

Autoexecutoriedade ministerial e temor reverencial institucional

02/10/2020

Em caso recente, o Ministério Público Estadual, no âmbito de inquérito civil público, requisitou a serventia extrajudicial da averbação, na matrícula de imóvel, da pendência de procedimento inquisitivo, tendo por objeto bem suspeito de consubstanciar loteamento irregular.



A serventia, em resposta, promoveu

consulta a órgão jurisdicional, respondendo em seguida ao Ministério Público que seria inviável o cumprimento da solicitação porque submetida a reserva jurisdicional.

Diante disso, o Ministério Público impetrou mandado de segurança, cuja ordem, denegada, desafiou recurso interposto perante o Superior Tribunal de Justiça (RMS nº 58.769, DJ de 23/9/2020), julgado no sentido de se manter a submissão daquela requisição à necessidade de ordem judicial:

"O artigo 26, VI, da Lei 8.625/93 (...) não autoriza, independentemente de requerimento e de determinação judicial, a requisição ministerial, com fixação de prazo para cumprimento, de averbação do inquérito civil no Registro Imobiliário, para o que existe procedimento específico, previsto na Lei de Registros Públicos. Tampouco os arts. 34, XXI, e 35, IX, da Lei Complementar estadual 106/2003, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro (...) teriam o condão de afastar o procedimento específico, previsto na Lei 6.015/73, iniciado com o requerimento ministerial, na forma dos arts. 13, III, e 246, § 1º, da Lei 6.015/73. X. Registre-se, ainda, que, conforme ressaltado pelo recorrente, na inicial, a Lei estadual 6.956/2015 (...), que dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, (...) de forma a reforçar a competência da autoridade judiciária para determinação da averbação pretendida.

XI. Em que pese a importância de se dar publicidade à população acerca de eventuais irregularidades em parcelamentos, a fim de proteger terceiros de boa-fé, adquirentes de suas frações, e contribuir para a ordenada ocupação do solo, há que se observar o devido processo legal, assegurado no artigo 5º, LIV, da CF/88, tal como previsto na Lei 6.015/73".

Embora o referido julgado tenha tido como pano de fundo inquérito civil não relacionado — em princípio — a possíveis atos de improbidade, nos serviu ele de mote para enfrentamento de um tema sensível e importante: a pretensa autoexecutoriedade de dadas incursões por parte do Ministério Público e o temor reverencial institucional que algumas medidas são capazes de impingir, muitas vezes usurpando, na prática, a reserva jurisdicional e contornando o devido processo legal.

A primeira medida que invocaremos para ilustrar o que estamos a dizer é exatamente aquela requisição que ensejou o RMS 58.769 — que, frise-se, não se dirigiu em tese a futura ação de improbidade, mas que muito bem poderia tê-lo sido ou poderá vir a ser, uma vez aberto o precedente da invenção.

No caso, como é possível depreender do trecho acima transcrito, o órgão ministerial fundamentou requisição na necessidade de resguardar eventuais terceiros de boa-fé contra suspeitas envolvendo loteamento irregular — não é difícil imaginar a mesma estratégia orbitando bens adquiridos em suposto prejuízo ao erário. Ocorre que, ainda que nobre o propósito, o embaraço traz consigo efeitos colaterais adicionais que reafirmam a pertinência da reserva jurisdicional.

Como sabido, o artigo 792 do Código de Processo Civil traz as hipóteses em que a alienação ou a oneração de bem poderá configurar fraude à execução. No aludido rol, há formas de se estabelecer a necessária presunção de ciência do terceiro adquirente (*scientia fraudis*), como a averbação de pendência de ação reipersecutória ou de execução ou, ainda, de penhora ou outro ato de constrição incidente sobre o bem.

Complementando essas hipóteses, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado nº 375 de sua súmula, a reza que o *"reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*. Posteriormente, esse mesmo entendimento foi ratificado por ocasião do julgamento do REsp 956.943 [1], submetido ao rito dos repetitivos, no qual se decidiu que:

"(...) 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no artigo 659, § 4º, do CPC".

É dizer, na tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 1) a averbação de pendência de execução (artigo 615-A, *caput* e §3º) no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto; ou 2) a averbação da penhora no



registro de bem imóvel induzem presunção absoluta de ciência de terceiro em eventual futura alienação ou oneração do bem, requisito esse indispensável para que reste configurada a fraude à execução. Fora dessas duas hipóteses, caberia ao exequente demonstrar a ciência/má-fé do terceiro [2].

Voltando ao nosso tema, o que se cogita, pois, é que a requisição pelo Ministério Público de averbação da pendência de inquérito civil público que envolva, direta ou indiretamente, determinados bens imóveis acaba por inovar ao introduzir hipótese inédita de marco formal que terá o condão de, eventual e futuramente, servir de comprovação pelo órgão ministerial da *scientia fraudis*.

Rememore-se que o inquérito civil público é procedimento inquisitorial, não subordinado à observância do contraditório e da ampla defesa; a isso se soma, ainda, na esteira desse último julgado mencionado, emanado do Superior Tribunal de Justiça, que, à falta de qualquer constrição formal, a presunção que há de recair sobre eventual investigado e sobre a disposição de seus bens há de ser de boa-fé, nunca de má-fé.

Dito isso, o que se tem é que a tentativa da formalização de pendência de inquérito civil capaz de atingir dados bens é providência que, sem amparo legal, se afigura capaz de embaraçar a disponibilidade patrimonial de indivíduos, na medida em que naturalmente dissuade potenciais interessados em sua aquisição. E nem se diga que o resguardo desses próprios interessados subjugaria o devido processo legal: ausente fraude à execução à falta de *scientia fraudis*, o ato de disposição patrimonial será plenamente válido, não sendo possível qualquer espécie de "direito de sequela" a vindicar do adquirente, *a posteriori*, o bem alienado, cabendo ao órgão ministerial, isso sim, perseguir o produto da operação negocial. Ou seja, o terceiro adquirente, de boa-fé, teria seu direito preservado, quando menos oriundo de virtual evicção.

Avançando, o segundo exemplo que trazemos de medida que tem catalisado o agir do Ministério Público é a recomendação, prevista nos artigos 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993, 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.629/1995, e 80 da Lei nº 8.625/1993. Ainda que destinada à melhoria de serviços públicos e à garantia de respeito aos interesses direitos e bens cuja defesa cabe ao órgão ministerial promover, a recomendação, não é ocioso dizer, não possui caráter impositivo, mais se assemelhando a uma espécie de notificação extrajudicial [3].

A despeito desse desfalque de eficácia obrigacional, não se pode subestimar o poderoso constrangimento moral veiculado pela recomendação, com largo vigor persuasivo ao acenar com predisposição ministerial de acionamento de duras medidas. E talvez por isso o instrumento tenha se tornado refém de sua própria efetividade...

Explicamos: face a recomendações diversas, ainda quando infundadas, agentes públicos muitas vezes se veem compelidos a forrar-se contra o risco de persecução sancionadora recorrendo a outros canais institucionais que lhes deem amparo, como ocorre por meio de consultas formuladas junto às procuradorias municipais e estaduais para que essas atestem a inexistência de obrigação oriunda de recomendações:

"É certo que a figura da Recomendação prevista na Lei Complementar Federal 75/1993, no inciso XX de seu artigo 6º, tem sua destinação vinculada àquilo que seu próprio nome denota,

não se constituindo em ferramenta que possa constituir mora ou induzir algum contexto sancionador ou cogência que se espera e se respeita apenas nos contratos, nas leis, e nas sentenças. Com certeza, não encerra nenhuma ordem de comportamento jurídico objetivo e, na mesma senda, não é juridicamente atacável. Nesse sentido, como aliás já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da Apelação Cível n.º 2008.056.582-3, por sua 2ª Câmara de Direito Público, em decisão de 13 de janeiro de 2009, despida a Recomendação de caráter coercitivo ou vinculante, salvo, talvez, de algum efeito didático, resultante de algum entendimento do parquet acerca de determinado tema jurídico, destinado à reflexão de gestores e operadores do direito, com vistas a contribuir para a proteção em abstrato e à efetividade que decorre, especialmente de direitos constitucionais de dimensão coletiva [4]. No que se refere ao cumprimento ou não das recomendações do Ministério Público, esta Procuradoria-Geral do Distrito Federal tem se pronunciado insistentemente no sentido de que não há um caráter coercitivo ou cominatório em tais atos, eis que de natureza meramente administrativa [5].

A exemplo dos pareceres mencionados, a ausência de coercitividade das recomendações ministeriais já teve inclusive de ser repisada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Rcl 4.907, DJ de 23/3/2007:

"Percebe-se, assim, que – ainda quando se considere cabível a reclamação na hipótese de desrespeito à decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal declaratória de inconstitucionalidade de texto normativo diverso do dispositivo legal aplicado ao caso – os atos reclamados não desrespeitam as decisões paradigmas apontadas, por não possuírem caráter impositivo. Quando não bastasse sua própria denominação para evidenciá-lo, o certo é que nem o dispositivo legal que confere ao Ministério Público a atribuição de emitir recomendações – L. 8.625/93, artigo 27, parág. único, IV – pretende emprestar-lhes eficácia mandamental o que, de resto, o sistema constitucional não admitiria: o Ministério Público – é escusado dizê-lo – não tem poder hierárquico administrativo sobre os órgãos ou entidades aos quais se podem dirigir tais recomendações, nem exerce função jurisdicional, que, só ela, legitima o órgão judiciário a exarar ordens de observância compulsória a quem não lhe esteja subordinado por relação hierárquica".

Como se percebe, casos há em que o administrador se vê forçado a ir ao extremo de judicializar determinados comportamentos de modo a blindar-se contra contingências sancionadoras, isto é, há um verdadeiro desvirtuamento, com atos que deveriam ostentar presunção de legitimidade tendo de ser defendidos preventiva e aprioristicamente contra visões unilaterais que, ao fim e ao cabo, vão na contramão da bilateralidade advogada pelo artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro frente a incertezas.

Não estamos aqui a questionar o direito do Ministério Público de fiscalizar o devido cumprimento da lei; o que sustentamos é a inaptidão de dadas prerrogativas institucionais — em si já bastante gravosas — funcionarem como *fast track* de intromissões em esferas de direitos individuais que exijam para tanto a observância do devido processo legal e crivo judicial.



[1] Disponível aqui

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=959675&>

[2] Na doutrina, a dificuldade natural de produção de prova capaz de atestar ciência ou má-fé do terceiro adquirente haveria de ser contornada com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (ANDRIGHI; GUARIENTO, 2014, p. 356).

[3] Exatamente nesse sentido se posicionou Paulo de Bessa Antunes ao investigar o instituto (disponível em https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2020/10/pare_0504FACB.pdf). No mesmo norte o escólio de Hugo Nigro Mazzili, que afasta das recomendações qualquer eficácia vinculante em relação à administração (MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1996).

[4] Parecer da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, disponível em

<https://docs.google.com/fileview?id=0BzvcOUd0ojGBMmNlMmFkOWQtOTUyMS00ZjdjLWI4NDAtMW>

[5] Parecer da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (n. 000.060/2011POMAI/PGDF), disponível em <https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2020/10/PROMAI.0060.2011.pdf>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-out-02/improbidade-debate-autoexecutoriedade-ministerial-temor-reverencial-institucional/>