por ela proposta contra o espólio de Antônio Fernandes, formulou o recurso de apelação de fls., postulando-lhe a reforma.

A decisão recorrida, não obstante reconheça a existência do concubinato e serviços prestados pela apelante ao falecido, inadmite, por estar, à época, casado o falecido, e por não comprovada contribuição efetiva da recorrente para a formação do patrimônio comum, a sociedade de fato, objeto do pedido inicial.

Não participamos do entendimento do ilustre magistrado quanto à impossibilidade de reconhecimento da sociedade de fato entre concubinos, quando um deles seja casado. A sociedade, resultando da contribuição, em bens ou dinheiro, para a consolidação de um patrimônio, realizada pelos concubinos, não sofre, pelas suas características, as restrições da lei civil, invocadas pelo ilustre Curador e acolhidas na sentença pelo M.M. Juiz. As proibições da lei civil a doações, e mesmo a seguros, estipulados em favor da companheira, restringem-se ao mero concubinato, esclarecidas que são, nos padrões conservadores do Código, tendo em vista a proteção da família legítima contra eventuais desvios patrimoniais, beneficiando concubina em seu detrimento. Entretanto, desde que, no concubinato, a companheira contribua para a formação do patrimônio, seu reconhecimento não incide em proibições legais, pois não seria justo que a família legítima, em tais hipóteses, viesse a se beneficiar, isoladamente, do patrimônio constituído com bens e valores de propriedade da concubina, e nele por ela integrados.

Entretanto, discordando do primeiro fundamento, o exame dos autos nos leva a anuir ao segundo, pois a apelante, vivendo em concubinato com o falecido, em condições precárias, não logrou comprovar a versão de bens particulares seus para a formação do patrimônio comum. Trabalhou, é certo, e muito, na zona rural, ajudando o companheiro em tarefas rudes, alojados numa

kombi. Mas, o reconhecimento do trabalho, não tem, no preconceito conservador do direito positivo, ainda o alcance, nas relações domésticas, que a lei comercial empresta e confere à sociedade de capital e indústria, nela disciplinados.

A apelante, embora não contribuindo, com bens particulares seus para o patrimônio comum, refere-se, na inicial, ao seu trabalho, por longos anos, em companhia do falecido. Embora a partilha, postulada no pedido, se revele inviável, a comprovação, admitida na própria sentença, da prestação de serviços rudes, como a construção da casa, na qual colaborou, justificaria sua indenização pelo espólio. É neste particular, a decisão recorrida admite a deslealdade do companheiro ao reconhecer que a apelante não foi, na constância do concubinato, uma simples doméstica.

É certo que a inicial, deveria, por cautela e precaução, formular pedido alternativo, inserindo a indenização, se inadmitido relevo ao trabalho na consolidação patrimonial. A omissão, entretanto, pode, no nosso entender, ser suprida, admitindo-se procedência parcial ao recurso, impondo-se ao espólio a obrigação de indenizar a recorrente pelos serviços prestados, que não são os de doméstica, mas de alguém que sem remuneração, ajudou o falecido no campo, beneficiando propriedades, construindo casas, bens que passarão ao patrimônio dos herdeiros legítimos.

Diante do exposto, e tendo em vista as peculiaridades da ação proposta, opinamos no sentido de que seja, parcialmente provido o recurso para fins indenizatórios.

Brasília, 4 de novembro de 1983. — **Geraldo Nunes**, Subprocurador-Geral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 10.961

RELATOR: DES. EDUARDO RIBEIRO

APELANTE: SOMA ENGENHARIA S/A

PARECER Nº 368 S-6

SOMA ENGENHARIA S/A, não se conformando com sentença, prolatada pelo M.M. Juiz da 5ª Vara Cível, em habilitação de crédito na falência da Construtora Embramar, manifesta o recurso de apelação de fls.

Nas razões do recurso, alude o Apelante a que a Lei Falimentar só exclui os juros quando não os suportar a massa, que a sentença não decidiu sobre a correção monetária, relegando seu exame em conjunto aos demais créditos habilitados, e, ainda, que a multa contratual e juros não foram admitidas na decisão recorrida.

A correção monetária, que é simples atualização do valor da moeda, levou a que o Juiz, entendendo-a como de interesse de todos os credores, deixasse sua apreciação quando positivados os valores do ativo da massa.

A sentença parece-nos correta neste aspecto. A correção está condicionada à capacidade financeira da massa, e sua incidência, sobre todos os créditos, só poderá ser apreciada na liquidação do ativo. Entretanto, se entendida como omissão, a parte da sentença que aborda a correção monetária, deveria o apelante, manifestar embargos declaratórios, a fim de que o juiz decidisse sobre o pedido singular, o que não ocorreu.

No tocante aos juros, o artigo 26 condiciona sua incidência à capacidade do ativo para suportá-los, equivocando-se, **data venia**, o ilustrado prolator da sentença ao, genericamente, inadmitir sua incidência.

A exclusão das despesas, resultando da lei (art. 23, II), foi acertadamente decidida na sentença apelada.

Quanto à multa, pretendida pela apelante, somente se acolhida, em decisão anterior à quebra, seria a mesma devida, circunstância não verificada nos autos.

Os honorários advocatícios o artigo 208, § 2º, excluindo-os, justifica a sentença na parte que os repeliu, não obstante, como os juros, devessem ser impostos, se o ativo líquido comportasse seu pagamento.

Diante do exposto, ressaltando o cabimento do apelo quanto aos juros, se a massa suportar seu pagamento (art. 26), somos pelo conhecimento e desprovi-
mento aos recurso de apelação.

Brasília, 8 de novembro de 1983. — **Geraldo Nunes**, Subprocurador-Geral.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 142

RELATOR: DES. LUIZ CLÁUDIO ABREU

AUTOR: UNIÃO FEDERAL

RÊU: CLUBE SÍRIO-LIBANÊS E TERRACAP

PARECER Nº 1.594 S-4

Pretende a União Federal desconstituir acórdão proferido pelo E. Tribunal em ação ordinária em que foram partes a TERRACAP e o Clube Sírio-Libanês de Brasília.

O acórdão rescindendo deu ela improcedência de ação de revogação de doação de terreno e anulação da escritura do negócio, eis que ter-se-ia operado a decadência do direito da autora à pretendida revogação.

O STF, segundo a autora, não conheceu do recurso extraordinário intentado pela TERRACAP e o acórdão teria sido publicado in DJ aos 16 de setembro de 1983, pelo que a rescisória estaria proposta atentamente.

Convém notar que a publicação certificada a fls. 21 não permite identificar referir-se ao acórdão rescindendo; tampouco há comprovação de que o v. acórdão do STF limitou-se a não conhecer do apelo derradeiro.

Portadora do documento de fls. 29, permissão para tomar posse e cercar o terreno onde hoje é a sede social do Clube do Exército, argumenta a União Federal ter legítimo interesse para a propositura da ação rescisória, chamando à aplicação o artigo 487, II, do CPC. Clama a condição de litisconsorte necessária da TERRACAP na lide originária, preenchendo em consequência a condição de terceira juridicamente interessada.

EXAME DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

O ponto vulnerável da questão se rende à legitimação e ao interesse de agir, apenas.

O documento de fls. 29, mera declaração de preferência concedida pela TERRACAP à União, estabelece uma situação de expectativa por parte da União, o que se traduz em interesse de fato. A circunstância de haver ela precipitadamente construído monumental obra naquele terreno por que se disputava, caracteriza ainda uma situação geradora de interesse meramente econômi-

co, gerando seus efeitos jurídicos, mas não lhe dá o quinhão do interesse jurídico a permitir sua posição de litisconsorte necessária.

Ora, relativamente à lide originária, revogação de doação, inexistente direito seu em comunhão com as partes então envolvidas; não sendo ela donatária nem doadora, participe do ato jurídico que envolve a relação de direito material, a sentença proferida no processo em rescisão poderia ser prolatada, como o foi, sem sua participação. Não vejo como aplicar-se o artigo 46 do CPC, pois os itens II, III e IV referem-se ao litisconsórcio facultativo e o item I, supra comentado, não se lhe aplica pois sua pretensão não se funda na mesma relação jurídica existente entre os litigantes (TERRACAP e Clube Sírio-Libanês) de molde a configurar uma comunhão de interesses.

Quando muito poder-se-ia cogitar ser ela, União Federal, qualificada a ter ingressado nos autos na qualidade de assistente adesiva.

No entanto, não dispondo de título que justificasse sua posição de parte no processo originário; a sentença prolatada não lhe diz respeito juridicamente. Seus efeitos por certo a atingirão mas seus eventuais direitos permanecem intangíveis pois “res inter alios aliis nec prodest, nec nocet”.

Ora, mera assistente auxiliar, **ad argumentandum**, poderá ela em processo posterior discutir a hipótese já definida entre outras partes, haja vista não ter participado do pleito originário, para fazer valer seus direitos em face da decisão proferida. É certo ainda que a assistência **ad adjuvandum** é facultativa e não sustenta pedido de rescisão, dado seu caráter opcional; diga-se ainda que a Justiça Federal não tem reconhecido o foro especial à União quando sua presença no feito não é qualificada.

Assim, falta-lhe legitimação para propor a rescisória, vez que não lhe cabe a qualidade de terceira interessada juridicamente, entendendo-se como tal a parte que tenha característica litisconsorcial com um dos demandantes da ação originária.

Por outro lado, se é certo que detenha interesses a defender, não é menos certo que, tais direitos e interesses, mesmo que tenham caráter dominial, podem ser opostos a qualquer das partes do processo originário em processo posterior sem necessidade de recurso à via rescisória, havendo permissão expressa para tanto por não haver participado do pleito. (art. 55 do CPC).

Falta-lhe, em decorrência, legítimo interesse para propor ação em exame.

DO MÉRITO

A autora atacara a sentença e acórdão rescindendo por que teria ela violado o artigo 42, § 2º, 47 ou 46, I, tudo do CPC.

O artigo primeiramente mencionado, através de seu parágrafo segundo, permite que o adquirente ou cessionário intervenha no feito assistindo o alienante ou cedente.

O exame dos autos permite afirmar que a União nem é adquirente nem cessionária do terreno em litígio na demanda originária. A própria inicial, a fls. 12, admite que ainda não foi sequer feito o registro da reversão dos lotes à União em seu Serviço de Patrimônio.

Além de implicar também na falta de interesse para agir e na falta de legitimidade, a carência de título por parte da autora conduzirá também à improcedência do feito no mérito, pois resulta inviolado o dispositivo em exame.

Por outro lado, os artigos 47 ou 46 do CPC colocação adversativa que indica a incerteza do enquadramento por parte da própria autora também resultaram inviolados, conforme explanação feita em preliminar, uma vez que mera posseira não guardava qualquer comunhão relacionada com lide em que se discutia domínio, como já expressado, sua intervenção nunca seria qualificada.

A invocação ao artigo 485, inciso III também não a socorre; o dolo mencionado no inciso refere à parte vencida; ora, onde o dolo do Clube Sírio-Libanês na ação originária?

A alegação do dolo ou conluio por parte dos réus desta rescisória quando do feito originário também não lhe aproveita. Ora, a alegação teria algum sentido se existisse comunhão de interesses ou obrigações de forma tal que a possibilitasse ser parte no feito a despeito de eventual ausência de seu coligado e tal comunhão não fosse revelada ao juiz pelos litigantes: repete-se a questão: onde o título?

Diante do exposto, sou porque se declare a autora carecedora de ação e, quanto ao mérito, pela improcedência, eis que incorrentes as hipóteses por ela reclamadas na inicial.

Brasília, 19 de junho de 1984. — **Temístocles de Mendonça Castro**, Curador — Assessor do Subprocurador-Geral.

APROVO:

José Lourenço Mourão, Subprocurador-Geral.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 916

Relator: DES. EDUARDO RIBEIRO

Impetrante: CARTÓRIO DO PRIMEIRO OFÍCIO DO REG. DE IMÓVEIS DO DF

Informante: JUÍZO DE DIREITO DE REG. PÚBLICOS DO DF

PARECER Nº. 1.613 S-4

I — O Cartório do 1º Ofício do Registro de Imóveis do Distrito Federal, por seu titular, bacharel Geraldo Malvar impetra a esse Egrégio Tribunal de Justiça o presente Mandado de Segurança, com as razões expostas em sua inicial (fls. 02 a 04) secundadas pelas fls. 17/18, e 20 a 28, de intervenientes, litisconsortes. O Eminentíssimo Desembargador Relator admitiu o litisconsórcio requerido, **ut** despacho de fls. 29.

II — Houve concessão de liminar (despacho de fls. 15v.).

III — Às fls. 44/47 estão as informações prestadas pelo M. M. Juiz de Direito de Registros Públicos do Distrito Federal, sobre a Portaria nº 004/83, contra a qual se insurgem os impetrantes. Referida portaria fora por aquele juízo baixada em 14 de outubro de 1983 e é alusiva ao cumprimento de disposições constantes do art. 290 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) com a redação dada pela Lei nº 6.941, de 14 de setembro de 1981, que concedeu 50% (cinquenta por cento) de redução nas custas ou emolumentos devidos pelos atos cartorários, quando se trate da primeira compra de imóvel residencial financiado por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação. Pelo óbvio a expedição da portaria resultara de reclamações como as que se vêem mencionadas na instrução do processo, chegadas ao conhecimento daquele Juízo através da petição de fls. 69/72, via de representação, que tem a data do despacho de seu recebimento pelo Juízo da Vara de Registros Públicos; igualmente da anterior petição de fls. 54, dirigida ao eminentíssimo Desembargador Waldir Meuren, então Corregedor da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Do constante dos autos, no seguimento dessas reclamações, não se sabe ao certo se foram atendidas concretamente as providências determinadas pelo Corregedor; houve defesa, apresentada pelo serventuário titular do 1º Ofício do Registro de Imóveis com a apresentação de documentos, conforme se vê a partir de fls. 57. Adiante está certificado o cumprimento das determinações do então Desembar-

gador Corregedor até final, seguindo-se despacho de arquivamento (fls. 68). A questão teria sido pois reaberta pela já referida representação de fls. 69/72, motivando a Portaria nº 004/83, de 14/10/83, atacada pelo Mandado de Segurança **Sub specie juris**.

— MÉRITO —

IV — Em tese, ao que se infere do texto da Portaria, a única exorbitância que poderia ser dada como de caráter arbitrário seria a do seu item 1, assim redigido:

“Determinar aos senhores titulares dos cartórios a imediata devolução dos emolumentos recebidos a mais, a ser feita mediante simples requerimento do interessado ou procurador bastante ao titular da serventia, prescrevendo em um ano, a contar da data do pagamento, o direito à devolução.”

No mais, os termos da referida Portaria são de expressa e necessária advertência, no sentido de que os serventuários da Justiça esclareçam inclusive através de avisos, afixados nos Cartórios, a todos os interessados na aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro de Habitação, a respeito de benefício legal que contempla a quem não seja proprietário de outro imóvel para sua residência. Porém, a Portaria vai mais adiante: exige o cumprimento daquele objetivo social da Lei, partindo dos Cartórios; ainda assim estaria correto... Todavia, não é da atribuição dos serventuários dos cartórios o ônus que compete à parte interessada: o de comprovar ser a primeira aquisição, segundo o exigido para obter o benefício legal. Essa comprovação, a depender de certidões negativas da propriedade anterior de imóvel residencial próprio, claramente cabe seja providenciada pelos adquirentes. Justifica-se que haja esclarecimento, contudo, principalmente nos casos de ignorância, muito peculiar a pessoas do povo, geralmente as de condições mais modestas, totalmente desconhecedoras da benesse legal.

O curial, no entanto, é que já tenham sido instruídos pelas próprias entidades responsáveis pela execução do programa nacional da habitação, junto às quais, necessariamente e, em primeiro lugar, terão de requerer e obter o deferimento de seus contratos. As escrituras, os atos cartorários são consecutórios da obtenção dos chamados pré-contratos, vindo a reboque destes. Por sinal, tais contratos, previstos na Lei 4.380 e na subsequente Lei nº 5.049, de 29/6/66, dispensam escrituras públicas de promessa de compra e venda, excepcionando a expressa exigência do Art. 134, II do Código Civil, visando exatamente a redução de despesas burocráticas e emolumentos outros, que possam onerar o adquirente de imóvel residencial.

V — Assim, pelo que se verifica no caso em exame, a devolução de custas mediante simples requerimento do interessado se não feita logo de após o paga-

mento ou em prazo exequível, antes de consumados pelos cartórios os recolhimentos ao Imposto de Renda, à Previdência Social ou de efetuados os pagamentos aos serventuários desses cartórios, se tornaria tarda e impraticável, posto que demandaria o chamamento de quantos deixaram de fruir o desconto, não raro por sua própria omissão ou por ignorarem a lei que os beneficia. A isso se acresce que teriam eles de ter comprovado junto ao cartório a sua condição, justificadora do benefício, confirmando portanto que houvera má fê ou desinformação propositada do cartório atendente. Sem esses requisitos premunitórios — que não utilizaram por ocasião da lavratura de escrituras e do seu respectivo pagamento — torna-se evidentemente difícil, a posterior cobrança de restituição do **quantum** excedente... Então, caso por caso ou todos juntos, teriam os interessados de ajuizar o pleito via de ação própria mediante cobrança, fundada no Art. 964 do Cód. Civil ou segundo o estabelecido no Art. 12. do Decreto-lei nº 115, de 25/1/1967; para isso, evidentemente que teriam de instruir o respectivo pedido, cabendo-lhes a comprovação de terem sido induzidos em erro pelos serventuários, para locupletação indevida destes.

VI — A situação vista nos autos não reflete todavia essa contingência, a não ser por hipótese ou conjectura.

VII — Isto posto, em face dos argumentos apresentados pelos impetrantes, entende esta Procuradoria ter sido prudente a concessão da liminar suspensiva da devolução pleiteada. Com evidência, a exequibilidade do item 1 da mencionada Portaria nº 004/83, até por carência de meios disponíveis ao reencontro das partes interessadas, nos parece impraticável, razão pela qual os seus efeitos retroativos resultariam, possivelmente, inócuos.

VIII — Assim o parecer desta Procuradoria é pela concessão parcial do **mandamus**, no que concerne à impraticabilidade da devolução pretendida.

Brasília, 29 de junho de 1984. — **José Lourenço Mourão**, Subprocurador-Geral.

PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS REBAIXAMENTO FUNCIONAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 12.696

Relator: DESEMBARGADOR VALTÊNIO CARDOSO

Apelantes: ADERBAL SILVA E OUTROS e DISTRITO FEDERAL

Apelados: OS MESMOS

PARECER Nº 1.062 S-5

EMENTA. Delegados de Polícia (PC-201. Níveis diversos, alguns aposentados) do Quadro de Pessoal do DF, ao advento da Lei nº 5.920/73 integrantes do Quadro Especial, sob nomenclatura, "Delegado de Polícia" (Código PM-801, nível especial); "Comissário de Polícia" (Código PM-801, nível 22-B) e "Comissário de Polícia" (Código PM-801, nível 21-A), singular posição, à luz do Plano de Classificação de Cargos do Serviço Civil do Poder Executivo (Lei nº 3.780/60, aplicável ao Distrito Federal: art. 30, Lei nº 3.731/60). Ação Ordinária:

1º) os Autores dizem,

— face ao Decreto nº 2.568/74, passaram a integrar o PC-201, com a denominação única, "Delegado de Polícia", provisoriamente enquadrados;

— ante o advento do Decreto-lei nº 1.462/76, regulamentado pelo Decreto nº 4.365, de 1º-11-78, c/c a Portaria nº 25, de 28-11-78, (DO de 29), foram definitivamente enquadrados, com errônea interpretação da lei, ofensiva aos respectivos direitos, sofrendo decesso funcional (criada a classe Especial, a classe C passou a intermediária): A) Delegados, Nível Especial — Lei nº 5.711/71 (Autores sob nºs 1 a 18), no topo da carreira, à vigência da Lei nº 5.711/71; B) Comissários Níveis 22-B e 21-A — Lei nº 5.711/71, (Autores sob nºs 19 a 38);

2º) os Autores pedem a condenação do réu a incluir, a partir da vigência da Portaria 25/78, de 28-11-78,

— os Suplicantes de nºs 1 a 18, no topo da carreira, correspondente à Classe Especial, NS-57, atual NS-25; e

— os Suplicantes dens. 19 a 38, na Classe B, NS-54 atual NS-22. Demanda improcedente, rejeitadas as arguições de prescrição e carência de ação:

a) o direito não prescreve, tão só as prestações, vantagens econômicas decorrentes da relação de emprego público; b) as condições da ação estão presentes; c) a pretensão envolve mérito administrativo, fora do alcance do Judiciário; nem houve mudanças substanciais mas pequenas alterações fundadas em critérios legais estabelecidos para funcionário galgar determinada classe. APELAÇÃO:

— Principal. Os autores insistem, sofreram decesso ilegal.

— Adesiva. O Réu reedita arguições de prescrição e carência de ação.

1. Preliminar. Conhecimento, apenas, do apelo principal, cabível, pois incabível, em princípio, o adesivo, tempestivos, embora, ambos;

2. Mérito: A) Provimento, em parte, da Apelação principal; I) têm razão os Autores de nºs 1 a 18, que, à vigência do DL malsinado, estivessem no topo da carreira, assegurando-se-lhes o respeito à hierarquia e à equação econômica, entre os respectivos ônus e vantagens funcionais; II) carecem de ação, quer alguns dos Autores do primeiro grupo, nºs 1 a 18, que não demonstraram ocupar, então, o topo da carreira; quer os autores do segundo grupo, nºs 19 a 38, os quais não evidenciaram, a contento, o direito de inclusão na Classe "C";

B) Improvimento da Apelação adesiva, acaso conhecida. É que o direito não prescreve; sim, apenas as prestações.

1. ADERBAL SILVA e OUTROS e DISTRITO FEDERAL, autos de Ação Ordinária, (4ª V.F.P., Proc. nº 3.070/83), mediante APELAÇÃO (principal e adesiva), respectivamente interpostas em 23-7-84 (fls. 282/289) e 8-8-84 (fls. 302/307), insurgem-se contra sentença in DJU de 6-7-84, sexta-feira (fls. 276 e 281 deste processado), que julgou improcedente a demanda, condenados os Autores nas custas e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa, rejeitando as preliminares de prescrição e carência de ação (EMENTA, supra).

2. AS CONTRA-RAZÕES, ultimada em 27-7-84 a competente intimação (fl. 290), estão às fls. 291/300 e roboram o decisório recorrido, com exceção da matéria pertinente às arguições de prescrição e carência de ação, "leit-motiv" do recurso adesivo.

3. "SUB EXAMEN" a espécie em segundo grau, nesta sede, ressalta o 5º Subprocurador-Geral, preliminarmente, merecerá conhecimento apenas, o apelo principal, cabível, embora tempestivos ambos os recursos, interpostos respectivamente na quinzena e decêndio legais, incabível, em princípio, o adesivo (Itens 1 e 2, acima; Código BUZAID, arts. 506, 508, 513; arts. 500 e inciso I, c/c art. 515 e §§).

4. A propósito, refere, V. gr., BARBOSA MOREIRA ("Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, 1981, 4ª ed., p. 350), o interesse de recorrer

“adesivamente” avalia-se à luz da função processual do “recurso adesivo”, e enfatiza, .

— “...que é a de levar à cognição do Órgão “ad quem” matéria ainda não abrangida pelo efeito devolutivo do recurso principal, e que portanto ficaria preclusa em não ocorrendo a “adesão”.

5. Ora, a demanda foi julgada improcedente, rejeitado “in totum”, o pedido inaugural.

6. É certo, rejeitadas, também foram as arguições de prescrição e carência de ação, formuladas pelo réu, aquela pertinente ao mérito.

7. Todavia, de par com as disposições do art. 515, e §§ “in casu”, o réu, nas contra-razões à apelação dos Autores, reeditou a preliminar de prescrição da ação, à semelhança de espécie decidida pela 2ª Turma do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, reconhecida a consumação do prazo decadencial e extinto o feito, apelante a Autora, apelados os Réus, os quais, na resposta, reiteraram a preliminar. Então, proclamou o Supremo Tribunal Federal,

“Decadência. Argüida pelo réu, e repelida em primeiro grau, pode ser reconhecida em segunda instância, no julgamento de apelação interposta pelo autor vencido. (RE nº 88:216-DF, 2ª T. Rel., Min. Xavier de Albuquerque, RTJ, 85/718.)

8. “A FORTIORI”, quanto à alegada carência de ação, afigura-se, isso sim, de todo incompatível com a pretensão recursal adesiva, pois face à proclamação de improcedência da demanda, patente o desinteresse do Réu, em obter do Tribunal declare os Autores carecedores de ação, desate, última análise, em tese, mais favorável ao sujeito ativo da relação processual...

9. Aliás, “per se” vazio de utilidade o recurso adesivo interposto, porque, a propósito, seria suficiente o referido art. 515 e, já se tem decidido, o tribunal pode dar pela carência da ação, se esta foi havida por improcedente (RT, 476/93).

10. É óbvio, esta última solução e o apelo adesivo “hurlent de se trouver ensemble”!...

11. No mérito, com a devida vênia, a Eg. Corte “ad quem” haverá por bem,

I) Prover, em parte, a apelação principal, que ostenta fomento jurídico ilegal, com as ressalvas assinaladas na emenda nº 2, incisos I e II, supra, assegurando-se os direitos dos Autores sob nºs 1 a 18, em regra; proclamando-se a carência de ação, quanto aos demais.

É que a relação estatutária permite à Administração alterar, a todo tempo, as condições de serviço e pagamento, desde que o faça legalmente, sem discriminações pessoais. No caso, foi postergada a Lei nº 5.920/73, — Plano de Classificação de Cargos, que consubstancia os princípios reitores da Reforma Admi-

nistrativa, em detrimento inegável dos autores que sofreram decesso ilegal, incompatível com aquelas diretrizes de profissionalização, valorização e dignificação do servidor público;

II) Improver a Apelação adesiva, acaso conhecida, porque, já decidiu o Eg. Plenário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, (Embs. Infrins., APCV nº 6.468, Rel., Des. Mário Dante Guerrero, **DJU** de 25-3-81, p. 2412), “o direito não prescreve; sim, apenas as prestações correspondentes”.

Aliás, o decesso, contra o qual clamam, ocorreu em 7 de dezembro de 1979 (fl. 12) e a ação foi ajuizada em 1983!

Enfim, não há de prosperar a pretendida carência de ação, por suposta falta de possibilidade jurídica, matéria intimamente relacionada com o próprio pedido, em seu mérito.

10. “Data venia” em substância, este Órgão reporta-se aos fundamentos da lúcida sentença exarada, em caso análogo, pelo douto Juiz, Dr. Mauro Renan Bittencourt, então titular da 4ª V.F.P. (Doc. I, j., em grau de Apelação nº 12.549, 1ª T, Rel. Des. Eduardo Ribeiro) — Proc. nº 2.990/83, em que S. Exª, inclusive, decidiu.

a) a favor do Réu, a impugnação dos Autores, quanto à representação judicial do sujeito passivo, assim: “...a representação do Distrito Federal no processo, em termos do instrumento de mandato, juntado às fls. 365, apresenta-se regular, uma vez que a conveniência e oportunidade de qualquer atividade de gestão, define-se ao âmbito administrativo e somente nessa sede deve ser analisada”;

b) contra o Réu, a demanda, porque: “os autores encontravam-se no topo da carreira, isto é, Procuradores de 1ª Categoria. Em decorrência da Lei nº 5.920/73, o Decreto nº 2.559/74 incluiu os Suplicantes na Carreira Funcional de Procuradores do Distrito Federal, na Classe “C”, última da carreira, mantida, assim, a situação pretérita. Porém, apesar de serem mantidos no topo da carreira pelo Decreto nº 2.559/74, novamente foram submetidos a avaliações, objetivando promoções a nova classe criada pelo Decreto-lei nº 1.452/76, Classe Especial. A classe, que então ocupavam os autores, passou a ser classe intermediária, ocorrendo, assim, o decesso funcional”.

13. Pois bem, na hipótese decidida pelo eminente Juiz, Dr. Mauro Renan (Doc. J.), os atos impugnados, em verdade, padecem de vícios insanáveis e o abuso de poder profligado pelos Autores, decorreu da interpretação, extraída pela Administração do art. 7º e respectivo parágrafo único, Decreto-lei nº 1.452/76, dado o limite máximo de 10% do número de servidores que poderão atingir a classe especial, enfatizando aquele magistrado, textualmente,

— “Registre-se que a ascensão ocorreu por ocasião da transposição referida no Decreto nº 2.559/74, passando os autores a ocupar a Classe “C” e correspondente a Procuradores de 1ª Categoria, sendo a

progressão inaplicável a servidores situados no topo da carreira; por outro lado, o princípio básico do Plano de Classificação, inclusão nas classes, determina que esta deverá ser sempre de cima para baixo, o que não foi observado pela Administração...”

.....
— “No entanto, o óbice é afastado pela figura do “excedente”, conforme demonstrado pelos Autores (art. 48, do Dec. nº 80.602/77).

14. “In casu”, argumentam os Apelantes, também sucedeu a mesma ofensa à sistemática e filosofia do Plano de Classificação de Cargos (Lei nº 5.920/73), a saber,

— 1º) Delegados, Nível Especial (Lei nº 5.711/71), os Autores de nºs 1 a 18 encontravam-se em o topo da carreira, e, em razão desse fato inelutável, o Decreto nº 2.568/74 incluiu-os na Classe “C” (referências diversas), Cód. PC 201, nível 8, “o mais alto nível de hierarquia funcional da administração policial” (Decreto nº 2.425/73).

Não obstante, protestam, com razão, “...voltaram a ser submetidos a avaliações objetivando promoções à nova classe criada pela Lei nº 1462/76, a Classe Especial. A Classe “C”, que então ocupavam, passou a ser classe intermediária, e daí o decesso funcional a que foram submetidos efetivamente em 7 de dezembro de 1979...”

Vê-se, a Administração desrespeitou as regras de inclusão nas classes, de CIMA para BAIXO, procedendo, isso sim, de BAIXO para CIMA.

Ademais, é sintomático, à “novel” Classe Especial não foram atribuídas outras tarefas típicas;

— 2º) Comissários, Níveis 22-B e 21-A (Lei nº 5.711/71), os Autores de nºs 19 a 38. “Em verdade, criada a Classe Especial, passando a Classe “C” a ser classe intermediária, os suplicantes deveriam automaticamente ser incluídos no último nível da referida Classe “C” (Nível 54 - Atual 22) e jamais na Classe “B” como o foram os Suplicantes de nºs 19, 28, 33 e 34, sofrendo, assim, todos eles, verdadeiro decesso funcional”

15. Quanto a este último grupo, entretanto, parece, assistirá razão ao Apelado, ao estigmatizar a pretensão dos Apelantes, no particular, textualmente (fl. 180),

— “...Aqui não vigora o argumento do topo da carreira, porque alguns dos autores estavam em níveis inferiores na situação que precedeu o enquadramento.

De onde proviria, então, o “direito” à Classe “C”, em lugar da classe “B”...

16. Patente a carência de ação dos Autores sob nºs 19 a 38, à míngua de evidenciação a contento, e, aliás, a mesma objurgatória parecem merecer alguns dos Autores sob nºs 1 a 18, que não tenham comprovado real posicionamento em topo de carreira (V. gr., nºs 5, 9, 11).

17. É certo o Recorrido, por ilustrado Advogado, desenvolve argumentação robusta e erudita, que impressiona à primeira vista e culmina trazendo à baila, inclusive, precedente do Pretório Excelso, a toda evidência conspícuo (RE nº 90.996-CE, Tribunal Pleno, RTJ 93/431 a 434), cuja íntegra este Órgão anexou a este Parecer (Doc. II, j.).

18. Vê-se, contra o entendimento esposado pelo douto Procurador-Geral da República, S. Ex^o o Relator, e Min. Cordeiro Guerra, à baila Lei Municipal nº 4.719, de 21 de junho de 1976 (a qual, ao acrescentar à carreira de Agente Fiscal de Tributos Municipais uma outra Classe, determinou que, para esta última classe, QEF-5, a promoção obedecesse ao critério de livre escolha do Chefe do Executivo de Município do Ceará), entendeu não assistir razão ao recorrente. Porque,

—“... na espécie, o legislador municipal, no gozo de sua autonomia constitucional, ao acrescentar uma classe à carreira, optou pela promoção a essa classe, exclusivamente, pelo critério de livre escolha, ou seja, o do merecimento.”

19. Então, o augusto Plenário acompanhou o douto Relator que, a) ressaltou o caso especial da Magistratura de carreira, à qual a Constituição Federal assegura o critério alternativo de promoções (e o Tribunal pode afastar o mais antigo pelo voto da maioria absoluta de seus pares); b) não viu violação dos princípios da isonomia e paridade, pois de vencimentos não se trataria nem se apontou o texto constitucional que impeça o Chefe do Executivo de escolher livremente, por merecimento, os que devam ser promovidos ao último grau da carreira.

20. Não é bem o tema em discussão nestes autos; enquadramento e progressão funcional!

21. Ademais, força é convir, Hoje, tão-só “modus in rebus”, não em termos absolutos, há de aceitar-se a teoria institucionalista, estatutária, Pois, entre esta e a teoria contratualista, os debates e as dificuldades (ainda entre os adeptos daquela vinculada ao estatuto, na fixação de direitos subjetivos, adquiridos, dos funcionários públicos!) evidenciam que é necessário aprofundar-se a análise da matéria, bem o explicita Sergio de Andréa Ferreira (“Direito Administrativo Didático”, Forense, 1981, p. 146, 147 e segs., a ler)

—“A situação do funcionário público, individualizada pela investidura, tida como regulamentar, apresenta forte carga de subjetividade e de imutabilidade, decorrente da própria natureza, das coisas e de princípios e normas constitucionais.

Em verdade, a imutabilidade do conteúdo de uma situação jurídica, diante da lei nova, não se esgota com a característica da subjetividade, nos termos da concepção em referência, mas pode decorrer de outros fatores, como a existência de norma ou princípio superior que assegure a intangibilidade daquele conteúdo.

A título exemplificativo, podemos referir aspectos não regulamentares do vínculo funcionário-Estado.”

22. E Sergio Andréa prossegue (op. cit. acima), como que evocando, em prol dos funcionários públicos, as garantias inalienáveis asseguradas, sem caráter de apanágio (vê-se!), aos servidores celetistas pela CLT, art. 486, que não permite alteração das condições decorrentes da relação de emprego, mesmo aquiescendo o empregado, de que resultem, direta ou indiretamente, prejuízos para estes. É que o mesmo enfatiza, *in verbis*:

“Esses aspectos não-regulamentares têm facetas básicas quanto ao ângulo profissional do vínculo funcionário-Estado, notadamente no tocante à remuneração.

Tal como o co-contratante e o concessionário de serviço público, o funcionário público brasileiro tem direito a um equilíbrio econômico-financeiro, que traduz a equação entre os ônus e as vantagens funcionais.

Em conseqüência, por exemplo: a) o funcionário estável não pode ter seus vencimentos livremente reduzidos, ainda que por lei geral.”

23. À colação, v.g., o art. 486 (“Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, Ed. Rev. Tribs. Ltda., 7ª ed. atualizada, 1984), VALENTIN CARRION esclarece, em regra, as vantagens, presumem-se, definitivas e a modificação pode ser funcional, salarial, de jornada ou de lugar.

24. De acordo com o Autor em comento, a alteração funcional pode ostentar três sentidos: a) ascendente (promoção); b) descendente (rebaixamento ou retorno); c) horizontal (mudança de cargo dentro do mesmo nível hierárquico), prelecionando o douto Juiz do Trabalho e Professor universitário:

— “O rebaixamento não é permitido, seja hierárquico, seja funcional (...), mesmo que não traduza diminuição de salário.”

25. “Ergo”!...

26. Em suma, os Apelantes, ocupantes do cargo de Delegado, topo de carreira, não podem, senão com afronta à lei e ao direito, ser desclassificados, rebaixados na hierarquia funcional, como exercentes de cargos de Delegados em classe intermediária.

27. Com efeito, a tanto equivalerá competi-los à reavaliação (“sic”), para ocupar o cargo de “Delegado, Classe Especial”, sem outras tarefas típicas, se-

não as mesmas exercidas pelos Autores ocupantes, já na carreira, do respectivo ápice, quando, ao revés, por definição e “ex vi legis”,

— “O núcleo do conceito de “funcionário público” é o de “cargo público”, definido pelo art. 3º, I, do Decreto 70.320/72, como sendo a “soma geral de atribuições a serem exercidas por um funcionário” (SERGIO ANDRÉA, op. cit. p. 151).

28. É Apodítico, dentro em o contexto “sub examen”, em tema de classificação de cargos, notadamente à baila a matéria de progressão funcional, presente espécie pertinente a servidores do Governo do Distrito Federal, esfera sobremodo afim com a do Governo da União, nada mais jurídico, legal, justo e harmonioso, do que invocar o modelo federal, visando à auto-integração da norma, isto é, o Decreto nº 80.602/77, art. 48 (fls. 225/227v), exegesse abonada pela “analogia legis”, porque, apud MARIA HELENA DINIZ (“As Lacunas no Direito”, Ed. Rev. Tribs. Ltada., SP, 1981, p. 141).

— “Merced a la analogía, el ámbito de aplicación de la ley se extiende más allá del repertorio de caso, originariamente, previsto, com tal de que se trata de supuesto similar o afín a aquéllo, y siempre que la *ratio legis* valga igualmente para un y para otro (100)” (DEL VECHIO)

— “A “analogia legis” apóia-se num dispositivo legal existente, que é aplicável à hipótese similar, constituindo-se, portanto, num argumento lógico, numa autêntica reconstrução normativa, produto, por um lado, de uma segurança e estabilidade jurídica e, de outro lado, da flexibilidade do direito. Procura encontrar um fundamento valorativo na norma que permita que nela se englobe a situação não regulada que, por sua vez, apresenta certa semelhança com o fato contido nessa norma (101)”. (Autora e obra, citadas acima.)

29. Enfim, é a “lógica de lo razonable”, de RECASÈNS SICHES, harmonizada com “analogia legis”, bem como à baila jurisprudência do TFR, invocada pelos Recorrentes (v.g., AC nº 62331 — RJ, Rel. Min. WASHINGTON BOLIVAR DE BRITO, DJU 19.11.81, p. 11659; AC 58583 — RJ, Rel. Min. WILLIAM PATTERSON, DJU 17.10.79, p. 7748; AC 77356 — RJ, Rel. Min. JESUS COSTA LIMA, DJU 28.04.83, p. 5424, Does. III, IV, V), tudo a oferecer respaldo ao provimento parcial do presente apelo.

30. É o Parecer, reportando-se este Órgão à sentença exarada pelo ilustrado Juiz MAURO RENAN (Doc.I, j.).

Brasília — DF, 5 de novembro de 1984. — **Jorge Ferreira Leitão**, 5º-Subprocurador-Geral

DESAPROPRIAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 12.522

Relator: DESEMBARGADOR HELLÁDIO MONTEIRO

Apelante: COMPANHIA DE AGUA E ESGOTOS DE BRASÍLIA — CAESB

Apelados: TADAO WATANABE E S/MULHER

PARECER Nº 009 S-2

EMENTA — Ação expropriatória, fundamentada no Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-41. Decreto nº 3.008, de 17-9-75, do Governador do Distrito Federal, declaratório de utilidade e necessidade pública e de interesse social. Artigo 161, § 2º, da Constituição Federal. Competência exclusiva da União Federal para a declaração e promoção de desapropriação por interesse social. Caso de desapropriação, apenas, por utilidade pública, visando-se desapropriação de área necessária ao abastecimento d'água à população do Distrito Federal (Decreto-lei nº 3.365/41, arts. 5º, alíneas e e f, e 6º). Indenização fixada. Correção monetária. Juros. Honorários advocatícios e de perito. Custas.

Trata-se de apelação, manifestada pela expropriante, Companhia de Água e Esgotos de Brasília — CAESB, de partes da respeitável sentença de primeiro grau, que julgou procedente a ação proposta, majorado, no entretanto, o valor do preço ofertado. Insurge-se a recorrente contra o acréscimo do valor do preço oferecido; contra a aplicação da correção monetária, a partir da data da avaliação; para que os juros sejam calculados conforme o disposto no artigo 26, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41; postulando, ainda, menor percentual à verba honorária advocatícia, de 10 para 6%, incidindo só sobre a diferença entre o valor ofertado e a condenação; pedindo, mais, que as custas não sejam impostas na sua totalidade à autora, mas, sim, calculadas em proporção; bem assim, que cada parte pague os honorários periciais do Assistente Técnico que houver indicado.

— Curial que, no final de suas razões de apelação, e de igual, na própria petição de interposição do recurso, a expropriante propugna pela reforma *in totum* da decisão de primeiro grau, como se não lograsse, ela, autora, obter a procedência do pedido expropriatório. Da procedência, pois, do pedido, é desfeito ao autor recorrer, eis que, e como bem observou Pedro Batista Martins,

in Recursos e Processos, pág. 170, “importaria o absurdo de atribuir ao recorrente a intenção de apelar da sentença na parte em que ela lhe é favorável”, carecedor, portanto, de interesse legítimo para recorrer do que lhe favoreceu. Tenha-se, pois, como recorridas, as partes da sentença acima especificadas e expressas nas razões do recurso.

2 — O Decreto nº 3.008, de 17-9-75, baixado pelo Senhor Governador do Distrito Federal e publicado no “Distrito Federal”, de 23-9-75, pág. 3, declaratório, à área constante do Memorial Descritivo, Anexo I, de utilidade e necessidade pública e de interesse social, para fins de desapropriação, deverá ser entendido só quanto à primeira espécie declaratória: utilidade e necessidade pública, já que a declaração do “interesse social”, para desapropriações, compete exclusivamente à União Federal, conforme assim entendidos o artigo 161, § 2º, da atual Constituição Federal, de 1969, Emenda nº 1, e a Lei nº 4.132, de 10-9-62, que dispôs sobre a desapropriação por interesse social e Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-41, que fundamentou a desapropriação por utilidade pública de que cogita a espécie, até de pressupostos e andamentos diversos.

Trata-se, portanto, na espécie, de desapropriação fundamentada no Decreto-lei nº 3.365/41, referido, por utilidade pública.

3 — Atente-se que, na contestação, a digna Curadoria de Ausentes, que funcionou no feito ante a inércia da parte, citada por edital e revel, levantou-se a decadência do poder postulatório da autora, face a caducidade do Decreto Expropriatório nº 3.008, de 17-9-75, publicado a 23 do mesmo mês e ano, porquanto a citação só se realizou efetivamente na data da primeira publicação do edital, já em 1982, fora, assim, do quinquênio assinado no artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública. No “relatório”, o digno juiz *a quo*, referiu-se à preliminar de decadência, argüida; dela não cuidou, porém, nem na “fundamentação”, nem no “dispositivo”, deixando, pois, de pronunciar ou de rejeitar a preliminar, como devera.

No entretanto, silente na sentença, e sem recurso da parte ré, transitou em julgado a particularidade aventada, pesar de sua pertinência e procedência.

4 — Adentrando no mérito, temos que o valor da indenização, fixado, atendeu satisfatoriamente à justa e atual indenização, calcada a decisão na prova pericial colhida, os dois laudos técnicos apresentados, o do Perito do Juízo e o do Assistente Técnico indicado pela autora, inclusive sabendo-se que lotes em situações análogas têm obtido, em leilões efetuados pela TERRACAP, preço variando entre Cr\$ 5.500,00 a Cr\$ 10.000,00, por metro quadrado, donde se vê que o preço fixado mostra-se até mais modesto, sendo de notar, também, que terrenos no loteamento em causa, estavam sendo comercializados, à época do laudo, à razão de Cr\$ 3.505,00 o metro quadrado, com o que, igualmente, obter-se-ia valor equivalente ao do lote desapropriando, ou até maior que o

fixado na decisão recorrida (laudos de fls.). Nesta parte, portanto, merece mantida a douta sentença apelada.

5. No que tange ao marco inicial, *dies a quo*, de incidência de correção monetária e juros, partes também recorridas, para aplicados na conformidade do artigo 26, § 2º do Decreto-lei nº 3.365/41, decorrido prazo superior a um ano, a partir da avaliação, como pretende a apelante, a decisão recorrida decidiu:

“... julgo procedente a ação, menos no que tange ao preço ofertado, fixando em Cr\$ 785.000,00 o valor da indenização, sobre o qual incidirão correção monetária, a partir da avaliação, e juros de mora, a contar do trânsito em julgado desta sentença...” (nossos os grifos.)

6. A jurisprudência predominante no Excelso Supremo Tribunal Federal, assentou-se em que o marco inicial, o *dies a quo*, para a aplicação da correção monetária, é a data de juntada do laudo do perito oficial, o *expert* do Juízo, nos termos do artigo 26, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação que lhe deu a Lei nº 4.686/65.

Assim, no Recurso Extraordinário nº 86.607 — RJ, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro BILAC PINTO, publicado na “RTJ-82/593”:

“Correção monetária. Incidência a partir de um ano da avaliação. Cumprimento do Decreto-lei nº 3.365/41, art. 26...”

No voto, esclarece-se que a fixação do *dies a quo* para a correção monetária é a da data da juntada do laudo do perito do Juízo.

Também, no Recurso Extraordinário nº 86.022 — SP., em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, e referido, pela apelante, com engano de numeração, publicado na “RTJ — 81/949”, decidiu-se, *verbis*:

“Desapropriação. Art. 26, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41, na redação dada pela Lei nº 4.686/65.

O prazo a que alude o citado dispositivo legal se conta da avaliação constante do laudo do perito desempatador, e não da data em que foi apresentada a manifestação do assistente técnico de uma das partes, na qual se baseou a sentença para fixar o justo valor da indenização.” (No voto ficou devidamente esclarecido que o perito oficial, que a ementa transcrita chamou de perito desempatador, é o perito do Juízo).

7. Ora, se na respeitável sentença de primeiro grau, recorrida, fixou-se que a correção monetária incidiria a partir da avaliação, *data venia*, não nos parece haja descompasso com o estatuído no referido artigo 26, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41, bastando que, na execução atente-se para o dispositivo, fazendo-se incidir a correção a partir de um ano a contar da data da juntada do laudo do perito do Juízo, como expressamente tem entendido o Pretório Excel-

so; não merecendo reparo, também nesse particular, a respeitável decisão recorrida.

8. Quanto aos juros de mora, os juros legais que a decisão impugnada concedeu, a contar do trânsito em julgado da sentença, igualmente não merece reforma a decisão.

Estão eles implícitos no principal, na condenação, embora omissos o pedido, conforme assim preceituado no artigo 293 do Código de Processo Civil e consubstanciado, o princípio, na SÚMULA nº 254 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação”, eis que acessórios do capital.

O que se desaconselha, é a acumulação dos juros compensatórios e moratórios, por incompatíveis. No entretanto, em tema desapropriatório, tem entendido o Pretório Excelso, serem devidos juros compensatórios, a partir da antecipada imissão de posse, o que não é o caso, tanto que não foi feito depósito prévio, nem no foi até o presente, pesar de já fixado o valor da indenização em primeira instância, preferindo, no entretanto, a expropriante apelar, como o fez e recebido o recurso no duplo efeito (artigo 28, do Decreto-lei nº 3.365/41, considerando-se, inclusive, a remessa *ex officio*, ante o § 1º do mesmo artigo).

Os juros, portanto, serão contados a partir do trânsito em julgado da decisão.

A rigor, indo-se às causas primeiras, os juros de mora, em ação expropriatória, sem a ocorrência de imissão antecipada na posse, mas só depois de pago o justo e prévio preço, não seriam cabíveis, tanto que o imóvel até o pagamento e subsequente demissão de posse continuaria em poder do expropriado. Todavia, parece-nos justificada a incidência dos juros, conforme expressos na sentença pela circunstância fática de que, com a declaração da utilidade pública e ajuizamento da competente ação expropriatória, o proprietário do bem, apesar de permanecer na fruição da coisa, passa a sofrer *deficit* na disponibilidade e utilização plena do bem, uma espécie de *capitis diminutio*, principalmente quanto às perspectivas de uso e gozo porvindouros.

9. Honorários advocatícios:

“Devem ser calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada.” (Recurso Extraordinário nº 86.903 — SP., Relator o Eminentíssimo Ministro DJACI FALCÃO *in* RTJ — 87/605; Recurso Extraordinário nº 86.607 — RJ., Relator o Eminentíssimo Ministro BILAC PINTO, *in* RTJ — 82/593).

Neste ponto, merece reforma a respeitável sentença apelada, concessiva de “honorários advocatícios de 10% sobre o valor da indenização”, sem ressalvar, como devia, o valor, menor, anteriormente ofertado pela expropriante, nos precisos e claros termos do § 1º do artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/41, regulador da espécie.

Também, a fixação em 10% (dez por cento) de verba honorária, ante a pequena monta do trabalho e tempo despendidos pelo advogado; considerando-se, igualmente, que a defesa foi patrocinada pela digna Curadoria de Ausentes, Órgão do Ministério Público, que já percebe para isso, e a parte ré nada desembolsou; considerando-se, também, haver sido vencida mesmo em parte, Autarquia prestadora de serviços essenciais e fundamentais ao público, nos termos do artigo 27, § 1º, do referido Decreto-lei nº 3.365/41, combinado ao artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, merece ser revista, para reduzi-la a menor percentual, e. g., de 5 (cinco) ou 6% (seis por cento) conforme sugerido pela apelante, e calculados sobre o valor da diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização.

10. Por último, as custas, onde se incluem os honorários dos assistentes técnicos e perito (artigo 20, § 2º, do Código de Processo Civil), deverão ser pagos em proporção, como deflui do artigo 30 do Decreto-lei nº 3.365/41, ou suportáveis exclusivamente pela expropriante, no caso de ser mínima a parte do pedido em que decaiu o outro litigante, o que parece demonstrar ser a hipótese dos autos (Código de Processo Civil, parágrafo único do artigo 21), ou, então, dispensados de custas, mesmo em proporção, os expropriados, reconhecidamente considerados pobres e carentes dos benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei nº 1.060, de 5-2-50 e da Constituição, artigo 153, § 32.

Diante do exposto, somos pelo conhecimento do recurso, cabível e tempestivo, dando-se-lhe provimento parcial, nas partes e modalidades suso apontadas.

Brasília — DF, 26 de setembro de 1984. — **Bernardino de Sousa e Silva**,
Subprocurador-Geral.

DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 805

Relatora: EXM^ª DES. MARIA THEREZA BRAGA

Impetrante: JOÃO MENDES DE MENDONÇA

Impetrado: EXM^º SENHOR GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
— COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA — TERRACAP — LITIS-
CONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO

PARECER Nº 70/PG

EMENTA: Desapropriação de imóvel rural — Ataque a decreto expropriatório — Caráter preventivo do *mandamus* antes do ajuizamento da ação — Extensão da defesa processual e limitações da defesa de mérito — Interesse social e utilidade pública, distinção — Reforma agrária — Competência constitucional da União Federal.

JOÃO MENDES DE MENDONÇA interpõe o presente Mandado de Segurança contra ato do Exm^º Senhor Governador do Distrito Federal, consubstanciado no Decreto nº 3.531, de 12 de janeiro de 1977, que declarou de utilidade pública e interesse social, para fins de desapropriação, a fazenda “MANGA” ou “ESTIVA”, de que foi desmembrada a propriedade do Impetrante.

Alega não ter havido delegação de competência da União para a adoção da medida expropriatória, nem ato federal a declarar a área exproprianda como prioritária para desapropriação por interesse social, consoante preceitua o art. 161, § 4º, da Carta Magna.

Defende-se da eventual decadência do direito de ação de segurança, ao afirmar que, não obstante data de 1977 o decreto impugnado, o prazo decadencial se reabre a cada instante em consequência do ajuizamento da ação expropriatória, com pedido de imissão de posse *initio litis*.

Enfatiza a ilegalidade da desapropriação por interesse social após o transcurso de dois anos do ato declaratório de interesse social, nos termos do art. 3º da Lei nº 4.132/62.

Sustenta, igualmente, a caducidade do decreto expropriatório no que diz com a desapropriação por utilidade pública, tendo em vista somente haver sido citado após o dia 14-1-82, data em que o decreto completou cinco (5) anos.

“No caso específico de ação de desapropriação — acentua —, a doutrina e a jurisprudência pátrias se fixaram no sentido de que não basta a propositura da ação, ou mesmo o despacho ordenatório da citação, para interromper a prescrição ou impedir que se consuma a decadência, concluindo pela necessidade de citação válida...” (*sic*).

No mérito, advoga a tese de que somente a União pode desapropriar área rural, quer por interesse social, quer por utilidade pública, a menos que, nos termos do art. 161, § 4º, da Constituição, delegue essas atribuições ao Estado ou ao Município.

Busca apoio em voto do eminente Ministro Cunha Peixoto, no RE nº 89.880, (RTJ 93/389-90), no qual sustentou Sua Excelência que, reexaminando o problema, chegou à conclusão de que quem está com a razão é o Senhor Ministro Leitão de Abreu. “Vou além” — diz o Ministro Cunha Peixoto —, “porque, mesmo para a utilidade pública, foi preciso uma lei, promulgada no ano passado, permitindo que os Estados e Municípios desapropriassem áreas rurais”.

Ainda que assim não fosse, a verdade é que aqui se cogita substancialmente de desapropriação por interesse social e não por utilidade pública.

Citando trecho de voto do Ministro Leitão de Abreu que, por sua vez, se apoiou em voto do Ministro Cordeiro Guerra, repete que, no exame da espécie, o que deve prevalecer é a essência do ato e não a denominação que, eventualmente, possam os interessados atribuir a este.

O pedido é para que seja determinada a suspensão do ato impugnado, isto é, da ação de desapropriação em curso, e declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 3.551, de 12-1-77, do Exmº Sr. Governador do Distrito Federal, citando-se a TERRACAP como litisconsorte.

Citada para integrar a lide como litisconsorte, a TERRACAP acudiu ao chamamento e apresentou a contestação constante de fls. 31/50.

Em suas longas considerações, a contestante argüi:

- a) a caducidade da impetração;
- b) ser o presente mandado de segurança reprodução fiel do que constituiu o objeto do Mandado de Segurança nº 721, impetrado contra o ato do Juiz processante da ação expropriatória, e que foi repellido pelo Egrégio Tribunal Pleno;
- c) que a competência reservada à União para a desapropriação de área rural, prevista na Constituição Federal, art. 161, diz tão-só quanto à forma de pagamento que, para os Estados e Municípios não pode ser efetuada senão em dinheiro;
- d) que, não obstante decadente o decreto quanto à expropriação por interesse social, vigorava ele, ao tempo da propositura da ação, quanto ao outro fundamento, a utilidade pública;

e) que, em verdade, a ação foi ajuizada a 7 de janeiro de 1982, ou seja, sete dias antes do escoamento do prazo de cinco anos do decreto expropriatório e que a expropriante, na impossibilidade de obter a citação no prazo, requereu e obteve sua prorrogação por 90 dias, consoante disposto na lei processual vigente;

f) que, no mérito, a ação é, em verdade, de desapropriação por utilidade pública e esta pode ser efetuada pelos Estados e Municípios, ainda que de área rural, com apoio no art. 153, § 22, da Constituição Federal.

Não obstante o tenha determinado o respeitável despacho de fls. 27 vº, até este momento não foi enviado pedido de informações à autoridade coatora, o que deverá ser feito.

Contudo, a fim de não mais retardar o andamento do feito e considerando tratar-se de matéria já conhecida não só do Egrégio Tribunal quanto do Ministério Público, em anteriores postulações similares, emite o signatário, desde logo, o seu parecer, que é o seguinte:

PRELIMINARMENTE

a) Quanto à tempestividade, sustentou o signatário, em parecer exarado no Mandado de Segurança nº 751, a decadência da impetração, dado o transcurso de largo lapso de tempo entre a publicação do ato impugnado e o ajuizamento do *mandamus*.

Sente-se, no entanto, forçado a reconsiderar esse entendimento, em face da irrefutável procedência dos argumentos trazidos a lume pelo Des. EDUARDO RIBEIRO no Mandado de Segurança nº 709, em que Sua Excelência, com acuidade e justeza, revelou o caráter preventivo do pedido de segurança contra decreto de expropriação, e o estado de permanência da ameaça de lesão a direito individual do expropriando.

É preciso, contudo, colocar as coisas nos seus devidos lugares. O Mandado de Segurança pode ser utilizado contra o decreto de desapropriação ilegal, obtendo-se, através dele, provisão de ilegalidade do ato administrativo impugnado que, por isso, não mais poderá servir de suporte à ação de desapropriação. Nesse ponto, há seguro apoio da doutrina e da jurisprudência.

Porém, como preventiva, a impetração somente é possível até o ajuizamento da ação de desapropriação. Uma vez ajuizada esta, fica ultrapassada a fase administrativa, exaurida nos seus efeitos, não mais havendo ensejo de se coarctá-la por via direta.

Vale dizer: contra o decreto de desapropriação, o mandado de segurança tem caráter preventivo. Uma vez ajuizada a ação, não só a ameaça se consuma, como se opera a encampação do ato pelo Judiciário.

Daí por diante, poderá ocorrer motivo que faculte a impetração de mandado de segurança contra ato do juiz, desde que verificados os pressupostos da iminên-

cia de dano irreparável ou de difícil reparação e a inexistência de recurso com efeito suspensivo. Preciso também que o interessado evite a preclusão processual da matéria impugnada na segurança, através dos recursos ordinários cabíveis.

b) Quanto ao cabimento, vejamos o que objetiva o *mandamus*. Trata-se de mandado de segurança interposto contra o Decreto nº 3.551, de 12-1-1977, do Exmº Sr. Governador do Distrito Federal, declaratório de utilidade pública e interesse social, para fins de desapropriação, de propriedade de imóvel rural do Impetrante. Não obstante, o seu pedido é de trancamento da ação de desapropriação em curso.

Não há, evidentemente, como evitar o ajuizamento de uma ação judicial através de mandado de segurança. Nesse sentido já setenciou a egrégia Seção Cível desse Colendo Tribunal, no Mandado de Segurança nº 709, cuja ementa é a seguinte:

“Não se conhece de Mandado de Segurança que visa a impedir o exercício do direito de postular a prestação jurisdicional.”

Com efeito, por mais estapafúrdia que possa parecer uma pretensão deduzida em juízo, está ela protegida pelo direito de acesso à jurisdição, suporte mesmo do processo hodierno, em que o cidadão não pode ser obstaculizado em seu direito de postular prestação jurisdicional do Estado.

Argumenta-se que, na ação de desapropriação, o expropriando só pode discutir o preço, devendo valer-se de vias ordinárias para o debate de quaisquer outros elementos de defesa que pretenda pôr em discussão.

Data vênia, quando a lei consigna que na ação de desapropriação somente se pode discutir o preço, evidentemente quer essa disposição referir-se ao *meritum causae*. As condições da ação e os pressupostos processuais, estes podem e devem ser examinados e discutidos livremente em qualquer ação, mesmo na ação de desapropriação.

É lição que nos vem dos mestres, podendo ser citado o monografista BERNHARD WILFRIED WEDEKIND, in “Desapropriação por Utilidade Pública”, 3ª edição, pág. 46:

“Na contestação, cujo prazo é o previsto no Código de Processo Civil, o expropriado somente poderá argumentar com a insuficiência do preço oferecido ou com temas de defesa processual.

.....
Destarte, além da impugnação do preço oferecido, o expropriado tem, à sua disposição, somente a defesa processual, quer peremptória ou dilatória. Nesta área poderá argumentar, portanto, com a falta de condição ou condições da ação, com a coisa julgada, com a litispendência, com a incompetência, com a suspeição e, finalmente, com a nulidade processual.”

Nesse sentido, ainda tivemos reflexões de grande acuidade do eminente Des. EDUARDO RIBEIRO, no julgamento da preliminar de conhecimento do Mandado de Segurança nº 565, quando Sua Excelência deixou consignado:

“Senhor Presidente, com informação de que existe ajuizada ação de desapropriação, parece-me que o mais adequado é a matéria ser enfrentada no curso daquele processo. Verdade que é restrito o tema que pode ser discutido em ação de desapropriação, posto que, segundo a lei que rege a matéria e que se aplica subsidiariamente às várias hipóteses de desapropriação, só a impugnação do preço ou alegação do vício do processo poderá ser objeto da contestação. Entretanto, toda matéria que o Juiz possa conhecer de ofício será objeto de exame entre elas a decadência. Por esses motivos, considero que a matéria não deve ser retirada do seu local próprio de discussão. Não conheço.”

De igual modo, sentenciou o eminente Des. Luiz Vicente Cernicchiaro no julgamento do Mandado de Segurança nº 751, deixando ali consignado:

“*Data venia* dos Desembargadores que entendem em contrário, entendo sequer que, em tese, há uma norma que ampara a pretensão jurisdicionalmente deduzida. Tive oportunidade, em votos anteriores, de afirmar, inclusive, com apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em última análise, esse Mandado de Segurança visa a impedir que o Distrito Federal exercite um direito que é de desenvolver a ação expropriatória. Indiretamente deseja o impetrante antecipar-se com uma decisão de 2ª Instância, a fim de impedir o desenvolvimento do 1º grau. Em razão do que, *dada venia*, não conheço.”

E que pretendem os Impetrantes discutir? O *meritum causae*? Não. O que sustentam é que a autoridade expropriante não satisfaz as condições da ação, nem ostenta os pressupostos processuais, isto é:

1 — não apresentou delegação do poder público federal;

2 — não dispõe de decreto do Governo Federal reconhecendo a área como prioritária para fins de desapropriação por interesse social.

Enfim, desatendida teria sido a letra do art. 161, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal, que estabelece os pré-requisitos processuais constitucionais da ação de desapropriação por interesse social.

Ora, tais elementos, de ordem meramente processual, não só podem, como devem ser examinados e decididos na ação de desapropriação, consoante o disposto no art. 267 do CPC, que trata da extinção do processo sem julgamento de mérito.

Aliás, o que não pode é a Corte substituir-se ao Juiz, na consideração e julgamento de condições da ação e de pressupostos processuais fora da via recursal adequada e sem questionamento prévio. Seria manifesta, não apenas a su-

pressão do 1º grau de jurisdição, quanto a própria cassação do direito de postular em juízo.

Evidente que, para fazer valer a sua tese, necessitam as partes contendoras de um debate doutrinário entre desapropriação por interesse social e desapropriação por utilidade pública, cada qual delas com pressupostos processuais diferentes.

Ainda aí, *data venia*, está o signatário em que o tema é pertinente à ação de desapropriação. A definição da espécie processual de pressupostos e condições diversos é matéria de obrigatório exame em toda e qualquer ação, já que dessa definição depende a própria constituição e o próprio desenvolvimento válido do processo. Logo, trata-se ainda de exame de matéria preliminar e não de mérito.

Em resumo, o mandado de segurança é triplamente incabível:

1º — por inadmissível o mandado de segurança, que é preventivo, contra decreto de desapropriação após o ajuizamento da ação;

2º — por objetivar o cerceamento do exercício do direito de ação, assegurado pelo art. 153, § 4º, da Constituição Federal;

3º — por importar supressão do primeiro grau de jurisdição em causa de sua competência.

Está o signatário plenamente convencido, após meditado estudo da espécie, de que a decisão de admissibilidade do *writ* na hipótese sob exame, para solucionar matéria processual de uma ação de desapropriação em curso, equivale a um autêntico despacho saneador por via de mandado de segurança, o que haveria de criar situação de perplexidade para o juiz de 1º grau, com usurpação de funções que são de sua exclusiva competência.

Ante tais considerações, opina o signatário, preliminarmente, pelo não conhecimento do mandado.

DE MERITIS

No mérito, caso a egrégia Corte, em sua alta sabedoria, consiga transpor os obstáculos postos em relevo nas preliminares de conhecimento, tem o signatário que o estudo feito pelo eminente Des. José Manoel Coelho, no julgamento do Mandado de Segurança nº 565, é exaustivo e merecedor de integral ratificação.

Com efeito, a essência do fundamento da desapropriação em causa é indubitavelmente o interesse social, já que o escopo do Governo é a implantação do Plano de Assentamento dirigido do Distrito Federal — PAD/DF, cujo objetivo a Exposição de Motivos respectiva expõe com clareza meridiana:

“O PAD/DF tem por objetivo fixar na região de Brasília em terras desapropriadas e ociosas pertencentes ao Governo do Distrito Fe-

deral, cerca de 140 famílias de agricultores de elevada capacidade técnica-financeira, para a exploração agropecuária de alto nível, adaptada ao Distrito Federal, através de metas e diretrizes previamente estabelecidas pela Secretaria de Agricultura e Produção, em busca de auto-suficiência da produção, como também colaborar nos estudos agrônômicos, objetivos colimados para a agricultura em solos de cerrado.”

Vale a pena repetir o trecho do brilhante voto do Des. Coelho, na parte em que estabelece a sutil distinção entre interesse social e utilidade pública:

“Não se negue aparente similitude entre a hipótese do artigo 5º, letra “e”, do Decreto-lei nº 3.364/41 e a prevista no artigo 2º, nº II, da Lei nº 4.132/62. Afinal, ambas as hipóteses de desapropriação objetivavam obter melhor produtividade das terras para o adequado abastecimento dos centros de população. A distinção, porém, logo se aclara, quando se examina o disposto no artigo 4º da Lei nº 4.132/62, *verbis*: Os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista.”

Ainda que se observe, na espécie, uma certa dose de utilidade pública, nos planos de urbanização previstos, a verdade é que tais núcleos são secundários em relação ao plano principal, consistente na “exploração agropecuária em alto nível por cerca de 140 famílias de agricultores de elevada capacidade técnico-financeira”. E, como secundária a idéia da urbanização de apoio aos núcleos agrícolas, nela não se pode basear, porque não se pode basear no acessório e sim no principal, para a caracterização da natureza da desapropriação.

Cabe aqui, *permissa venia*, a transcrição de outro tópico do voto do Des. Manoel Coelho no Mandado de Segurança nº 565:

“O ato expropriatório está motivado na letra “e” do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e no inciso II do art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962.

.....
“Ocorre que o programa que lastreia o decreto é um todo incindível, é um só, e não composto de partes destacáveis ou metas sucessivas de características próprias. Tal como montado, o programa é incindível, ou se executa por inteiro, no que ele tem de fundamental, ou será inexequível, por não atender a seus objetivos. Como, então, destacar no programa o que é de interesse social e o que é de utilidade pública para exame dos efeitos legais que, num e noutro aspecto, se diversificam quanto ao prazo de caducidade, à necessidade, ou não, de prévia autorização do Presidente da República e à motivação típica?”

Mas seria racional e justo opor obstáculos a uma ação por todos os títulos louvável, do Governo do Distrito Federal, em fazer no seu território um ensaio de reforma agrária, quando desde 1964 o Brasil começou a andar nessa direção?

Sim, porque a União reservou para a sua exclusiva competência a Reforma Agrária e a Política Agrícola, somente podendo entrar na execução de planos dessa natureza os Estados e Municípios que receberem delegação e mesmo assim para aplicação dos planos em áreas previamente estabelecidas pelo Poder Central, sendo esta última atribuição indelegável, nos termos do art. 161, § 4º, da Constituição Federal.

Mas por que todo esse cuidado?

O Ministro Moreira Alves respondeu que “para impedir que cada um dos Governadores dos Estados faça desapropriação por interesse social, para atender a motivos de ordem política local que sejam contrários ao interesse do País (RE 81.603, RTJ 81/502)”.

De nossa parte, acrescentaríamos que para manter um critério de uniformidade na implantação da Política Agrícola e da Reforma Agrária, de molde a evitar que a imaginação criativa e os engenhos políticos regionais e locais, transformem o uso do solo, no Brasil, em uma colcha de retalhos jurídica e geodésica, provocando um emaranhado que acabe por desservir a economia rural e por provocar a incerteza e a insegurança no campo.

De tal maneira se pretendeu evitar esse tipo de risco, que a reserva de competência federal para a Reforma Agrária e a Política Agrícola vem inserta em texto constitucional. Para os Estados e Municípios, institui-se uma verdadeira ação cível condicionada.

Cumpra às Unidades Federativas e aos Municípios interpretar e acatar essa diretiva filosófico-constitucional. Cumpra ao Judiciário velar por que se observem tais mandamentos da Constituição e das leis.

Em face disso, se possível fosse examinar o mérito, ao ver e sentir do signatário, a iniciativa governamental deveria ser coarctada, pela ausência de legitimidade para ingressar numa esfera de ação que a Carta Magna reservou para o Poder Central.

Brasília, 7 de março de 1983. — **José Dilermando Meireles**, Procurador-Geral.

CONCURSO PÚBLICO: LIMITE DE IDADE
APELAÇÃO CÍVEL Nº 11.912

Apelante: DISTRITO FEDERAL

Apelada: LUÍZA JÚLIA FERREIRA DOS SANTOS

Relator: EXMº DES. MANOEL COELHO

PARECER Nº 774/S-5

EMENTA. Concurso Público para Professor de Ensino de 1º e 2º Graus, Classe "A" da FEDF. Inscrição de candidato com mais de 50 anos, empregada, celetista, da Fundação. Indeferimento: faltaria à interessada a condição de funcionária pública. Insurgência da candidata, pois o edital afrontaria direito líquido e certo seu: limitou a idade a 50 anos, sem fazer a ressalva legal (DL nº 1.831/80, art. 11; Lei nº 6.700/79, art. 1º). Mandado de Segurança concedido: "... a impetrante é servidora pública e a lei não fez distinção entre o gênero e a espécie quando criou a dispensa do limite de idade máxima para concursos públicos, "Remessa *ex officio*". Irresignação do Distrito Federal: a Lei nº 6.700/79, só ampara o servidor da respectiva Administração Direta ou de suas Autarquias. APELAÇÃO:

1. Preliminar. Conhecimento, cabíveis, tempestivo o apelo voluntário;

2. Mérito. Improvimento, porque a Impetrante não é funcionária estatutária, mas é servidora da administração pública indireta e o Concurso visa a selecionar pessoal para contratá-lo pela CLT. Pode o Edital fixar limite máximo de idade; contudo, pena de discriminação ilegítima, independerá de limite etário a inscrição da candidata, celetista, servidora da Fundação, órgão integrante do complexo administrativo do Distrito Federal, com delegação do poder público.

COLETA TURMA

1. Alçou a espécie ao segundo grau de jurisdição, mediante

a) Remessa "Ex Officio", originária da 3ª V.F.P. — (Proc. nº 3.153/83, Mandado de Segurança, Lei nº 1.533/51, art. 1º, e CF, art. 153, § 21, ajuizado em 11-10-83 — Fls. 02/04; Impetrante, Luíza Júlia Ferreira dos Santos; Impetrado,

o Superintendente do IDR; ato impugnado, o Edital nº 347/83, de 7-10-83, fls. 6), cujo titular submete a reexame obrigatório a sentença *in DJU* de 16-12-83 (fls. 19/23 destes autos), a qual, mantida a liminar exarada às fls. 10, concedeu o *writ*, "... para assegurar à impetrante o direito à inscrição e participação no concurso referido...", sem custas e sem honorários advocatícios, ante a jurisprudência dominante (v., tb, ementa, supra);

b) Apelação, interposta pelo Distrito Federal em 6-1-84 (fls. 26/30).

2. Constatam, às fls. 35/40, as competentes contra-razões, "ciente" (sic) a ilustrada Drª Curadora de Resíduos (fls. 41), que sustenta, é afrontosa à CF, art. 153, § 1º, a distinção que se pretende fazer entre servidor da Administração Direta do Distrito Federal e o das Fundações (fls. 17v).

3. A nível de segundo grau, nesta sede, o Ministério Público assinala, preliminarmente, merecem conhecimento, cabíveis a remessa, o *mandamus* e a apelação, tempestivos aquele e esta (Item 9, a e b, acima; Código Buzaid, art. 475, II; arts. 506, 508, 513; LMS, arts. 1º, 18 e 12, este com a redação que lhe deu a Lei nº 6.014/73, art. 3º).

4. Impende frisar, de par com os precedentes da Corte que admitem figure a Fundação Educacional do Distrito Federal no pólo passivo em ações mandamentais, *in casu*, é o Superintendente do IDR a autoridade coatora, encampado pelo Distrito Federal o ato impugnado.

5. No mérito, a Colenda Turma, com a devida vênua, haverá por bem improver o envio obrigatório e a pretensão recursal em lide, conforme explicita a Ementa supra.

6. É que a Impetrante já é servidora da FEDF, há 16 (dezesseis) anos, regida pela CLT, regime sob o qual serão contratados os pretendentes à categoria funcional de professor, agora em licitação pública os competentes empregos.

7. Ora, argumenta o Apelante, a Fundação Educacional é pessoa jurídica de direito privado e não integra a Administração Direta nem a Indireta (Dec-lei nº 900/69), pelo que não se lhe aplicam as disposições da Lei nº 6.700/79, alterada pelo Dec-lei nº 1.831/80.

8. Destarte, a Recorrente poderia livremente estabelecer a idade-limite para os futuros empregados que vier a selecionar.

9. Ademais, a Recorrida exerce outro emprego, não o de professor, para cujo desempenho, por desejo e conveniência da empregadora, o Edital fixou o limite etário de 50 anos.

10. Enfim, a Constituição Federal, art. 99, § 2º, excepciona as Fundações, para os efeitos de os respectivos servidores não incidirem nas proibições decorrentes do instituto da acumulação: mais um argumento, em prol da tese da personalidade jurídica de direito privado daqueles entes.

11. Sem razão, porém, a Apelante.

12. Com efeito, a natureza do emprego que a Candidata detém, há 16 (dezesesseis) anos, na Fundação, jamais poderia ser óbice à respectiva contratação como professora: senão, os servidores da administração direta do Distrito Federal ou de suas autarquias, que desempenhem empregos outros, e não o de professor, igualmente estariam vetados!

13. É certo, dentre outros mestres, *in* “Direito Administrativo Brasileiro”, 9ª Edição atualizada, 2ª Tiragem, Editora RT Revista dos Tribunais, 1983, pp. 306, Hely Lopes Meurles profliga a entronização das “fundações públicas”, que ostenta uma verdadeira “contradiction in terminis”: se é fundação, está ínsita a respectiva personalidade privada; se é autarquia, sua personalidade pública é patente. Todavia, discussão tal é irrelevante, para a espécie, porque, bem frisou o douto juiz monocrático, às fls. 21, neste passo:

—“...para o deslinde da matéria não é necessário enfrentar a “*ve-xàta quaestio*” sobre a natureza jurídica das fundações **BASTA CONSIDERAR QUE MESMO SEM SER FUNCIONÁRIA PÚBLICA, A IMPETRANTE É SERVIDORA PÚBLICA E A LEI NÃO FEZ DISTINÇÃO ENTRE O GÊNERO E A ESPÉCIE QUANDO CRIOU A DISPENSA DO LIMITE DE IDADE MÁXIMA PARA OS CONCURSOS PÚBLICOS**” (não é do original o grifo).

15. Também não impressiona a argumentação da Recorrente, quanto à invocação do Dec-lei nº 900/69, que desfez a equiparação, entre as fundações e as empresas públicas, consagrada pelo Dec-lei nº 200/67, e a proibição de acumular, que a Constituição Federal (art. 99, § 2º), explicitamente, só estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

16. Força é convir, aquela desequiparação ocorreu apenas “pro forma”, porque, ontologicamente, as fundações governamentais de direito privado continuam a ostentar afinidades umbelicais com as autarquias e, em especial, empresas públicas e sociedades de economia mista, v.gr., quanto a controle e vínculos entre a fundação e seus agentes (Dec-lei nº 200/67, arts. 19 e 26; Dec-lei nº 900/69, art. 3º).

17. A propósito, releva trazer à colocação recente estudo intitulado, “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, (2ª ed., 2ª Tiragem, Ed. Rev. Tribs. Ltda, SP, 1983, pp. 168/172), de autoria do mestre e doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, que, às fls. 172, percuciente,

— abonou a exegese, segundo a qual a proibição de acumular não se estende a cargos, funções e empregos em fundações;

— concluiu, porém assim,

“Parece ser este o traço diferencial de maior realce entre o regime destas fundações e os das pessoas privadas da Administração Indireta, de tal modo que a circunstância em apreço abriria até ensanchas à ma-

liciosa suposição de que é esta a única razão pela qual o Decreto-lei nº 900 as excluiu da categoria “administração indireta”, em que se achavam transversalmente incluídos por sua anterior equiparação às empresas públicas.

Tudo o mais na disciplina delas é equivalente às pessoas de direito privado, achando-se, portanto, em situação correspondente à das sociedades de economia mista e empresas públicas”.

18. Nem será outra a doutrina esposada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“Curso de Direito Administrativo”, 4ª ed., Forense, 1983), o qual enquadra, mesmo, a fundação como pessoa administrativa da administração indireta.

19. Aliás, adverte, ainda, esse autor, pessoal das Autarquias — integrantes delas da administração descentralizada, segundo ele —, preferencial senão exclusivamente, rege-se pela CLT (op. cit., p. 172).

20. Quanto aos referidos entes autárquicos (compõem eles a administração indireta, eis a advertência de Bandeira de Mello!), o respectivo pessoal, porque não é retribuído pelos cofres da União, mas a expensas próprias; porque apenas se lhe estende o Estatuto, no que couber; porque a CF tão-só lhe estende a proibição de acumular; porque a lei é silente, em matéria de regime jurídico, assinala, em o estudo, citado linhas volvidas (pp. 31, 32 e segs.), Celso Antônio Bandeira de Mello,

—

“O servidor de Autarquia não é funcionário público” (p. 72);

—

...a legislação que se lhe(s) há de aplicar é basicamente a trabalhista, por ser o regime de direito comum do trabalhador” (pp. 74).

21. Vê-se, embora funcionária pública estatutária não seja, a Impetrante é celetista, servidora da FEDF, órgão integrante da administração indireta, servidora pública *lato sensu*.

22. Gravita, na mesma órbita, o servidor de Autarquia, ente integrante, também, da administração pública indireta, cujo pessoal, igualmente, subordina-se ao regime trabalhista, que, aliás, regerá os futuros professores, atuais candidatos inscritos no concurso público em alusão.

23. Pois bem, o modelo federal que inspirou a dispensa de idade-limite, em tema de concursos públicos, foi o EFPCU (Lei nº 1.711/52), art. 19, 2º; no particular, lê-se, em Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho (“Manual dos Servidores do Estado”, vol. I, 12ª ed. p. 174, Livraria Freitas Bastos S/A):

— “Comentário: o presente Estatuto dispensou a exigência de idade para qualquer servidor, sem restrição de espécie alguma.”

24. *Data Venia*, servidora da administração pública indireta, a Impetrante, pena de malferir o princípio de insonomia a discriminação ilegítima, sua inscrição independerá do limite etário estabelecido em o edital impugnado, última análise invocando-se, até, o paradigma ofertado pela União, a saber:

“Independe, também, de limite de idade a inscrição, em concurso, de servidor da Administração Federal Indireta” (DASP. Formulação 95).

25. Urge improver Apelação e Remessa.

26. É o Parecer.

Brasília, 3 de abril de 1983. — **Jorge Ferreira Leitão**, 5º-Subprocurador-Geral.

DECADÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 136

Autor: SEBASTIANA LEITE DA SILVA e DINIZ LEITE DA SILVA

Réu: OCTÁVIO LEITE DA SILVA

Relator: EXMº DES. MELLO MARTINS

PARECER Nº 1003-85

EMENTA. Adjudicação de imóvel a favor de herdeiro colateral, "único" em autos de Inventário, extraviados. Ação rescisória da respectiva sentença, por pretendido dolo e má fé, em detrimento de ambos os Autores, e por violação de literal disposição de Lei (CPC, art. 485, incisos III e V). É que o Inventariante adjudicatário, irmão da Inventariada, omitiu a existência de outros dois herdeiros, irmãos daquela. Ação Rescisória:

1. Questão de ordem. É deficiente a instrução do processo;
2. Preliminar. A decisão interlocutória não admite ação rescisória. Carência de ação;
3. Mérito. Acaso ultrapassadas a questão de ordem e a preliminar, urgiria decretar a extinção do feito, com julgamento "de meritis", em razão da decadência, (CPC, arts. 495 e 269, inc. IV), exaurido o biênio legal, antes que se aperfeiçoasse a citação dos Réus e se estabelecesse, validamente, a relação processual.

EGRÉGIA CORTE

EXMº DESºr RELATOR

1. Sebastiana Leite da Silva e Diniz Leite da Silva, *sub color* de que, com violação de literal disposição de Lei, foram dolosamente excluídos do Inventário (Proc. 35.365/81, extraviados na 1ª V.F.O.S.) dos bens deixados por Lucídia Leite da Silva, irmã de ambos, ajuizaram, em 18-10-83 (fls. 02/05), a presente Ação Rescisória.

2. É que pretendem desconstituir a sentença proferida em 5-11-81, mediante a qual foi adjudicado a "herdeiro único" e Réu, Octávio Leite da Silva, irmão da falecida e dos Autores e Inventariante, o Apartamento nº 106, Bloco "E", QI 08, SRIA—Guará, desta Capital, e respectiva fração ideal do terreno.

3. “Data Venia”, à guisa de questão de ordem, cumpre assinalar, é deficiente a instrução da espécie, à falta de elementos indispensáveis a seu percuciente exame (Cód. Proc. Civ, arts. 283, 284), dentro em o contexto descrito na inicial, notadamente em cogitação o dolo, a má fé, profligados e, em especial, o momento exato em que transitou em julgado o decisório rescindendo, isto é,

a) restauração dos autos de Inventário, extraviados (fls. 11 e 45 deste processo; Código Buzaid, arts. 1.063 e segs.), não obstante o simulacro de “confissão” ou “reconhecimento da procedência do pedido”, como que esboçados na contestação (fls. 23/26), firmado por advogado sem poderes especiais para tanto (fls. 27; Cód. Proc. Civ. art. 38). Sequer há esclarecimentos sobre se pende processo;

b) instrumentos de mandato e respectivos subestabelecimentos, referidos às fls. 28, ultimados pelo Dr. Assu Guimarães, a pedido de Licínio Flaviano da Silva, justamente: a) declarante no registro de óbito, por certidão às fls. 08; b) marido de Sebastiana Leite da Silva, litisconsorte ativo, nestes autos. Então, poder-se-ia apreciar, inclusive, a extensão das outorgas; datas etc.

c) fase em que se encontre a Ação Cautelar (fls. 15/17).

4. Preliminar, suscitada como prejudicial de mérito: a decisão que, em inventário, concede ou não adjudicação, desafia agravo de instrumento (Wilson de Oliveira, “Inventários e Partilhas”, Saraiva, 1979, p. 175, que indica precedentes dos Tribunais). Não admite, pois, ação rescisória, que somente desconstitui sentença de mérito:...

5. Sob tal ângulo, patente seria a carência de ação, embora em inventário — hoje procedimento especial de jurisdição contenciosa —, despicienda a discussão que sempre vinha à baila, relativamente ao descabimento de rescisória, em tema de decisões de jurisdição voluntária.

6. Certo, o assunto é delicado, assim, última análise, deflui do magistério de J.C. Barbosa Moreira (“Comentários ao Código de Processo Civil”, V, vol. Forense, 1981, pp. 133 e segs.), o qual constrói a doutrina pertinente à rescindibilidade, tendo como regra reitora a “res judicata” material, aduzindo,

—“...Diversamente do que ocorria sob o Código de 1939, parece-nos hoje inadmissível construir a ação rescisória como dirigida contra a coisa julgada no sentido puramente “formal” (p. 134).

7. No mérito, à míngua de melhor instrução da espécie, ultrapassadas acaso, a questão de ordem e a preliminar suscitadas, urgiria, com a devida vênia, decretar a extinção do feito, com julgamento “de meritis”, em razão da decadência, a teor do Código de Processo Civil, (arts. 495 e 269, inc. IV), exaurido o biênio legal, antes que se aperfeiçoasse a citação dos Réus (arts. 219 e parágrafos) e se estabelecesse, validamente, a relação processual.

8. Com efeito, a sentença rescindida foi exarada em 05-11-81, e é óbvio, “transitou em julgado” (fls. 13), sobrevindo a expedição, em 12 de novembro de 1981, da competente Carta de Adjudicação. (fls. 13 destes autos).

9. Destarte, na melhor das hipóteses, poder-se-á fixar a data, “12 de novembro de 1981”, para o “dies a quo”, a partir do qual se haverá de contar o biênio decadencial previsto em lei (Cód. Proc. Civil, art. 495), já ressaltada, à guisa de questão de ordem, a deficiência da instrução probatória, resultante, notadamente, do extravio dos autos de inventário, de cuja restauração, aliás, nem se tem notícia.

10. Ora, esta demanda foi ajuizada em 18 de outubro de 1983, aperfeiçoando-se tão-só aos 8 de maio de 1984 (fls. 49v; Cód. Proc. Civ., art. 241, incisos II e IV) a “vocatio” do casal proprietário do imóvel (o varão, de seu turno, deu-se por citado em 19 de dezembro de 1983, vê-se às fls. 23/26, formalmente citado em 30 de janeiro de 1984, fls. 22 verso).

11. Em síntese: consumou-se a decadência, sequer provendo os Autores sobre as medidas legais indispensáveis a evitar a fatal e incidência do prazo extintivo (Código de Processo Civil, arts. 219, parágrafos, e 220).

12. Afinal, aos Autores não remanescerá senão um alvitre: tentar a subsunção dos fatos em as regras disciplinadoras da partilha, última análise buscando evidenciar que a adjudicação, em regra, sobrevém nos casos em que se tem de partilhar bens insuscetíveis de divisão cômoda.

13. Todavia, não há olvidar, a matéria está inçada de abrolhos: v.g., Washington de Barros Monteiro entende desapareceu o prazo de 20 anos previsto pelo Código Civil, no caso de nulidade absoluta de partilha, perfilhada pelo Código Buzaid, art. 1.030, dentre as hipóteses de partilha rescindível.

14. Bem diz, em seu “Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Sucessões”, Rev. Tribs. Ltda, 1977, pp. 203 e segs.), o Prof. Arnold Wald, admitem os processualistas, os herdeiros que não participaram do espólio possam utilizar a ação de petição de herança, valendo-se, então, do prazo previsto pelo Código Civil — art. 177, com a redação da Lei nº 2.537, de 07-03-55, (traz à baila a opinião de Hamilton de Moraes e Barros), e conclui:

-“Entendemos, pois, que, atualmente, os prazos são os seguintes:

- a) um ano, para a anulação da partilha amigável nos casos de vício de vontade;
- b) dois anos para a ação rescisória;
- c) 20 anos para a petição de herança, quando a partilha importou em indevida transferência de propriedade, seja em relação aos bens, seja em relação às pessoas.”

15. É o parecer.

Brasília — DF, 5 de setembro de 1984. — **Jorge Ferreira Leitão**, 5º-Subprocurador-Geral, designado.

SEÇÃO CÍVEL

PROC. Nº 446 — VARA DE REGISTROS PÚBLICOS, FALÊNCIAS E
CONCORDATAS

ASSUNTO: DÚVIDA

SUSCITANTE: CARTÓRIO DO 1º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

INTERESSADO: BANCO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro S/A apresentou ao Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis, para registro, uma Carta de Adjudicação expedida pelo Juízo da 5ª Vara Cível de Brasília, Distrito Federal, extraída dos autos da falência da Construtora Embramar S/A.

O Oficial Registrador exigiu a apresentação do Certificado de Quitação para com a Previdência Social, com o que não concordou o apresentante do título e, a seu pedido, foi suscitada a presente Dúvida.

O apresentante do título, na impugnação da Dúvida, sustenta, citando jurisprudência, que a exigência é descabida, por se contrapor ao entendimento jurisprudencial, e mais descabida ainda se apresenta diante do Decreto-lei nº 1.958, de 09 de setembro de 1982.

NO MÉRITO

O tema posto em realce na presente Dúvida já há algum tempo vem sendo debatido em nossos tribunais. A posição jurisprudencial, tendo à frente o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo era no sentido da obrigatoriedade de apresentação do documento comprobatório de inexistência de débitos para com a Previdência Social. É nesse sentido a decisão, apenas para exemplificar, nos autos de agravo de petição nº 233.604, *in RT* volume 468, páginas 99/100.

Todavia, no julgamento do Mandado de Segurança nº 228.644, impetrado contra acórdão do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, o Plenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento do dia 09 de abril de 1975, veio a imprimir nova orientação ao tema, entendendo ser dispensável a apresentação de documento comprobatório de quitação para com a Previdência Social, para registro de Carta de Arrematação ou Carta de Adjudicação. O Relator do Mandado de Segurança, em longo e brilhante voto justificou assim a posição adotada:

“As contribuições devidas ao INPS são créditos para-fiscais, do gênero tributo, como observam os especialistas... mas não são tributos incidentes sobre prédios, pelo que não se abrangem diretamente, nem pelo citado artigo 130, nem pelo respectivo § 1º do Código Tributário. ... Não se pode aceitar como natural que essas contribuições para-fiscais desfrutem de um regime de proteção mais rígido do que o que serve aos próprios tributos da União; não se pode aceitar, sobretudo, uma pretensa “proteção” que leve ao absurdo de apanhar o arrematante judicial de imóveis numa armadilha, a exigir-lhe desembolsos surpreendentes, para a satisfação de débitos do executado... Ora, a expedição dessa carta não constitui ato da “empresa vinculada”, mas ato judicial, do Poder Público, praticado com o escopo de transferir coativamente a propriedade do devedor executado; não se concebe, aqui, possa uma tal execução coativa ficar na dependência de atos do devedor, quais sejam a satisfação dos seus débitos previdenciários e a exibição do “certificado de quitação”... Não é outrossim de se aceitar a conseqüência espúria de submeter-se o arrematante à surpresa de uma virtual sub-rogação passiva, que não está na lei e que lhe exigiria, além do depósito do preço, um desembolso imprevisto e de valor várias vezes maior, para pagamento da dívida previdenciária da executada... Não é jurídica essa mesma exigência, que levaria ainda a excluir do comércio, praticamente, todos os imóveis de valor inferior aos débitos dos seus proprietários para com a Previdência Social. Não tem sentido, por derradeiro, fique o arrematante, depositado o preço, com a sua carta de arrematação despida de força para a transmissão do domínio e da subsequente disponibilidade, só porque a executada é devedora da Previdência Social.” — os grifos são nossos.

Por força da decisão há pouco referida, o Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo mudou sua orientação, passando a admitir a dispensabilidade do Certificado de Quitação para com a Previdência Social, para o registro de carta de arrematação e de adjudicação. A nova posição do referido Conselho pode ser vista nas seguintes decisões: do Agravo de Petição nº 242.520 — ASSIS (RT nº 483, págs. 106/108; da Apelação Cível nº 271.939 — NHANDEARA (RJTJSP nº 54, págs. 378/380); da Apelação Cível nº 270.748 — NHANDEARA (RJTJSP nº 54, págs. 380/381); da Apelação Cível nº 228-0 — SANTA RITA DO PASSA QUATRO; da Apelação Cível nº 271.969 — GARÇA; da Apelação Cível nº 283.502 — CARDOSO, estas três últimas publicadas na obra: “registro de imóveis — Dúvidas — Decisões do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, de janeiro de 1978 a fevereiro de 1981”, edição Saraiva, 1982, organizada por NARCISO ORLANDI, págs. 28, 115 e 267, e, finalmente, da Apelação Cível nº 1.249 — MAUÁ, publicada à página 89 do segundo volume da obra organizada por Narciso Orlandi Neto, com o mesmo título, mas do período de março de 1981 a dezembro de 1982.

O Decreto-lei nº 1.958, de 09 de setembro de 1982, ao extinguir o Certificado de Regularidade de Situação — CRS e o Certificado de Quitação — CQ, passando a exigir a comprovação de inexistência de débito para com a Previdência Social apenas na forma genérica de seu artigo 2º (transcrito na petição de suscitação de Dúvida) consagrou, na legislação o entendimento jurisprudencial firmado a partir do julgamento do Mandado de Segurança nº 228.644, em 09 de abril de 1975, pelo Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo, embora o legislador do 1.958 ainda se mostrasse tímido, pois a rigor, na expressão “alienação ou oneração, a qualquer título” estaria compreendida também a alienação judicial. Mas, a reticência ou timidez do legislador do 1.958 não impede ao intérprete extrair a conclusão que o espírito da lei foi, realmente, afastar a exigência de apresentação dos documentos que mencionou no seu artigo 1º, nos casos de alienação judicial, porquanto, como muito bem acentuou o relator do Mandado de Segurança nº 228.644, “não se concebe possa uma tal execução coativa ficar na dependência de atos do devedor” ou “não é outrossim de se aceitar a consequência espúria de submeter-se o arrematante à surpresa de uma virtual sub-rogação passiva, que não está na lei...”.

Diante do exposto, concluímos que, no caso de cartas de arrematação ou adjudicação expedidas em processos judiciais de execução ou falência, a apresentação do certificado de quitação de débitos previdenciários não constitui pressuposto necessário do registro, sendo, portanto, dispensada tal apresentação.

Caso Vossa Excelência esteja de acordo com este pronunciamento, sugerimos tenha a decisão do Juízo caráter normativo.

Brasília, 18 de setembro de 1984. — **João Alberto Ramos**, Curador de Registros Públicos.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA
DE REGISTROS PÚBLICOS, FALÊNCIAS E CONCORDATAS.

PROC. Nº 154/RP

ASSUNTO: DÚVIDA INVERSA

RELATÓRIO

O Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares, Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis de Brasília apresentou, ao Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal uma escritura de compra e venda de um imóvel localizado no “Edifício Venâncio III”, solicitando o seu registro, tendo o Sr. Oficial Registrador formulado exigência de, antes, ser registrada a escritura de Convenção de Condomínio do Edifício.

Inconformado com a exigência, o apresentante impetrou, equivocadamente, mandado de segurança visando compelir o titular do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis a registrar o título. Vossa Excelência, com acerto, recebeu a postulação como dúvida inversa, prestando o Sr. Oficial as informações de fls. 32 e 33, na qual se reportou ainda à peça de fls. 13/16, onde mais demoradamente informou o motivo da exigência e da sua convicção de que é obrigatório o prévio registro da Convenção de Condomínio.

NO MÉRITO

Prescreve o artigo 9º da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias:

“Art. 9º Os proprietários, promitentes compradores, cessionários, ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a convenção de condomínio, e deverão, também por contrato ou por deliberação em assembléia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações.

§ 1º Far-se-á o registro da Convenção no Registro de Imóveis, bem como a averbação das suas eventuais alterações.”

A Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), estabeleceu:

“Art. 167. No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I — O registro:

.....

17) das incorporações, instituições e convenções de condomínio.”

Temos para nós que, nos termos em que está colocada a questão nas duas leis acima citadas, é obrigatório o registro da convenção de condomínio, independentemente da inovação trazida pela Lei nº 7.182, de 27 de março de 1984. Com efeito, basta uma rápida passagem por diversos dispositivos da Lei nº 4.591, para se aquilatar da enorme importância da convenção de condomínio. Por exemplo, o, § 3º do transcrito artigo 9º especifica as normas que, obrigatoriamente, a convenção deverá conter; os artigos 22 e 23 tratam das figuras do Síndico e do Conselho Consultivo, que deverão ser previstas na convenção; o artigo 24 cuida das assembléias gerais, ordinária e extraordinária. Enfim, é a convenção de condomínio o importante instrumento que disciplina a forma de convivência entre os condôminos, estatuidando a maneira de administração do condomínio e o modo de dirimir as controvérsias entre os consortes.

AFRÂNIO DE CARVALHO, em sua obra “Registro de Imóveis”, edição Forense, 1982, páginas 63/64 leciona:

“No condomínio edilício, ao contrário, a regra está na sua perpetuidade, visto como se constitui precisamente para que, a todo tempo, possam os consortes contar com tudo quanto ajustaram como de uso comum, por lhes ser isso indispensável para exercer o direito de propriedade individual que lhes toca nas unidades autônomas. Cada uma destas recebe individuação numérica ou alfabética, corresponde a uma quota ou fração ideal do terreno e das coisas em comum, tem acesso à via pública e é legalmente inseparável do condomínio. A coexistência permanente e inseparável das duas propriedades é assegurada por uma convenção de condomínio, em que os titulares de unidades autônomas regulam as respectivas relações com um direito de vizinhança especial, em que as normas de direito civil se completam com outras da liberdade contratual.”

O insigne WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, em seus “Comentários à Lei de Registros Públicos”, edição Forense, 1979, páginas 683/684, diz, de sua cátedra:

“É obrigatório o registro da convenção condominial, averbando-se suas alterações. Sem o preenchimento desse requisito essencial, as normas da convenção de condomínio só valem em relação aos seus signatários, mas não relativamente aos estranhos ou aos que não a as-

sinaram... As convenções de condomínio, para sua eficácia **erga omnes**, registram-se no Livro nº 3 — Registro Auxiliar.”

Qual o valor da convenção de condomínio não registrada no Registro de Imóveis? Nenhum, a não ser entre os signatários, como acentua Campos Batalha.

De seu lado, a recente Lei nº 7.182, de 27 de março de 1984, alterou o parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 4.591, de 1964, que passou a ter a seguinte redação:

“A alienação ou transferência de direitos de que trata este artigo dependerá de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio.”

Ora, o condomínio é representado ativa e passivamente pelo síndico (artigo 22, § 1º, letra **a**, da Lei nº 4.591). O que legitima a investidura do síndico é a sua eleição na forma prevista pela convenção — **caput** do citado artigo 22. Poder-se-á considerar legítimo o síndico de um condomínio que não teve a sua convenção registrada, como manda a lei? É evidente que não.

Em conclusão, entendemos que a dúvida há de ser julgada procedente, para considerar legítima a exigência feita pelo Sr. Oficial do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis, por retratar a exigência da lei.

Com relação à Convenção de fls. 17/22, notamos, de passagem, que ela contém alguns senões, que hão de ser corrigidos, para que possa ela ingressar no Registro. Todavia, a presente dúvida não cuida do exame da convenção. O Sr. Oficial examinará, com o cuidado de sempre, no momento oportuno, os termos da convenção.

Brasília, -23 de agosto de 1984. — **João Alberto Ramos**, Curador de Registros Públicos.

DÚVIDA — PROCESSO Nº 51.561/82 — 1ª VARA CÍVEL

Suscitante: Ofício de Protesto de Títulos de Brasília
Oficial PEDRO HENRIQUE TEIXEIRA

Suscitada: Kontik Franstur S/A Viagens e Turismo

MM Juiz:

1. Versa a presente Dúvida “sobre se incute viabilidade legal, a recusa, por parte da Serventia, em receber do devedor intimado, pagamento para a liquidação de título apontado exclusivamente para fins de protesto por falta de aceite” (fls. 2).

2. É que a firma suscitada, Kontik Franstur S.A. Viagens e Turismo depositou perante o Ofício de Protesto de Títulos indicado, as duplicatas nº 0295/82 vencida em 12-03-82, no valor de Cr\$ 157.746,00 e nº 0230/82, vencida em 28-02-82, no valor de Cr\$ 263.894,00, ambas emitidas pela suscitada, contra Structura S/A Consultoria de Engenharia, também desta Praça, cujas apresentações objetivaram “protesto por falta de aceite”, nos termos da carta de 21-05-82, subscrita por advogado da Emitente, com a recomendação de efetuar-se o “protesto apenas por falta de aceite não devendo o Cartório, por conseguinte, receber nenhum pagamento caso o devedor pretenda fazê-lo” (fls. 4).

Note-se que os títulos foram apresentados em Cartório, para protesto por falta de pagamento em 19-05-82, conforme se vê das relações e recibo de fls. 5 e papeletas e de fls. 6 e 7.

3. Em 15-07-82, a credora, suscitada, fez juntar ao processo as razões de fls. 9 **usque** 13, para a tirada do protesto “apenas por falta de aceite” fundamentando-se para isso, nos arts. 13 e 15, II, “a”, da Lei nº 5.474, de 18-07-68, mencionando também os arts. 390 e 395, do Provimento Geral da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal, de 12-06-81; pretendendo, a final, como expressamente declarou à fls. 9/10 “receber o principal com todos os consecutórios contratuais, pela via executiva, com correção monetária atribuída as ORTN, juros de mora de 1% ao mês e multa de 10% sobre o débito em atraso”.

4. A emitente, prestadora de serviços, em turismo e fornecimento de passagens conforme contrato usual, entregou à sacada, para débito em conta-corrente pago mediante apresentações de faturas, passagens aéreas, efetivamente utilizadas, sobre as quais emitiu as faturas nºs 0230/82 e 0295/82, originárias

das duplicatas em exame, tudo conforme cópias de fls. 15/27, emitidas, respectivamente a 01-02-82 e 16-02-82, com vencimento para 28-02-82 e 12-03-82.

5. Vê-se que, nem nas Faturas, nem nas Duplicatas contém-se referências a juros de mora de 1% ao mês ou multa contratual de 10%, em caso de mora, o que **data venia**, ainda que contivesse, seria condição irrita, sem valia, tanto que, consoante a legislação pertinente, **e. g.**, o art. 2º § 1º da Lei nº 5.474, de 18-07-68, onde entre os requisitos que a duplicata, cópia de fatura, conterà, não figuram contratação de juros, mormente de 1% ao mês, nem muito menos cláusula penal, de 10% em caso de mora, dentre os demais itens, só conterà: V- a importância a pagar em algarismo e por extenso. Veja-se que, logo adiante no art. 20 § 2º da mesmíssima Lei das Duplicatas, nº 5.474/68, justamente para as empresas que se dediquem à prestação de serviços, tal a emitente da duplicata, inscreve-se que nela consignar-se-á, “§ 2º A soma a pagar em dinheiro, correspondente ao preços dos serviços prestados”. Na espécie, tratando-se de protesto de duplicatas, não há como, em adjeto, pretenda-se querer cobrar quantias outras, mesmo que usualmente, ou expressamente, combinadas pelas partes, em documento estranho à fatura ou duplicata, tais os juros de 1% ao mês, correção monetária e multa de 10%. Isso poderá ser objeto de outra modalidade processual; não na simples apresentação de título para protesto por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, **permissa venia**; sim, em processamento judicial contencioso, onde o título executivo não fosse tão-só a fatura ou duplicata, mas outros contratos comerciais.

6. No art. 9º, da referida Lei nº 5.474/68, inscreve-se “ser lícito ao comprador resgatar a duplicata antes de aceitá-la ou antes da data do vencimento”. Assim, mesmo que não houvesse sido intimado da apresentação por falta de aceite, já antes disso poderia o sacado resgatar o título; quanto mais ao ser notificado do aponte do título, aí seria muito mais apropriado resgatá-lo, como pretende e só com os consectários legais, inclusive obedecendo ao Provimento Geral da Corregedoria, de 12-6-81, com os juros ali fixados e mais as despesas de aponte, de avisos, etc.; mas só em relação ao título em si, sem se considerar pré-contratos de prestação de serviços, alheios à fatura e à duplicata. O protesto e a excoioriedade que se lhe pudesse seguir, estariam no título em si, intrinsecamente.

No § 1º, do art. 9º, vê-se que a prova do pagamento consiste no recibo, passado pelo portador ou por seu representante, tal o Oficial, que recebe o título para apresentá-lo ao devedor sacado, que assim, tem poderes de dar a quitação, recibo de pagamento.

7. Com a devida vênia, não vemos diferenças, quando o devedor demonstra a intenção de resgatar o título apresentado, quer em protesto por falta de aceite, de devolução, ou de pagamento, a despeito do entendimento do apresentante. Ora, tudo isso constitui premissa ao recebimento da quantia consignada expressamente no título, cujo recebimento seria conclusão lógica e legal. Se o

devedor, de pronto, demonstra o desejo de resgatar o débito, não há como furtar-se o Cartório a esse seu direito de pagar. No art. 15 da referida Lei nº 5.474/68 determina-se que a execução só poderá vir, depois do protesto, ou do pagamento o que é curial. O que se procura, na lei, é garantir o recebimento do débito, instrumentando-se o credor de dispositivos hábeis, tais o protesto e a execução, onde o protesto é meio para o fim colimado: o recebimento.

O Código de Processo Civil, nos arts 580, 581 e 585, I, assegura a execução ao credor, quando verificado o inadimplemento do devedor; considerando-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente a obrigação, a que a lei atribui a eficácia de título executivo (585, I- a duplicata), e que o credor não poderá iniciar a execução, se o devedor cumprir a obrigação (art. 581), tal o caso presente, em que antes de qualquer procedimento judicial, o próprio devedor, ciente da apresentação do título para protesto, pretende pagá-lo.

Demais disso, nos arts. 882 e seguintes, do referido Código de Processo Civil, no capítulo referente aos Procedimentos Cautelares Específicos, tal o “Protesto e Apreensão de Títulos, Sessão XIV”, onde se remete tais protestos às leis especiais, tem-se, no inciso I do art. 886 que o devedor se desobriga, inclusive da prisão em não restituição ou sonegação de título recebido para firmar aceite ou efetuar pagamento, o devedor se desobriga, entre outras modalidades, se pagar o seu valor e as despesas feitas; despesas estas, certamente, com protesto e processo de apreensão, se o caso.

8. De igual, o Decreto nº 2.044, de 31-12-1908, onde, primeiramente, o art. 13, define que “a falta ou recusa de aceite, prova-se pelo protesto”, e que (art. 19), “a letra é considerada vencida, quando protestada”, inclusive pela falta ou recusa do aceite. Assim, enquanto não protestada, não há como se considerar vencida, se não houve aceite. Daí, poder pagá-la, o devedor, antes do protesto, porque nem mesmo considerada vencida estaria a letra não aceita, conforme definição legal. A letra deve ser apresentada ao sacado ou aceitante para pagamento (art. 20), podendo até, ainda, o devedor efetuar pagamento parcial, até o vencimento, ao que não se pode recusar o portador (art. 22, § 1º).

Vê-se, dos arts. 28 até 35, do mesmo Decreto nº 2.044/08, que se apresenta a letra para protesto por falta de pagamento, qualquer pessoa, terceiro, poderá efetuar o pagamento. Só que, no protesto por falta ou recusa do aceite, aí, sim, só o sacado, devedor, poderá efetuar o pagamento, a despeito de terceiros poderem aceitar a letra, equiparando-se a responsabilidade cambial deste terceiro interveniente que aceita, à do sacado que aceita; sendo ainda certo que o pagamento, por honra da firma do aceitante ou dos respectivos avalistas, desonera da responsabilidade cambial todos os coobrigados (arts. 34 e 35, § 1º). Adianta, também, referido Decreto nº 2.044/08, art. 44, I, que, “para os efeitos cambiais, são considerados não escritas: I.— a cláusula de juros”, juros estes que consoante o Código Civil, arts. 1.062 e 1.063, são estipulados em 6% ao ano, taxa só ultrapassável para o “Sistema Financeiro Nacional”, mediante Re-

soluções do Banco Central do Brasil, onde não se situa a emitente, suscitada, *data venia*. Há, no entretanto, corrigindo tal desnível, Provimento da Corregedoria da Justiça, onde se determina incidam juros de mora de 1%, cobráveis por ocasião da apresentação dos títulos pelos Cartórios de Protesto.

9. Quanto à pretendida multa de 10%, em virtude da falada mora, de 2 ou 3 meses, de constituir *bis in idem*, tanto que os juros de mora já se referem ao mesmo fato, não há como possa pretender a suscitada tal cobrança, se pago o título no Cartório, por ocasião da apresentação para protesto, mesmo se só por falta de aceite, tanto mais à proibição legal capitulada no Decreto nº 22.626, de 7-4-33 Lei da Usura, art. 8º, onde se vedam as cobranças de multas ou cláusulas penais, quando convencionadas (ausentes quer nas faturas quer nas duplicatas); a não ser para atender a despesas judiciais e honorários de advogado; mas só exigíveis no caso de intentada ação judicial para cobrança da obrigação principal, que não é o caso, *data venia*, eis que o devedor pretende honrar o pagamento antes mesmo do aceite do título em Cartório.

10. De referir-se, também, às disposições contidas na “Lei Uniforme”, baixada com o Decreto nº 57.663, de 24-01-66, onde reiterando disposição anterior já citada, item 9, vê-se que o portador não pode recusar pagamento, mesmo embora parcial, isto é, só de parte do débito, por conta de maior quantia (art. 39, segunda parte), quanto mais, recusar o pagamento integral do título ainda com juros de 1% e despesas de apontamentos no Cartório de Protesto. Justa é, pois, a Dívida suscitada, que merece procedência, para que o Oficial de Protesto de Títulos, mesmo em caso de aponte só para aceite, possa receber o valor em débito, consignado no título, com os juros de 1% e as despesas cartorárias.

Além do mais, nos termos dos arts. 38 e 42 da Lei Uniforme, mencionada suso, a apresentação para aceite teria de ser feita antes do vencimento, como é óbvio, e para pagamento, se em dia fixo, que é o caso, teria de ser apresentado o título no dia do vencimento, ou num dos dois dias úteis seguintes. Se assim não for, aí, então, qualquer devedor tem a faculdade de depositar a sua importância, junto à autoridade competente, à custa do portador.

Ora, se pode depositar como pagamento, e à custa do credor, pode-se muito mais ainda, efetivar o pagamento em mãos do Oficial de Protesto, o depositário para a apresentação ao aceite, ou cobrança. O que não é obrigatório é o credor receber pagamento antes do vencimento, isto sim (art. 40). A Lei Uniforme, ao molde das demais pertinentes, *permissa venia*, não distingue entre as modalidades de protesto, quanto à possibilidade do pagamento por parte do sacado, chegando a dispensar a apresentação a pagamento, ou o protesto por falta de pagamento, se apresentado o título para protesto por falta de aceite (art. 44, 4ª parte), o que quer obviamente dizer que: por ocasião da apresentação para o aceite, já aí poderá ser feito o pagamento, mormente se já vencido o título, tal o caso *in spécies*.

Adianta, inclusive, a Lei Uniforme arts. 59 e seguintes, que os pagamentos poderão ser efetuados, até mesmo, por intervenção, isto é, por terceiros, subrogando-se, o que paga, nos direitos do portador, quando o credor ainda dispusesse de direito de ação (poder jurídico de protestar ou cobrar judicialmente o título).

11. Correção monetária, só em débitos resultantes de decisões judiciais, quando perseguido o crédito em juízo. Se o próprio sacado, espontaneamente, antes de propositura de ação judicial, quer saldar seu compromisso, não há como se pretender a correção monetária, de que fala a Lei nº 6.899, de 8-4-81. Não seria lícito, assim, afastar-se exercício regular de um direito, qual o de poder pagar, honrar sua obrigação, e à primeira oportunidade que se lhe enseja na ocasião da apresentação do título para aceite, para com isso ao depois, pretender-se corrigir judicialmente o débito.

Assim, de todo o exposto, merece procedência a Dúvida suscitada pelo digno Oficial, para que possa ele receber os pagamentos ofertados, até antes de lavrados os protestos de títulos em aponte, mesmo que só para aceite ou devolução.

Brasília, 25 de janeiro de 1983. — **Bernardino de Sousa e Silva**, Curador de Registros Públicos.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA
DE REGISTROS PÚBLICOS, FALÊNCIAS E CONCORDATAS

ASSUNTO: DÚVIDA

SUSCITANTE: CARTÓRIO DO 2º OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL E CA-
SAMENTOS, TÍTULOS, DOCUMENTOS E PESSOAS
JURÍDICAS

SUSCITADO: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRI-
BUIÇÃO — ECAD

RELATÓRIO

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, por seu Secretário-Geral, requereu o registro de seus Estatutos publicados no *DOU* do dia 17-4-84 e da Ata da 1ª Reunião do Conselho de Representantes realizada em 23-4-84.

Anexou, de fls. 03 a 17, uma cópia dos Estatutos e de fls. 18 a 20 um exemplar da publicação.

Por petição dirigida ao Oficial do Cartório do 2º Ofício (fl. 21) a Associação Nacional de Autores, Compositores e Intérpretes de Música — ANACIM, impugnou o pedido de registro, apontando os artigos 23, 26, §§ 1º, 2º e 3º, e 54 dos Estatutos registrando como ilegais e inconstitucionais, pelas razões que expendeu às fls. 21/28. Concluiu a impugnante por pedir, alternativamente, ou o indeferimento do registro dos novos Estatutos ou o seu registro com expurgo dos citados artigos e parágrafos.

Juntou a impugnante os documentos de fls. 29 a 77 e, às fls. 78, o Senhor Oficial substituto suscita dúvida a Vossa Excelência. Esta Curadoria fez ver da necessidade de se dar vista ao ECAD (fl. 79), que apresentou as razões de fls. 88 a 91, com os documentos de fls. 80/87 e 92/117.

NO MÉRITO

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais, autorizou em seu artigo 115 a criação de um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, estabelecendo no § 1º que o ECAD rege-se por estatutos aprovados pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

Já se vê, à vista do artigo 18, segunda parte, do Código Civil, que os Estatutos do ECAD não careciam de inscrição no registro de pessoas jurídicas, para começo da existência legal do Escritório. Com efeito, dispõe o citado artigo que

a existência legal da pessoa jurídica de direito privado começa com a inscrição de seus estatutos, contratos, atos constitutivos no seu registro peculiar, ou com a aprovação do governo, quando precisa. Na hipótese, a Lei específica autorizou a criação do ECAD, estabelecendo que os seus estatutos seriam aprovados pela CNDA, e, feito isto, o Escritório passou a existir legalmente, independentemente de qualquer outra providência. A inscrição no registro de pessoas jurídicas foi de todo inócua, pois a inscrição visa exatamente dar existência legal à pessoa jurídica, e essa existência legal o ECAD adquiriu de pronto com a aprovação dos seus Estatutos pelo CNDA.

É o entendimento que se extrai do citado artigo 18 do Código Civil, segundo a lição de J.M. de Carvalho Santos, *in* “Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. I, página 382:

“As pessoas jurídicas de Direito Privado não começam todas a ter existência legal sempre pela mesma forma. Algumas começam a ter existência legal da inscrição de seu contrato, ato constitutivo, estatuto ou compromisso em o registro competente, enquanto outras começam a ter existência legal da data do decreto de autorização, quando necessária.”

Para nós, a aprovação dos estatutos pelo governo, como no caso do ECAD, exclui a inscrição no registro de pessoas jurídicas, pois, se a existência legal começa com a aprovação dos estatutos pelo governo, e se a inscrição não tem outro objetivo que não dar a existência legal, temos que, na hipótese, o registro oficial foi inócua, desnecessário, devendo mesmo ser cancelado, e é igualmente inócua, desnecessária a averbação da reforma estatutária.

Porém, a se ver a questão por outro ângulo, isto é, o de que o registro era necessário para estabelecer o começo da existência legal do ECAD, o que só admitimos para argumentar, é evidente que a reforma ora trazida à averbação não pode ser acolhida no Registro Público, pois está demonstrado que referida reforma se fez ao arrepio do artigo dos Estatutos registrados no Cartório suscitante que trata da matéria, ou seja, do artigo 25, que prevê especificamente que as reformas e alterações estatutárias serão deliberadas em Assembléia Geral Extraordinária, especialmente convocada por associados que representem, em conjunto e no mínimo, metade dos votos sociais, requerendo as aprovações votos favoráveis de no mínimo 2/3 (dois terços) dos votos sociais.

Repetimos, todavia, que só para argumentar analisamos a questão sob o ponto de vista acima. A teor do artigo 115 e seu parágrafo primeiro, da Lei nº 5.988/73, combinado com o artigo 18 do Código Civil, parece-nos indubitado que os Estatutos do ECAD prescindem de inscrição no registro de pessoas jurídicas, porquanto sua existência legal começa com a aprovação dos Estatutos pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, ou seja, o governo.

Aliás, registre-se aqui que o ECAD, dada a sua peculiaridade, pode ser incluído entre os designados por Hely Lopes Meirelles de “serviços sociais autô-

nomos, ou entes paraestatais, ou ainda entes de cooperação”, ou seja, instituições que, embora sem integrarem a Administração Direta ou Indireta, “trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários” — *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, 1981, páginas 355/56.

Quanto aos argumentos da impugnante, deixamos de entrar no seu mérito, porque entendemos que à Vara de Registros Públicos cabe apenas examinar o ato constitutivo, estatutos, ou títulos especificamente do ponto de vista das normas da Lei dos Registros Públicos, vedado ao juiz dos Registros Públicos decidir questões, como as suscitadas pela impugnante, da competência de outros juízes.

Diante de todo o exposto, a nossa conclusão é a seguinte:

1. À vista do artigo 115 e seu § 1º, da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 e do artigo 18 do Código Civil a existência legal do ECAD começa com a aprovação dos seus Estatutos pelo Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA e, conseqüentemente, não havia porque inscrever seus Estatutos no registro de pessoas jurídicas, devendo, portanto, ser negado o registro da reforma estatutária e cancelado o registro anterior.

2. Todavia, caso Vossa Excelência não compartilhe do entendimento acima, entendemos que a reforma estatutária não pode ser registrada, porque feita com violação do artigo 25 dos Estatutos registrados.

Brasília, 30 de junho de 1984. — **João Alberto Ramos**, Curador de Registros Públicos.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS, FALÊNCIAS E CONCORDATAS

ASSUNTO: DÚVIDA

SUSCITANTE: CARTÓRIO DO 2º OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL E CASAMENTOS, TÍTULOS, DOCUMENTOS E PESSOAS JURÍDICAS

SUSCITADO: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO — ECAD

Não obstante os argumentos de fls. 124/126, mantemos integralmente o nosso pronunciamento de fls. 119/123, porque, com o devido respeito às opiniões contrárias, outro não pode ser o entendimento, à vista do artigo 18 do Código Civil e artigo 115 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, **verbis**:

“Art. 18. **Começa a existência legal das pessoas jurídicas** de direito privado **com a inscrição** dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou **aprovação** do Governo, quando precisa.

Parágrafo único. Serão averbadas no registro as alterações, que esses atos sofrerem” — grifamos.

“Art. 115. As associações organizarão, dentro do prazo e **consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral**, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas”.

§ 1º) **O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição que não tem finalidade de lucro, rege-se por estatuto aprovado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral**” grifos nossos.

Vemos que o artigo 18 do Código Civil, logo após a expressão “por lei especial” usa a palavra “ou”, que, no caso, é uma conjunção do gênero coordenativa e da espécie alternativa.

DOMINGOS PASCHOAL CEGALLA leciona que a conjunção coordenativa se caracteriza por ser uma palavra invariável que liga “as orações sem fazer que uma dependa da outra, sem que a segunda complete o sentido da primeira” e que as conjunções coordenativas-alternativas exprimem “Alternativi-

dade, alternância” — NOVÍSSIMA GRAMÁTICA DA LÍNGUA PORTUGUESA, Companhia Editora Nacional, 22ª edição, páginas 187/188.

CALDAS AULETE, *in* “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa”, volume IV, página 2.901, ensina que a conjunção coordenativa-alternativa “ou” significa “por outra forma ou modo, de outra maneira”.

Portanto, nos parece fora de questionamento que o artigo 18 do Código Civil estabelece duas formas, dois modos, duas maneiras de começar a existência legal das pessoas jurídicas:

1ª — pela inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no Registro Público;

2ª — pela aprovação dos mesmos atos constitutivos pelo Governo.

A Lei nº 5.988/73, ao prescrever no § 1º, do artigo 115 que o ECAD reger-se-ia por estatuto aprovado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral optou pela segunda forma prevista no artigo 18 do Código Civil, e isto justifica-se por se caracterizar o ECAD, repita-se, como um ENTE DE COOPERAÇÃO, ou seja, ente paraestatal que coopera com o Poder Público, trabalha ao lado do Estado, vinculado ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas, na lição do Mestre HELY LOPES MEIRELLES.

A vinculação do ECAD ao Conselho Nacional de Direito Autoral está claramente delineada nos parágrafos 2º e 3º do artigo 115 da Lei nº 5.988/73.

Não se perca de vista, também, que a liberdade das associações para deliberarem a respeito do Estatuto do ECAD já nasceu limitada, pelo próprio **caput** do artigo 115 da Lei nº 5.988, de 1973, que prescreveu que o ECAD seria organizado **consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral**. Tudo vem em reforço da nossa tese de que o legislador da Lei nº 5.988 quis vincular o começo da existência legal do ECAD, seu nascimento no mundo jurídico, tão-somente à aprovação do seu estatuto pelo CNDA, e não à forma estabelecida na primeira parte do artigo 18 do Código Civil.

Se pode o CNDA revogar, unilateralmente, o Estatuto do ECAD, como fez através do ato retratado à fl. 127, emergindo tal competência do artigo 115 da Lei nº 5.988, é óbvio que esse poder soberano contrasta visceralmente com o princípio do respeito ao ato constitutivo registrado.

Quanto ao artigo 119 da Lei dos Registros Públicos, ao qual se reporta o ECAD em sua peça de fls. 124/126, para rebater o parecer desta Curadoria, entendemos que, **data venia**, ele deve ser interpretado em consonância com o artigo 18 do Código Civil, e não pela sua literalidade. A Lei dos Registros Públicos é uma lei instrumental. Não revogou o Código Civil, e não poderia fazê-lo. A não alteração do artigo 18 do Código Civil pelo artigo 119 da LRP é decorrência, entre outros, do princípio inscrito no § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Portanto, é patente a impropriedade do artigo 119 da LRP ao

dizer que a existência legal das pessoas jurídicas “só” começa com o registro dos seus atos constitutivos e de maior impropriedade ainda o parágrafo único do citado artigo, quando fala em **aprovação**, quando o correto seria referir-se a **autorização**.

Com efeito, algumas sociedades, para se constituírem, devem obter previamente a **autorização** do Governo. Nesse caso, o Governo tão-somente autoriza a constituição da sociedade, sendo necessário, para que comece a sua existência legal, o registro do ato constitutivo, vide artigo 20 do Código Civil, e também o artigo 18 do mesmo Código. Quando, porém, o governo aprova o estatuto da pessoa jurídica, essa aprovação marca o começo da sua existência legal, como se o registro fosse. Parece-nos que, na verdade, houve e está havendo confusão entre pessoas jurídicas que dependem de prévia autorização do Governo para se constituírem e terem seus estatutos registrados, e aquelas que, tendo seus estatutos aprovados pelo Governo, por força de lei, prescindem de registro para terem existência legal.

Por todas as razões expostas neste parecer, mantemos na íntegra o de fls. 119/123.

Brasília, 20 de agosto de 1984. — **João Alberto Ramos**, Curador de Registros Públicos.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS, FALÊNCIAS E CONCORDA-
TAS
PROC. Nº 631/84

ASSUNTO: SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO*

RELATÓRIO

ELAENE MARIA FERREIRA, assistida por sua mãe, requereu perante o MM. Juiz da 2ª Vara Cível do GAMA-DF suprimento de consentimento paterno, para se casar, alegando que seu pai se encontra em lugar incerto e não sabido.

Na audiência de 9 de maio de 1984, o MM. Juiz da 2ª Vara Cível do Gama declinou da competência para decidir o feito, à vista do disposto no artigo 368 do Provimento Geral da Corregedoria de Justiça, vindo o processo, então, à Vara de Registros Públicos.

NO MÉRITO

O artigo 368 do Provimento Geral da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, de 5 de abril de 1984, publicado no Suplemento nº 69, do “Diário da Justiça”, de 9 de abril de 1984, prescreve:

“Art. 368. Processar-se-ão nos próprios autos de habilitação para casamento as justificações, os suprimentos, as dispensas e os demais atos inerentes à habilitação.”

Data venia, a interpretação extraída do dispositivo em causa pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível do Gama não é a que melhor se harmoniza com o espírito do texto, e das normas legais que disciplinam a questão de competência. A literalidade do questionado artigo, é certo, isoladamente considerado pode, em princípio, levar à conclusão a que chegou o Magistrado do Gama. Todavia, não se pode ater-se nem à literalidade do artigo 368 do Provimento, nem se pode considerá-lo isoladamente.

Com efeito, a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979, alterada pela Lei nº 7.086, de 22 de dezembro de 1982) dispõe:

* Em razão do entendimento agitado neste parecer a douda Corregedoria de Justiça do DF e dos Territórios baixou o Provimento no que modificou o art. 386 da Consolidação Geral dos Provimentos, de ...

“Art. 28. Aos Juizes das Varas Cíveis compete processar e julgar os feitos de natureza civil ou comercial, salvo os de competência das Varas especializadas.

.....
Art. 32. Servirão na Vara de Menores, 3 (três) Juizes de Direito, designados pelos ordinais Primeiro, Segundo e Terceiro, dispondo cada um, dos serviços auxiliares de secretaria própria.

§ 1º Compete-lhes, cumulativamente:

.....
VII — processar e julgar:

.....
d) os pedidos de autorização e suprimento para casamento de menores de 18 (dezoito) anos, em situação irregular, ou infratores”;

De seu lado, a Lei nº 7.086, de 22 de dezembro de 1982, dispôs a respeito da competência da Vara de Registros Públicos, da de Órfãos e Sucessões e das de Família (foi necessário alterar a competência antes disciplinada no artigo 30 da Lei nº 6.750/79, em razão da criação da Vara de Órfãos) e, quanto às Varas de Família estatuiu:

“Art. 4º Aos Juizes das Varas de Família compete:

I

II — conhecer das questões relativas a capacidade e curatela, bem como de tutela, em caso de ausência ou interdição dos pais, ressalvada a competência das Varas de Menores, de Órfãos e Sucessões e de Entorpecentes.”

O artigo 3º da Lei por último citada (7.086/82) cuida da competência da Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas. Em nenhum dos sete incisos do referido artigo encontramos competência do Juiz dessa Vara para julgar pedido de suprimento de consentimento, que é questão relativa à capacidade.

Assim é, pois, entre os atributos do pátrio poder inclui-se o de conceder ou negar consentimento para os filhos menores de 21 anos contraírem matrimônio (art. 384, III, do Código Civil). De seu turno, estatui o artigo 183, XI, do Código Civil, que não podem se casar os sujeitos ao pátrio poder, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido, o consentimento do pai, tutor ou curador. É a decorrência lógica da incapacidade, que só cessa aos 21 anos de idade, salvo emancipação — art. 9º do Código Civil.

Logo, quando se busca em juízo suprimento de consentimento, questiona-se a respeito de capacidade. Trata-se de matéria de família, como especialidade, e de matéria civil, como generalidade. Na Circunscrição Judiciária de Brasília a competência é das Varas de Família, quando o menor não está em situação irre-

gular, pois, se estiver, a competência é da Vara de Menores. Nas Circunscrições onde não existem Varas especializadas (de família), como no Gama, por exemplo, a competência é das Varas Cíveis, tratando-se de menor em situação regular.

É o que está expresso nas leis de Organização Judiciária do Distrito Federal (Leis nº 6.750/79 e 7.086/82) e, se o artigo 368 do Provimento Geral estivesse em colidência com as normas legais de hierarquia maior, haveria de ser afastada a sua incidência e quiçá revogado. Porém, dissemos “se estivesse”, posto que, em nosso entender, o artigo 368 do Provimento não afronta as normas da Organização Judiciária, mas tão somente recebeu interpretação afastada do seu verdadeiro significado.

Com efeito, a justificação no processo habilitatório para casamento está incluída na Lei dos Registros Públicos, artigo 68, que prevê processo cêlere. O artigo de lei fala em justificação de “fato necessário à habilitação” e, *data venia*, o suprimento de consentimento não pode ser incluído aí, pois, além de representar violação dos textos legais que disciplinam a competência, e preceitos do Código Civil pertinentes ao pátrio poder, poderia dar ensejo, e com certeza daria, a inúmeras fraudes, já que, para contornar a negativa de consentimento de um pai, **presente**, bastaria ao pretendente ao casamento justificar sumariamente que o pai está ausente, em lugar incerto, para ter suprido o consentimento, em um processo sem maior rigor e não contencioso. Quem já atuou na área de habilitação de casamento sabe que inúmeras dúvidas surgem, dando a lei, então, oportunidade do interessado justificar o fato. É o caso, por exemplo, do viúvo ou da viúva que pretende provar que não há bens do primeiro casamento a serem inventariados, para afastar o impedimento do art. 183, XIII, do Código Civil. É o caso, também, da viúva ou da mulher que teve o seu casamento anulado que queira provar que não ficou grávida, para afastar outro impedimento matrimonial. Muitas outras situações aparecem no processo de habilitação, onde pode se admitir a justificação, o suprimento. Aí se aplica o art. 368 do Provimento Geral. Não, porém, repitamos, ao caso de suprimento de consentimento paterno.

Não se pode perder de vista a colocação do art. 368 do Provimento Geral. Está ele no Capítulo V — dos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais — do Título VIII das Normas Específicas para as serventias Extrajudiciais. É norma destinada especificamente às serventias extrajudiciais, quer dizer, esclarece aos oficiais do registro que as justificações, os suprimentos e as dispensas, quando legalmente possíveis de serem processadas no próprio cartório de registro civil serão feitas nos próprios autos, e não em autos apartados. É o alcance e a destinação da norma questionada. Não interfere em tema de competência, regulado em lei, nem em tema de capacidade e exercício de pátrio poder, regulado no Código Civil. Aliás, a disposição ora comentada não é nova, posto que já figurava, com idêntica redação e colocada no mesmo lugar, no Provimento Geral de 5 de junho de 1981, revogado pelo atual.

Para arrematar, convém rápida passagem pelo art. 151 do Provimento Geral, que disciplina as classes para efeito de distribuição dos feitos. Na letra *d*, pertinente às Varas de Família e de Órfãos, está o título — Suprimento de Consentimento (nº 14).

Dúvida não paira, portanto, que Vossa Excelência não é competente para processar e julgar suprimento de consentimento paterno. A competência é das Varas de Família, nas Circunscrições onde existem; é das Varas Cíveis, onde não houver varas especializadas. No caso, a competência é do MM. Juiz da 2ª Vara Cível do Gama—DF.

Finalmente, e sem qualquer correlação com o problema competência, devemos externar nosso ponto de vista de que, tecnicamente, há equívoco em se falar em suprimento do consentimento paterno na hipótese de pai em lugar incerto e não sabido. Ora, o artigo 188 do Código Civil é destinado ao caso de injusta denegação do consentimento pelo pai. Quem está ausente, em lugar incerto e não sabido, não denega consentimento, mas sim está impossibilitado de dá-lo. Nesse caso, cabe à mãe do menor exercer com exclusividade o pátrio poder, dando ela só, validamente, o consentimento — Parte final do artigo 380 do Código Civil. É a opinião, inclusive, do insigne Washington de Barros Monteiro, *in* “Curso de Direito Civil — Direito da Família”. Basta à mãe do menor, através de justificação perante o juiz de família (ou cível, não havendo vara especializada) comprovar a ausência prolongada do marido, para ser autorizada a exercer com exclusividade o pátrio poder.

Nós, quando na Defensoria Pública, requeremos inúmeras justificações para exercício exclusivo de pátrio poder e todas atingiram o fim colimado.

Brasília, 30 de maio de 1984. — **João Alberto Ramos**, Curador de Registros Públicos.

JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CORREGEDORIA
PROVIMENTO Nº 005/84

O Corregedor da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no cumprimento dos deveres de seu cargo, resolve:

O art. 368, do Provimento Geral da Corregedoria, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 368. Processar-se-ão nos próprios autos da habilitação para casamentos as dispensas e os atos a ela inerentes.”

Publique-se, registre-se, cumpra-se.

Brasília, 19 de julho de 1984. — Desembargadora **Maria Thereza Braga**,
Corregedora da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

SEÇÃO CRIMINAL

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 770

(Secção Criminal)

Suscitante: JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS

Suscitado: JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DE TAGUATINGA

Relator: Des. ELMANO FARIAS

PARECER Nº 5.008/83

Conflito de competência criminal. Vara de Execuções Criminais. Vara Criminal. Defensor dativo. Defensor público.

Egrégia Secção.

Data venia, parece-nos improcedente o presente conflito. Não existe dispositivo legal que determine a intimação do Defensor Dativo em relação à sentença criminal, pois o art. 392 do Código de Processo Penal, que, assim, regula exhaustivamente a matéria e cria a legitimação processual para recorrer:

“Art. 392. A intimação da sentença será feita:

I, ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

II, ao réu, pessoalmente, ou ao **defensor por ele constituído**, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

III, ao **defensor constituído pelo réu**, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

IV, mediante edital, nos casos do nº II, se o réu e o **defensor que houver constituído** não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça;

V, mediante edital, nos casos do nº III, se o **defensor que o réu houver constituído** também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

VI, mediante edital, se o réu, **não tendo constituído defensor**, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.”

A preocupação do legislador em só se referir à intimação do Defensor constituído revela a sua intenção de excluir o Defensor Dativo, que, nomeado pelo Juiz para fazer a defesa formal do réu **coram iudice** no 1º grau de jurisdição, não tem autoridade recursal para impugnar a sentença judicial e muito menos para acompanhar, na Capital do Estado, a expensas suas, a defesa que fazia o advogado da comarca, em cumprimento de seu **munus publicum**, exercido em nível municipal, onde cessava a sua função. Essa circunstância às vezes escapa à compreensão dos que labutam na Capital da República, onde os três graus jurisdicionais federativos (municipal, estadual e federal) se acham e quase se confundem.

A Defensoria Pública ou De Ofício funciona no 1º grau como Defensor Dativo, complementando a ação dos advogados locais, que são assim aliviados de intensos deveres públicos a que estavam inteiramente sujeitos anteriormente.

O conceito de “ampla defesa” dos acusados, constante do § 15 do art. 153 da Constituição vigente, em que se baseia certa jurisprudência liberal para dar legitimação recursal aos defensores dativos ou públicos, é velhíssimo no nosso ordenamento constitucional, pois figurava com todas as letras nas Constituições de 1889 (art. 72, § 16), de 1934 (art. 113, nº 24), de 1937 (122, nº 11, com reservas), de 1946 (art. 141, § 25), de 1967 (150, § 15) e o CPP vige desde 1942, sem a ampliação desejada por aquela corrente.

Incluído no quadro do Ministério Público, o Defensor Público, segundo o Código do “Parquet”, faz jus à intimação pessoal (art. 13), pode facultativamente intervir no segundo grau (art. 14, parágrafo único), mas pode deixar de recorrer em alguns casos (art. 11), mas tem a prerrogativa de “manifestar livremente a sua opinião, quando lhe cumprir falar nos autos, após concluída a prova” (art. 12). Entretanto, a legislação federal nunca regulou o funcionamento do Defensor Público ou do Dativo perante os órgãos locais do DF e federais com regularidade e será muito difícil que os próprios membros dessas cortes venham a admitir essa ampliação da chamada “ampla defesa” dos acusados, apesar da manifestação favorável de alguns em certos arestos.

A praxe nos cartórios locais, como bem acentua a ilustre autoridade informando a fls. 66, é colocar nas mãos do condenado “um termo de apelação, já mimeografado, para que o réu o assine, se for de seu interesse”, dando-se, assim, titularidade ao Defensor Público para arrazoar-lhe o recurso, com a mencionada liberdade institucional, nos casos de réus presos ou eventualmente presentes no cartório criminal.

Durante muito tempo, a Egrégia Turma Criminal, baseada no mencionado art. 13 do Código do MP, fazia baixar os autos ao 1º grau para ensejar a intimação e recurso da Defensoria Pública e negava, no mesmo processo, a intimação pessoal dos Subprocuradores-Gerais, representantes da Justiça Pública e da Defensoria Pública em 2º grau, do acórdão respectivo, negando a estes a aplicação do aludido art. 13, mas isto felizmente já foi remediado.

A verdade é que os preceitos constitucionais são regulamentados pela lei que regula os direitos que eles asseguram. Se a lei não dá a elasticidade desejada pelo intérprete, não cabe a este ampliá-la a seu bel-prazer, como se fosse legislador. Portanto, os Juízos criminais devem continuar a fazer as intimações determinadas expressamente pela lei no citado art. 392 do CPP, transitando em julgado a sentença criminal não-recorrida. Não pode, portanto, o douto Juízo suscitante, **data venia**, impor ao não menos douto Juízo suscitado a execução de um ato judicial contra as convicções deste, por mais respeitáveis que sejam as suas.

Brasília, 25 de junho de 1984. — **Francisco de Assis Andrade**, 3º Subprocurador-Geral.

REVISÃO CRIMINAL

Ref. Proc. nº 000206/83/MPDFT

PARECER Nº 123/83/CG

Senhor Procurador-Geral:

O Egrégio Conselho Penitenciário do Distrito Federal encaminha a Vossa Excelência o presente expediente para o fim de se estudar a possibilidade de se efetivar a revisão criminal no processo do sentenciado Nilton Antônio Pereira Neres, condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, por decisão do Tribunal do Júri, em 10 de dezembro de 1980, confirmada pelo Tribunal de Justiça em grau de recurso.

O sentenciado fora acusado de haver, em 22 de julho de 1978, na Ceilândia Norte, desferido um golpe no seu genitor, com um pedaço de madeira, atingindo-o na região parietal esquerda, e de ter, em consequência dessas lesões, descritas no laudo de fls. 08/09 dos autos, Processo nº 1.744/78 do Tribunal do Júri, ora na Vara das Execuções Criminais, causado a morte da vítima.

Condenado por tal fato, verificou-se porém, o Colendo Conselho Penitenciário, em examinando pedido de graça, do sentenciado, a inexistência do nexo causal que liga a conduta ao resultado.

Vejamos os argumentos atinentes:

1º) O golpe desferido na vítima, em 22/07/78, levou o seu autor a conduzi-la ao Hospital Regional de Taguatinga.

2º) Sob a alegação de falta de vaga na enfermaria, foi removido, no dia seguinte — 23/07/78, ao Hospital de Base, onde deu entrada às 12:30 horas.

3º) Neste nosocômio foi submetido a um exame radiológico do crânio, onde recebeu o golpe, concluindo-se: “Não se observa traço de fratura” — fls. 74.

4º) Neste mesmo dia (23/07/78) foi devolvido ao H.R.T., com o diagnóstico: “exame neurológico normal, apesar de sonolento, não se justificando o diagnóstico de TCE” (Traumatismo Cranioencefálico).

5º) No dia 26 de julho, às 14:30 horas, não foi encontrado no seu leito, no Hospital Regional de Taguatinga.

6º) No seguinte, às 12:00 horas, foi encontrado caído e sem vida dentro de uma vala no Setor “O” da Ceilândia Norte.

7º) A perícia do local constatou “uma queda acidental”.

8º) O laudo cadavérico concluiu que a morte se verificou em razão de “hemorragia intracraniana (subdural e subaracnoide) decorrente de lesão por agente contundente” — fls. 08, verso, dos autos.

9º) A pesquisa de álcool no sangue retirado do cadáver, revelou a existência de 0,9 ml por litro, o que se deduz haver a vítima, ao fugir do hospital, ingerido bebida alcoólica.

10º) Sem condições de saúde — vinha sofrendo freqüentes crises tipo “Grande Mal”, no Hospital — associada aos efeitos do álcool — teriam-no conduzido ao acidente.

Estas circunstâncias levaram a ilustre Conselheira Maria Otília Villanova Meyer, do Conselho Penitenciário, a concluir seu voto:

“Assim, a vítima evadiu-se por sua vontade própria, visto estar de posse de suas funções superiores e fez uso de bebidas alcoólicas, caindo, posteriormente, acidentalmente, na referida vala.

Nas diversas tentativas de sair dali, (fls. 24) acabou caindo sobre a região anteriormente atingida, que já oferecia um terreno propício ao desenvolvimento de um traumatismo crânio-encefálico.

Não vemos pois o dolo específico imputado ao suplicante, achando que foi mero acaso da sorte o desenvolvimento dos fatos, posteriores ao ferimento impetrado pelo réu” (fls. 09/10).

Terminando, reconheceu existir possível erro judiciário, sugerindo exame da matéria, por Defensor Público, a fim de se promover a revisão criminal.

Do exposto, concluímos:

1 — Inexistência de relação de causalidade entre a ação do condenado e o resultado morte, pois:

a) o exame radiológico, anterior à queda na vala, não constatou traumatismo crânio-encefálico e o neurológico foi normal.

b) logo, o acidente causador da morte não se encontrava na linha do desdobramento físico da ação anterior.

c) o “animus” impulsionador da ação responsabilizada, diante do imediato socorro e da potencialidade do golpe; que não chegou a causar traumatismo digno, afasta, por sua vez, o elemento subjetivo que, de acordo com a teoria finalista se encontra na ação porque, quando a realiza, o homem pensa no fim que se pretende alcançar, donde concluir-se pela falta do “animus necandi”.

d) superveio causa outra, independente, excluindo a possibilidade da anterior, respondendo, o autor desta, pelos fatos até então verificados.

Logo, a revisão é inevitável, com conseqüente transmutação da pena, de homicídio para lesões corporais.

Aliás, desde o início tal dúvida foi suscitada, havendo a autoridade policial capitulado o fato no art. 129, § 3º do Código Penal — fls. 77 — e, neste sentido formulado consulta ao I.M.L — fls. 56 dos autos.

Somente após a resposta — fls. 75, foi que a autoridade policial passou a entender existir o nexo causal.

Porém, note-se, a resposta médico legal se referiu a uma pergunta hipotética, ou seja:

“2 — As lesões intracranianas que provocaram a morte podem ter ocorrido no mesmo traumatismo que produziu a lesão da região parietal? — fls. 56.

Resposta: Sim — fls. 75.

“Podem ter ocorrido” não significa que ocorreram.

Logo, o juízo é hipotético.

Sendo assim, a dúvida não autorizaria interpretação “in malam partem” porém sempre em favor do réu pois o “in dubio” ainda é “pro réu”.

Quando Promotor Público conduzi a acusação, desde a denúncia até o libelo, mas como outro colega funcionou no Plenário do Júri, não pôde dar pela circunstância, imperando suas razões, por cinco votos, ao ser votado o quesito atinente, o segundo, fls. 126 dos autos.

Neste termos, como “a soberania dos vereditos proferidos pelo Tribunal do Júri não impede, outrossim, a revisão, desde que condenatória a sentença” — J. FREDERICO MARQUES — Elementos de Direito Processual Penal — pág. 334 do vol. 4 — ed. Forense — 1965 — havendo sentença condenatória com trânsito em julgado, contrária, em tese, à evidência da prova técnica existente nos autos, sugiro a Vossa Excelência enviar estas peças ao Defensor Público em exercício na Vara das Execuções Criminais para, se assim entender, propor a ação de revisão, restauradora da verdadeira Justiça.

Brasília, 24 de outubro de 1983. — **Everards Mota e Matos**, Curador — Assessor Chefe do Gabinete.

AGENTE DIPLOMÁTICO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PENAL

Proc. nº 2.238/83/PCDF

PARECER Nº 22/83/CG

Senhor Procurador-Geral:

O presente expediente noticia a ocorrência de um homicídio culposo, proveniente do acidente de trânsito que vitimou fatalmente JOÃO PEREIRA CAMPOS.

O fato se verificou por volta das 21:00 horas do dia 4 de fevereiro passado, no Eixo Rodoviário Norte, nas condições descritas na ocorrência policial de nº 280/83 (fls. 03).

Seu autor é o Coronel DOMENICO ZACCHEO, do Exército italiano, ora nas funções de Adido Militar daquele País, acreditado junto ao Governo brasileiro.

Nestas circunstâncias, como Agente Diplomático, goza de imunidade da jurisdição penal brasileira, **ex vi** do disposto no inciso 1º do artigo 31 da Convenção de Viena, **in verbis**:

“O Agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado...”

Tal é uma resultante do princípio de inviolabilidade pessoal do diplomata.

Porém, sem embargo de ser reconhecida como absoluta a imunidade jurisdicional em matéria penal, a Justiça do Estado acreditado poderá julgar o diplomata se este expressamente renunciar ao seu direito, pois não modifica tal fato o caráter da imunidade penal.

Neste sentido, G.E. do NASCIMENTO E SILVA, Embaixador, Professor do Instituto Rio Branco e Secretário-Geral da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ao comentar a primeira parte do inciso 1º — art. 31 — da Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas — 2ª ed. Brasília — 1972 — pág. 144.

Como não houve renúncia expressa, o Agente Diplomático se sujeitará à Jurisdição do Estado acreditante, conforme explicita o inciso 4º do art. 31 da retro citada Convenção, **in literis**:

“A imunidade de jurisdição de um Agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.”

Logo, deverá se submeter às leis e à jurisdição da Itália.

Para tanto, as autoridades policiais brasileiras, especificadamente as de Brasília, local do evento, deveriam colher todos os elementos probatórios necessários à instrução processual.

Entretanto, devido a uma particularidade de nossa legislação, os crimes de homicídio culposo obedece ao rito sumário, iniciando-se o processo crime já na fase policial.

Desta forma, por incompatíveis, os atos jurisdicionais policiais não mereceram a tramitação, ficando a **notitia criminis** consubstanciada nas peças presentes.

Sendo bastantes a certeza da autoria e da materialidade, há de serem levadas ao Estado acreditante.

Para tanto, deve-se servir do Órgão diretamente responsável — o Ministério das Relações Exteriores.

O seu acionamento, para os fins em exame, depende da conveniência a ser manifestada pela autoridade que representa a Justiça do Brasil — o Exmº Senhor Ministro da Justiça.

Nestes termos, opino pelo envio do expediente examinado ao Órgão competente que, a nível de Ministério, acionará o Relações Exteriores.

Brasília, 8 de abril de 1983. — **Everards Mota e Matos**, Curador — Assessor Chefe do Gabinete.

NOTICIÁRIO

SAUDAÇÃO AOS NOVOS DEFENSORES PÚBLICOS

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

Procurador-Geral

Devo dizer aos empossandos da grande satisfação com que os recebe o Ministério Público, felicitando-os pelo êxito alcançado na maratona do concurso de provas e títulos a que se submeteram para fazerem jus a este ingresso.

Vencida a primeira parte do processo seletivo — o concurso de provas e títulos — entram Vossas Excelências agora na segunda fase desse grande e penoso processo — o do estágio probatório, destinado a dar-lhes estabilidade ao cabo de dois anos.

Durante esse longo período, cumpre-lhes demonstrar perante o Conselho Superior da Instituição requisitos de ordem pessoal definidos em lei como idoneidade moral, assiduidade, disciplina e eficiência funcional.

É desejo ardente de todos os colegas que ora festivamente os recebem, que não haja nessa segunda fase nenhum insucesso e que todos façam por merecer, ao final, uma festiva e consagrada confirmação no cargo.

Caros Colegas.

Já foi dito lapidarmente por um veterano e culto membro de nossa Instituição, que nós, os Promotores, “não somos modelos de moralidade nem de comportamento, mas devemos situar-nos em nível elevado de moralidade e de comportamento”. (*)

Tão importante é o lastro ético para alguém que se dispõe ao sacerdócio do Ministério Público, que o grande CÉSAR SALGADO lhe compôs um Decálogo quase evangélico:

“DECÁLOGO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA”

I — Ama a Deus acima de tudo, e vê no homem, mesmo desfigurado pelo crime, uma criatura à imagem e semelhança do Criador.

(*) Curador Orlandino Batista de Freitas, palestra intitulada “Novas Responsabilidades para o Promotor Público”.

II — Sê digno de tua grave missão. Lembra -te de que falas em nome da Lei, da Justiça e da Sociedade.

III — Sê probô. Faze de tua consciência profissional um escudo invulnerável às paixões e aos interesses.

IV — Sê sincero. Procura a verdade, e confessa-a, em qualquer circunstância.

V — Sê justo. Que teu parecer dê a cada um o que é seu.

VI — Sê nobre. Não convertas a desgraça alheia em pedestal para teus êxitos e cartaz para tua vaidade.

VII — Sê bravo. Arrosta os perigos com destemor, sempre que tiveres um dever a cumprir, venha o atentado de onde vier.

VIII — Sê cortês. Nunca te deixes transportar pela paixão. Conserva a dignidade e a compostura, que o decoro de tuas funções exige.

IX — Sê leal. Não macules tuas ações com o emprego de meios condenados pela ética dos homens de honra.

X — Sê independente. Não te curves a nenhum poder, nem aceites outra soberania, senão a da lei.”

Outro de seus grandes paladinos, o Procurador OSCAR XAVIER DE FREITAS, legou-lhe estas lapidares reflexões:

“Aos que se iniciam no Ministério Público permito-me dizer que a experiência ensina por quantos modos o promotor pode perder a autoridade.

“Perde a autoridade quem mostra despreço pelos valores culturais da comunidade a que serve porque é facilmente ridicularizado.

Também perde a autoridade quem se recusa ao convívio com a sociedade que deva defender ou quando a agride, residindo fora da comarca, como se merecesse melhor destino do que os comarcanos.

Perde a autoridade o que não é discreto no exercício de suas funções porque as oferece ao julgamento dos apaixonados e dos interessados.

Perde a autoridade quem aprecia a popularidade porque pela popularidade se corrompe e corrompe a justiça que deva promover.

Perde a autoridade o que toma partido e adota facções porque, mesmo isento, não se mostra isento a todos.

Perde a autoridade o que se dedica a atividades incondizentes com as funções do cargo, porque autoriza a especulação sobre a

confusão que se possa fazer entre os próprios interesses e os interesses da justiça.

Perde a autoridade o que cultiva pendências inúteis com o juiz, com o advogado, com o delegado, porque degrada a justiça a um jogo de vaidades.

Perde a autoridade o que não sendo sereno toma a ausência de serenidade por combatividade e, assim, não propõe justiça e nem debate a causa, mas a confunde.

Perde a autoridade o acomodado, o displicente e o despreparado, mas mais perde o que se preocupa demais com a própria carreira porque se perde em exibicionismos e se perde em gestões duvidosas.

Perde, finalmente, a autoridade o inconstante na vida privada porque se mostra fraco e corruptível e agride os padrões morais da comunidade.”

De minha parte, modestamente, permito-me dizer-lhes que a experiência também ensina alguns modos através dos quais o Promotor dignifica a sua função e constrói a sua dignidade.

Assim o faz, quando tem como meta a permanente reconstrução do homem e da sociedade, porque embora negativa a matéria-prima com que vai lidar — o crime e os desajustamentos humanos — construtiva é a sua missão.

Assim o faz, quando procura alicerçar a sua autoridade no exemplo de sua conduta e não na força do seu poder, porque nunca estará exigindo do seu semelhante mais do que de si próprio.

Assim o faz, quando se põe a serviço do seu trabalho e não o trabalho a seu serviço, porque estará sempre procurando servir antes de ser servido.

Assim o faz, quando cultiva a Fé, a Esperança e a Caridade, porque saberá encontrar a razão de viver, terá a certeza da eternidade e encontrará equilibrada forma de agir.

Assim o faz, quando pratica permanente exercício de aperfeiçoamento individual, porque, não podendo tornar-se estacionário no bem, não correrá o risco de degradar-se no mal.

Assim o faz, quando combate o crime, mas preserva o homem, porque não corre o risco de sugerir em seu nobre ofício uma terapêutica letal para o destinatário de sua ação.

Assim o faz, quando põe consciência em todas as suas ações, para que nunca seja colhido pelo drama íntimo do ato irrefletido.

Há pouco, em saudação feita a um Desembargador que se empossava no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, citei trecho de um discurso do grande

orador francês, LACORDAIRE, pronunciado do alto do púlpito de Notre Dame. Não resisto à tentação de repetir aqui essa magistral citação, tão sábia quão adequada ao momento.

Disse aquele grande pregador sacro:

“Mas o direito é a face egoística das relações, enquanto o dever é a sua face generosa e dedicada, e é por isso que há uma diferença completa, que vai do céu à terra, do devotamento ao egoísmo, entre constituir uma sociedade sobre o dever, ou constituí-la sobre o direito. Também o Evangelho, que é a própria naturalização da caridade, não é uma declaração dos direitos do homem, mas uma declaração dos seus deveres. E daí decorre todo o sistema da defesa evangélica contra a perseguição pagã. Quando BOSSUET, falando de um modo mais geral da defesa do direito, quis dela dar a fórmula em sua “POLÍTICA SAGRADA”, escreveu esta palavra admirável, que todo mundo conhece: “—Não há direito contra o direito”. Todavia, conquanto seja enérgica e verdadeira essa palavra, ainda não é a fórmula verdadeiramente cristã; a fórmula verdadeiramente cristã é esta: — Não há direito contra o dever.”

Sejam bem-vindos ao nosso convívio, meus nobres e caros colegas.

DISCURSO DO PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, CURADOR DR. HELÊNIO RIZZO, POR OCASIÃO DA POSSE DE 21 NOVOS DEFENSORES — Dia 8 de junho (sexta-feira) de 1984.

É para nós Membros do Ministério Público do Distrito Federal um grande momento.

Momento de satisfação, momento de expectativa quando incorporando a nós 21 novos Defensores Públicos que irão preencher imenso vago deixado recentemente por saudosos colegas que optando pela Magistratura deixaram a Instituição.

Mais nem tudo está perdido e ninguém é insubstituível.

Já dizia André Gide que:

“As nuvens às vezes tomam as formas de um dragão mas basta um pequeno sopro para dissipá-las.”

Os colegas que ora chegam passaram por um seletivo processo cujo concurso público a que submeteram vem demonstrar estarem possuídos de capacitação profissional, de adequação perfeita para o exercício do cargo.

Não vai aqui qualquer outra interpretação pelos presentes, mas,

“Se helenos fôssemos, se na Grécia antiga estivéssemos, com certeza estaríamos neste momento assistindo ao lançamento de mais uma pedra branca, símbolo dos grandes acontecimentos.”

Que se marque, neste momento, a continuação de grandeza de nossa Instituição que, dia a dia, se aparelhando para o exercício de seus nobres misteres forme na ideiação de todos a certeza de que melhores dias virão e aqui neste momento se inicie o banimento das dúvidas e incertezas de sombrio futuro, com a realização dos sonhos que temos sonhado para uma classe onde se ingressam aqueles predestinados à liderança, por terem como fonte normativa do cotidiano da vida, a perquirição da excelsa verdade, não permitindo que as derrotas os abatam e que as vitórias os tornem soberbos e tiranos.

Temos a satisfação de dizer que sem sombras de dúvidas somos os sentinelas alertas na vigília à manutenção pública, para que os cidadãos possam

tranqüilamente dar seus esforços no desenvolvimento da amada e sempre idolatrada mãe Pátria.

Para que se afastem interpretações equívocas a respeito de nosso pensamento, afirmamos a todos que compõem este seletivo auditório que, nós, do Ministério Público, temos também como norma de conduta as já há muito lançadas e nunca esquecidas palavras do Papa Leão XIII quando em sua Encíclica *Rerum Novarum* esclarecia a todos que a natureza:

“realmente estabeleceu entre os homens diferenças tão multiplas como profundas, diferenças de inteligências, de talento, de habilidade, de saúde, de força; diferenças necessárias, de onde nasce espontaneamente a desigualdade das condições. Esta desigualdade, por outro lado, reverte em proveito de todos, tanto da sociedade como dos indivíduos; porque a vida social requer um organismo variado e funções muito diversas; e o que leva precisamente os homens a partilharem estas funções é, principalmente, a diferença de suas respectivas condições.”

Ao fazermos a apologia de nossa destinação histórica é por compreendermos e sentirmos que a verdade da vida e a verdade da Justiça, somente podem ser reconhecidas, demonstradas e aplicadas, se tivermos um coração puro e u'a mente sadia plenas de fê que é vida e que nos eleva em vôo aos céus, e consciência de que Deus é o Poder de tudo sobre todos, e que Ele em sua sublime Acrosófia, é o caminho da Luz, da verdade, da Justiça e do bem.

Para atingirmos este grau de compreensão e de conscientização, tivemos que nos tornar verdadeiros espartanos, herdando daqueles que se foram no Passado longínquo, um escudo de fê que vem garantido a sobrevivência e fortalecimento da Instituição contra os ataques de forças quase que infernais.

A sementeira lançada pelos nossos ancestrais e que o grande César Salgado cultivou, embora de demorada germinação, requerendo às vezes, trágica e comovente adubagem, já desponta da terra como uma réstia de luz ou pálido raio de sol nascido da terra outoniça, como que nos avisando de que um dia seremos realmente grandes para que possamos realizar obras de melhor destaque.

Esse dia colegas, parece-nos não estar muito distante.

Aguardemos!

Assim é que dirigindo-me a todos colegas ora empossados, esta mensagem de esperanças às esperanças de todos, de que surgirá em breve no horizonte, a luz que irá retirar da escuridão todas nossas justas reivindicações, tornando-as efetivas, pois a noite não é tão escura, embora distante a madrugada e continuemos aguardando o raiar da aurora.

Colegas, novos defensores, sejam bem-vindos, são os votos de todos os nós e em particular de toda a diretoria da AMPDFT.

Ao optarem pelo exercício dessa nova função ministerial irão encontrar e viver grandes momentos.

Sem temor aos obstáculos não seria por demais trazer a todos vós os ensinamentos de Calamandrei in “Elogio dos Juizes”

“Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil segundo me parece, é do Ministério Público. Este como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; e como guarda inflexível da Lei devia ser tão imparcial como um Juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido de equilíbrio se arrisca — momento a momento — a perder por amor a sinceridade e generosa combatividade do defensor; ou por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.”

O crescimento do Ministério Público é indiscutível em toda Nação, quer por influência de fatores vários, como o vertiginoso aumento demográfico e do Distrito Federal principalmente acarretando correspondente acréscimo dos serviços da Administração que se estende também aos longínquos Territórios, a complexidade dos fatores sociais, determinando a maior presença do Estado nas relações humana, e, ainda, a própria diversificação das atividades judiciárias, fazendo cada vez mais difícil a tarefa atribuída ao Ministério Público, tanto em sua atuação dentro do processo criminal e civil, como nos serviços extraprocessuais.

Para enfrentar tantas dificuldades causadas pelo seu crescimento é necessário, outrossim, o contínuo aperfeiçoamento técnico dos Membros do Parquet, não deixando esquecidos os que estão nas distantes circunscrições judiciárias, os que se assoberbam com a rotina dos trabalhos, ou os que são dominados pela falta de estímulo.

Contem com nossa colaboração, a mesma que temos tido da nossa mais Alta Chefia, pois nós os conhecemos a todos sabendo cidadãos dignos e conscientes de suas responsabilidades e, o que é mais importante, vendo em cada um, um amigo e irmão.

Certos estamos que haverão de preponderar sempre no reconhecimento das exatas e respeitáveis dimensões dessa nobre Instituição que é o Ministério Público, reconhecida com a inteireza da Justiça e do respeito que se lhe devam tributar, como uma das vigas-mestras do equilíbrio institucional da Nação, pela sua relevância e seus altos desígnios tão bem definidos na oportuna conceituação de Seabra Fagundes de que “no Ministério Público arma a sociedade, os cavaleiros, para a luta pelo Direito exatamente no que esta exprime de mais nobre, nele mobilizando o Estado aqueles que, em nome de todos, devem resistir a Injustiça ultrajante de que nos fala Ihering.

O Ministério Público, como peça de real importância no mecanismo da estrutura estatal, vem obtendo realce com justificada e intransferível

respeitabilidade, à vista dos relevantes misteres que lhe são atribuídos no dia-a-dia da vida social e política da Nação.

Deve aqui também ser relembradas as palavras do ex-Presidente Médici, quando da realização do IV Congresso Interamericano do Ministério Público em Brasília de que:

“O governo brasileiro dá especial realce ao Ministério Público, instituição encarregada de zelar pela ordem e pelo cumprimento da Lei.”

ênfatizando ainda aquele preclaro estadista que:

“tal realce está traduzido em termos da nossa carta política” e que “o regime vigorante no Brasil encontra no Ministério Público um de seus fundamentos, pois lhe cabe, entre outras importantes missões, a de acusar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos perante o Poder Judiciário.”

Esta, novos colegas, é a Instituição que passam a pertencer cerrando, todos nós, uma grande fileira em prol; continuaremos a ser, com o equilíbrio e a independência que sempre caracterizaram nosso comportamento no exercício dos misteres que nos foram cometidos, aqueles mesmos soldados a serviço do bem social, pugnando pelos direitos da sociedade e do Estado quando eles os tiverem e contra qualquer um que aos mesmos se oponham.

Sejam bem-vindos!

UMA PÁGINA DE SAUDADE



A nove de julho de 1984, perdemos a Dr^a Isacléria de Brito, que exerceu, desde 1964, as funções de secretária particular do Procurador-Geral.

Nesse longo período, a prezada servidora prestou os mais assinalados serviços ao Ministério Público e granjeou a amizade de quantos privaram do seu convívio.

A Revista do Ministério, neste seu primeiro número, por dever de justiça e gratidão, registra a lamentável ocorrência, que causou grande consternação entre os colegas de trabalho e no seio da corporação do Ministério Público.

DECLARAÇÃO DE VOTO NO TCU

Ao julgar esta Corte a aposentadoria da funcionária Neuza dos Anjos, julgo-me no dever de expressar meus louvores à atuação desta exemplar servidora, sob pena de ser omisso.

D. Neuza, como a chamávamos carinhosamente, foi uma das componentes daquele bravo pugilo de lutadores que compunham a equipe de apoio do Ministério Público do Distrito Federal.

Naqueles primeiros anos de Brasília, lutava o Ministério Público com as maiores dificuldades para conseguir se instrumentalizar tanto de materiais como de pessoal que desse apoio àquele notável **parquet**, recrutado em concurso em todos os Estados da Federação e cujos componentes hoje são ilustres Ministros do Tribunal Federal de Recursos, Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal Regional Eleitoral e, por sinal, três deles ocupando as respectivas Presidências: Ministro José Fernandes Dantas (Tribunal Federal de Recursos), Desembargador Antonio Honório Pires de Oliveira Júnior (Tribunal de Justiça do Distrito Federal), Desembargador Eduardo Andrade (Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal).

Isso sem falar nos remanescentes integrantes que decidiram permanecer fiéis à instituição, aos quais homanegeio na pessoa do seu Procurador-Geral, o eminente Dr. José Dilermando Meireles.

Sob a então chefia de Guimarães Lima e de Artur Sebastião César da Silva, D. Neuza, através de seu trabalho e dedicação, se fez merecedora desse registro nesta alta Corte de Contas.

D. Neuza teve sorte melhor que suas colegas Maria das Dores e Isacléria Brito Pereira que vieram a falecer nesse *iter* titânico em prol do serviço público brasileiro. Mesmo assim se viu atingida por doença especificada em lei.

Os benefícios que o Tribunal de Contas da União hoje lhe reconhece são apenas um ato de justiça tardia que se lhe faz e que tem a chancela do Direito Sumular do prestigioso Tribunal Federal de Recursos e agora *ius positum* por decreto-lei.

Sala das Sessões, 14 de agosto de 1984. — **Lincoln Magalhães da Rocha**, Ministro-Substituto.

LEI Nº 6. 750, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1979 *

Dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

Das Disposições Preliminares

Art. 1º Esta Lei organiza a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e regula o funcionamento dos seus serviços auxiliares.

Art. 2º Compõem a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

I — o Tribunal de Justiça;

II — o Conselho da Magistratura;

III — os Tribunais do Júri;

IV — os Juízes de Direito do Distrito Federal;

V — os Juízes de Direito Substitutos do Distrito Federal;

VI — os Juízes de Direito dos Territórios;

VII — os Juízes de Paz do Distrito Federal; e

VIII — os Juízes de Paz dos Territórios.

Art. 3º A competência dos magistrados em geral fixar-se-á pela distribuição dos feitos, alternada e obrigatória, na forma da lei.

TÍTULO II

Das Circunscrições dos Territórios

Art. 4º Os Territórios Federais do Amapá, Rondônia e Roraima ficam divididos nas seguintes circunscrições judiciais, segundo os limites estabelecidos, respectivamente, pela Lei nº 3.055, de 22 de dezembro de 1956, Decreto nº 81.272, de 30 de janeiro de 1978 e Lei nº 2.495, de 27 de maio de 1955:

* Com a redação que lhe deu a Lei nº 7.086, de 22 de dezembro de 1982.

I — TERRITÓRIO FEDERAL DO AMAPÁ:

- 1ª Circunscrição, Macapá;
- 2ª Circunscrição, Mazagão;
- 3ª Circunscrição, Amapá;
- 4ª Circunscrição, Calçoene;
- 5ª Circunscrição, Oiapoque.

II — TERRITÓRIO FEDERAL DE RONDÔNIA:

- 1ª Circunscrição, Porto Velho;
- 2ª Circunscrição, Ji-Paraná;
- 3ª Circunscrição, Guajará-Mirim;
- 4ª Circunscrição, Cacoal;
- 5ª Circunscrição, Ariquemes;
- 6ª Circunscrição, Vilhena;
- 7ª Circunscrição, Pimenta Bueno.

III — TERRITÓRIO FEDERAL DE RORAIMA:

- 1ª Circunscrição, Boa Vista;
- 2ª Circunscrição, Caracarái.

TÍTULO III

Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

CAPÍTULO I

Da Composição

Art. 5º O Tribunal de Justiça, com sede no Distrito Federal, compõe-se de quinze Desembargadores, nele exerce a sua jurisdição assim como nos Territórios.

§ 1º O Tribunal divide-se em três Turmas especializadas, compostas de quatro Desembargadores, sendo uma criminal e duas cíveis.

§ 2º A Presidência da Turma será exercida pelo sistema de rodízio, na forma fixada pelo Regimento Interno.

§ 3º O Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor integram o Tribunal Pleno, sem exercerem as funções de Relator e Revisor, votando o primeiro apenas nos casos de empate ou quando o julgamento depender de **quorum** qualificado para apuração do resultado.

§ 4º O Regimento Interno estabelecerá os casos em que o Presidente terá voto nas questões administrativas.

Art. 6º O Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor serão eleitos por seus pares na forma do disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e pelo prazo de dois anos, vedada a reeleição.

§ 1º Vagando os cargos de Presidente ou de Vice-Presidente, realizar-se-á nova eleição, salvo se faltar menos de seis meses para o término do mandato, caso em que a substituição se fará, do Presidente pelo Vice-Presidente, e deste pelo Desembargador mais antigo.

§ 2º Vagando o cargo de Corregedor, realizar-se-á nova eleição.

Art. 7º A substituição de Desembargador processar-se-á na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

§ 1º A convocação de Juízes far-se-á dentre os Juízes de Direito do Distrito Federal, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

§ 2º Semestralmente, o Presidente do Tribunal fará publicar a relação dos Juízes de Direito que possam concorrer à substituição eventual de Desembargador, por sorteio. No prazo de 5 (cinco) dias, após a publicação da lista qualquer interessado poderá reclamar ao Tribunal Pleno.

Art. 8º Não poderão ter assento na mesma Turma do Tribunal de Justiça, Desembargadores, cônjuges ou parentes em linha reta ou colateral, inclusive por afinidade, até o terceiro grau.

Parágrafo único. Nos julgamentos (vetado), a intervenção de um dos Desembargadores, nos casos de que trata este artigo, determinará o impedimento do outro, procedendo-se à sua substituição, quando necessário, pela forma determinada no Regimento Interno.

CAPÍTULO II

Da Competência

SEÇÃO I

Da Competência do Tribunal de Justiça

Art. 9º Compete ao Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri, os Governadores do Distrito Federal e dos Territórios; o Procurador-Geral da Justiça e os demais membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; o Procurador-Geral e os Secretários do Governo do Distrito Federal e dos Governos dos Territórios.

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Juízes de Direito do Distrito Federal, os Juízes de Direito Substitutos, os Juízes de Direito dos

Territórios e os Juizes Temporários dos Territórios (art. 91), ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

c) os mandados de segurança contra atos do Presidente do próprio Tribunal e de qualquer de seus órgãos e membros; do Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios; dos Juizes do Distrito Federal e Territórios; do Governador do Distrito Federal; do Tribunal de Contas do Distrito Federal e de qualquer de seus membros; dos Secretários de Governo do Distrito Federal; dos Governadores dos Territórios e de seus Secretários;

d) os **habeas corpus**, quando o constrangimento apontado provier de ato de quaisquer das autoridades indicadas na alínea anterior;

e) os conflitos de competência entre órgãos do próprio Tribunal ou entre Juizes que integrem a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;

f) as ações rescisórias, as revisões criminais e os pedidos de desaforamento;

g) os pedidos de uniformização de sua jurisprudência;

h) os embargos infringentes dos julgados e outros recursos interpostos contra as decisões das Turmas, na forma que dispuser o Regimento Interno;

i) os embargos aos seus acórdãos;

j) as reclamações formuladas pelas partes ou pelo Ministério Público, no prazo de cinco dias, contra ato ou omissão de Juiz, de que não caiba recurso, ou que, importando em erro de procedimento, possa causar dano irreparável ou de difícil reparação.

II — julgar as suspeições opostas aos Magistrados e ao Procurador-Geral;

III — (Vetado);

IV — julgar a exceção da verdade, nos casos de crime contra a honra, em que o querelante tenha direito a foro por prerrogativa de função;

V — Julgar os recursos das decisões dos membros do Tribunal, nos casos previstos nas leis de processo e em seu Regimento Interno;

VI — executar as setenças que proferir, nas causas de sua competência originária, podendo delegar aos Juizes de primeiro grau a prática de atos não decisórios;

VII — aplicar sanções disciplinares aos Magistrados e decidir, para efeito de aposentadoria, sobre sua incapacidade física ou mental;

VIII — demitir os funcionários integrantes dos serviços auxiliares do Tribunal de Justiça;

IX — indicar para nomeação os candidatos aprovados em concurso para ingresso na magistratura, sempre que possível em lista tríplice;

X — elaborar lista tríplice para o preenchimento das vagas correspondentes ao quinto reservado aos advogados e membros do Ministério Público, bem como para a escolha dos advogados que devam integrar o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal;

XI — eleger os Desembargadores e Juizes de Direito que devam integrar o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal;

XII — indicar o Juiz que deva ser promovido por antiguidade e, em lista tríplice, o que o deva ser por merecimento;

XIII — designar Juiz Diretor do Foro das Circunscrições do Distrito Federal e das Circunscrições dos Territórios, cujas atribuições serão fixadas pelo Tribunal;

XIV — elaborar o Regimento Interno do Tribunal, de sua Secretaria e das Subsecretarias da Justiça dos Territórios;

XV — conceder férias e licenças aos magistrados e aos funcionários da Secretaria do Tribunal, bem como relevar e justificar suas faltas;

XVI — organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, na forma da lei;

XVII — decidir sobre matéria administrativa pertinente à organização e ao funcionamento da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;

XVIII — organizar os concursos para o ingresso na magistratura do Distrito Federal e dos Territórios;

XIX — designar Juiz Diretor da Subsecretaria da Justiça, em cada uma das Capitais dos Territórios, definindo suas atribuições;

XX — organizar os concursos públicos para provimento dos cargos de servidores do primeiro grau de jurisdição, bem como dos serventuários dos cartórios extrajudiciais;

XXI — exercer as demais atribuições que lhe são conferidas pela Constituição ou por lei.

§ 1º O Tribunal Pleno somente se reunirá com a presença de, no mínimo oito Desembargadores.

§ 2º Sempre que for exigido **quorum** especial para deliberação do Tribunal Pleno, a verificação se fará antes do início da sessão ou do julgamento, não se alterando o **quorum** em virtude de interrupção de licença ou férias de Desembargador.

§ 3º O procedimento das reclamações de que trata a alínea “j”, do inciso I, será regulado pelo Regimento Interno, podendo o Relator suspender a execução do ato impugnado, liminarmente, por prazo não superior a sessenta dias.

SEÇÃO II

Da Competência das Turmas

Art. 10. Compete às Turmas especializadas:

Às Turmas Cíveis:

I — julgar os recursos de:

- a) apelação;
- b) agravo de instrumento;
- c) embargos de declaração aos seus acórdãos;
- d) (Vetado);
- e) o agravo regimental contra ato do Relator.

II — a remessa de ofício.

À Turma Criminal:

I — processar e julgar, originariamente:

a) conflitos de atribuições que não sejam da competência do Tribunal Pleno;

b) os **habeas corpus**, quando o co-autor ou paciente for funcionário ou autoridade, inclusive Juiz de Direito, cujos atos estejam diretamente subordinados à jurisdição do Tribunal de Justiça, ressalvada a competência do plenário.

II — julgar, em recurso ordinário:

- a) os **habeas corpus** julgados em 1º grau de jurisdição;
- b) as apelações;
- c) os recursos em sentido estrito (Vetado);
- d) os embargos de declaração aos seus acórdãos;
- e) os interpostos **ex-officio**;
- f) (Vetado);
- g) as cartas testemunháveis e agravo regimental contra ato de Relator.

SEÇÃO III

Da Competência do Conselho da Magistratura.

Art. 11. O Conselho da Magistratura, integrado obrigatoriamente pelo Presidente, pelo Vice-Presidente e pelo Corregedor, terá composição e competência fixadas pelo Regimento Interno (art. 104 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Parágrafo único. Nos períodos de paralisação dos trabalhos do Tribunal, o Conselho exercerá as funções jurisdicionais que lhe forem conferidas pelo Regimento Interno.

SEÇÃO IV

Da Competência do Presidente

Art. 12. Compete ao Presidente:

I — administrar e dirigir os trabalhos do Tribunal, bem como presidir as sessões plenárias e as do Conselho da Magistratura;

II — representar o Poder Judiciário do Distrito Federal e dos Territórios em suas relações com os outros Poderes e autoridades;

III — praticar todos os atos processuais nos recursos e feitos de competência originária do Tribunal, antes da distribuição ou depois de exaurida a competência do Relator;

IV — determinar a suspensão dos serviços judiciários, quando ocorrer motivo relevante;

V — dar posse aos magistrados, aos funcionários da Secretaria do Tribunal e dos serviços auxiliares da Justiça;

VI — designar Juiz de Direito Substituto e Juiz de Direito dos Territórios para exercerem as funções a eles conferidas por esta Lei;

VII — prover os cargos dos serviços auxiliares do Tribunal de Justiça, na forma da lei;

VIII — impor penas disciplinares aos funcionários da Secretaria do Tribunal, salvo aos da Corregedoria;

IX — comunicar, trimestralmente, ao Conselho da Magistratura a relação dos processos conclusos aos Desembargadores e Juízes, com a data da respectiva conclusão;

X — fixar a retribuição pecuniária devida por outros órgãos e entidades oficiais, bem como pelas serventias não remuneradas pelos órgãos públicos, ou por quaisquer outros serviços, pela ocupação de áreas do Palácio da Justiça, seus anexos ou próprios do Tribunal, no Distrito Federal e nos Territórios;

XI — presidir a audiência de distribuição dos feitos de competência do Tribunal Pleno e das Turmas, fazendo-a pessoalmente nos casos de urgência;

XII — organizar e mandar publicar, anualmente, as listas de antigüidade dos magistrados;

XIII — apresentar, anualmente, até o dia 1º de março, ao Tribunal, relatório circunstanciado das atividades do Judiciário;

XIV — declarar a deserção de recursos, nos casos previstos em lei;

XV — praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei e no Regimento Interno.

§ 1º Da audiência de distribuição, que será pública e terá dia e hora designados, participarão o Procurador-Geral da Justiça, ou um Procurador da Justiça por ele designados, e advogado designado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal.

§ 2º A eventual ausência do membro do Ministério Público ou do advogado não impede a realização do ato, contanto que sejam previamente notificados.

SEÇÃO V

Da Competência do Vice-Presidente.

Art. 13. Compete ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios substituir o Presidente em suas faltas e impedimentos, bem como praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei ou no Regimento Interno.

Parágrafo único. O Vice-Presidente e o Corregedor serão substituídos em suas faltas e impedimentos pelos Desembargadores mais antigos.

SEÇÃO VI

Da Competência do Corregedor da Justiça

Art. 14. Compete ao Corregedor:

I — realizar as correições gerais e parciais sobre as serventias judiciais e extrajudiciais do Distrito Federal e dos Territórios, na forma desta Lei e do Regimento Interno;

II — expedir provimentos e instruções necessárias ao bom funcionamento dos serviços a cargo dos funcionários e serventuários;

III — aplicar penas disciplinares aos serventuários judiciais e extrajudiciais e aos que estejam servindo na Corregedoria;

IV — elaborar a escala mensal dos Juízes Criminais e Substitutos que deverão conhecer, nos dias em que não houver expediente forense, dos pedidos de **habeas corpus**, das representações por prisão preventiva ou incomunicabilidade de indiciados;

V — designar Juízes para, durante os períodos de recesso, conhecerem das medidas urgentes, em geral;

VI — determinar o número de servidores com fé pública;

VII — presidir os inquéritos instaurados contra magistrados e Juízes de Paz;

VIII — organizar os Concursos Públicos para provimento dos cargos de servidores do primeiro grau da jurisdição, bem como dos serventuários dos cartórios extrajudiciais;

IX — designar os serventuários e funcionários para os cartórios judiciais e extrajudiciais em que devam ter exercício e transferi-los de acordo com as conveniências dos serviços, nestes últimos ouvidos os seus Titulares;

X — orientar o serviço de distribuição dos feitos do primeiro grau de jurisdição, baixando as normas necessárias para sua execução;

XI — autorizar a contratação de pessoal pelos titulares das serventias não remuneradas pelos cofres públicos;

XII — regular a atividade dos Juízes de Paz;

XIII — conhecer os recursos relativos a penalidades impostas pelos Juízes;

XIV — praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei ou no regimento Interno do Tribunal;

§ 1º O Corregedor poderá delegar a Juízes a realização de correições nas serventias extrajudiciais e a presidência de inquéritos administrativos, salvo para apurar falta atribuída a magistrados ou Juiz de Paz.

§ 2º A correição geral dos Territórios será feita pessoalmente pelo Corregedor e abrangerá, no mínimo, em cada ano, a metade das Circunscrições neles existentes, de forma que, no final do biênio, estejam todas inspecionadas.

CAPÍTULO III

Do Procedimento e Julgamento no Tribunal

Art. 15. O Regimento Interno disciplinará o procedimento e o julgamento dos feitos pelo Tribunal, obedecido o disposto na lei processual e nesta Lei.

Art. 16. Nos julgamentos, após o relatório, será facultado a qualquer dos juízes pedir reunião em Conselho, para esclarecimentos, em sessão reservada.

Parágrafo unico. Os votos serão sempre proferidos em sessão pública, a não ser nos casos em que se processe o julgamento em segredo de Justiça.

Art. 17. Após a distribuição e até a inclusão em pauta para julgamento, o Relator presidirá o processo, determinando a realização de diligências que entender necessárias.

Parágrafo único. Verificando o Relator que a competência da causa é de outra Turma, encaminhará os autos, por despacho, à redistribuição.

Art. 18. Nas ações criminais, da competência originária do Tribunal, o julgamento se fará em sessão secreta, sem a presença das partes.

Parágrafo único. Da decisão, que será lavrada pelo autor do primeiro voto vencedor, constarão os respectivos fundamentos, sem mencionar quem lavrou ou proferiu voto vencido.

TÍTULO IV

Do Primeiro Grau de Jurisdição no Distrito Federal

CAPÍTULO I

Da Composição e da Competência

Art. 19. A magistratura de primeiro grau do Distrito Federal compõe-se de Juizes de Direito e Juizes Substitutos em número constantes do Anexo, com jurisdição em todo o Distrito Federal e competência nos termos do art. 20.

Art. 20. A Justiça de primeiro grau do Distrito Federal compreende, com jurisdição:

I — em todo o território do Distrito Federal:

04 (quatro) Varas de Fazenda Pública;

01 (uma) Vara de Menores;

01 (uma) Vara de Execuções Criminais;

01 (uma) Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas;*

01 (uma) Vara de Acidentes do Trabalho;

02 (duas) Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais;

II — nas Circunscrições Judiciárias de Brasília, Sobradinho e Planaltina, com sede na primeira:

01 (um) Tribunal do Júri;

III — nas Circunscrições Judiciárias de Taguatinga, Gama e Brazlândia, com sede na primeira:

02 (dois) Tribunais do Júri;

IV — na Circunscrição Judiciária de Brasília:

10 (dez) Varas Cíveis;

06 (seis) Varas de Família;*

01 (uma) Vara de Órfãos e Sucessões;*

08 (oito) Varas Criminais;

03 (três) Varas de Delitos de Trânsito;

V — na Circunscrição Judiciária de Taguatinga:

03 (três) Varas Cíveis;

03 (três) Varas de Família, Órfãos e Sucessões;

05 (cinco) Varas Criminais;

* Sobre competência, consultar, neste volume, a Lei nº 7.086, de 22-12-82.

- 02 (duas) Varas de Delitos de Trânsito;
- VI — na Circunscrição Judiciária do Gama:
 - 02 (duas) Varas Cíveis;
 - 02 (duas) Varas Criminais;
- VII — na Circunscrição Judiciária de Sobradinho:
 - 01 (uma) Vara Cível;
 - 01 (uma) Vara Criminal;
- VIII — na Circunscrição Judiciária de Planaltina:
 - 01 (uma) Vara Cível;
 - 01 (uma) Vara Criminal;
- IX — na Circunscrição Judiciária de Brazlândia:
 - 01 (uma) Vara de Competência Geral;

§ 1º As Varas de mesma especialidade obedecerão a numeração ordinal.

§ 2º As áreas de jurisdição das Circunscrições de Brasília, Taguatinga, Gama, Sobradinho, Planaltina e Brazlândia correspondem às das respectivas Regiões Administrativas do Distrito Federal, compreendendo-se as do Núcleo Bandeirante, Jardim e Paranoá nas Circunscrições, respectivamente, de Brasília, Gama e Planaltina.

§ 3º Os Juízes terão jurisdição no Distrito Federal e competência nos limites das respectivas Circunscrições.

CAPÍTULO II

Dos Juízes de Direito

Art. 21. Aos Juízes de Direito cabe, além de processar e julgar os feitos de sua competência:

I — inspecionar os serviços cartorários, informando, semestralmente, ao Corregedor, o resultado das inspeções;

II — aplicar, aos servidores que lhes sejam subordinados, penalidades disciplinares que não excedam a trinta dias de suspensão;

III — cumprir cartas rogatórias, precatórias e de ordem, pertinentes à matéria de sua competência;

IV — designar serventuários para substituição eventual de titulares;

V — indicar à nomeação o Diretor da respectiva secretaria.

Art. 22. Os Tribunais do Júri terão a organização estabelecida no Código de Processo Penal, cabendo aos respectivos Presidentes a direção dos processos de sua competência, a partir do trânsito em julgado da pronúncia.

Art. 23. (Revogado).

Art. 24. Aos Juízes das Varas Criminais compete:

I — processar e julgar os feitos criminais da competência do Juiz singular, ressalvada a dos Juízes especializados;

II — praticar os atos anteriores à instauração do processo, deferidos aos Juízes de primeiro grau pelas leis processuais penais;

III — processar os feitos criminais da competência dos Tribunais do Júri, até o trânsito em julgado da pronúncia.

SEÇÃO II

Da Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais

Art. 25. Ao Juiz da Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais compete:

I — processar e julgar os feitos relativos a entorpecentes ou substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica e os com eles conexos, ressalvada a competência do Tribunal do Júri;

II — decretar interdições, internamento e quaisquer medidas de natureza administrativa previstas na legislação pertinente;

III — baixar atos normativos visando à prevenção, assistência e repressão, relacionados com matéria de sua competência;

IV — fiscalizar os estabelecimentos, públicos ou privados, destinados à prevenção e repressão das toxicomanias e à assistência e recuperação de toxicômanos, baixando os atos que se fizerem necessários;

V — processar e julgar as causas relativas às contravenções penais, salvo quando conexas com infração da competência de outra Vara.

SEÇÃO III

Das Varas dos Delitos de Trânsito

Art. 26. Aos Juízes da Vara de Delitos de Trânsito compete processar e julgar os feitos relativos a lesões corporais e homicídios culposos, decorrentes de acidentes de trânsito e os com eles conexos, ressalvada a competência das Varas do Júri e Entorpecentes e Contravenções Penais.

SEÇÃO IV

Da Vara das Execuções Criminais

Art. 27. Ao Juiz da Vara de Execuções Criminais compete:

I — a execução das penas e das medidas de segurança e o julgamento dos respectivos incidentes;

II — decidir os pedidos de unificação de penas;

III — homologar as multas aplicadas pela autoridade policial, nos casos previstos em lei;

IV — inspecionar os estabelecimentos prisionais e os órgãos de que trata o artigo 63 do Código Penal;

V — expedir as normas de que trata o artigo 689, § 2º, do Código Penal;

VI — prosseguir na execução de medidas de tratamento impostas pelo Juiz de Menores, desde que o infrator haja completado 18 anos.

CAPÍTULO V

Dos Juízes Cíveis

SEÇÃO I

Das Varas Cíveis em Geral

Art. 28. Aos Juízes das Varas Cíveis compete processar e julgar os feitos de natureza civil ou comercial, salvo os da competência das Varas especializadas.

SEÇÃO II

Das Varas da Fazenda Pública

Art. 29. Aos Juízes das Varas da Fazenda Pública compete:

I — processar e julgar:

a) os feitos em que o Distrito Federal ou entidade de sua administração descentralizada forem autores, réus, assistentes ou oponentes, excetuados os de falência e os de acidente do trabalho;

b) as ações populares que interessem ao Distrito Federal e às entidades de sua administração descentralizada;

c) os mandados de segurança contra atos de autoridade do Governo do Distrito Federal e de sua administração descentralizada.

II — cumprir cartas rogatórias, precatórias e de ordem relativas a processo em que figurem como partes os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, ou suas entidades da administração descentralizada.

§ 1º As ações propostas perante outros Juízes passarão à competência das Varas da Fazenda Pública, se o Distrito Federal, ou entidades de sua administração descentralizada forem admitidos como litisconsortes, assistentes ou intervenientes.

§ 2º Os embargos de terceiro propostos pelo Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada serão processados e julgados perante o juízo onde tiver curso o processo principal.

SEÇÃO III

Das Varas de Família, Órfãos e Sucessões

Art. 30. (Revogado).

SEÇÃO IV

Da Vara de Acidente do Trabalho

Art. 31. Ao Juiz da Vara de Acidentes do Trabalho compete julgar as ações de acidentes do trabalho e as de indenização de direito comum deles decorrentes e resultantes de dolo ou culpa do empregador, ou de seus prepostos.

SEÇÃO V

Da Vara de Menores

Art. 32. Servirão, na Vara de Menores, 3 (três) Juizes de Direito, designados pelos ordinaiis Primeiro, Segundo e Terceiro, dispondo, cada um, dos serviços auxiliares de Secretaria própria.

§ 1º Compete-lhe, cumulativamente:

I — conhecer e decidir a matéria disciplinada na legislação especial de proteção, assistência e vigilância a menores de 18 (dezoito) anos;

II — autorizar a adoção de menores em situação irregular;

III — nomear tutor aos menores em situação irregular;

IV — deferir guarda de menores em situação irregular;

V — determinar a apreensão de obras ofensivas à moral e aos bons costumes e aplicar penalidades aos infratores;

VI — fiscalizar estabelecimentos de qualquer natureza, públicos ou privados, em que se achem menores sujeitos à sua jurisdição;

VII — processar e julgar:

a) a legitimação adotiva de menores em situação irregular;

b) as ações de suspensão e destituição do pátrio-poder;

c) as ações de alimentos devidos a menores em situação irregular;

d) os pedidos de autorização e suprimento para casamento de menores de 18 (dezoito) anos, em situação irregular ou infratores.

§ 2º Compete, privativamente, ao Juiz mais antigo na Vara do poder normativo previsto no art. 8º da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 — Código de Menores, e a direção administrativa da Vara, e, especialmente:

I — receber, movimentar e prestar contas dos recursos orçamentários consignados ao Juizado;

II — celebrar convênios com entidades públicas ou privadas, para o melhor desempenho das atividades de proteção, assistência e vigilância de menores;

III — requisitar servidores e contratar pessoal, nos casos previstos em lei;

IV — designar comissários voluntários de menores;

V — conceder autorização a menores de 18 (dezoito) anos para quaisquer atos ou atividades em que ela seja exigida.

§ 3º A distribuição dos processos será feita pelo diretor Administrativo da Vara que, mensalmente, remeterá ao Serviço de Distribuição da Corregedoria mapa dos feitos distribuídos.

§ 4º Ao Juíz mais antigo na Vara será distribuído, a título de compensação, apenas um quarto dos processos mencionados no § 1º deste artigo, observada a alternatividade.

CAPÍTULO VI

Das Substituições

Art. 33. O Juíz de Direito, em suas faltas e impedimentos ocasionais, é substituído pelo Juíz da Vara da mesma competência e de numeração imediatamente superior.

§ 1º O Juiz da Vara de maior numeração será substituído pelo Juiz da 1ª Vara.

§ 2º O Juiz da Vara de Órfãos e Sucessões será substituído pelo da 1ª Vara de Família; o da Vara de Execuções Criminais, pelo da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília; o da Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas, pelo da 1ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília; o da Vara de Acidentes do Trabalho, pelo da 2ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília.

§ 3º Nas Circunscrições Judiciárias de Sobradinho e Planaltina, o Juiz da Vara Cível será substituído pelo da Vara Criminal, e este, por aquele.

§ 4º O Juiz da Vara da Circunscrição Judiciária de Brazlândia será substituído pelo da 1ª de cada uma das Varas especializadas da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, de acordo com a competência em razão da matéria.

CAPÍTULO VII

Dos Juízes de Direito Substitutos

Art. 34. Compete aos Juízes de Direito Substitutos:

I — substituir e auxiliar os Juízes de Direito;

II — efetuar a distribuição dos feitos às Varas de competência em todo o Distrito Federal e na Circunscrição Judiciária de Brasília, e ao Tribunal do Júri nesta sediado.

§ 1º Da audiência de distribuição, que será pública, e terá horário prefixado, participarão um representante do Ministério Público, designado pelo Procurador-Geral da Justiça, e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal.

§ 2º A eventual ausência do membro do Ministério Público ou do advogado não impede a realização do ato.

§ 3º Em caso de manifesta urgência, a distribuição será feita em qualquer horário.

Art. 35. O Juiz de Direito Substituto, na substituição do Juiz Titular, terá competência plena.

Art. 36. O Juiz de Direito Substituto, designado para auxiliar o Juiz de Direito, terá competência para funcionar em quaisquer processos em curso na Vara, e, nessa qualidade, perceberá vencimentos integrais atribuídos ao cargo de Juiz de Direito do Distrito Federal, observados, para todos os efeitos, os percentuais das diferenças de vencimentos entre esses cargos e o de Desembargador, na forma da lei que tiver fixado os respectivos valores de retribuição.

Parágrafo único. (Vetado).

CAPÍTULO VIII

Dos Juizes de Paz

Art. 37. Os Juizes de Paz têm a investidura e a competência fixada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

TÍTULO V

Do Primeiro Grau de Jurisdição nos Territórios

CAPÍTULO ÚNICO

Da Composição e da Competência

Art. 38. A Justiça de Primeiro Grau, nos Territórios compreende Varas Circunscriçionais numeradas e assim distribuídas: 1ª a 6ª do Território do Amapá; 1ª a 11ª do Território de Rondônia; 1ª a 3ª do Território de Roraima; e Juiz de Paz, nos termos do Anexo.

Parágrafo único. Uma das Varas da Capital de cada Território será privativa do Júri e das Execuções Criminais, sem prejuízo da distribuição de demais feitos criminais, sendo as demais igualmente especializadas, segundo as necessidades do serviço e na forma estabelecida pelo Tribunal

Art. 39. Compete aos Juizes de Direito dos Territórios processar e julgar, mediante distribuição, todos os feitos que, no Distrito Federal, são atribuídos aos Juizes de Direito bem como os de competência da Justiça Federal, além da substituição recíproca conforme determinação do Presidente do Tribunal.

Art. 40. Os Juizes terão jurisdição em cada Território e competência nos limites das respectivas circunscrições.

Art. 41. O Tribunal fixará o número de Varas em cada Circunscrição, podendo determinar a acumulação, por uma mesma Vara, de mais de uma Circunscrição.

Art. 42. A substituição do Juiz far-se-á pelo titular da Vara de numeração imediatamente superior, e o da Vara de número mais elevado pelo da 1ª Vara.

Art. 43. Nas circunscrições em que houver mais de uma Vara competirão ao titular da de menor numeração as funções relativas a registros públicos.

TÍTULO VI

Dos Magistrados

CAPÍTULO I

Das Normas Gerais

Art. 44. Aplicam-se aos magistrados do Distrito Federal e dos Territórios as normas da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, desta Lei, e, subsidiariamente, as do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

CAPÍTULO II

Do Provimento dos Cargos

Art. 45. As nomeações e promoções serão feitas pelo Presidente da República, mediante indicações do Tribunal de Justiça, em lista tríplice, quando for o caso.

Art. 46. O ingresso na carreira dar-se-á nos cargos de Juiz de Direito Substituto do Distrito Federal ou de Juiz de Direito dos Territórios e dependerá de concurso de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do lugar em que se realizarem as provas, exigindo-se dos candidatos satisfaçam os requisitos:

I — ser brasileiro, no gozo dos direitos civis e políticos;

II — estar quite com o serviço militar;

III — ser bacharel em Direito, graduado em estabelecimento oficial ou reconhecido;

* Ver, neste volume, Lei nº 7.086, de 22.12.82, art. 3º, incisos I a IV.

IV — haver exercido, durante três anos, no mínimo, no último quinquênio, a advocacia, magistério jurídico em nível superior ou qualquer função para a qual se exija diploma de bacharel em Direito;

V — ter mais de vinte e cinco e menos de cinquenta anos de idade, salvo, quanto ao limite máximo, se for magistrado ou membro do Ministério Público;

VI — ser moralmente idôneo e gozar de sanidade física e mental.

§ 1º Para inscrição no concurso exigir-se-á exame psicotécnico.

§ 2º O concurso terá validade por três anos, contados da homologação.

Art. 47. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 48. O concurso para o provimento dos cargos de Juiz de Direito dos Territórios e de Juiz Substituto do Distrito Federal, iniciais da carreira da magistratura do Distrito Federal e Territórios, será único, facultado aos candidatos aprovados, na ordem de classificação, o direito de opção para um ou outro cargo.

Art. 49. O Tribunal de Justiça indicará para nomeação, sempre que possível, tantos candidatos aprovados quantas forem as vagas a preencher, mais dois, observada a ordem de classificação obtida no concurso.

Art. 50. O preenchimento dos cargos de Juiz de Direito do Distrito Federal far-se-á à razão de 4/5 (quatro quintos) por promoção de Juizes Substitutos do Distrito Federal e 1/5 (um quinto) por remoção, a pedido, dos Juizes de Direito dos Territórios.

§ 1º Somente após dois anos de exercício em entrância poderá o Juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou se forem todos recusados pela maioria absoluta dos membros do Tribunal de Justiça.

§ 2º As indicações para promoção por merecimento serão, sempre que possível, feitas em lista tríplice.

§ 3º No caso de promoção por antigüidade, o Tribunal de Justiça somente poderá recusar o Juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação.

Art. 51. O provimento dos cargos de Desembargador far-se-á por promoção de Juizes de Direito do Distrito Federal, por antigüidade e merecimento, alternadamente, reservado um quinto de lugares, que serão preenchidos por advogados em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense.

§ 1º Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos mediante indicação, em lista tríplice, organizada pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º A indicação de membro do Ministério Público e de advogado será feita de modo a resguardar a igualdade de representação das duas categorias. Observar-se-á o critério de alternatividade, iniciando-se por advogado.

Art. 52. As remoções requeridas por Juizes do Distrito Federal e dos Territórios dependerão de ato do Presidente da República, na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

§ 1º Os pedidos de remoção serão formulados no prazo de 15 dias, a contar da declaração de vacância do cargo, publicada no Diário da Justiça e comunicada telegraficamente aos interessados que estiverem em exercício nos Territórios.

§ 2º Será permitida a permuta, a requerimento dos interessados, condicionada a ato do Presidente da República.

CAPÍTULO III

Da Antigüidade

Art. 53. A antigüidade dos Juizes apura-se:

- I — pelo efetivo exercício na classe;
- II — pela data da posse;
- III — pela data da nomeação;
- IV — pela colocação anterior na classe onde se deu a promoção;
- V — pela ordem da classificação do concurso;
- VI — pelo tempo de serviço efetivo;
- VII — pela idade.

§ 1º. Conta-se como de efetivo exercício, para o efeito de antigüidade, a licença para tratamento de saúde.

§ 2º O tempo de exercício no cargo de Juiz de Direito dos Territórios será contado integralmente para efeito da promoção a que se referem os artigos 47 e 51.

CAPÍTULO IV

Das Férias, Licenças e Aposentadorias

Art. 54. Os Desembargadores, salvo os que integram o Conselho da Magistratura, gozarão de férias coletivas, de 2 a 31 de janeiro e de dois a trinta e um de julho.

Parágrafo único. Os integrantes do Conselho da Magistratura terão férias individuais de trinta dias consecutivos, por semestre, em qualquer outra época do ano.

Art. 55. Os Juizes de Direito do Distrito Federal, os Juizes de Direito Substitutos do Distrito Federal e os Juizes de Direito dos Territórios gozarão férias coletivas no período de 2 a 31 de janeiro, e individuais, de trinta dias, concedidas segundo a conveniência do serviço.

Parágrafo único. Durante o período de 2 a 31 de janeiro, haverá plantão judiciário, conforme estabelecer a Corregedoria da Justiça

Art. 56. Os magistrados gozarão de licenças na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Art. 57. A verificação da invalidez, para o fim de aposentadoria, será feita na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e do Regimento Interno do Tribunal.

CAPÍTULO V

Das Vantagens

Art. 58. Os magistrados gozarão das vantagens previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Art. 59. A ajuda de custo para transporte e mudança será atribuída na época do deslocamento do magistrado e sua família, de uma para outra Circunscrição Judiciária, bem como nos casos de primeiro provimento se importar em mudança de domicílio.

Parágrafo único. A ajuda de custo de que trata este artigo será arbitrada pelo Presidente do Tribunal e cobrirá o valor das passagens aéreas e do transporte de móveis e utensílios.

Art. 60. Os Juizes de Direito dos Territórios terão direito a uma ajuda de custo para pagamento de aluguel de casa residencial, nos locais onde não existir residência oficial a eles destinada.

Parágrafo único. O valor desta ajuda de custo será de trinta por cento dos vencimentos básicos do magistrado.

CAPÍTULO VI

Dos Deveres e Sanções

Art. 61. Os deveres e sanções a que estão sujeitos os magistrados são os definidos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

LIVRO II

Dos Serviços Auxiliares

TÍTULO I

Da Classificação

Art. 62. Os serviços da Justiça serão executados:

I — pela Secretaria do Tribunal de Justiça;

II — pelos Ofícios Judiciais;

III — pelos Ofícios Extrajudiciais;

IV — pelos serventuários subordinados ao Diretor do Foro;

V — pelas Subsecretarias da Justiça nos Territórios.

Art. 63. São Ofícios Judiciais os Cartórios dos diversos Juízes e o de Distribuição.

Art. 64. São Ofícios Extrajudiciais os de:

I — Protestos de Títulos;

II — Notas;

III — Registros Públicos.

Parágrafo único. Os Ofícios de Registros Públicos compreendem:

a) Registro de Imóveis;

b) Registros de Títulos e Documentos;

c) Registro Civil das Pessoas Naturais;

d) Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Art. 65. Subordinam-se diretamente ao Diretor do Foro os Avaliadores e o Depositário Público.

TÍTULO II

Da Competência

CAPÍTULO I

Das Secretarias e demais Serviços

Art. 66. A competência da Secretaria do Tribunal de Justiça e das Subsecretarias da Justiça dos Territórios será definida no Regimento Interno da Secretaria.

CAPÍTULO II

Dos Ofícios Judiciais

Art. 67. Aos Cartórios das Varas incumbe a realização dos serviços de apoio aos respectivos Juízes, nos termos das leis processuais, dos provimentos da Corregedoria e das portarias e despachos dos Juízes respectivos aos quais se subordinam diretamente.

Art. 68. Ao Cartório de Distribuição incumbe o processamento e o registro da distribuição dos feitos aos diversos Juízes e o registro geral dos protestos de títulos, mediante comunicação dos titulares dos respectivos ofícios, cabendo-lhe o fornecimento de certidões.

Parágrafo único. A distribuição na Circunscrição de Brasília será presidida por Juiz de Direito Substituto designado por ato do Presidente do Tribunal;

nas Circunscrições do Distrito Federal e nos Territórios, quando houver mais de uma Vara, incumbirá ao Diretor do Foro.

Art. 69. Na Circunscrição Judiciária de Brasília haverá um Serviço de Distribuição de Mandados, ao qual compete:

I — receber os mandados oriundos dos diversos Juízes;

II — proceder à sua distribuição entre os Oficiais de Justiça, conforme sistema de zoneamento fixado pelo Diretor do Foro;

III — efetuar o registro dos mandados recebidos e distribuídos, velando para que sejam devolvidos aos Juízes de origem nos prazos legais e comunicando-lhes eventuais irregularidades;

IV — exercer as demais atribuições que lhe forem determinadas pelo Corregedor e pelo Diretor do Foro.

CAPÍTULO III

Dos Avaliadores, Depositários Públicos e Oficiais de Justiça

Art. 70. Aos Avaliadores incumbe funcionar, nos casos indicados em lei, como perito oficial na determinação de valores, salvo quando exigidos conhecimentos técnicos especializados.

Art. 71. Ao Depositário Público incumbe a guarda, conservação e administração dos bens que lhe forem confiados por ordem das autoridades judiciárias.

Parágrafo único. O Corregedor regulará a atividade do Depositário Público, dispondo especialmente sobre as formas de controle dos bens em depósito.

Art. 72. Aos Oficiais de Justiça incumbe exercer as funções que lhe são atribuídas nas leis processuais, bem como executar as determinações do Corregedor, do Diretor do Foro e dos Juízes.

Art. 73. Os Diretores do Foro designarão Oficiais de Justiça que devam desempenhar as funções de porteiro de auditório e realizar, na falta de leiloeiro público, praças e leilões.

CAPÍTULO IV

Dos Ofícios Extrajudiciais

Art. 74. Aos Ofícios de Registro Público incumbe a prática dos atos que lhe são atribuídos pela lei de registros públicos e pela legislação especial.

Art. 75. Aos Ofícios de Protestos de Títulos incumbe a lavratura de instrumentos de protestos de títulos sujeitos a essa formalidade, bem como as respectivas averbações.

Parágrafo único. Diariamente, na forma estipulada pelo Corregedor da Justiça, os titulares dos Ofícios remeterão ao Distribuidor relação especificada dos protestos efetuados.

Art. 76. Aos Tabeliães de Notas incumbe:

I — a lavratura dos atos ou contratos para os quais a lei exija ou a parte prefira a forma pública;

II — a aprovação de testamentos cerrados;

III — o reconhecimento de firma, letra e chancela;

IV — a autenticação de cópias;

V — a extração de públicas-formas.

Parágrafo único. No reconhecimento da firma, o Tabelião declarará, conforme o caso, que a assinatura foi lançada em sua presença ou que a reconhece por semelhança com a depositada em seus arquivos. Em papéis que visem a transmitir ou prometer transmitir propriedade ou direitos sobre bens ou a alienar ou dispor de direitos pessoais ou a eles renunciar, não poderá ser reconhecida firma por semelhança, sendo indispensável a presença do signatário.

Art. 77. O Tribunal de Justiça disporá a respeito do registro geral dos atos praticados pelos Ofícios Extrajudiciais, observada a legislação específica.

TÍTULO III

Do Pessoal

CAPÍTULO I

Da Classificação

Art. 78. O pessoal dos serviços auxiliares da Justiça é classificado em:

I — funcionários do quadro da Secretaria e Subsecretarias do Tribunal de Justiça;

II — funcionários do quadro dos Ofícios Judiciais do Distrito Federal;

III — funcionários do quadro dos Ofícios Judiciais dos Territórios;

IV — serventuários sob regime especial, a saber:

a) Oficiais de Notas;

b) Oficiais de Protestos;

c) Oficiais de Registros Públicos;

d) Funcionários de Ofícios Extrajudiciais do Distrito Federal;

e) Funcionários de Ofícios Extrajudiciais nos Territórios;

V — serventuários sob regime especial, não remunerados pelos cofres públicos.

CAPÍTULO II

Do Regime Jurídico dos Servidores da Justiça

Art. 79. Aos servidores da Justiça, remunerados pelos cofres públicos, aplica-se o regime jurídico dos funcionários públicos civis da União, com as modificações desta Lei.

Art. 80. Os titulares das serventias não oficializadas perceberão as respectivas custas, ficando responsáveis por todas as despesas necessárias ao funcionamento do serviço.

§ 1º Os proventos da aposentadoria desses serventuários serão pagos pela União e corresponderão ao que couber aos titulares das serventias oficializadas.

§ 2º Em caso de férias ou licenças do titular, fará este jus à metade do rendimento líquido da serventia, cabendo a outra metade a seu substituto.

Art. 81. A remuneração dos empregados das serventias não oficializadas será paga pelos titulares, únicos responsáveis pelas obrigações trabalhistas.

§ 1º A remuneração de que trata este artigo consistirá em parte fixa e variável, devendo o Tribunal fixar os critérios gerais a serem observados.

§ 2º Poderão ser contratados, para serviços que não se liguem diretamente à prática dos atos próprios da serventia, empregados que terão direito apenas à remuneração fixa.

§ 3º Todos os contratos de trabalho deverão ser aprovados pela Corregedoria.

Art. 82. Os direitos dos empregados não remunerados pelos cofres públicos, derivados do vínculo empregatício com o titular da serventia, são os previstos na legislação do trabalho.

Parágrafo único. A aposentadoria dos empregados será regulada na forma da legislação previdenciária.

SEÇÃO ÚNICA

Do Provento dos Cargos

Art. 83. O Tribunal de Justiça proverá os cargos dos serviços auxiliares na forma da lei (art. 115, item II, da Constituição Federal).

§ 1º Salvo para os cargos de confiança e os providos por acesso, as nomeações obedecerão a ordem de classificação no concurso, assegurando-se, se possível, nos Ofícios Extrajudiciais, a escolha das serventias.

§ 2º O provimento dos cargos de Diretor de Secretaria dos Ofícios Judiciais far-se-á dentre os Técnicos Judiciários dos mesmos Ofícios, ressalvada a situação dos atuais ocupantes.

Art. 84. O acesso e a progressão funcional dos cargos dos Ofícios Judiciais serão feitos na conformidade da legislação aplicável aos servidores públicos civis da União.

Art. 85. Os cargos de titulares de serventias judiciais e extrajudiciais serão obrigatoriamente preenchidos por bacharéis em Direito, ressalvada a situação dos atuais titulares.

Parágrafo único. Nos Territórios, durante os cinco primeiros anos de vigência desta Lei, bastará a escolaridade correspondente ao segundo grau completo.

Art. 86. Em cada serventia, oficializada ou não, haverá, além do titular, no mínimo dois outros servidores com fé pública.

§ 1º Nas serventias oficializadas, estes lugares serão preenchidos por técnicos judiciários designados pelo Corregedor.

§ 2º Nas serventias não oficializadas, os servidores com fé pública serão denominados escreventes juramentados e a respectiva contratação dependerá de concurso organizado pelo Tribunal de Justiça, devendo ser obedecida na contratação a ordem de classificação.

LIVRO III

Das Disposições Gerais e Transitórias

Art. 87. São criados na Justiça do Distrito Federal e dos Territórios os cargos constantes do Anexo a esta Lei e mantidos os atuais, com a nova denominação ali mencionada.

Art. 88. A 1ª Vara Criminal passa a denominar-se Tribunal do Júri; a 2ª Vara Criminal passa a denominar-se Vara Criminal de Entorpecentes e Contravenções Penais; as 3ª e 4ª Varas Criminais passam a denominar-se, respectivamente, 1ª e 2ª Varas Criminais de Delitos de Trânsito; as 5ª, 6ª, 7ª e 9ª Varas Criminais passam, respectivamente, a denominar-se 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas Criminais. A Vara de Acidentes do Trabalho passa a denominar-se 1ª Vara de Acidentes do Trabalho e Acidentes de Trânsito; as 7ª e 8ª Varas Cíveis passam, respectivamente, a denominar-se 2ª e 3ª Varas de Acidentes do Trabalho e Acidentes de Trânsito. As 3ª e 4ª Varas de Família, Órfãos e Sucessões passam a denominar-se, respectivamente, 3ª e 4ª Varas da Fazenda Pública.

Parágrafo único. É mantida a competência das Varas já existentes no Distrito Federal e Circunscrição Judiciária de Brasília, para os processos em curso. Os processos em andamento nas antigas 7ª e 8ª Varas Cíveis serão redistribuídos às atuais 1ª, 2ª e 3ª Varas de Acidentes de Trabalho e Acidentes de Trânsito e demais Varas Cíveis, observadas as respectivas competências, e os processos das antigas 3ª e 4ª Varas de Família, Órfãos e Sucessões às remanescentes 1ª e 2ª Varas de Família, Órfãos e Sucessões. Os processos em

andamento nas Varas Criminais serão redistribuídos, observadas as respectivas competências.

Art. 89. Os Juízes titulares de Varas extintas ou transformadas, bem como os serventuários à disposição dos respectivos cartórios, terão preferência para servirem nas que venham substituí-las.

Art. 90. São criadas doze Varas no Distrito Federal e quinze nos Territórios e extinta a 8ª Vara Criminal.

Art. 91. Serão extintos os cargos de Juiz Temporário, à medida que, em cada Território, forem sendo providos os cargos de Juiz de Direito criados por esta Lei, na ordem em que expirarem os prazos de nomeação daqueles Juízes.

Parágrafo único. Aos Juízes Temporários aposentados ficam assegurados os proventos consagrados no princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

Art. 92. Em cada Território haverá um Conselho Penitenciário, com sede na Capital organizado na forma da Lei.

Art. 93. Os Ofícios Extrajudiciais, na 1ª Circunscrição dos Territórios do Amapá e Roraima e nas 1ª e 2ª Circunscrições do Território de Rondônia, compreendem:

- a) um Cartório de Registro de Imóveis; e
- b) um Cartório que se incumbirá do Registro Civil, Títulos e Documentos, Notas, Registro das Pessoas Jurídicas e Protestos de Títulos.

§ 1º Nas demais Circunscrições, o Cartório Judicial se incumbirá também de todos os serviços extrajudiciais.

§ 2º Os Ofícios do Registro Civil poderão ter Subofícios, atendendo às peculiaridades regionais e o interesse público, mediante determinação do Conselho da Magistratura.

Art. 94. Dentro de trinta dias a contar da publicação desta Lei, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios abrirá concurso para o provimento dos cargos vagos de Juiz de Direito Substituto do Distrito Federal e de Juiz de Direito dos Territórios.

Art. 95. No prazo de noventa dias da publicação desta Lei, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios proporá a atualização dos Quadros de Pessoal de Secretaria e Serviços Auxiliares, para atender, à nova composição da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Art. 96. São mantidos as atuais organização e subordinação judiciárias do Território de Fernando de Noronha, preservadas as atribuições de que tratam os arts. 7º, 9º, 10., 11. e 12. do Decreto-lei nº 5.718, de 3 de agosto de 1943, e as do art. 169 do Decreto-lei nº 6.887, de 21 de setembro de 1944.

Art. 97. Esta Lei entrará em vigor no dia 1º de março de 1980, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 10 de dezembro de 1979; 158º da Independência e 91º da República. — *JOÃO FIGUEIREDO* — *Petrônio Portella*.

LEI Nº 7.086, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1982

Modifica a Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979, e dá outras providências.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 20, 21, 22, 24, 31, 32, 33, 34, 36 e 53 da Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979, passam a vigorar com a seguinte redação:

(Nova redação já incorporada ao texto publicado neste número).

Art. 2º As 1ª, 2ª e 3ª Varas de Acidentes do Trabalho e Acidentes de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Brasília, Tribunal do Júri com competência em todo o Distrito Federal, 4ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, existentes na data da publicação desta lei, ficam transformadas, respectivamente, em Vara de Acidentes do Trabalho com jurisdição em todo o território do Distrito Federal, 7ª e 8ª Varas Cíveis da Circunscrição Judiciária de Brasília, Tribunal do Júri, com jurisdição na Circunscrições Judiciárias de Brasília, Sobradinho e Planaltina e 1ª Vara de Família Órfãos e Sucessões das Circunscrição Judiciária de Taguatinga.

Art. 3º Ao Juiz da Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas compete:

I — decidir as questões de natureza administrativa referentes às serventias extrajudiciais;

II — inspecionar os serviços a cargo dos tabeliães e oficiais de registros públicos e protestos de títulos, aplicando penas disciplinares;

III — baixar atos normativos relacionados à execução dos serviços das serventias extrajudiciais, ressalvada a competência do Corregedor;

IV — rubricar balanços comerciais;

V — processar os feitos de falências e concordatas e as medidas cautelares que lhes forem acessórias;

VI — cumprir cartas rogatórias, precatórias e de ordem relativas aos processos mencionados no inciso anterior;

VII — processar e julgar as causas relativas a crimes falimentares.

Art. 4º Aos Juízes das Varas de Família compete:

I — processar e julgar:

a) as ações de estado;

b) as ações de alimentos;

c) as ações referentes ao regime de bens e à guarda dos filhos;

d) as ações de petição de herança, quando cumuladas com as de investigação de paternidade;

II — conhecer das questões relativas à capacidade e curatela, bem como de tutela, em caso de ausência ou interdição dos pais, ressalvada a competência das Varas de Menores e de Órfãos e Sucessões;

III — praticar os atos de jurisdição voluntária necessários à proteção de incapazes e à guarda e administração de seus bens, ressalvada a competência das Varas de Menores, de Órfãos e Sucessões e de Entorpecentes;

IV — processar justificação judicial relativa a menores não em situação irregular;

V — declarar a ausência.

Art. 5º Ao Juiz da Vara de Órfãos e Sucessões compete:

I — processar e julgar os feitos relativos à sucessão **causa mortis**;

II — processar e julgar a arrecadação de herança jacente, bens de ausentes e vagos;

III — praticar os atos relativos à tutela de órfãos, ressalvada a competência da Vara de Menores;

IV — praticar os atos de jurisdição voluntária necessários à proteção de órfãos e à guarda e administração de seus bens, ressalvada a competência da Vara de Menores;

V — processar e julgar as ações de petição de herança.

Art. 6º A distribuição dos feitos às Varas das Circunscrições Judiciárias de Taguatinga, Gama, Sobradinho e Planaltina será feita pelo respectivo Diretor do Fórum.

Art. 7º A distribuição e redistribuição às Varas criadas ou transformadas por esta lei somente serão feitas depois da efetiva instalação das mesmas, assim declaradas pelo Presidente do Tribunal de Justiça e de acordo com os critérios que estabelecerá.

Art. 8º Ficam criados, na Justiça do Distrito Federal, 28 (vinte e oito) cargos de Juiz de Direito e 28 (vinte e oito) de Juiz de Direito Substituto, na conformidade do anexo que acompanha este lei.

Art. 9º Dê-se ao **caput** do art. 50 da Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979, mantidos os atuais parágrafos, a seguinte redação:

(Redação já incorporada ao texto da Lei nº 6.750, neste volume)

Art. 10. As despesas decorrentes desta lei correrão por conta de dotações consignadas no orçamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Art. 11. Ficam revogados o art. 23 e seus incisos, o parágrafo único e incisos do art. 28, o art. 30 e seus incisos da Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979, e demais disposições em contrário.

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 22 de dezembro de 1982;161º da Independência e 94º da República. — *JOÃO FIGUEIREDO* — *Ibrahim Abi-Ackel*.

SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADENDO Nº 6

Aprovado pelo Tribunal Pleno, na sessão de 17 de outubro de 1984 e que se publica no “Diário da Justiça”, por 3 dias consecutivos, nos termos do § 3º, do art. 102 do Regimento Interno.

ENUNCIADOS

601 — Os artigos 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público) não revogaram a legislação anterior que atribui a iniciativa para a ação penal pública, no processo sumário, ao juiz à autoridade policial, mediante Portaria ou Auto de Prisão em Flagrante.

Referência

- Lei Complementar nº 40/81 — arts. 3º, II; e 55.
- CPP — arts. 26, 531 a 538.
- Lei nº 4.611/65 — arts. 1º, 2º e 3º.
- RHC 60339, 2ªT, 26-10-82, Rel. MA, Em. 1.282/71, DJ 11-2-83.
- RECr 99734, 2ªT, 13-5-83, Rel. AP, Em. 1.301/940, DJ 1-7-83.
- RECr 101511, 1ªT, 1º-3-83, Rel. SM, Em. 1.329/521, DJ 23-3-84.
- RECr 101997, 1ªT, 15-5-84, Rel. OC, Em. 1.339/803, DJ 8-6-84.
- RECr 102493, 1ªT, 29-5-84, Rel. RM, Em. 1.342/2.047, DJ 29-6-84.

602 — Nas causas criminais, o prazo de interposição de Recurso Extraordinário é de 10 (dez) dias.

Referência

- RI/STF/70 — art. 304 (RI/STF/80 — art. 321).
- Lei nº 3.396/58 — art. 2º.
- CPC — art. 1.211.
- RECCr 81063, 2ªT, 29-4-75, Tel. CG, RJT 74/613.
- RECr 83278, 2ªT, 7-5-76, Rel. MA, RTJ 78/958.

- AgCr. (AgRg) 77027, 2ªT, 31-8-79, Rel. MA, RTJ 95/676.
 - RECr 87623, 1ªT, 13-6-78, Rel. RA, Em. 1.101/1.690, DJ 30-6-78.
 - RECr 95876, 2ªT, 1-6-82, Rel. DF, Em. 1.260/1.185, DJ 25-6-82.
- 603 — A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri.

Referência

- CP (Dec.-lei nº 2.848/40) — art. 157, § 3º.
 - CPP (Dec.-lei nº 3.689/41) — arts. 74, § 1º; e 410.
 - Dec.-lei nº 898/69 — art. 27.
 - HC 56171, 2ªT, 15-8-78, Rel. CG, RTJ 87/828.
 - HC 56704, 1ªT, 20-2-79, Rel. CP, RTJ 95/94.
 - HC 56817, 2ªT, 23-2-79, Rel. MA, RTJ 93/102.
 - HC 57387, 2ªT, 11-12-79, Rel. MA, RTJ 96/1.031.
 - HC 57086, 1ªT, 26-6-79, Rel. RM, Em. 1.139/257, DJ 10-8-79.
- 604 — A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade.

Referência

- CP (Dec.-lei nº 2.848/40) — art. 110, §§ 1º e 2º.
 - RECr 91379, 1ªT, 17-11-81, Rel. CP, RTJ 105/153.
 - RE 98949, 1ªT, 16-12-82, Rel. SM, Em. 1.284/594, DJ 25-2-83.
 - RECr 100227, 2ªT, 24-6-83, Rel. MA, Em. 1.303/5, DJ 12-8-83.
 - RECr 100232, 2ªT, 9-8-83, Rel. DM, Em. 1.306/423, DJ 2-9-83.
 - RECr 102117, 1ªT, 27-4-84, Rel. OC, Em. 1.137/1.182, DJ 25-5-84.
- 605 — Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

Referência

- CP (Dec.-lei nº 2.848/40) — art. 51, caput e § 2º.
 - RECr 86823, 1ªT, 3-4-79, Rel. XA, RTJ 89/981.
 - RECr 91413, 2ªT, 18-9-79, Rel. DF, RTJ 95/424.
 - RECr 90588, 2ªT, 13-11-79, Rel. CG, RTJ 92/1.352.
 - RECr 91563, 1ªT, 5-2-80, Rel. RM, RTJ 93/1.333.
 - RECr 92375, 2ªT, 22-4-80, Rel. DM, RTJ 94/929.
- 606 — Não cabe **habeas corpus** originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em **habeas corpus** ou no respectivo recurso.

Referência

- CF/69 — art. 119, I, h, II, c e § 2º (EC nº 7/77).
- RI/STF/70 — art. 7º, I, a (RI/STF/80 — art. 6º, I, a).

- CPP — art. 650, § 1º.
- HC 49544, Pleno, 1-3-72, Rel. ER, RTJ 62/47.
- HC 56407, Pleno, 30-8-78, Rel. MA, DJ 7-11-78, Em. 1.114, RTJ 91/75.
- HC 56522, Pleno, 19-10-78, Rel. DM, RTJ 88/108.
- HC 56577, Pleno, 16-11-78, Rel. CG, RTJ 88/477.
- HC 57378, Pleno, 10-10-79, Rel. DF, RTJ 95/1.053.

607 — Na ação penal regida pela Lei nº 4.611/65, a denúncia, como substitutivo da Portaria, não interrompe a prescrição.

Referência

- CF/69 — art. 153, § 36.
- Lei nº 4.611/65 — arts. 121, § 3º e 129, § 1º do CP (art. 1º).
- CP (Dec.-lei nº 2.848/40) — art. 117.
- CPP (Dec.-lei nº 3.689/41) — arts. 384 e Parágrafo único, 531 e 563.
- RHC 55501, Pleno, 31-8-77, Rel. p/o ac: SM, RTJ 85/501.
- RECr 87644, 2ªT, 6-9-77, Rel. DF, RTJ 82/644.
- RHC 55620, 2ªT, 18-10-77, Rel. CG, RTJ 84/428.
- RECr 86930, 1ªT, 24-11-77, Rel. CP, RTJ 91/217.
- RECr 94285, 1ªT, 14-8-81, Rel. RM, Em. 1.226/605, DJ 18-9-81.
- HC 59848, 2ªT, 25-5-82, Rel. DF, Em. 1.258/262, DJ 11-6-82.

608 — No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Referência

- CP (dec.-lei nº 2.848/40) — arts. 213, 223, 225, **caput**, 103, 102, **caput**; art. 108, IX (c/a alteração da Lei nº 6.416/77).
- RHC 53839, 2ªT, 25/5/76, Rel. TF, RTJ 81/714.
- RECr 88720, 1ªT, 16/2/79, Rel. XA, RTJ 89/627.
- HC 57938, 1ªT, 17/6/80, Rel. RM, RTJ 95/565.
- RHC 57091, 2ªT, 19/6/79, Rel. LA, RTJ 92/1109.
- RECr 92102, 1ªT, 27/6/80, Rel. CP, Em. 1181/519.
- RECr 96474, 2ªT, 27/4/82, Rel. DF, Em. 1256/655.

609 — É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

Referência

- CF/69 — art. 8º, XVII, **b**.
- Lei nº 4.729/65 — art. 1º, I, II e III; art. 6º.
- Lei nº 4.357/64 — art. 11, § 3º.
- Dec.-lei nº 326/67 — art. 2º, Parágrafo único.

- Dec. Estadual nº 5.410/74 (Reg. do ICM/SP) — art. 494, § 1º.
- CP — art. 299 c/c arts. 25 e 51 (Dec.-lei nº 2.848/40).
- CPP — art. 92 e segs. (Dec.-lei nº 3.689/41).
- RHC 48445, 1ªT, 3/11/70, Rel. DF, RTJ 57/167.
- RHC 50522, 1ªT, 14/11/72, Rel. RA, DJU 21/12/72, pág. 8772.
- RHC 50523, 1ªT, 9/2/73, Rel. DF, RTJ 65/61.
- RE 77945, 2ªT, 30/4/74, Rel. XA, RTJ 71/846.
- RHC 56600, 2ªT, 29/9/78, Rel. DM, RTJ 88/112.

610 — Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

Referência

- CP — art. 157, § 3º (Dec.-lei nº 2.848/40).
- HC 48935, 1ªT, 10/8/71, Rel. BM, RTJ 61/318.
- HC 56171, 2ªT, 15/8/78, Rel. CG, RTJ 87/828.
- HC 56704, 1ªT, 20/2/79, Rel. CP, RTJ 95/94.
- HC 56817, 2ªT, 23/2/79, Rel. MA, RTJ 93/102.
- HC 57420, 2ªT, 13/11/79, Rel. DF, RTJ 96/94.

611 — Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

Referência

- LICPP (Dec.-lei nº 3.931/31) — art. 13.
- CPP (Dec.-lei nº 3.689/41) — art. 621; art. 689 (red. da Lei nº 6.416/77).
- CP (Dec.-lei nº 2.848/40) — arts. 2º e Parágrafo único; 38; 281, **caput** (antes da Lei nº 6.416/77), §1º, III (red. da Lei nº 5.726/71); arts. 30, I (red. da Lei 6.416/77); 171 c/c 47, I, II (red. ant Lei nº 6.416/77).
- Lei nº 6.368/76 — arts. 12, 16 e 18.
- Lei nº 6.416/77 (nova red. aos arts. 46, Parágrafo único; 47 e 30, I do CP; art. 689 do CPP).
- Lei nº 6.205/75.
- RHC 55872, 2ªT, 13/12/77, Rel. CG, RTJ 85/786.
- HC 56301, 1ªT, 19/6/78, Rel. CP, RTJ 94/564.
- RECr 89558, 2ªT, 10/8/78, Rel. CG, RTJ 87/1067.
- RECr 89787, 2ªT, 22/8/78, Rel. DF, RTJ 88/1098.
- RECr 88834, 1ªT, 29/8/78, Rel. CP, RTJ 95/758.

612 — Ao trabalhador rural não se aplicam, por analogia, os benefícios previstos na Lei nº 6.367, de 19-10-76.

Referência

- CF/69 — art. 165, Parágrafo único.
- Lei nº 6.195/74 — art. 2º.
- Lei nº 6.367/76.
- Dec. nº 83.080/79 — arts. 226 e 321.
- RE 97290, 2ªT, 31/8/82, Rel. MA, Em. 1280/1727, DJ 17/12/82.
- RE 97865, 2ªT, 5/11/82, Rel. DF, Em. 1280/1942, DJ 17/12/82.
- RE 96602, 1ªT, 16/12/82, Rel. RM, Em. 1288/327, DJ 25/3/83.
- RE 97288, 1ªT, 25/2/83, Rel. OC, Em. 1289/516, DJ 8/4/83.
- RE 99469, 1ªT, 3/5/83, Rel. ABz, Em. 1297/970, DJ 3/6/83.

613 — Os dependentes de trabalhador rural não têm direito à pensão previdenciária, se o óbito ocorreu anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 11/71.

Referência

- CF/69 — art. 153, §§ 2º e 3º; 165, Parágrafo único.
- Lei Complementar nº 11/71.
- RE 100880, 2ªT, 4-11-83, Rel. AP, Em. 1325/513, DJ 24-2-84, RTJ 108/1339.
- RE 101044, Pleno, 27/6/84, Rel. OC, Em. 1346/1008, DJ 24/8/84.
- RE 100842, 2ªT, 9/12/83, Rel. DF, Em. 1333/549, DJ 27/4/84.
- RE 101365, 1ªT, 28/6/84, Rel. OC, Em. 1345/648, DJ 17/8/84.
- RE 101756, 1ªT, 28/6/84, Rel. SM, Em. 1345/693, DJ 17/8/84.

614 — Somente o Procurador-Geral da Justiça tem legitimidade para pôr ação direta interventiva por inconstitucionalidade de Lei Municipal.

Referência

- CF/69 — art. 15, § 3º.
- RE 92071, Pleno, 11/6/80, Rel. TF, RTJ 97/389.
- RE 89220, Pleno, 28/2/81, Rel. CG, RTJ 97/1170.
- RE 93098, Pleno, 23/4/81, Rel. CG, Em. 1213/569, DJ 22/5/81.
- RE 93241, 2ªT, 14/8/81, Rel. DF, Em. 1224/483, DJ 4/9/81.
- RE 97078, 1ªT, 30/11/82, Rel. SM, Em. 1287/480, DJ 18/3/83, RTJ 105/775.

615 — O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da CF) não se aplica à revogação de isenção do ICM.

Referência

- CF/46 — art. 141, §34.
 - CF/69 — arts. 153, § 29; 23, § 6º.
 - Lei Complementar nº 24/75.
 - Lei nº 5.172/66 — arts. 104, **caput** e inciso III; 175, I; 178 (inclusive com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 24/75).
 - Súmula 544.
 - MS 13947, 3ªT, 17/5/66, Rel. PK, RTJ 39/64.
 - RE 97456, 1ªT, 26/10/82, Rel. SM, Em. 1280/1767, DJ 17/12/82.
 - RE 97455, 2ªT, 10/12/82, Rel. MA, Em. 1293/665, DJ 6/5/83.
 - RE 99430, 1ªT, 1º/3/83, Rel. SM, Em. 1287/715, DJ 18/3/83.
 - RE 99431, 2ªT, 18/3/83, Rel. DF, Em. 1287/871, DJ 6/5/83.
- 616 — É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente.

Referência

- Dec.-lei nº 167/67 — art. 71.
 - Dec.-lei nº 413/69 — art. 58.
 - Dec. nº 22626/33 — art. 8º.
 - CPC/73 — art. 20 e §§.
 - RE 81580, 1ªT, 21/9/76, Rel. RA, RTJ 81/140.
 - RE 82996, 1ªT, 27/3/79, Rel. SM, RTJ 94/207.
 - RE 91656, 1ªT, 16/10/79, Rel. XA, RTJ 91/1180.
 - RE 91733, 2ªT, 16/11/79, Rel. MA, Em. 1158/1372, DJ 21/12/79.
 - RE 94029, 2ªT, 7/4/81, Rel. CG, Em. 1212/881, DJ 15/5/81.
- 617 — A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente.

Referência

- Dec.-lei nº 3.365/41 — art. 27.
 - RE 86903, 2ªT, 9/5/78, Rel. DF, RTJ 87/605.
 - RE 86313, 1ªT, 15/12/78, Rel. AN, RTJ 89/967.
 - RE 88713, 2ªT, 20/3/79, Rel. DM, RTJ 89/1017.
 - RE 92035, 2ªT, 26/2/80, Rel. CG, RTJ 93/1361.
 - RE 101221, 1ªT, 16/3/84, Rel. NS, Em. 1336, DJ 18/5/84.
 - RE 100808, 1ªT, 28/11/83, Rel. OC, Em. 1321, DJ 16/12/83.
- 618 — Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

Referência

- CF/69 — art. 153, §22.
- C. Civ. — art. 1063.
- RE 85209, 1ªT, 29/3/77, Rel. RA, Em. 1057, DJ 6/5/77.
- RE 89574, 1ªT, 5/9/78, Rel. CP, RTJ 95/777.
- RE 89893, 2ªT, 12/12/78, Rel. CG, RTJ 89/332.
- RE 92447, 1ªT, 20/5/80, Rel. RM, RTJ 95/452.
- RE 90949, 2ªT, 12/8/80, Rel. DM, DJ 29/8/80.
- RE 93417, 2ªT, 18/11/80, Rel. DF, Em. 1223/1556, DJ 19/12/80.

619 — A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

Referência

- C. Civ. — art. 1287.
- CPC/39 — art. (CPC/73 — art. 666).
- RHC 49752, 2ªT, 3/4/72, Rel. TF, RTJ 63/624.
- RHC 55271, 2ªT, 14/6/77, Rel. MA, RTJ 85/97.
- RE 88884, 1ªT, 7/3/78, Rel. XA, RTJ 86/354.
- RE 86311, 2ªT, 9/6/78, Rel. LA, RTJ 89/220.
- RHC 58005, 1ªT, 24/6/80, Rel. RM, RTJ 95/1073.

620 — A Sentença proferida contra Autarquias não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa.

Referência

- CF/69 — art. 19, §1º
- CPC/73 — art. 475, II e III.
- Lei nº 6.439/77 — art. 26.
- Lei nº 1.533/51, Parágrafo único do art. 12 (com a redação da Lei nº 6.071/74).
- RE 87723, 2ªT, 15/6/79, Rel. CG, Em. 1138/1010, DJ 3/7/79.
- RE 87216, 1ªT, 19/9/78, Rel. SM, RTJ 89/580.
- RE 90424, 2ªT, 4/9/78, Rel. DF, RTJ 95/321.
- RE 91529, 1ªT, 8/2/80, Rel. RM, RTJ 93/1328.
- RE 92914, 2ªT, 26/8/80, Rel. DF, Em. 1184/940, DJ 19/9/80.
- RE 92248, 1ªT, 31/10/80, Rel. TF, DJ 28/11/80, RTJ 101/732.

621 — Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.

Referência

- CPC/39 — art. 346.
 - CPC/73 — art. 1.046, § 1º.
 - Dec.-lei nº 58/37 — art. 22 (com a redação da Lei nº 649/49).
 - RE 73527, 1ªT, 16/3/72, Rel. DF, RTJ 63/222.
 - ERE 87958, Pleno, 17/11/78, Rel. CG, RTJ 89/285.
 - ERE 89696, Pleno, 8/8/79, Rel. MA, RTJ 95/282.
 - RE 93443, 1ªT, 20/10/81, Rel. NS, RTJ 100/835.
 - RE 94132, 2ªT, 30/8/83, Rel. DM, RTJ 107/686.
- (R dias: 29, 30 e 31/10/1984).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

PORTARIA Nº 6.673, DE 23 DE OUTUBRO DE 1984

O Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, usando das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 1º, item 4 do Decreto nº 53.388, de 31 de dezembro de 1963, resolve

DESIGNAR a Dra. FRANCISCA SILVÁ DE SOUZA, Defensora Pública do Ministério Público do Distrito Federal, para prestar assistência judiciária aos internos e custodiados, respectivamente do Centro de Internamento e Reeducação (CIR) e do Núcleo de Custódia de Brasília (NCB) e orientar, com vistas ao mesmo fim, os estagiários designados pela Portaria nº 6.662, de 16 deste mês, sem prejuízo da orientação dos defensores públicos em exercício nas diversas varas criminais onde tramitem processos dos assistidos.

Dê-se ciência, cumpra-se e publique-se. — **José Dilermano Meireles**,
Procurador-Geral.

Brasília, 22 de novembro de 1984.

A Sua Excelência o Senhor
Doutor IBRAHIM ABI-ACKEL
DD. Ministro de Estado da Justiça
NESTA.

Senhor Ministro

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o relatório das principais atividades do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios no exercício de 1984.

1. AUMENTO DO QUADRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL — Tendo em conta que, pela Lei nº 7.086, de 22 de dezembro de 1982, foram criadas mais 28 varas judiciais do Distrito federal e 56 novos cargos de juízes, havia necessidade de que se aumentasse igualmente o quadro do Ministério Público, para atendimento da nova situação. Nesse sentido, baldadas as esperanças de aprovação imediata da Lei Orgânica do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, que há três anos tramita na área do Executivo, foi encaminhado a Vossa Excelência, pelo Ofício nº 2.777/PG — em 24.8.84, projeto de lei que cria novos cargos na carreira do Ministério Público, de modo a dar-lhe paridade numérica com a Magistratura.

2. PROPOSTA DE TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS — Baseado no entendimento de que a Lei complementar nº 40/81 é auto-aplicável no Distrito Federal e Territórios, já que se trata de um diploma federal aplicado na esfera da administração federal, e considerando que a referida Lei Complementar reduziu as classes do Ministério Público para Promotor de Justiça, em primeiro grau, e Procurador de Justiça em segundo, foi também proposta a Vossa Excelência, pelo Ofício nº 195/84, de 4 de junho, a regulamentação da matéria, por portaria ou decreto, para o fim de transposição dos atuais cargos de Defensor Público, Promotor Substituto, Promotor Público e Curador, ao de Promotor de Justiça; e o de Subprocurador-Geral ao de Procurador de Justiça. O projeto também se acha em tramitação na Casa Civil da Presidência da República.

3. CONCURSO — No exercício, foi realizado o 9º concurso para preenchimento de claros na carreira do Ministério Público do Distrito Federal. Lograram aprovação 33 candidatos, dos quais 24 já foram nomeados e empossados, e 6 novas nomeações já foram propostas ao Senhor Ministro. Para os Territórios foi dada posse a dois candidatos, aprovados em concurso anterior.

4. RESIDÊNCIA EM MACAPÁ — Foi concluída uma nova residência funcional para o Ministério Público, em Macapá, no Território federal do Amapá, em terreno doado pelo Governo daquele Território.

5. APARTAMENTOS FUNCIONAIS EM BRASÍLIA — Mediante entendimento administrativo mantido com a Sucad, anteriormente, foram postos à disposição de membros do Ministério Público do Distrito Federal, até a presente data, 63 apartamentos funcionais, isentos das taxas de condomínio e ocupação, com base em processo de consulta feita ao Egrégio Tribunal de Contas da União.

6. COORDENADORIAS — Com finalidades descentralizadoras, o Procurador-Geral criou a coordenadoria do Ministério Público junto às circunscrições judiciárias das Cidades Satélites de Brasília; a Coordenadoria da Curadoria; a Coordenadoria da Promotoria Pública; a Coordenadoria do Ministério Público no Território Federal do Amapá; e a Coordenadoria no Território Federal de Roraima. Para o exercício de cada uma dessas Coordenadorias, foi designado um membro do Ministério Público ligado à respectiva área, sem ônus para os cofres públicos e sem prejuízo das atribuições normais do Coordenador em sua atividade institucional junto às Varas.

7. CONSELHO SUPERIOR — Em fevereiro do corrente ano, foi solenemente instalado o Conselho Superior do Ministério Público, criado no ano anterior pelo Decreto nº 88.687, de 06 de setembro de 1983. É integrado pelo Procurador-Geral, que o preside, e pelos Subprocuradores-Gerais. Até o mês de novembro, o Conselho realizou cerca de 65 sessões, nas quais teve ensejo de examinar e decidir aproximadamente 3 dezenas de processos de sua competência e sete resoluções.

8. GRATIFICAÇÕES - Pelo Decreto-lei nº 2.117, de 7 de maio de 1984, foram estendidos ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, a partir do dia imediato, a gratificação de desempenho de função essencial à prestação jurisdicional e a gratificação de nível superior.

9. CONVÊNIO COM O HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS — Em maio do corrente ano, foi celebrado convênio com o Hospital das Forças Armadas, para atendimento médico-hospitalar aos membros do Ministério Público.

10. CRIAÇÃO DA REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO — A 17 de outubro do corrente ano, em solenidade realizada no Gabinete da Presidência

do Senado Federal, foi celebrado Convênio entre a Procuradoria Geral e aquela Presidência, para a edição de uma revista de divulgação de doutrina, legislação e pareceres do Ministério Público pelo Serviço Gráfico do Senado, com a tiragem de 1.000 exemplares, de periodicidade semestral e edição de 2.000 separatas.

11. ENCONTRO DE PROCURADORES — Dada a sua condição de entidade sediada na Capital da República, o Ministério Público do Distrito Federal funciona como anfitrião nato das instituições estaduais, cujas representações frequentemente se deslocam a Brasília para tratar de interesse comum. Nessas condições, a 27 de abril e 28 de setembro foram realizados encontros do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais em Brasília, coordenados pelo Ministério Público local, cujo Procurador-Geral é o seu Secretário. Nesses encontros, foram oferecidas valiosas contribuições para o aperfeiçoamento institucional do Ministério Público, com a apresentação de inúmeras propostas de emendas à Constituição e anteprojeto de leis.

12. DEFENSORIA PÚBLICA DO GAMA — Com o crescimento célere da Cidade Satélite do Gama, foi necessária a instalação de uma nova Defensoria Pública no Fórum daquela Satélite a fim de que sua população, que é o terceiro contingente populacional do Distrito Federal, pudesse ter uma boa assistência judiciária.

13. ESVAZIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTINUA — Consoante enfatizado no relatório do ano anterior, o êxodo no Ministério Público do Distrito Federal continua. Assim é que no último concurso para Procurador da República, mais de duas dezenas de membros do Ministério Público se habilitaram, dos quais seis lograram aprovação. Os aprovados foram nomeados e empossados, o que vem reforçar, ainda mais, as razões do signatário, quando propugna por uma política de estipêndios funcionais no Ministério Público, em paridade, não só com os seus diversos ramos, como também com a própria Magistratura.

O que se vê, no entanto, é que esse desnível tende a acentuar-se cada vez mais. Agora mesmo, acaba de ser baixado o Decreto-lei nº 2.172, de 19 de novembro do corrente ano, que altera os valores e percentuais da gratificação de representação dos Magistrados, sem nenhuma referência aos correspondentes do Ministério Público.

14. NOVOS ESPAÇOS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO — Baldadas as tentativas de obtenção de uma sede própria para o Ministério Público, campanha em que o atual Procurador-Geral tanto se empenhou desde a sua posse no cargo, houve necessidade de uma solução provisória para abrigar os seus membros, espalhados pelos dez andares do Fórum, sem apoio e sem coordenação de espécie alguma.

Assim é que o signatário, em trabalho de verdadeira diplomacia administrativa, entendeu-se com o anterior Presidente do Tribunal, Desembargador Helládio Tolledo Monteiro, de cujo entendimento resultou a concentração dos órgãos do Ministério Público no 7º andar e de toda a sua administração, bem como da Procuradoria Geral, no 8º andar do Edifício Anexo, solucionando-se, embora em caráter transitório, a situação caótica e insustentável em que se encontrava o Ministério Público do Distrito Federal.

Espera-se que, em futuro próximo, se consiga a construção da sede definitiva do órgão em terreno para isso destinado pelo Governo do Distrito Federal, na Praça do Buriti, ao lado do Tribunal e se possa resolver, assim, de uma vez, o problema espacial de tão relevante instituição, um dos últimos órgãos estatais autônomos a obter a sua sede própria na Capital da República.

15. Em anexo, a estatística do trabalho produzido pelos diversos órgãos setoriais do Ministério Público e dos serviços administrativos da Procuradoria Geral.

Ao ensejo, renovo a Vossa Excelência protestos de real apreço e distinguida consideração. — **José Dilermando Meireles**, Procurador-Geral.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Levantamento das principais atividades do Gabinete do Procurador-Geral, no período de janeiro a outubro de 1984:

PARECERES	548
DESPACHOS	170
OFÍCIOS EXPEDIDOS	457
OFÍCIOS RECEBIDOS	450
PORTARIAS	335
ORDENS DE SERVIÇO	04
PROVIMENTO	01
TELEX RECEBIDOS	80
TELEX EXPEDIDOS	58

Brasília, 9 de novembro de 1984. — **M^o Noélia do Nascimento Brito**,
Secretária.

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
SUBPROCURADORIA GERAL**

JANEIRO A OUTUBRO DE 1984

Apelações Criminais	809
<i>Habeas Corpus</i>	287
Recursos de <i>Habeas Corpus</i>	380
Recursos em Sentido Estrito	57
Reclamações	85
Verificações de Cessação de Periculosidade	10
Apelações Cíveis	1.512
Agravos de Instrumento	99
Ciências de Acórdão	939
Remessas <i>Ex Officio</i>	19
Revisões	17
Conflitos	38
Embargos Infringentes	34
Mandados de Segurança	25
Ações Rescisórias	7
Total	4.318

SEÇÕES DE JULGAMENTO REALIZADAS

a) 1ª Turma Cível — Seções extraordinárias	03
Seções ordinárias	28
b) 2ª Turma Cível — Seções Extraordinárias	03
Seções ordinárias	33
c) Turma Criminal — Seções extraordinárias	
Seções ordinárias	27
d) Seção Cível — Seções ordinárias	33

e) Secção Criminal Seções ordinárias	11
Total	139

Velda Maria Costa Capone

=IsrSecretária da Subprocuradoria

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

DIVISÃO DE DOCUMENTAÇÃO JURÍDICA
ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA

Período: de janeiro a outubro de 1984

CURADORIA:

Audiências	1.974
Promoções em processos	8.698
Petições iniciais	532
Partes atendidas	3.158
Razões e contra-razões de recursos	1.013
Habilitações de casamento	5.987
Processos acumulados com vistas ao órgão	987
Convites expedidos	47
Alvarás	32
Inventários	211
Tutelas	19
Total	22.658

PROMOTORIA:

Audiências	2.783
Baixas	4.156
Denúncias	1.835
Promoções em processos	15.277
Acusações no Júri	103
Razões e contra-razões de recursos	815
Processos acumulados com vistas ao órgão	20.178
Pedidos de Arquivamento	32

Requerimentos	17
Total	45.196
DEFENSORIA:	
Audiência	3.158
Defesas do Júri	45
Partes atendidas	5.179
Petições iniciais	3.859
Promoções em processos	6.021
Razões e contra-razões de recursos	1.095
Processos acumulados com vistas ao órgão	583
Alegações finais	79
Cartas expedidas	173
Total	20.192

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES
DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE TAGUATINGA**

CURADORIA:

Audiências	2.795
Promoções em processos	6.195
Petições iniciais	197
Partes atendidas	410
Razões e contra-razões de recursos	275
Habilitações de casamento	7.219
Processos acumulados com vistas ao órgão	2.123
Total	19.210

PROMOTORIA:

Audiências	1.894
Baixas	2.086
Denúncias	1.972
Promoções em processos	10.167
Acusações no Júri	45
Razões e contra-razões de recursos	996
Processos acumulados ao órgão	685
Libelos	19
Total	17.864

DEFENSORIA:

Audiências	2.478
Defesas do Júri	52
Partes atendidas	6.896
Petições iniciais	2.079
Promoções em processos	4.998

Razões e contra-razões	766
Processos acumulados com vistas ao órgão	115
Total	17.384

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE BRAZLÂNDIA**

CURADORIA:

Audiências	210
Promoções em processos	805
Petições iniciais	85
Habilitações de casamento	200
Processos acumulados com vistas ao órgão	30
Total	1.330

PROMOTORIA:

Audiências	390
Baixas	80
Denúncias	345
Promoções em processos	365
Acusações no Júri	20
Razões e contra-razões de recursos	35
Processos acumulados com vistas ao órgão	116
Total	1.351

DEFENSORIA:

Audiências	330
Partes atendidas	1.670
Petições iniciais	260
Promoções em processos	1.065
Razões e contra-razões de recursos	295
Total	3.620

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DO GAMA**

CURADORIA:	
Audiências	789
Promoções em processos	5.745
Petições iniciais	803
Partes atendidas	09
Razões e contra-razões de recursos	98
Habilitações de casamento	1.855
Processos acumulados com vistas ao órgão	07
Total	9.306
PROMOTORIA:	
Audiências	198
Baixas	610
Denúncias	560
Promoções em processos	871
Razões e contra-razões de recursos	690
Processos acumulados com vistas ao órgão	414
Total	3.343
DEFENSORIA:	
Audiências	698
Defesas no Júri	20
Partes atendidas	5.199
Petições iniciais	1.987
Razões e contra-razões de recursos	129
Processos acumulados com vistas ao órgão	10
Relaxamentos de prisão	07
Total	8.050

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE SOBRADINHO**

CURADORIA:

Audiências	729
Promoções em processos	2.179
Petições iniciais	219
Partes atendidas	315
Razões e contra-razões de recursos	178
Habilitações de casamento	1.278
Processos acumulados com vistas ao órgão	17
Total	4.915

PROMOTORIA:

Audiências	197
Baixas	1.113
Denúncias	579
Promoções em processos	1.965
Razões e contra-razões de recursos	391
Processos acumulados com vistas ao órgão	03
Total	4.248

DEFENSORIA:

Audiências	269
Partes atendidas	203
Petições iniciais	670
Promoções em processos	379
Razões e contra-razões de recursos	197
Processos acumulados com vistas ao órgão	190

Defesas no Júri	05
Total	1.913

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE PLANALTINA**

CURADORIA:

Audiências	376
Promoções em processos	875
Razões e contra-razões de recursos	20
Habilitações de casamento	821
Processos acumulados com vistas ao órgão	102
Total	2.194

PROMOTORIA:

Audiências	207
Baixas	312
Denúncias	237
Promoções em processos	832
Acusações no Júri	3
Razões e contra-razões de recursos	47
Processos acumulados com vistas ao órgão	325
Total	1.963

DEFENSORIA:

Audiências	419
Defesas no Júri	5
Partes atendidas	1.085
Petições iniciais	519
Promoções em processos	985
Razões e contra-razões de recursos	51
Processos acumulados com vistas ao órgão	63
Total	3.127

MINISTÉRIO PÚBLICO DOS TERRITÓRIOS FEDERAIS
TERRITÓRIO FEDERAL DO AMAPÁ

Período: Janeiro a outubro de 1984

CURADORIA

Audiências	179
Promoções em processos	310
Habilitações de casamento	205
Partes atendidas	178
Total.....	872

PROMOTORIA

Audiências	213
Promoções em processos	536
Denúncias	227
Baixas	75
Acusações no Júri	11
Razões e contra-razões de recursos	36
Processos acumulados com vistas ao órgão	175
Total.....	1.273

DEFENSORIA

Audiências	468
Defesas no Júri	7
Partes atendidas	2.631
Petições iniciais	415
Promoções em processos	1.909
Razões e contra-razões de recursos	34
Processos acumulados com vistas ao órgão	13
Total.....	5.477

TERRITÓRIO FEDERAL DE RORAIMA

CURADORIA:

Audiências	273
Promoções em processos	677
Habilitações de casamento.....	350
Partes atendidas	250
Total.....	1.550

PROMOTORIA:

Audiências	189
Promoções em processos	801
Denúncias	278
Baixas	26
Acusações no Júri	13
Razões e contra-razões de recursos	53
Executivo Fiscal	28
Processos acumulados com vistas ao órgão	32
Total.....	1.420

DEFENSORIA:

Audiências	590
Defesas no Júri	17
Partes atendidas	3.274
Petições iniciais	1.052
Promoções em processos	2.197
Razões e contra-razões de recursos	34
Processos acumulados com vistas ao órgão.....	26
Total.....	7.190

MOVIMENTAÇÃO DOS MEMBROS E SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS — DE JANEIRO A OUTUBRO DE 1984.

DISTRITO FEDERAL

Nomeação

Defensor Público 24

Admissão

Agente Administrativo 04

Agente de Portaria 01

Motorista Oficial 02

Exoneração

Curador 09

Promotor Público 00

Promotor Substituto 00

Defensor Público 11

Vaga Decorrente Por Falecimento

Agente Administrativo 01

Recisão de contrato

Motorista Oficial 02

Aposentadoria

Subprocurador-Geral 01

Auxiliar Operacional de serviços diversos 01

Transferência 00

TERRITÓRIOS FEDERAIS

Nomeação

Defensor Público 02

Exoneração

Defensor Público 02

Brasília-DF, 24 de outubro de 1984. — **José Cassiano B. de Oliveira**, Diretor
Divisão Pessoal.

**ESTATÍSTICA DAS ATIVIDADES DA
SECRETARIA DA PROCURADORIA GERAL**

Período de Janeiro a Outubro de 1984

Ofícios expedidos	193
Ofícios recebidos	119
Memorandos expedidos	59
Editais publicados	67
Petições iniciais distribuídas	2.387
Petições nos autos	1.143
Fichas de controle de processos	2.387
Fichas de Protocolo	2.387
Partes atendidas	14.074
Processos devolvidos	1.665
Cópias de documentos arquivados	8.632
Processos que transitaram na Seção de Comunicações	985
Total	34.098

Brasília, 6 de novembro de 1984.

NORMAS EDITORIAIS

A Revista divulga trabalhos e noticiários elaborados (submeter à discussão do Conselho).

