

A INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ARTIGO 440 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Rogério Roberto Gonçalves de Abreu: Juiz federal substituto em João Pessoa/PB. Professor de direito penal do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e de direito processual penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP/PB). Mestre em direito econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduado em direito fiscal e tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ).

No último dia 9 de junho de 2008, o presidente da República sancionou a Lei n. 11.689 que, com a finalidade de modernizar o processo penal brasileiro no que concerne aos crimes de competência do tribunal do júri, “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências”.

Tratando especificamente do exercício da função de jurado, seguindo a linha da redação anterior (mas com nova redação), diz o artigo 439 que o “exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.”

Já no novo artigo 440, estabelece o Código de Processo Penal que “constitui também direito do jurado, na condição do art. 439 deste Código, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas *e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária*” (grifado).

Como se pode observar, os assuntos tratados nos artigos 439 e 440 da nova redação eram disciplinados pelo Código de Processo Penal, em sua antiga redação, no artigo 437, que assim dispunha: “O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, *bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas*” (grifado).

Comparando-se as redações anterior e atual, percebe-se que o legislador da Lei n. 11.689/2008 procurou ampliar os benefícios conferidos àqueles que efetivamente exerceram a função de jurado. De acordo com a antiga redação, o jurado tinha direito a presunção de idoneidade moral, prisão especial em caso de crime comum (até o

juízo definitivo) e preferência em licitações (concorrências públicas). A nova lei acrescenta o direito a preferência, em igualdade de condições, no provimento de cargos e funções públicas mediante concurso público, promoção funcional e remoção voluntária.

É preciso entender o significado da modificação.

A União, os Estados e os Municípios brasileiros devem necessariamente se pautar em sua administração pelos princípios constitucionais administrativos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, por força do que dispõe o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A necessidade de uma atuação administrativa impessoal, embora abraçada pelo art. 37, também decorre do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição.

Sendo assim, sempre que a Administração precisa selecionar interessados para a prestação de serviços mediante contraprestação paga pelo erário, deve pautar sua escolha por critérios objetivos previstos em lei. Por esse motivo, salvo exceções constantes da própria Constituição Federal, deve efetivar essa seleção entre os interessados aptos à prestação através dos institutos (e procedimentos) da licitação e do concurso público.

Os procedimentos de licitação e concurso público visam a conferir igualdade de condições e oportunidades a todos os interessados em contratar ou ingressar nos quadros da Administração. O critério fundamental de seleção é o mérito. No caso das licitações, esse critério pode ser especificado no menor preço, na melhor técnica, no melhor trabalho. No caso do concurso público, trata-se da comprovação do maior preparo técnico, demonstrado pelo êxito do candidato na submissão a exames de provas e avaliação de títulos.

Em ambos os casos, é comum haver empates. Nas licitações públicas, pode ocorrer que dois ou mais proponentes ofereçam propostas com preços iguais. Nos concursos públicos, dois ou mais candidatos podem terminar o certame com a mesma nota final. Nesse momento, entram em cena os chamados *critérios de desempate*, que devem ser previstos em lei, como todos os principais fundamentos das licitações e concursos. Critério de desempate previsto unicamente no edital pode ser contestado judicialmente.

Falando em “preferência, em igualdade de condições”, nas licitações e nos concursos para provimento de cargos públicos, o artigo 440 do Código de Processo Penal – assim como fazia o antigo artigo 437 – simplesmente estabeleceu mais um

critério de desempate. De acordo com o dispositivo, quando dois ou mais candidatos na licitação ou no concurso estiverem empatados (*i.e.*, em igualdade de condições no certame), superados os demais critérios de desempate previstos na lei e no edital, terá preferência sobre os demais o proponente ou candidato que efetivamente houver exercido a função de jurado.

Da mesma forma e ainda segundo a nova lei, no que concerne aos atos de promoção e remoção voluntária – os quais operam movimentações funcionais de servidores no âmbito da respectiva carreira – o artigo 440 estabeleceu novo critério de desempate para os casos em que houver dois ou mais interessados empatados, ou seja, em igualdade de condições, superados os demais critérios de desempate.

Na lei federal que define regras gerais sobre licitações e contratos administrativos (Lei n. 8.666/93 e alterações posteriores), o art. 3º, § 2º, estabelece a ordem de preferência a ser seguida para os casos de igualdade nas propostas apresentadas. Está assim redigido o dispositivo:

“Art. 3º *omissis*.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”.

Embora os incisos I, III e IV se refiram a “empresas”, a ordem ali estabelecida se aplica, com as devidas adaptações, a pessoas físicas. O inciso I pode indicar pessoa (física ou jurídica) de nacionalidade brasileira cuja atividade seja desempenhada sem investimentos estrangeiros, no que se distingue da hipótese do inciso III (que sugere a existência de capital internacional). O inciso II, por sua vez, indica bens produzidos (por pessoa física ou jurídica) em território brasileiro, independentemente de sua nacionalidade. Finalmente, o inciso IV indica a pessoa (física ou jurídica) brasileira que invista em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país.

De acordo com a nova redação do art. 440 do CPP, superados os critérios acima e permanecendo o empate na apuração da licitação, terá preferência o cidadão (pessoa física, portanto) que houver exercido efetivamente a função de jurado.

Para o provimento de cargos e funções públicas através de concursos de provas ou de provas e títulos, os respectivos editais trazem normas sobre critérios de desempate para as situações em que dois ou mais candidatos se apresentam com a mesma pontuação (*i.e.*, em igualdade de condições) ao final de todas as fases do certame.

Eis um exemplo de edital da Administração Pública federal para a carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, precisamente na parte em que se definem os critérios de desempate:

“CONCURSO PÚBLICO PARA AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (EDITAL ESAF Nº 70, DE 21 DE OUTUBRO DE 2005)

9 - DA HABILITAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA PRIMEIRA ETAPA

(...)

9.2 - Havendo empate na totalização dos pontos, terá preferência o candidato com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, na forma do disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

9.2.1- Persistindo o empate, o desempate beneficiará o candidato que, na ordem a seguir, tenha obtido, sucessivamente:

a) o maior número de pontos, nas Disciplinas D7, D8, D9, D10 e D11, para a Área de Especialização Geral;

b) o maior número de pontos, nas Disciplinas D9, D10, D5, D8 e D6, para a Área de Especialização Tecnologia da Informação.

9.3 - Persistindo, ainda, o empate, o desempate beneficiará o candidato de maior idade.”

Eis agora as normas sobre desempate em um edital da Administração Pública do Estado de São Paulo para provimento de cargos de Secretário de Escola:

“GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS

EDITAL DE ABERTURA DE INSCRIÇÃO

(PUBLICADO NO D.O.E EM 27.05.08)

CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE SECRETÁRIO DE ESCOLA - SQC-II-QAE / SE

IX - DA CLASSIFICAÇÃO

(...)

3- em caso de igualdade de pontuação, serão aplicados, sucessivamente, os seguintes critérios de desempate ao candidato:

3.1- que tiver idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, priorizando-se o de idade mais elevada, nos termos da Lei Federal nº 10.741/2003;

3.2- que obtiver maior nota final;

3.3- que obtiver maior nota na 1ª parte da prova (objetiva);

3.4- que obtiver maior nota na 2ª parte da prova (dissertativa);

3.5- que tiver maior número de dias trabalhados no cargo ou função de Secretário de Escola (Anexo I);

3.6- que apresentar diploma de Nível Universitário;

3.7- que tiver a maior idade.”

Finalmente, vejam-se as normas sobre desempate em edital da Administração Pública do município de São Paulo/SP para provimento de cargos de procurador do município:

“PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO - SMG
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS - SNJ
CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS VAGOS DE
PROCURADOR DO MUNICÍPIO I

EDITAL DE ABERTURA DE INSCRIÇÕES E INSTRUÇÕES ESPECIAIS

8. DA CLASSIFICAÇÃO

8.1 A nota final do candidato aprovado no concurso será igual ao total de pontos obtidos pela somatória das notas das provas de Conhecimentos Específicos I e Conhecimentos Específicos II, acrescido dos pontos atribuídos aos títulos.

8.2 Os candidatos aprovados serão classificados por ordem decrescente da nota final.

8.3 No caso de igualdade na Classificação Definitiva, terá preferência, sucessivamente, o candidato que tiver:

a) idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, até o último dia de inscrição neste concurso público, na forma do disposto no parágrafo único do artigo 27 da Lei Federal nº 10.741 de 01 de outubro de 2003;

b) maior nota na prova de Conhecimentos Específicos II;

c) maior nota na prova de Conhecimentos Específicos I;

d) maior pontuação por títulos;

e) maior idade

f) aprovação em Processo Seletivo de Estagiários da Procuradoria Geral do Município de São Paulo instituído nos termos da Portaria nº 31/2006 - PGM.G e comprovação de seu efetivo exercício por no mínimo um ano, até a data do encerramento das inscrições para este concurso.

8.4 O desempate será processado pela Fundação Carlos Chagas.”

Embora longas, as transcrições acima são bastante úteis à defesa da tese que se propõe no presente trabalho. Demonstram que cada entidade ou órgão público que realiza concurso para provimento de cargos em determinada carreira tem autonomia para disciplinar o certame em lei e edital próprios. Os critérios de desempate são ordinariamente previstos em cada edital, elaborado pelo órgão ou entidade do respectivo ente da federação, seja a União, um Estado-membro ou um Município.

De acordo com a nova redação do art. 440 do Código de Processo Penal brasileiro, superados os critérios de desempate previstos na lei (federal, estadual ou municipal, conforme o órgão ou entidade promotor do certame) e no edital de determinado concurso público, persistindo o empate, terá preferência aquele que houver efetivamente exercido a função de jurado. Precisamente nesse ponto, o artigo 440 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, é inconstitucional.

De acordo com o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. A lei que trata do assunto é a já citada Lei n. 8.666/93, com suas alterações posteriores.

Tratando-se de competência privativa da União, os Estados e Municípios são proibidos de editar leis que prevejam normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, restando-lhes a prerrogativa de definir normas específicas para atender a peculiaridades locais. Não poderão, dessa maneira, criar leis que contrariem a disciplina prevista na Lei n. 8.666/93, sendo-lhes vedado, conseqüentemente, criar critérios de desempate além daqueles previstos no art. 3º, § 2º.

Embora a constitucionalidade da existência de um critério de desempate aplicável às licitações públicas, vinculado ao exercício da função de jurado, não seja totalmente isenta de dúvida, pode-se afirmar que o mesmo legislador do Código de Processo Penal detém a competência legislativa necessária para alterar a Lei n.

8.666/93. Dessa forma, a introdução no CPP de um critério de desempate em matéria de licitações e contratos administrativos não infringiria, *a priori*, a competência legislativa das demais entidades federativas.

No que concerne ao provimento de cargos e funções públicas, à promoção funcional e à remoção voluntária de servidores – tudo matéria de direito administrativo – a Constituição Federal estabelece normas e princípios a serem seguidos por todos os entes da federação, atribuindo à legislação infraconstitucional a função de minudenciar essa disciplina. Assim, é a própria CF quem define os princípios aplicáveis à Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entretanto, em momento algum a Constituição Federal conferiu ao poder legislativo da União competência para estabelecer normas gerais, através da edição de uma lei de caráter nacional, sobre o provimento de cargos, empregos e funções da Administração dos Estados e Municípios, bem como promoções e remoções de seus respectivos servidores. Trata-se de matéria de direito administrativo afeta à competência legislativa de cada um dos entes da federação, nos termos do que preconiza o princípio federativo inscrito nos artigos 1º e 60, § 4º, da CF.

Ao estabelecer no art. 440 do Código de Processo Penal, da forma ampla e irrestrita como indica sua redação, um critério de desempate para o provimento de cargos, empregos e funções, bem como para as promoções e remoções voluntárias de servidores públicos, o legislador da União imiscuiu-se em disciplina legislativa afeta ao poder legislativo dos Estados e Municípios, estabelecendo norma geral em matéria de serviços públicos e servidores sem autorização constitucional.

É preciso concluir, portanto, que a aplicação da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, aos cargos, empregos, funções, empregados e servidores públicos dos Estados e Municípios brasileiros viola frontalmente o princípio federativo, uma vez que agride a autonomia estadual e municipal para administrar seus próprios serviços e servidores públicos, através das constituições e leis que adotarem. Da mesma maneira, viola a competência legislativa constitucional desses entes da federação, estando, por tais motivos, totalmente eivada de inconstitucionalidade formal.

O raciocínio, nessa parte, é muito simples: diferentemente do que ocorre em matéria de licitações e contratos administrativos, o poder legislativo da União não detém a prerrogativa de estabelecer normas gerais sobre o provimento de cargos, empregos e funções públicas, de promoção ou remoção de servidores, no âmbito da administração dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A disciplina dessas

questões é restrita às constituições e leis que adotarem cada um dos entes da federação, como consequência do poder de auto-administração que decorre do princípio federativo.

Sendo assim, a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, modificando a redação do art. 440 do CPP, não pode estabelecer critério de desempate nessas matérias, aplicável a entes federativos diversos da União, sob pena de violação ao princípio federativo e à competência legislativa privativa desses entes para a organização e administração de seus serviços e servidores públicos.

Aparentemente, a disposição do referido art. 440 do CPP comportaria interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, excluindo-se a interpretação inconstitucional, limitando-se sua aplicação ao provimento de cargos, empregos e funções, bem como às promoções e remoções de empregados e servidores públicos da administração pública da União. Com isso, restaria intocado o princípio federativo e a competência legislativa dos demais entes da federação.

Esse procedimento, contudo, violaria frontalmente o princípio constitucional da isonomia.

De fato, não apenas os servidores públicos da União, mas também os servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são convocados para a prestação do serviço obrigatório em que se constitui o exercício da função de jurado. A recusa ao atendimento dessa convocação e o não cumprimento de prestação alternativa acarreta, indistintamente, consequências de natureza punitiva, de modo que esse dever cívico atinge a todos irrestritamente. Nesse momento, surge a seguinte questão: por que apenas aos servidores públicos da União se haveria de conceder um benefício pelo cumprimento de uma obrigação que se estende aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (isso sem mencionar os empregados do setor privado)?

A interpretação de que o critério de desempate previsto no novo art. 440 do CPP seria aplicável apenas ao provimento de cargos e funções na estrutura administrativa da União, bem como às remoções e promoções de servidores públicos federais, autorizaria a admissão de consequências legais desiguais a pessoas em situações absolutamente semelhantes, o que colidiria com o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Essa situação de inconstitucionalidade pode ser retratada através de um simples exemplo: imagine-se que três pessoas tenham sido convocadas e hajam exercido efetivamente a função de jurado. Posteriormente, cada um deles inscreve-se em concursos públicos para cargos absolutamente semelhantes (professor ou fiscal, por

exemplo), respectivamente, na administração federal, estadual e municipal. Não obstante a incontestável semelhança entre as três situações, o critério de desempate do art. 440 do CPP se aplicaria exclusivamente ao candidato a cargo ou função pública na estrutura da União.

Em resumo, a aplicação do art. 440 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, às esferas federal, estadual e municipal padeceria de flagrante inconstitucionalidade formal por violação ao princípio federativo e às regras constitucionais sobre competência legislativa. Por outro lado, sua aplicação restrita aos cargos, empregos, funções, empregados e servidores públicos da União violaria flagrantemente o princípio constitucional da isonomia. Em qualquer caso, portanto, o art. 440 do CPP será inconstitucional.