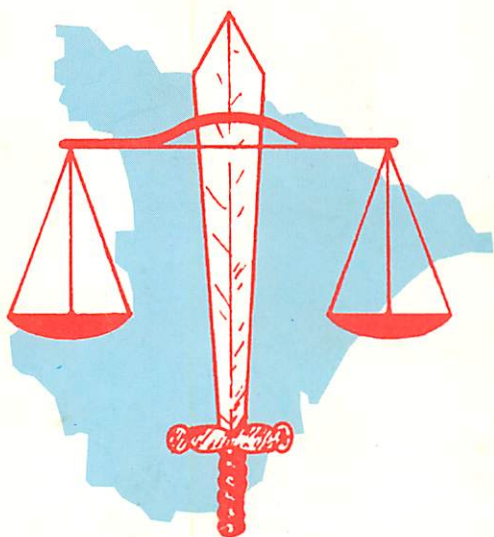


REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



DO ESTADO DE SERGIPE

ANO IV

1994

Nº 7

Sergipe, Ministério Público

**Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe;
doutrina, legislação, noticiário**

Ano IV

Nº 7

1994

Aracaju, 1991

**1. Direito - Periódico - Brasil, I - Título, II
Menezes, Eduardo de Cabral, diretor**

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Publicado pelo Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público
do Estado de Sergipe

ANO IV	1994	Nº 7
---------------	-------------	-------------

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado de Sergipe

PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA
Manual Pascoal Nabuco D'Ávila

DIRETOR
Eduardo de Cabral Menezes

CONSELHO EDITORIAL
Pedro Iroito Dória Leó
José Sérgio Monte Alegre
José Renato Lima Sampaio
José Carlos de Oliveira Filho

**A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus
autores**

Pede-se permuta
On demande l'échange

We Ask for exchange
Um Austausch wir gebeten

ENDEREÇO
Praça Fausto Cardoso, s/n - Edifício Walter Franco - Pavimento "Procurador de Justiça
Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila"
Aracaju - Sergipe

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Procurador Geral da Justiça

Procurador de Justiça MANUEL PASCOAL NABUCO D'AVILA

Corregedor Geral do Ministério Público

Procurador de Justiça FERNANDO FERREIRA DE MATOS

Suplente

Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

Coordenador Geral

Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA

Secretário Geral da Procuradoria Geral de Justiça

Promotor de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Presidente - Procurador de Justiça MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA
Secretário - Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
Suplente - Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Membros - Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Procurador de Justiça JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
Procurador de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE
Procurador de Justiça FERNANDO FERREIRA DE MATOS
Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça CARLOS WALDEMAR RESENDE MACHADO
Procurador de Justiça JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE
Procurador de Justiça GUILHERMINO REZENDE NETO
Procurador de Justiça HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO

COMISSÕES PERMANENTES

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Presidente - Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Membros - Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
- Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO

ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Presidente - Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE
Membros - Procurador de Justiça GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
- Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente - Procurador de Justiça MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA
Membros - Procurador de Justiça FERNANDO FERREIRA DE MATOS
- Procurador de Justiça HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
- Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
- Procurador de Justiça JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE
Secretário - Promotor de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

ASSESSORIA DO PROCURADOR GERAL

Procuradores de Justiça - EDUARDO DE CABRAL MENEZES
GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO

ASSESSORIA DA CORREGEDORIA GERAL

Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENO

Procurador de Justiça MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA

CÂMARA CÍVEL

Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO

CÂMARA CRIMINAL

Procurador de Justiça JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
Procurador de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE

TRIBUNAL DE CONTAS

PLENO

Procurador de Justiça MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA

CÂMARAS

Procurador de Justiça CARLOS WALDEMAR REZENDE MACHADO
Procurador de Justiça JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE
Procurador de Justiça GUILHERMINO REZENDE NETO
Procurador de Justiça HELY SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

COORDENADORIA GERAL

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETOR

Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO

Grupo de Apoio Operacional das Atividades Cíveis e Criminais

Promotor de Justiça LUIS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

Grupo de Apoio Operacional da Infância e da Adolescência

Promotora de Justiça MARIA ISABEL SANTANA DE ABREU

Grupo de Apoio Operacional de Defesa Comunitária

Promotora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

Grupo de Apoio de Defesa da Cidadania

Promotor de Justiça CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

CURADORIAS ESPECIALIZADAS NA COMARCA DE ARACAJU

Curadoria de Defesa dos Direitos Humanos

Promotor de Justiça WILTON ARAUJO SANTOS

Curadoria da Infância e da Adolescência

Promotora de Justiça MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU

Curadoria de Defesa do Consumidor

Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO

Curadoria de Defesa do Meio Ambiente Patrimônio Cultural e Natural do Estado

Promotor de Justiça EDUARDO ANTONIO SEABRA

Curadoria de Defesa do Patrimônio Público Social e das Fundações

Promotor de Justiça PEDRO VICTÓRIO DAUD

Curadoria do Controle Externo da Atividade Policial

Promotor de Justiça HELENO ÁVILA DOS SANTOS SILVA

COMARCA DE ARACAJU

1º Promotor de Justiça

MARIA CRISTINA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

2º Promotor de Justiça
MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO

3º Promotor de Justiça
MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ ALVES

4º Promotor de Justiça
LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

5º Promotor de Justiça
PAULO MOURA

6º Promotor de Justiça
EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

7º Promotor de Justiça
WILTON ARAUJO SANTOS

8º Promotor de Justiça
VIRGÍLIO DO VALE VIANA

9º Promotor de Justiça
PEDRO VICTÓRIO DAUD

10º Promotor de Justiça
EDUARDO LIMA DE MATOS

1º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões
MARIA CONCEIÇÃO FIGUEIREDO F. MENDONÇA

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Família e Sucessões
ERNESTO ANÍZIO DE AZEVEDO FILHO

3º Promotor de Justiça da Curadoria da Família e Sucessões
MARIA ANAMIRA AMADO BATALHA NETA

1º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
MARIA HELENA FERNANDES BARROS

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
ADERBAL OLIVEIRA

1º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência
MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da Adolescência
MARILEIDE BATISTA DE MELO BARRETO

1º Promotor de Justiça Distrital
CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO

2º Promotor de Justiça Distrital
LUIZ ANTONIO DE ARAUJO MENDONÇA

3º Promotor de Justiça Distrital
MARILENE FIGUEIREDO DE O. FREIRE

1º Promotor de Justiça Criminal
CELSO LUIZ DÓRIA LEÓ

2º Promotor de Justiça Criminal
PAULO LIMA DE SANTANA

3º Promotor de Justiça Criminal
RODOMARQUES NASCIMENTO

4º Promotor de Justiça Criminal
MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA

5º Promotor de Justiça Criminal
MARIA APARECIDA DOS SANTOS

6º Promotor de Justiça Criminal
JOÃO BOSCO ARAÚJO FONTES JUNIOR

1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri
LUIZ ALBERTO MOURA ARAÚJO

2º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri
JOSÉ LUIZ MELO

Promotor de Justiça Militar
HELENO ÁVILA DOS SANTOS SILVA

Promotor de Justiça das Execuções Criminais
ANA CRISTINA SOUZA BRANDI

COMARCAS DO INTERIOR E DE 2ª ENTRÂNCIA

ITABAIANA
Promotor de Justiça Criminal
GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA

Promotor de Justiça
PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS

ESTÂNCIA
Promotor de Justiça Criminal
RAUL JOSÉ VIEIRA NETO

Promotor de Justiça
JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

LAGARTO

Promotor de Justiça Criminal
ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO

Promotor de Justiça
PORFÍRIO MARTINS FÉLIX

PROPRIÁ

EDUARDO FRANKLIN MIRANDA DE OLIVEIRA

BOQUIM

JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

TOBIAS BARRETO

RICARDO SOBRAL SOUZA (Substituto em Exercício)

COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA

AQUIDABÃ
ANTONIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

CAMPO DO BRITO
PAULO VIEIRA MESSIAS

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO
SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

CAPELA
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

CARIRA
JOSÉ MAGALHÃES DE SANTANA

CEDRO DE SÃO JOÃO
ODIL SILVA OLIVEIRA

CRISTINÁPOLIS
ALDO DE SOUZA ARAGÃO

FREI PAULO
VAGO

GARARU
VALDIR DE FREITAS DANTAS

ITABAIANINHA
ANA PAULA MACHADO COSTA

ITAPORANGA
MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

JAPARATUBA
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

LARANJEIRAS
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

MARUIM
LUIZ CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

NEOPOLIS
MARIA JOSÉ PIZZI DE MENEZES MOREIRA

NOSSA SENHORA DAS DORES
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA
ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

NOSSA SENHORA DO SOCORRO
EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

PACATUBA
VICENTE CABRAL LEÃO

POÇO VERDE
ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO

POÇO REDONDO
ANTONIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS

PORTO DA FOLHA
JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

RIACHUELO
ADÉLIA MOREIRA PESSOA

RIBEIRÓPOLIS
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

SÃO CRISTÓVÃO
GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS

SIMÃO DIAS
ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

UMBAÚBA
MARIA EUGÊNIA DÉDA

1º Promotor de Justiça Auxiliar
DEIJANIRO JONAS FILHO

2º Promotor de Justiça Auxiliar
- VAGO -

3º Promotor de Justiça Auxiliar
EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA

4º Promotor de Justiça Auxiliar
VAGO

5º Promotor de Justiça Auxiliar
- VAGO -

6º Promotor de Justiça Auxiliar
EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

7º Promotor de Justiça Auxiliar
CARLOS CESAR SOUZA SOARES

8º Promotor de Justiça Auxiliar
MARIA LILIAN MENDES CARVALHO

9º Promotor de Justiça Auxiliar
MARIA HELENA SANCHES LISBOA

APOSENTADOS

Procuradores de Justiça

CARLOS GOMES DE CARVALHO LEITE
FERNANDO BARRETO NUNES
JUGURTA LIMA BARRETO

Procuradores do Tribunal de Contas

CARLOS AUGUSTO AYRES DE FREITAS BRITTO
HUGO COSTA
JOSÉ GILTON PINTO GARCIA

Promotores de Justiça

ALOÍSIO BARBOSA PORTO
AVANTE AMARAL DE OLIVEIRA
EDIVALDO VIEIRA MESSIAS
ENID SANTOS OLIVEIRA
FLAMARION D'ÁVILA FONTES
JOSÉ GILSON DOS SANTOS
LUIZ DANTAS TAVARES
LUIZ GARCIA
MARIA CONCEIÇÃO CARDOSO RIBEIRO
MARIA ESTHER AZEVEDO ANDRADE
MARIA ZITA PIRES
PEDRO RUBENS DOS SANTOS
TEREZA CRISTINA DE FARO MELO
VALTER RIBEIRO DA SILVA
WALDEMAR PEIXOTO ARAÚJO

Integrante do Tribunal de Justiça de Sergipe oriundo do Ministério Público:
Des. LUÍZ RABELO LEITE

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Conselho

Procurador Geral de Justiça MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA
Corregedor Geral do Ministério Público FERNANDO FERREIRA DE MATOS
Presidente da ASMP EDUARDO LIMA DE MATOS
Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Procurador de Justiça JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE
Procurador de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO

Diretor

Procurador de Justiça EDUARDO CABRAL DE MENEZES

SUMÁRIO

1. DOUTRINA

SÉRGIO MONTE ALEGRE - Ação Civil Pública, Constituição Federal e Legitimidade para Agir	21
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA - Breves Considerações sobre a Teoria do Desvio de Poder	39
SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO - Elementos para uma Interpretação sobre a Reparação do Erro Judiciário e do Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade além do Tempo Fixado na Sentença	48
JORGE ALBERTO DE OLIVEIRA MARUM - O Ministério Público Eleitoral - Nova Visão	54
FÁBIO MEDINA OSÓRIO E JAIRO GILBERTO SCHAFER - Dos Crimes de Discriminação e Preconceito - Anotações a Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990	58

2. PARECERES (2ª INSTÂNCIA)

Responsabilidade Civil do Estado (DARCILO MELO COSTA) ..	81
Ação Direta de Inconstitucionalidade (EDUARDO DE CABRAL MENEZES)	88
Execução Penal (MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO)	94
Princípio de Fungibilidade dos recursos (PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ)	98
Habeas-Corpus - Excesso de Prazo (MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO)	104
"COMPROMISSO DE VENDA" Sujeito a condição (DARCILO MELO COSTA)	110
Ações Conexas de Adjudicação Compulsória, Consignação em Pagamento e Despejo (PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ)	115

3. RECURSOS INSTITUCIONAIS

Dano ao Patrimônio Público - Competência do Ministério Público (FERNANDO FERREIRA DE MATOS)	121
Isonomia de Vencimentos das "CARREIRAS JUDICIÁRIAS" (MOACIR ANTÔNIO MACHADO DA SILVA E ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA)	135
Assistente de Acusação no Campo Penal e a Constituição de 88 (TELIUS ALONSO AVELINO MEMÓRIA)	149

4. PARECERES (1ª INSTÂNCIA)

Distinção entre Seqüestro ou Cárcere Privado e Extorsão mediante Seqüestro (RODOMARQUES NASCIMENTO) . . .	161
Filho não advindo de relação de casamento (ADÉLIA MOREIRA PESSOA)	171
Crime contra Administração Pública (EUZA MARIA GENTIL MISSANO)	176
Contrato de Transporte. Negócio Jurídico (SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO)	190
Ações Indenizatórias Conexas (EDUARDO B. D'ÁVILA FONTES)	196
Legitimidade Ativa para impetração de Mandado de Segurança do Prefeito Municipal contra ato omissivo do Presidente da Câmara Municipal (JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA)	204

5. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Ação Civil Pública Declaratória de Nulidade de Cláusulas Abusivas (MARIA HELENA SANCHES LISBOA)	215
Procedimento de Cobrança Extrajudicial (MARIA LILIAN MENDES CARVALHO)	235
Da Publicidade Enganosa (EUZA MARIA GENTIL MISSANO)	255

6. ESTUDOS E CONSULTAS

Obrigatoriedade do Sigilo Profissional do Médico (MARIA CRISTINA S. FOZ MENDONÇA)	265
Taxa de Iluminação Pública (CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO)	272
Juizados Especiais de Pequenas Causas - Competência (LUIZ CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS)	287

7. LEGISLAÇÃO

Lei Federal nº 8.930/94	299
Resolução nº 007/94 C.P.J.	300

8. JURISPRUDÊNCIA 305

9. DISCURSOS 317

10. NOTICIÁRIO 325

11. UM AGRADECIMENTO MUITO ESPECIAL 335

12. MISSÃO CUMPRIDA (MANOEL PASCOAL D'ÁVILA NABUCO) 337

DOCTRINA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGITIMIDADE PARA AGIR

Sérgio Monte Alegre *

1. A Lei nº 7.347/85 é daquelas inspiradas no sadio propósito de favorecer adequado resguardo a bens ou direitos modernamente crismados de terceira geração, alguns tendendo à internacionalização, caso do meio ambiente, havido pelo texto constitucional como bem de uso comum do povo, cuja defesa e preservação cabem ao Poder Público tanto quanto à coletividade, tendo em vista a qualidade de vida da atual e das futuras gerações (art. 225). Significa dizer: é daquelas leis bem nascidas, à semelhança (outrora) de um nobre de capa e espada, coisa rara entre nós, especialmente se desenterrarmos o passado mais recente do País. Isso nada obstante, ressentem-se de imperfeições. Aliás, e para homenagear a verdade, até a Constituição atual está bem distante de ser documento de apurada técnica legislativa, na medida em que povoam os seus artigos esquisitices do tipo:

1.1. de referir a direitos da pessoa humana (art. 4º, II; art. 17; e 24, VII, b), sugerindo tratar-se de direitos do homem, encarado sob a ótica exclusiva da sua humanidade, criatura humana (dessa natureza seriam os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade) e, no entanto, dar a impressão de garanti-los, e o seu desfrute, a **brasileiros e estrangeiros residentes** no Brasil (art. 5º, caput), expressões insinuantes de nacionalidade (art. 5º, caput, c/c o art. 12, II, "b"), despossuída pelos apátridas, diferentemente do que aconteceu com a Constituição Portuguesa, que os assegurou a uns e a outros, conforme se depreende da leitura do art. 15, nº 1, com as exceções do nº 2

(Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português). Sem dúvida, **exacerbada** que seja a interpretação gramatical ou literal daquele artigo quinto, os órfãos de nacionalidade, os sem pátria, não serão pessoas humanas e, portanto, o que lhes restará será a mais completa e perversa indiferença constitucional. Mais ainda: a cláusula de **residência** no país também é suscetível de indução a erro, qual seja o de supor que (tomada a expressão sob a perspectiva do ânimo de morar definitivamente) os que por aqui estejam em trânsito, ou no território nacional apenas se encontrem, ficam ao desabrigo ou deserdados daqueles direitos, por sinal de belíssima inspiração. A propósito, não se pode descuidar de que a Constituição tanto prevê residência temporária, quanto permanente (art. 12, II, “a” e § 1º). Como as antinomias legais não se hão de presumir, ou se busca conciliar aqueles artigos constitucionais entre si e com a certidão histórica do seu nascimento, ou um deles vai restar destituído de significação prestante, reduzido a ornamento gráfico de efeito meramente decorativo;

1.2. de mencionar **emprego remunerado**, como se algum houvesse que o não fosse, como se a remuneração não comparecesse como elemento conceitual da relação empregatícia (art. 54, I, b);

1.3. de empregar **sentença judiciária**, induzindo o leitor ao equívoco de que outra há que não o é (art. 95, I);

1.4. de reportar-se a **Erário Público**, sem que se tenha cogitado de Erário Privado (art. 54, II);

1.5. de referir a auditores do Tribunal de Contas da União no exercício da **judicatura**, esquecida de que auditor não é magistrado, nem Tribunal de Contas da União pertence à coluna do Judiciário (§ 4º do art. 73);

1.6. de excluir as autarquias do elenco das pessoas jurídicas de direito público interno, com o que chega, literalmente, a enevoar a compreensão do art. 37, § 6º (art. 54, II);

1.7. de aludir a **direito** no inciso LXIX e referir a **interesse** no inciso LXX, alínea b, do art. 5º, com o que estimula a questão de saber se são ou não objetos redutíveis a um denominador comum;

1.8. de afirmar que a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil (art. 13) e, adiante,

desmemoriada, fazer uso de expressões latina do tipo “ad nutum” (art. 54, I, b e II, b e art. 235); “de cujus” (art. 5º, XXXI; art. 155, § 1º, “b”); “ad referendum” (art. 231, § 5º); “inter vivos” (art. 156, III); “causa mortis” (art. 155, I); “caput” (art. 153, § 5º; art. 155, § 3º; art. 171, II, a,; art. 176, § 1º; art. 212, II; art. 239, §§ 1º e 2º; art. 19, § 2º e art. 46, I, do ADCT);

1.9 de mencionar **sanções judiciais** (art. 52, Parágrafo único), sem que se saiba quais são, pois a sanção é sempre (ou parecia ser ...) reserva de lei;

1.10. de fazer uso das palavras **vencimentos e remuneração** - ora como sinônimas, ora para designar realidades diversas (art. 37, X, XI, XII, e XV; art. 39, § 1º; art. 40, § 4º e § 5º; art. 51, IV; art. 52, XIII; art. 61, § 1º, II, “a”; art. 73, § 4º; art. 17 do ADCT);

1.11. de, em um mesmo dispositivo, estabelecer diferença entre **vencimentos e vantagens** dos Ministros do Tribunal de Contas da União e, logo a seguir, permitir-lhes a aposentadoria com **as vantagens** do cargo somente quando o houverem efetivamente exercido por mais de cinco anos (art. 73, § 3º);

1.12. de usar como sinônimas, expressões que o não são, tais como “de livre exoneração” (art. 37, II) e “demissíveis “ad nutum” “(art. 54, I, “b”, e II, “b”), porquanto é de nossa tradição que a exoneração não importa punição, enquanto a demissão sim, esta última pura e simples ou então com cláusula estigmatizante (a bem do serviço público).

1.13. de assegurar a servidor público investido no mandato de Vereador as **vantagens** do seu cargo, emprego ou função (art. 38, III, com o que abre a questão de saber se a palavra (vantagens) está ou não sendo usada em sua acepção técnico-jurídica, de vez que é cediço que vantagens não se confundem com vencimentos, remuneração, proventos, e nem mesmo com acréscimos pecuniários.

2. Tais amostras, recolhidas em aligeirada inspeção visual, aconselham a não se levar muito a sério a presunção de esmero na elaboração de modelos normativos entre nós. A experiência tem revelado, justo ao contrário, a ausência habitual de cautelas, restando unicamente, não um estilo, mas uma maneira desastrada de escrever. E não é de hoje que se acusa a existência de defeitos graves e frequentes na técnica de composição legislativa, como oportunamente destacou o pranteado Miguel Seabra Fagundes,

em artigo publicado na Revista de Direito Público nº 8199, sob o título “As Imperfeições na Elaboração Legislativa e o Exercício da Advocacia”. Daí sucede que todo o cuidado ainda é pouco, diante da defeituosa utilização de palavras do vocabulário constitucional.

3. Isso feito, quais os deslizes irrogados à Lei nº 7.347/85? Exemplificativamente, os seguintes:

3.1. Improriedade na alusão a **órgãos** (§ 6º do art. 5º), porquanto dos legitimados ali referidos apenas o Ministério Público responde a semelhante conceito, o mesmo não acontecendo com a União, os Estados, os Municípios, as Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações e Associações, que todos esses são **pessoas jurídicas** e como tais habilitadas a adquirir direitos e contrair obrigações em nome próprio;

3.2. a menção à **associação legitimada** ou à **associação autora**, para designar genericamente os habilitados à propositura da ação (art. 5, § 3º; art. 9º, § 2º; e art. 17, Parágrafo único) acha-se inteiramente desajustada ao “caput” do artigo, porque neste a associação aparece convivendo com outros legitimados que não partilham da sua natureza e, portanto, não se encaixam no conceito de associação (as autarquias, sociedades de economia mista, fundações, empresas públicas). E isso é o mesmo que dizer: associação, nos termos da lei, ora figura como gênero, compreensivo de espécies, ora comparece, ela própria, como espécie dentro do gênero. Uma lástima.

3.3. a referência a qualquer outro **interesse difuso ou coletivo** (art. 1º, IV) é duplamente censurável. **A uma**, porque favorece a impressão de que as expressões são usadas como sinônimas, quando parece não é assim, a diferença residindo na própria Constituição, onde está grafado interesses difusos e coletivos (art. 129, III). **A duas**, porque onde há interesse, não importando qual, que receba da lei adequada proteção, o que se tem é direito, e quando individualizado em certo sujeito, direito subjetivo, público ou privado. Assim como redigida, a lei parece negligenciar a questão de que o **interesse comparece como substrato material do direito subjetivo e não como categoria autônoma**, posta ao lado daquele e exigente também de tutela judicial. Ou como se a expressão **direito subjetivo** estivesse comprometida com **direito subjetivo individual**, e não assim com o **coletivo**. Para desfazer eventual extravagância, basta uma

simples olhadela na epígrafe do Capítulo I do Título II, da Constituição Federal, pois ali se declara a existência de direitos **individuais e coletivos**. Aliás, é idosa de muitos anos a Ação Popular (1965), por cuja via se buscar dar satisfação a **direitos da coletividade** e nem por isso se foi ao ponto de afirmar que essa ação se propõe a precatar interesses coletivos ou difusos contra eventuais descomedimentos do Poder Público, ou de quantos lhe façam as vezes. Supor, então, a existência de um interesse que receba da lei cuidados especiais, proteção expedita, mas, **ainda assim**, não componha o perfil do direito subjetivo, assume cheiro e sabor de demasia, necessitada de pronta e enérgica admoestação. Quem sabe (?), mais uma vez se deu entre nós o (mau) uso de doutrina estrangeira, do tipo da italiana, perante a qual a diferença entre **interesse legítimo** e **direito subjetivo** realmente existe para atender a dualidade de jurisdição, diferentemente do que sucede no Brasil, onde vigora, com ar majestático, o princípio da jurisdição única (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

“A Constituição de 1988, portanto, não trabalhou em terreno virgem. Já de há muito, entre nós, o alargamento da tutela dos interesses que dizem com as necessidades compartilhadas por muitos indivíduos e cuja satisfação independe de apropriação de bens vinha sendo cogitada e juridicizada. A ação popular, a substituição processual pelos sindicatos na área trabalhista, a proteção do meio ambiente e por último, a ação civil pública. Afirmar-se que são todas elas hipóteses de tutela de “interesses” e não de direitos será afirmar-se o inaceitável. Interesse que a ordem jurídica protege e que na ordem jurídica dispõe de instrumentos para a sua satisfação é interesse configurador de direito, e direito subjetivo, se atribuído a um sujeito determinado.

Trazer-se para o direito brasileiro categorias já sem funcionalidade como a dos interesses legítimos, para colocá-los ao lado dos direitos subjetivos, ou pretender excluir os interesses transindividuais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito, do Estado, da organização política e da

sociedade já ultrapassada. É o que nos parece, data venia. "(J.J. Calmon dos Passos, em "O Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo, Forense, 1989, pág. 11).

3.4. Ao disciplinar o arquivamento do inquérito civil, ou das peças de informação, caso o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências ao seu alcance, se convença da ausência de fundamento para a propositura da ação civil, a Lei nº 7.347 enseja dúvida séria sobre o que realmente deseja. É que, no "caput" do art. 9º diz que, ocorrente a hipótese nele prevista, o órgão ministerial promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, o que pode sugerir o entendimento de que lhe cabe **diligenciar para que se realize o arquivamento**, mas não o ato de **arquivar**. Todavia, no § 1º, a lei dispõe que os autos do inquérito civil ou as peças de informação **arquivados** serão remetidos, no prazo de três dias ao Conselho Superior do Ministério Público. Aí já se tem algo diverso. É de **arquivamento** que se trata e **não da sua promoção**. Enfim, no § 2º, retoma a linguagem do "caput" do artigo, ao assegurar às associações legitimadas a apresentação de razões escritas ou documentos, desde que o façam até que, em sessão do Conselho Superior, seja homologada ou rejeitada a **promoção** de arquivamento (e não o arquivamento!!!). E, nos §§ 3º e 4º, insiste na **promoção** do arquivamento!

3.5. a referência apenas às associações legitimadas, no § 2º do art. 9º, para garantir-lhes o direito à apresentação de razões escritas ou documentos até que se realize a sessão do Conselho Superior, cria inegável embaraço ao intérprete e operador do direito, na medida em que: 1) as associações constituem um dos legitimados a agir, comparecendo ao lado delas a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações e as sociedades de economia mista. **Assim como redigida**, a norma do parágrafo contempla unicamente as associações (o que, evidentemente, não é razoável supor); 2) a própria lei assegura a qualquer pessoa o direito, e a qualquer servidor impõe o dever, de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituem objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º). Ora,

nesta hipótese, acaso concretizada, uma e outro (qualquer pessoa ou servidor) não teriam idêntico direito ao das “associações” legitimadas? Não poderiam apresentar razões ou documentos contrários ao arquivamento?

3.6. por derradeiro, vem em boa hora a crítica feita à redação do art. 10, porquanto “abrange no mesmo período tanto o preceito como a sanção”, o que o faz “destoar da sistemática geral da elaboração das normas incriminadoras, principalmente porque a cominação da pena antecede a previsão do fato, vale dizer: a ameaça penal é irrogada antes da conduta; assim como se fosse possível o **efeito** anterior à **causa**” (René Ariel Dotti, na Revista de Informação Legislativa, do Senado Federal, ano 23, nº 90, pág. 193).

4. E, contudo, não estancam por aqui as deficiências da Lei 7.347/85. Vão além, o que é mais grave, para colocá-la em rota de colisão com a Constituição de 1988. Com efeito, ao **confinar a legitimação para agir a órgão com capacidade processual** (Ministério Público) **ou a pessoa jurídica**, a lei apontada tornou-se **parcialmente** desvaliosa, de vez que não recepcionada pelo texto de mais elevada hierarquia normativa, a Constituição Republicana.

Por quê? É simples.

5. Abstração feita a algumas adaptações, a Constituição brasileira recortou o Estado valendo-se de moldes emprestados pelo figurino liberal, e isso ao ponto de anotar que **incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos**, em regime de execução direta ou mediante concessão ou permissão, conforme disposto em lei (art. 175), não o desembaraçando de amarras para o desempenho de atividades econômicas, confiadas à iniciativa privada, salvo nos termos do art. 173, agora reproduzidos para a comodidade do leitor:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta pelo Estado de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

5.1 Os artigos citados (173 e 175) praticamente reprodu-

zem na Constituição a orientação já perfilhada anos atrás pelo Decreto-lei nº 200/67, quando, ao definir as Autarquias, o fez em termos de que seriam instrumentos de desempenho de **atividades típicas** da administração pública (art. 5º, I), e as sociedades de economia mista e empresas públicas funcionando na exploração de atividades econômicas; **atípicas**, portanto (art. 5º, II e III).

5.2 É certo que se não cuida de liberalismo primitivo, intolerante com a existência de criaturas intermediárias entre o indivíduo e o Estado, conhecido de determinada época, conforme registro recolhido no Dicionário de Política, de Norberto Bobbio, Nicolla Matteucci e Gianfranco Pasquino, a seguir transcrito por escrupuloso apego à literalidade do texto:

“ ... De acordo com a acepção do iluminismo francês (assumida integralmente pelo pensamento reacionário ou católico do início do século XIX) e do utilitarismo inglês, Liberalismo significa individualismo; por individualismo entende-se, não apenas a defesa radical do indivíduo, único real protagonista da vida ética e econômica contra o Estado e a sociedade, mas também a aversão à existência de toda e qualquer sociedade intermediária entre o indivíduo e o Estado; em consequência, no mercado político, bem como no mercado econômico, o homem deve agir sozinho (pág. 689, 2ª edição).

5.3 Todavia, é de novo liberalismo que se trata. E isso é de fundamental importância para bem compreender o Estado brasileiro e melhormente operar o sistema constitucional, tal como realcei em artigo publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Ano III, 1993, nº 4, pág. 42, do qual extraio o seguinte trecho:

“Realmente. A concepção vitoriosa, embora não vocalizada literalmente no texto constitucional, foi a do Estado demo-liberal, de roupa nova, contemporânea, estilizada, é verdade. Porém, sempre liberalismo, sustentado de um lado pela idéia do Estado mínimo, e, do outro, pelo pressuposto filosófico da doutrina dos direitos naturais, de belíssima inspiração, por sinal.

Não há como deixar de observar que a Constituição se deixou influenciar pelas notáveis idéias estampadas nas declarações de direitos do século XVIII, segundo as quais não possuía Constituição a sociedade onde os poderes não estivessem separados, nem garantidos os direitos fundamentais da pessoa humana, disso decorrendo que o figurino liberal clássico é exigente não só de limites formais ao exercício do Poder, mas, principalmente, da necessidade de conformação das leis ao reconhecimento de uns tantos direitos, indistacáveis da pessoa humana... O comprometimento final com o liberalismo está no Título VII, dedicado à ordem econômica e financeira. Em tom grave e solene, ali se anuncia que essa ordem se conformará aos princípios da propriedade privada e da livre concorrência, e, bem assim, que a todos fica assegurado o livre exercício de atividades econômicas independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, IV, e seu parágrafo único). A seguir, a Constituição risca a giz o campo reservado ao Estado, confiando-lhe a missão de prestar serviços públicos, seja pela Administração Direta, seja pelas concessionárias e permissionárias, sempre mediante licitação (art. 175, caput). Cuidadosa, não vai a Constituição ao extremo de interditar ao Estado o desempenho de atividade econômica, porém o faz dependente de razões especialíssimas, quais sejam a segurança nacional e relevante interesse público, definidos em lei. Para dar testemunho da sua severidade no trato da matéria, o texto chega a valer-de do advérbio “só”, o que lhe não é habitual (art. 173). Assim, por pouco não se empreendeu uma viagem ao passado, de retorno ao Estado do “deixai fazer, deixai passar, que o mundo vai por si mesmo”. Observe-se que até o planejamento estatal, nesta seara, tem para o setor privado valor meramente indicativo (art. 174). Enfim, e em apertada síntese,

este é, segundo creio, o perfil do Estado brasileiro na atual Constituição: um Estado neo-liberal. Nem mais, nem menos”.

5.4. Ora, o liberalismo, antigo ou moderno, tem como um dos seus artigos de fé a afirmação da **liberdade individual**, insuscetível de ser amesquinhada pelo grupo, cuja vontade é personificada na pessoa jurídica e expressa pela atuação dos seus órgãos. Em contextos surgidos de sociedades cada vez mais complexas, seletivas e exigentes, os seres intermediários do tipo dos sindicatos, associações e partidos políticos, só para exemplificar, vieram à luz sob a inspiração da necessidade de dar satisfação a propósitos humanos, ou, o que vale rigorosamente o mesmo, nasceram do engenho humano “quer para estimular a participação política do cidadão, que o individualismo (dos proprietários) pretendia reduzir à esfera da vida particular, quer como proteção do indivíduo contra o Estado burocrático” (Bobbio, Matteucci e Pasquino, obra citada, pág. 689). **Surgiram tais entes, pois, para acudir a criatura humana** nos seus instantes de invencível fragilidade. Nunca para substituí-la, desqualificando-a. Não se há, assim, de cogitar da redução da dignidade humana (que a Constituição erige em um dos pilares da República Federativa do Brasil - art. 1º, III) e da exaltação da importância da pessoa jurídica, porque aquele é protagonista e, esta, mera coadjuvante da “aventura humana na Terra”. Daí se segue que a **liberdade de associação para fins lícitos** (art. 5º, XVII, da C.F.) **melhor instrumentaliza o indivíduo**, revigorando-o com a possibilidade da sua reunião aos seus semelhantes; possibilitando-lhes a realização de interesses comuns, todos eles redutíveis a fórmula das mais singelas: a busca da própria felicidade. O que se deseja, na Constituição de 1988, é reanimar o indivíduo como centro subjetivado de direitos e obrigações, e a quem se reconhece o poder de atuar isoladamente ou em comunhão com outros, à sua discricção, à sua conveniência, e segundo juízo da sua oportunidade, **de modo que a escolha deve caber sempre ao indivíduo**, que há de consultar as suas forças para figurar como parte em um processo judicial. Toca-lhe, então, **pela própria lógica do regime** (art. 5º, § 2º, da C.F.), escolher uma das duas formas de agir à sua disposição: isoladamente ou em associação.

“A Constituição não significou uma capitis

deminutio do indivíduo, da pessoa, não como abstração, mas associada a um ser biológica, física e psiquicamente bem determinado, e também politicamente bem definido — o cidadão. As associações, os sindicatos, os órgãos de classe, os partidos, etc., não podem submetê-lo ou minimizá-lo. Essas entidades entram em cena em favor do indivíduo, não contra ele”. (J.J. Calmon dos Passos, ob. cit., pág. 20).

5.5. Ou em lugar dele. Ora, na Lei nº 7.347/85, o que se fez, sem rebuços de qualquer espécie, foi excluir a atuação individual, sumariamente, liminarmente (art. 5º). E isso em um país sem mínima cultura de associacionismo (ou associativismo), em que o primeiro artigo é cada um por si” e, o segundo, “Deus por todos nós”. Inteiramente diferente, por exemplo, dos Estados Unidos da América do Norte, conforme relato magistral de Alexis de Tocqueville, ao escrever sobre a Democracia na América:

“Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os aspectos, estão constantemente a se unir. Não só possuem associações comerciais e industriais, nas quais todos tomam parte, como ainda existem mil outras espécies: religiosas, morais, graves; fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e muitas pequenas; os americanos associam-se para dar festas, fundar seminários, construir hotéis, edificar igrejas, distribuir livros, enviar missionários aos antípodas; assim também criar hospitais, prisões, escolas... Em toda parte, onde, à frente de uma empresa nova, vemos na França o governo e na Inglaterra um grande senhor, tenhamos certeza de perceber, nos Estados Unidos, uma associação”. (págs. 391/392, Editora Itatiaia em co-edição com a Editora da Universidade de São Paulo).

Colocou-se, portanto, a Lei nº 7.347/85 na contramão da Constituição, que lhe sobreveio. Porém, desde a data do seu nascimento, desserviu à causa da cidadania na medida em que fez o homem comum depender de intermediários para atualizar um

direito que, sendo da coletividade, é **igualmente** seu enquanto membro dessa mesma coletividade. Noutro dizer, o que se tem, no máximo, é um direito que não pertence **apenas e exclusivamente** a um único indivíduo, **mas que indubitavelmente é seu também**, e de fruição ou desfrute individual, **embora não exclusivo**, tanto quanto coletivo. O acertado seria, então, reconhecer à vontade individual o poder de, querendo, valer-se da ação civil em reunião com outros, formando pessoa jurídica, ou não. **Agir** (ou deixar de fazê-lo) **associadamente seria opção do indivíduo**. Querendo, agiria em consórcio com seus semelhantes; não querendo, atuaria isoladamente. Todavia, a possibilidade de livre escolha lhe seria assegurada. Como se fez, todavia, a exclusão foi definitiva, radical. Isso nada obstante não se possa ter como minimamente razoável que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, somente possa ser resguardado em juízo, mediante iniciativa de pessoa jurídica ou do Ministério Público, quando o seu desequilíbrio afeta cada ser humano individualmente considerado, abreviando-lhe a existência ou a tornando penosa, se não as duas coisas ao mesmo tempo!

5.6. Note-se, por relevante, que a Ação Popular está predisposta à proteção (também) do meio ambiente e, no entanto, **se presta ao manejo individual** embora com o freio da exigência da cidadania, entendida como tal a ostentada pelo eleitor, **restrição essa que ao meu ver é escancaradamente desautorizada pela Constituição***. Demais disso, confinar a legitimidade para agir, em matéria de ação civil pública, a pessoa jurídica ou ao Ministério Público, **com exclusão do indivíduo enquanto tal**, é o mesmo que obrigar alguém a associar-se, ou constrangê-lo a manter-se associado, o que contraria abertamente o disposto no art. 5º, II, da Constituição, assim redigido:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

I - ...

* Ação Popular Não é Direito Político, na Revista de Direito Administrativo nº 188/172.

.....
XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se
ou a permanecer associado;
.....

Demais disso, o meio ambiente diz com a qualidade de vida, direito fundamental que a lei Republicana reconhece a brasileiro e estrangeiro residente no País, encarados pois como entes naturais, como indivíduos, humanos. Não faria assim o menor sentido que a criatura humana, titularizando direito à vida, e vida sadia, vida digna, e não vida severina, viesse mais adiante a ser constrangida a transformar-se, com o concurso de outros (que muitas vezes não se mostram dispostos a tanto) em pessoa jurídica, para só então valer-se da ação civil pública. Se o indivíduo pode atuar sozinho, se se dispõe a tanto e tem meios de o fazer, o ônus de associar-se (que implica, entre outros esforços, o de convencer os demais a juntarem-se a ele) lhe será manifestamente gravoso, quando não impeditivo do acesso ao Judiciário, **por via oblíqua**; direito que a Constituição assegura a todos, sem exceção de nenhum.

5.7. Ainda não é tudo, embora seja alguma coisa. Realmente, não se tem como fazer passar despercebido que a Constituição mandou recado a quem interessar possa:

Art. 129 . . .

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Veja-se, porque interessante, que a estrutura de linguagem do vocabulário constitucional é aberta, **exigente de interpretação ampla e não restrita, pois é de direito que se trata**. O texto refere-se a **terceiros**, expressão compreensiva de pessoas físicas tanto quanto de pessoas jurídicas, ou órgãos dotados de capacidade processual. Não causa escândalo que seja assim. Nem poderia. A par do que ficou escrito, porque agressões ao meio ambiente podem vir de comportamentos da Administração Pública, ou, se preferirem, do Estado-administração. E ninguém ignora que entre duas interpretações possíveis, ambas bem nutridas de

argumentos, deve-se preferir aquela que melhormente homenageia o Estado de Direito (art. 1º, caput, constitucional), entendido como aquele Estado que se submete ao Direito e no qual os atos da Administração, **especialmente desta**, são suscetíveis do mais amplo e eficaz controle pelo indivíduo, a quem se garante acesso a judiciário independente. Estado do qual já se disse que tinha como finalidade única reconhecer e garantir os direitos naturais e imprescritíveis da pessoa humana. Ou, como preferem os aplaudidos J.J. Gomes Conotilho e Vital Moreira, "no campo dos direitos fundamentais, o princípio da interpretação conforme à Constituição quer dizer **interpretação mais favorável aos direitos fundamentais**. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, esta regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio **in dubio pro libertate**; no caso dos direitos de participação, significa que na dúvida se deve optar pela participação mais ampla e mais intensa; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger a interpretação que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação" (Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, pág. 143). E não há como recusar que os três primeiros incisos do art. 1º da Lei 7347/85, cuidam de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII e LXXIII, c/c o art. 216, I a V, e seu § 1º, constitucionais). Enfim, há também que se guardar na lembrança que o art. 37, § 6º, da Constituição se reporta a **terceiros**, e ninguém ousou comprimir o âmbito de tal palavra, que a Constituição não empregou restritamente. Idêntico tratamento se deve dispensar à cláusula constitucional contida no § 2º do art. 129. Por igual forma, à legislação infraconstitucional é interdito restringir o que a Constituição não restringiu, em matéria de legitimidade ativa para a ação civil pública. É dizer: **da legitimação ativa cuidou a Constituição. E o fez esgotantemente. Legitimados são o Ministério Público, e terceiros quaisquer que sejam, pessoas físicas ou jurídicas.**

Aqui, um derradeiro registro: não é que a Constituição Federal vede a atribuição de direitos a pessoas jurídicas, com exclusão dos indivíduos, mas sim, que a exclusão desses últimos haverá de ser feita pela própria Constituição ou, ao menos, nos seus termos. A esse respeito é sugestivo o mandado de segurança

coletivo, para o qual estão legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, a e b), mas não também os indivíduos, como tais.

6. Nem se objete que o indivíduo está resguardado pela atuação insuspeita do Ministério Público, já que a este poderá dirigir-se nos termos do art. 6º da Lei nº 7347/85. Sim, porque o aroma que exala da Constituição é de diversa natureza. Nela, o que se deseja é a prática saudável de uma democracia participativa, com a reanimação da cidadania, sua reeducação, em contraste com a atmosfera de abulia social e política sob que viveu durante mais de vinte anos da história recente deste País. Que esse é o propósito constitucional parece não haver dúvida razoável. Basta consultar alguns dos numerosos artigos da Constituição, ensejadores do engajamento individual não apenas na vida política nacional, mas, também, em assuntos do interesse público ou coletivo, com o que se empenha no sentido de superar o individualismo egoístico e estimular a criação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Desses artigos servem de exemplo o art. 5º, XXXIII, XXXIV, “a”, e LXXIII; art. 14, I, II e III; art. 29. XIII; art. 31, § 3º; art. 58, § 2º, IV; art. 74, § 2º; art. 216, § 1º; art. 225, “caput”. Daí resulta que o compromisso constitucional reside em alforriar o indivíduo de laços de dependência que, no mais das vezes, retardam, quando não impedem, o exercício da mais generosa de todas as liberdades: a liberdade de não ter medo (René Ariel Dotti, ob. cit., pág. 180). O Ministério Público não recebeu da Constituição a tarefa de substituir a ação da cidadania e sim a de ajudá-la a caminhar. Tutela, curatela, e pátrio poder, este último ainda quando exercido por “bom pai de família”, somente servem a incapazes, enquanto o são e na estreita medida das suas necessidades. O que, obviamente, não é o caso de quem há muito se elevou da condição de súdito à de cidadão. Que o Ministério Público auxilie, ampare, concorra. Porém, substituir, não.

E nem se diga que o indivíduo pode valer-se das ações relativas a direitos de vizinhança ou provocar até judicialmente o exercício da polícia administrativa. As primeiras são acentuada-

mente limitadas e obedecem a esquemas clássicos e insuficientes do processo civil, e a segunda é frequentemente desacreditada pela sua notória falta de ânimo para fazer o que deve e precisa ser feito. Aliás, foi mesmo essa uma das razões que inspiraram o surgimento da Lei nº 7.347/85 (Galeno Lacerda, *Ajuris* 43/7). Mais ainda: a Lei nº 7347/85 rompe com a estrutura tradicional do processo e o indivíduo, privado do seu concurso, ficaria em situação de absoluta inferioridade relativamente aos legitimados constantes do art. 5º. Finalmente, anoto que a experiência estrangeira dá testemunho da extensão da legitimação para agir a sujeitos privados — associações e **pessoas físicas** — não pessoalmente prejudicados (Ada Pellegrini Grinover, sem o negrito no original, em *Enciclopédia Saraiva do Direito* nº 45/399 a 423).

De extravagância, pois, é que não se cuida.

7. Enfim, uma última palavra.

Como a lei nº 7.347/85 é anterior à Constituição de 1988, o fenômeno que se põe em causa é o da revogação (ou perda de eficácia) pela não recepção, tudo na conformidade de decisões do Supremo Tribunal Federal, assim ementadas:

” - Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, segundo o entendimento do STF, se a norma questionada é anterior à da Constituição padrão.

Não há inconstitucionalidade formal superveniente. Quanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIN 2, Brossard, 6.292) - contra três votos, entre eles o do relator desta - em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta.”

... (ADIN nº 438, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, na *Revista de Direito Administrativo* 187/152).

-X-X-X-X-X

“ ... Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; a Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores

com elas conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.”

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que centenária.”

(ADIN nº 521. Rel. Min. Paulo Brossard, R.D.A., nº 188/288).

Diferentemente, portanto, do que entendeu o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir que:

“ADMINISTRATIVO, DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA. IMISSÃO DEFINITIVA. VEDAÇÃO. DL 1075/70 e DL 3365/41.

- O Decreto-lei nº 1.975/70 permite apenas a imissão provisória do expropriante no bem objeto de desapropriação. Não autoriza imissão definitiva.

- Para se valer de seus permissivos, o expropriante deve provar que seu ingresso na posse não é definitivo, mas provisório.

- Permitir a imissão definitiva do expropriante, sem o pagamento integral do valor atribuído ao imóvel, em avaliação especial, é dar ao D.L. nº 1075/70 e ao D.L. nº 3.365/41, interpretação que os torna inconstitucionais”. (D.J.U. nº 100, de 27/05/94, Seção I, pág. 13241, no Recurso Especial nº 34.668-3 - SP (Recurso Extraordinário, sem o negrito).

8. Agora, concluindo:

8.1. Tenho como certo, e nisto estou na confortadora companhia do habitualmente oportuno e original Carlos Ayres Britto*, que a Constituição encontra em si mesma o seu próprio referencial de compreensão, contrariamente ao que sucede com as normas de menor dignidade, e, assim, no estudo da ciência

* A Desapropriação Indireta e Sua Obrigatória Invalidação pelo Poder Judiciário, na Revista de Direito Público nº 74/242.

jurídica, há de observar-se, como primeira e mais valiosa postura metodológica, que o direito começa, necessariamente, no lastro formal da Constituição, dele não podendo desapegar-se. A Lei nº 7347/85 é expressão pura e formal do direito. Não constitui, pois, exceção. Significa dizer: deve ser interpretada a partir da Constituição. Não o contrário.

8.2. Uma teoria ou doutrina, qualquer obra de conhecimento e descrição do fenômeno jurídico, será tanto mais prestimosa quanto maior a sua utilidade social. Ou, em outras palavras: “A solução jurídica deve ser valorada na medida em que contribui para a paz social. Uma teoria jurídica é apreciada, antes de mais nada, pelas consequências sociais que produz” (Gaston Jéze). Entre excluir o indivíduo, atuando como tal, e aceitar a sua participação na propositura da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), não há inquietação, nem insegurança possível. A tese que se apresenta com maior dose de utilidade social é a que **estende** a legitimidade para agir ao ente natural, ao invés de subtrair-lhe essa possibilidade. O concurso dele compõe um mais aprimorado esquema de controle do Poder, inclusive porque “interessa à República que sejam muitos a protegê-la”.

8.3. D’outra parte, as expressões, íntimas ou visíveis, deste esforço intelectual não se reduzem a conseguir adesão de espíritos mais fecundos. Trata-se, sim, de algo mais elevado, embora não pretensioso. O que se cuidou foi de fazer obra de ciência, e não doutrina de oportunismo. E, assim, lembrando Haydeé Antunes Carlini (Invalidade dos Atos Administrativos. R.D.P. nº 34/25)” ... sendo o Direito um objeto cultural dinâmico, a atividade científica que o descreve há de o acompanhar em seu movimento de evolução, não se podendo, pois, arrogar posições definitivas. Dessa forma, as conclusões... são tão somente provisórias e representarão, na verdade, novos estímulos para investigações posteriores”.

8.4. Enfim, se se trata de obra de ciência, sempre exigente de ousadia intelectual, ou de ato de censurável temeridade, só o tempo e a opinião dos doutos poderão responder.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO DESVIO DE PODER

Jorge Murilo Seixas de Santana *

01. INTRODUÇÃO

A Teoria do Desvio de Poder, definitivamente incorporada ao Direito Administrativo Brasileiro, constitui-se em importante embasamento doutrinário viabilizador do controle dos atos da Administração pelo Poder Judiciário. Bem utilizada, tal construção doutrinária pode permitir à sociedade civil exercer um real controle dos atos exorbitantes da Administração pública, sujeitando-os à invalidação por meio da via judicial, mediante as ferramentas da ação popular e ação civil pública, conforme os sujeitos ativos responsáveis por suas respectivas promoções.

Originariamente denominada na França como **Detournéman de Pouvoir**, teve origem no famoso caso **Lesbat**, como sendo o de um prefeito que, tendo atribuições para regular a circulação e permanência de veículo de passageiros e cargas na proximidade das estações ferroviárias, com o fim de bem ordenar o movimento no interesse público, usou de tal poder para conferir monopólio a certa empresa. Levado o assunto a exame pelo Conselho de Estado, este entendeu ser o ato atacado contrário ao direito porque dele se usara a competência outorgada na lei com finalidade diversa da prevista. A repercussão dessa teoria aplicada ao caso concreto francês teve alcance na Europa, seguindo-se decisões do Conselho de Estado da Itália, no mesmo sentido.

Constitui-se, portanto, em poderoso instrumental à disposição da cidadania para ver corrigidos desvios de poder praticados

pela Administração que, **“pela solidez de seu fundamento capital — à base de todo ato da Administração Pública, porque do Poder Público, há de haver, precipuamente, um interesse público e não interesses de pessoas ou grupos privados, pois que estes se assistem e protegem em nome daquele e enquanto assim seja possível”** (Desembargador Seabra Fágundes), aliás tão freqüentes em nosso país, onde diariamente são noticiados pela Imprensa práticas deploráveis de atos de tal jaez pelos governantes, sem oposição concreta por parte da sociedade, apenas expectadora passiva do mau uso da coisa pública pelos detentores do mandato popular por ela conferido.

02. O ATO ADMINISTRATIVO

Para podermos discutir o tema sob enfoque, necessário se faz lembrar alguns conceitos sobre o ato administrativo, dada a sua importância para a compreensão da Teoria do Desvio do Poder.

O conceito de ato administrativo, segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, — **“é a declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes — como por exemplo, um concessionário de serviço público — no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”**.

Os administrativistas divergem quanto à indicação doutrinária dos elementos do ato administrativo, não havendo consenso terminológico; para alguns eles se confundem com os chamados requisitos do ato administrativo. Para os adeptos da primeira corrente, o ato administrativo é composto dos cinco elementos, quais sejam: o **sujeito**, o **objeto**, a **forma**, o **motivo** e a **finalidade**. A outra corrente enquadra-os todos como requisitos do ato. Vale ressaltar a classificação do Professor Celso Antônio, no sentido de que devem ser distinguidos os elementos do ato de seus pressupostos. Segundo seu entendimento, são elementos do ato o **conteúdo** ou **objeto** e a **forma**. Já os pressupostos se subdividem em subjetivos (**sujeito**); objetivos (**motivo e requisitos procedimentais**); teleológicos (**finalidade**); lógico (**causa**) e formalísticos (**formalização**).

Segundo a classificação tradicional, adotada pela Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, ou seja, **a dos elementos do ato administrativo**, temos que sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato; objeto ou conteúdo vem a ser a própria coisa, o próprio ato, no dizer de Celso Antônio de Mello; a forma é a exteriorização do ato, além das formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração; a finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato e por fim, o motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo; o pressuposto jurídico é o dispositivo jurídico em que se baseia o ato; o pressuposto fático é o conjunto de circunstâncias e situações que levam a Administração praticar o ato.

Importante se faz também diferenciar o poder discricionário do poder vinculado. O poder dito “discricionário” é aquele em que o legislador previu a existência de uma certa margem de escolha à Administração Pública na prática do ato administrativo, em que pese ser-lhe defeso a livre apreciação quanto ao fim a alcançar. Este é sempre imposto pelas leis, conforme ensina Hely Lopes, citando Bonnard. Já o poder vinculado não comporta ao Administrador qualquer alternativa, senão seguir o comando legal sem ponderar qualquer alternativa distinta da previsão legal.

Observe-se que tal distinção impõe limites ao controle pelo Poder Judiciário sobre tais atos. Naturalmente, se faz sentir que sobre os atos denominados vinculados, não há qualquer restrição de controle por parte do Judiciário.

Denomina-se mérito administrativo o poder conferido ao Administrador Público de, nos atos denominados “discricionários”, poder decidir por sua adoção sob o pálio da conveniência e oportunidade, que deve ser condizente, evidentemente, com o interesse público.

03. A TEORIA DO DESVIO DE PODER

A Teoria do Desvio de Poder surgiu como necessidade de se limitar o exercício do chamado poder discricionário da Administração Pública, de maneira a ampliar a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, sabe-se que os “atos discricionários” da Administração escapam à revisão pelo Poder Judiciário. Entre-

tanto, segundo esclarece Seabra Fagundes, **“no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro”**. A finalidade, tanto nos atos vinculados como discricionários, é sempre expressa ou implícita na lei. Isto porque não trata a autoridade de interesse próprio ou individual. A ação que pratica tem como destino uma finalidade pública, que não pode descumprir, o que nos faz crer que todo ato administrativo está vinculado a um fim público, ainda que a norma de competência a ela não se refira. Idêntico entendimento tem o constitucionalista José Afonso da Silva que sobre o tema declarou: **“... a doutrina, é certo, firmou a orientação de que a discricionariedade é sempre relativa a parcial, porque quanto à competência, à forma, e à finalidade do ato, a autoridade está sempre subordinada ao que a lei dispõe: são eles, pois aspectos vinculados do ato discricionário, pelo que este só se verifica quanto ao motivo e ao objeto do ato. E é aqui que se dá a distinção entre atos discricionários e vinculados. Se o motivo e o objeto forem expressos em lei, o ato é vinculado; se não o forem, resta um campo de liberdade ao administrador e o ato é discricionário. Mas aí entra um complicador: a Teoria dos Motivos Determinantes, pois se o ato, proveniente de atividade discricionária, for motivado, reputa-se vinculado aos motivos que o determinaram, e assim ele fica vinculado aos fins propostos que, por seu turno, sempre se vinculam aos ditames da lei.”**

A Teoria dos Motivos Determinantes, segundo o ensinamento de Hely Lopes Meirelles **“funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos”**. Assim explicitados tais motivos, ao Administrador Público é defeso afastar-se de sua aplicação, devendo, portanto, haver estreita correspondência entre estes e a realidade. Conseqüentemente, desviando-se dos motivos explicitados na adoção do ato administrativo, sujeitar-se-á o mesmo à invalidação pelo Judiciário. Isto posto, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato.

Mas, retornando ao tema aqui enfocado, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, **“ocorre Desvio de Poder, e portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfa-**

zer finalidade alheia à natureza do ato utilizado, havendo, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado.” Hely Lopes Meirelles acrescenta que **“não se compreende ato administrativo sem fim público.”**

O Desvio de Poder dá-se quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Exemplo disso é a situação em que o agente utiliza-se de seus poderes para prejudicar um inimigo ou beneficiar um amigo, pode ocorrer também desvio de poder quando o agente busca uma finalidade, ainda que de interesse público, de categoria diferente do ato que utilizou. É o caso do Administrador que, pretendendo punir um servidor público desidioso, transfere-o do seu local de trabalho, quando se sabe que a punição deve ser aplicada mediante procedimento próprio.

A Teoria do Desvio de Poder encontra-se admitida em nosso ordenamento jurídico, de forma definitiva com o advento da Lei Federal nº 4.717/65, que regula a ação popular. Em seu artigo 2º, alínea “e”, previu o legislador de forma expressa, serem nulos os atos administrativos eivados de desvio de finalidade, conceituando-o, como sendo aquele em que o agente pratica o ato visando a fim diverso do previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

O desvio de poder, por sua vez, pela própria natureza do ato administrativo, que deve ter por fim o interesse público, é de difícil demonstração e verificação, quando levado a controle pelo Poder Judiciário. Isto porque o Administrador Público que agiu de má-fé nunca o praticará de forma explícita, mas sempre revestindo-o de uma suposta legalidade, que só mediante acurada investigação pelo estudioso do Direito poderá ser identificado e posteriormente requerida sua invalidação. Vale acrescentar, entretanto, que o STF vem admitindo que em caso de ação popular fundada nas situações previstas no art. 4 da Lei nº 4.717/65, constituídas de casos de lesividade legal ou de lesão presumida ao patrimônio das entidades públicas ou privadas, é, por isso, dispensada a sua demonstração. É o caso de admissão irregular ao serviço público remunerado hipótese de lesividade legal. **(Vide José Afonso da Silva, in Ação Popular Constitucional, 1968, pg. 149, citado no RE nº 105.520 - RTJ 118/720; RE 113.729 - RTJ 129/1339).**

José Cretella Júnior, em excelente monografia, enumerou os chamados sintomas denunciadores do Desvio de Poder, tomando por base as doutrinas francesas e italiana. Dentre eles poderemos destacar os seguintes: **a) contradição do ato com atos ou medidas posteriores; b) contradição do ato com atos ou medidas anteriores; c) motivação excessiva, contraditória ou insuficiente; d) alteração dos fatos; e) ilogicidade ou injustiça manifesta; f) disparidade de tratamento; g) derrogação de norma interna; h) precipitação na edição do ato; caráter sistemático de certas proibições; i) circunstâncias locais anteriores à edição do ato; j) caráter geral dado à medida que deveria ter permanecido particular.**

O festejado Administrativista ensina que **“casos há em que fica patenteada a ausência da conveniência pública, pela manifesta preponderância de favoritismo, da perseguição, ou do puro proveito pessoal do agente. Em tais casos a prova é sempre difícil, freqüentemente impossível. Algumas vezes, porém, ela ressalta ostensivamente, do conjunto de evidências documentais. Em situações dessa natureza pode o Judiciário proclamar que a autoridade exorbitou, abusando do seu poder discricionário; agiu, portanto, arbitrariamente.”** Assim, apontados os sintomas do Desvio de Poder, pode o Judiciário reconhecê-lo, decretando, conseqüentemente, a invalidação do ato administrativo que transbordou os limites do poder discricionário facultado à Administração Pública. A propósito, o STF já decidiu em aresto publicado na RTJ 52/140 que **“indícios vários e concordantes são prova”**.

Caio Tácito entende ser possível submeter-se a controle de legalidade pelo Poder Judiciário até mesmo atos legislativos, bem como aqueles oriundos do próprio Poder Judiciário, e explica o Doutrinador que **“no exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos, em princípio, gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham. Temos, contudo, sustentado a necessidade de temperamento da latitude discricionária de ato do poder legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válido.”** E cita o nobre Professor diversos arestos do Supremo Tribunal Federal que confirmam tal entendimento, **“ao decretar a nulidade de leis estaduais em que, no**

término de governos vencidos nas urnas, eram criados cargos públicos em número excessivo, não reclamados pela necessidade pública, e comprometendo gravemente as finanças do Estado, tão somente para o aproveitamento de correligionários ou de seus familiares. Para o desfazimento dessas leis que caracterizam os chamados “testamentos políticos”, o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da validade de novas leis que, anulando leis inconstitucionais, reconheciam o abuso pelos poderes legislativos estaduais da competência, em princípio discricionária, da criação de cargos públicos.” Foram os acórdãos MS nº 7.213, de 20/01/69; RE's nº 48.655 e nº 50.219; MS nº 16.912, de 31/08/67. Continua Caio Tácito, dizendo que **“a competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral; da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.”**

Em outra decisão, o Pretório Excelso, através do voto do Ministro Relator Prado Kelly, anulou lei de Organização Judiciária, na qual se inserira emenda que beneficiava determinado serventário, advertiu o Magistrado Relator: **“tratava-se de reforma judiciária e a emenda representou um desvio de poder da própria legislatura... Tenho por demonstrado que a emenda não obedeceu ao presumido escopo de interesse público e sim a uma inspiração que nem por ser equânime ou reparadora (como pareceu ao interveniente) deixa de ser particularista ou de favorecimento pessoal.”**

Por fim, o desvio de poder nos atos jurisdicionais é também doutrinariamente aceito, particularmente pela doutrina italiana. No Brasil, ainda se enfrenta forte resistência do Poder Judiciário em admiti-lo, no entanto, exsurtem esparsas decisões nesse sentido. No futuro, com a evolução jurisprudencial, talvez seja-nos permitido investigar com habitualidade a finalidade do ato jurisdicional, do mesmo modo com que se perquire a finalidade do ato administrativo, que, por ser de natureza estatal, invariavelmente deve visar o interesse público.

04. CONCLUSÕES

I - A Teoria do Desvio de Poder constitui-se em importante instrumento de controle da Administração Pública pela sociedade, podendo ser exercido mediante ato voluntário da própria Administração ou pelo Poder Judiciário;

II - A tendência doutrinária e jurisprudencial é no sentido de se chegar a um contorno definido dos limites do exercício da discricionariedade, haja vista que a finalidade do ato administrativo é invariavelmente o interesse público;

III - Existe a possibilidade concreta de se estender tal modalidade de controle judicial aos atos propriamente legislativos e jurisdicionais.

IV - Pela dificuldade apresentada em se caracterizar de forma categórica a prática de desvio de poder, a jurisprudência tem admitido a sua demonstração mediante conjunto de indícios de existência dos atos administrativos exorbitantes de suas finalidades;

V - A Teoria do Desvio de Poder foi definitivamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei Federal nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular.

05. BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Atlas, 3ª Edição. 1993;

FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Forense - 3ª Edição; - Da Ação Popular. Revista de Direito Administrativo nº 06/01-19;

JUNIOR, José Cretella. Sintomas Denunciadores do Desvio de Poder. Revista Forense nº 110/79-85.

LEAL, Victor Nunes. Poder Discricionário e Ação Arbitrária na Administração Comentário. Revista de Direito Administrativo nº 14/53-83;

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores - 17ª Edição. 1992;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores - 4ª Edição. 1993;

TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Judiciários. Boletim de Direito Administrativo - BDA Janeiro/93 - 01-18;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo nº 06/41-78;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores - 8ª Edição - 1992.

*** Promotor de Justiça da Comarca de Boquim**

ELEMENTOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO SOBRE A REPARAÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO E DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ALÉM DO TEMPO FIXADO NA SENTENÇA.

Silvio Roberto Matos Euzébio *

1 - Num Estado Democrático de Direito a ação do Poder Público possui como padrão de conduta o chamado SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL.

O Estado é passível de responsabilização pelas faltas ou erros de conduta que apresente porque sua capacidade jurídica é exercida “sempre através de seus funcionários, delegados e prepostos”,¹ e em virtude da adoção do princípio da responsabilidade OBJETIVA ou SEM CAUSA, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

A mesma Constituição, sobre o ERRO JUDICIÁRIO e o EXCESSO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ALÉM DO TEMPO FIXADO NA SENTENÇA, cuidou de estabelecer um **DIREITO INDIVIDUAL**² específico e particularizado no texto do art. 5º, LXXV, que dispõe, verbis”:

“O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim, como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

A reparação nada mais é do que um lenitivo, pois o tem origem em dano irreparável, ainda presumido e com atribuição de responsabilidade OBJETIVA.

Como a definição adequada da garantia Constitucional somente ocorrerá com o aprofundamento dos estudos sobre a questão, ousamos apenas identificar alguns pontos controvertidos e apresentar outras alternativas.

2 - Aqui é preciso esclarecer os conceitos empregados pelo Dispositivo Constitucional, fazendo uso de regras comuns de interpretação, evitando o cometimento de mutilações.

Vejamos:

a) ESTADO: é o devedor da indenização. Pode ser ou a UNIÃO FEDERAL, caso a pena tenha sido imposta por Tribunais ou Juízes Federais, ou o Estado membro Federado, no caso da pena ter sido aplicada por Tribunais ou Juízes Estaduais.

b) INDENIZAÇÃO: é o conjunto de valores devidos a título de reparação pelo ERRO ou EXCESSO. Não exclui a reparação por outros direitos lesados. e.g., integridade física. Os parâmetros são comuns.

c) CONDENADO: é quem suportou os efeitos da sentença condenatória ou o excesso no cumprimento da pena privativa de liberdade.

d) CONDENAÇÃO: é o provimento da acusação penal. Diz respeito ainda à aplicação de qualquer espécie de pena criminal.

e) ERRO JUDICIÁRIO: corresponde às situações que dão ensejo à REVISÃO CRIMINAL, prevista no art. 621 do Cód. de Proc. Penal, e ocorrem: "I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." É importante ressaltar que o ERRO JUDICIÁRIO difere do DESVIO NA EXECUÇÃO DA PENA porquanto o primeiro diz respeito aos fundamentos da decisão condenatória, e o segundo, por sua vez, está relacionado com o cumprimento ou satisfação do Julgado, cf. reza o art. 185 da Lei de Execuções Penais - LEP.

f) CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ALÉM DO TEMPO FIXADO NA SENTENÇA: é a permanência do CONDENADO ou sua manutenção em cárcere por tempo superior ao nominalmente determinado na sentença. Isto ocorre,

inclusive, na hipótese prevista na segunda parte do inciso III do art. 621 do Cód. de Proc. Penal citado. Tratando-se de fato relacionado com a simples mudança de cumprimento do regime da pena, o caso é de DESVIO, adiante tratado.

3 - O fato da Constituição não ter estabelecido proteção específica contra o abuso das prisões cautelares, da prisão civil, e o desvio da execução, não significa que o Estado seja IRRESPONSÁVEL. Pelo contrário, a responsabilidade é decorrente da prescrição do art. 37, § 6º antes citado: existe e é de natureza objetiva.

Ao nosso modo de ver, as razões de aplicação do dispositivo são óbvias. Primeiro, se o inciso LIV do art. 5º do Texto estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, conseqüentemente, o abuso das prisões cautelares, da prisão civil, e o desvio da execução representam, no conjunto, a VIOLAÇÃO do princípio do devido processo legal. Segundo, porque a interpretação isolada de um dispositivo afronta à coerência, à sistemática do próprio “SISTEMA JURÍDICO”. Terceiro, através do método da auto-integração, apoiado no procedimento da analogia (“ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio”), é possível completar o ordenamento e suprir o problema da lacuna.³

Alguns Doutrinadores como ANTONIO SCARANCE FERNANDES⁴ mantêm entendimento a respeito de que a indenização por ERRO JUDICIÁRIO e EXCESSO DE PRISÃO, art. 5º, LXXV, abrange as hipóteses de prisões cautelares (flagrante delito, preventiva, sentença de pronúncia, sentença recorrível). Todavia, a citada Norma do art. 5º, LXXV da Constituição não fornece base legal para aplicação nestes casos de abuso. A mesma ressalva deve ser feita para outros como ALBERTO BITTENCOURT COTRIM NETO⁵ que dão interpretação demasiadamente extensiva à expressão ERRO JUDICIÁRIO, do art. 5º, LXXV, da CF, para incluir outras condenações de natureza civil, trabalhista, e eleitoral. Nestes casos, tanto quanto nos de abuso das prisões cautelares, civil e no desvio de execução, a responsabilidade do ESTADO é regida pela norma do art. 37, § 6º da Carta.

4 - Outra questão interessante é a da prescindibilidade ou exigência da propositura da REVISÃO CRIMINAL, e conseqüente

julgamento procedente, para o reconhecimento do ERRO JUDICIÁRIO. Inclusive dissemos acima que o ERRO JUDICIÁRIO corresponde à situações que dão ensejo à REVISÃO. Pois bem, segundo o art. 630 do Cód. de Proc. Penal, “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º. Por essa indenização, que será liquidada no cível, responderá (...)”. Nota-se, então, que o instrumento REVISIONAL não constitui o único meio hábil para o reconhecimento do ERRO e CONDENAÇÃO ao pagamento da indenização correspondente, mas uma forma de preestabelecer a responsabilidade pelo dano, evitando, ao mesmo tempo, a necessidade de ajuizamento de ação autônoma. Aqui, a CONDENAÇÃO ocorre por ocasião do julgamento da REVISÃO e dá origem a um TÍTULO apto à execução forçada, após a devida liquidação.⁶

No caso do EXCESSO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, a concessão de **habeas corpus** ou deferimento de incidente em processo de execução da pena, previsto na LEP, constitui título hábil, por sua vez, à promoção da ação reparatória.

A prescindibilidade da REVISÃO CRIMINAL é adotada por EUGÊNIO HADOCK LOBO & JULIO CESAR DO PRADO LEITE.⁷

5 - A incorreta atuação do Poder Público, inclusive através dos Órgãos do Poder Judiciário, pode acarretar graves prejuízos ao Administrado. E a reparação dos danos causados não significa mais do que uma obrigação decorrente do ESTADO DE DIREITO.

Se o Poder Público, no caso o ESTADO, não responde pela sua falta, pelo descumprimento à norma que editou, não há ESTADO, DIREITO, e tampouco, DEMOCRACIA.

6 - Conclusões:

1. a Constituição de 1988 não é permissiva no sentido de autorizar entendimento quanto à adoção da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, inclusive do Poder Judiciário;

2. a indenização fundada na desconstituição de Decisões judiciais é decorrente da natureza objetiva da responsabilidade do Estado;

3. a definição do chamado ERRO JUDICIÁRIO vem prescrita no art. 621 do Cód. de Proc. Penal;

4. é prescindível o uso da REVISÃO CRIMINAL para o reconhecimento do ERRO JUDICIÁRIO;

5. é aplicável aos demais casos de ERRO JUDICIÁRIO, onde haja condenação em lide não-penal, bem como nos de abuso de qualquer espécie de prisão, o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição;

6. a indenização constitui uma satisfação moral incapaz de recompor o dano causado à vítima do ABUSO (ERRO ou EXCESSO); a condenação será objeto de liquidação posterior.

7 - Notas:

1. CAVALCANTI, THEMÍSTOCLES BRANDÃO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Freitas Bastos, 9ª ed., pg. 80;

2. SILVA, JOSÉ AFONSO DA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. RT, 6ª ed., pg. 165;

3.2. FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. O SOM DO OUTRO SINO, UM BREVIÁRIO LIBERAL. Civilização Brasileira, 1978, pg. 98, "verbis": "Por que ele assim são chamados - direitos públicos individuais? Porque, evidentemente, são aqueles que o homem pode apresentar ou reivindicar contra o Poder Público e não contra uma competição verificada no seio da vida social."

3. BOBBIO, NORBERTO. TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO, EDUNB, 4ª ed., pg. **verbis**: "Para se completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que poderemos chamar, segundo a terminologia de Carnelutti, de **heterointegração** e de **auto-integração**. (...) O segundo consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo de recurso a fontes diversas da dominante. (...) O método de auto-integração apóia-se particularmente em dois procedimentos: 1) a analogia; 2) os princípios gerais do direito". pgs. 146, 147, e 150, respectivamente.

4. FERNANDES, ANTONIO SCARANCE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL - REFLEXOS NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PROCESSUAL PENAL in JUSTITIA, 144/65;

5. COTRIM NETO, ALBERTO BITTENCOURT. DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS DE JUIZ EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, in AJURIS, pg. 99.

6. WAMBIER, LUIZ RODRIGUES. LIQUIDAÇÃO DO DANO. Sérgio A. Fabris Editor, 1988, pg. 35, citando Antonio L. Montenegro, **verbis**: “liquidar o dano significa traduzir em termos monetários o seu montante, ou seja, determinar exatamente a prestação pecuniária objeto da obrigação de ressarcir.”

7. LOBO, HADOCK EUGÊNIO; & LEITE, JULIO CESAR DO PRADO. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Edições Trabalhistas, 1989, pgs. 133/134;

7.1. SÉ, JOÃO SENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - JUIZ in RDP 82/132, citando posição em contrário no item 5, e no mesmo sentido no item 6, onde conclui que: “A irresponsabilidade civil do Estado por atos dos juízes é um princípio injusto, enraizado na jurisprudência, e deve ser banido do Direito brasileiro. Pois isso mesmo, aproveitando a rara oportunidade de elaboração de um texto constitucional, propomos a inclusão, na nova Constituição do Brasil, de um artigo prevendo expressamente a responsabilidade civil do Estado por “ERRO JUDICIÁRIO” e por “FUNCIONAMENTO DEFEITUOSO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO”. A doutrina e a jurisprudência, posteriormente, explicitando e construindo o texto constitucional, certamente encontrarão uma solução sábia, prudente e equilibrada para a matéria.”

8. FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. **idem**, pg. 102, “**verbis**”: Não há democracia sem uma definição adequada e sem a apresentação de garantias eficazes para os direitos individuais. A ausência disso é a ausência de democracia.”

* Promotor de Justiça da Comarca de Canindé do São Francisco.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL — NOVA VISÃO

Jorge Alberto de Oliveira Marum *

Nos últimos tempos, é cair no lugar comum afirmar-se que o Ministério Público é uma instituição que vem experimentando impressionante crescimento em importância no cenário nacional em geral e na administração da justiça em particular. Principalmente após o advento da Constituição de 88, onde recebeu tratamento especialíssimo, ganhando novas e importantíssimas atribuições, a par da renovação e aperfeiçoamento das antigas funções, o Ministério Público brasileiro ganhou um poder e uma gama de atribuições talvez inéditos no mundo.

Não obstante, uma função importantíssima e que há muito é exercida pelo Ministério Público encontra-se praticamente esquecida, relegada que está a segundo plano, tanto pela lei como pelos próprios membros da instituição. Trata-se do Ministério Público Eleitoral, talvez a função mais relevante do Ministério Público depois da promoção da ação penal pública, pois trata de fiscalizar a lisura e o bom andamento do processo eleitoral, pedra angular do regime democrático.

No Código Eleitoral, lei promulgada em 1965, no alvorecer da ditadura militar, o Ministério Público é mencionado de passagem em meia dúzia de artigos, num tratamento pouco científico e defasado até mesmo para a realidade da época. É certo que, na área penal, o Código Eleitoral, ao dispor que as infrações penais nele definidas são de ação pública, automaticamente confere a exclusividade da ação penal eleitoral ao Ministério Público, o que não deixa de ser um louvável avanço. Mas trata-se de honrosa

exceção, pois, ao dispor sobre o processo eleitoral em si, a Lei Eleitoral praticamente esquece do Ministério Público.

Acomodando-se a essa situação, os membros do Ministério Público em geral e em especial os componentes do **Parquet** estadual, acabam por se conformar com seu papel de mero observador do desenrolar das eleições e das apurações, como um coadjuvante que acompanha o Juiz Eleitoral mas não sabe direito qual o seu próprio papel. É comum ouvir o comentário entre Juizes e Promotores de que a função do Ministério Público nas eleições se resume a conferir se o lacre das urnas não foi violado.

Essa mentalidade, no entanto, há que ser modificada. Enganam-se totalmente os que pensam que o Ministério Público é um mero expectador do processo eleitoral. Na verdade, principalmente com a vigência da nova Constituição Federal, que conferiu ao Ministério Público a função de defensor do regime democrático, tem o **Parquet** a plena legitimidade, para não dizer a obrigação, de intervir no processo eleitoral, em todas as suas fases e incidentes, desde a inscrição dos eleitores até à diplomação dos eleitos.

Joel José Cândido, eminente Procurador de Justiça e professor de Direito Eleitoral na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, é quem faz a advertência: "Já é tempo de o Ministério Público Estadual se organizar e se preparar para atuar em Direito Eleitoral. As leis orgânicas estaduais devem dotar a instituição de órgão administrativo adequado, com cargos criados, para o exercício da atividade eleitoral. Um elenco mínimo de atribuições desse órgão, cuja finalidade deverá ser a de preparar o quadro funcional para o exercício das funções eleitorais, deve ficar bem definido, como já vem ocorrendo com as Fundações, Interesses Difusos, Defesa Comunitária, Criança e Adolescência, Proteção ao Meio Ambiente etc. Não é possível o Ministério Público se limitar a meros pedidos de instauração de inquérito policial e a propor algumas ações penais eleitorais. Estamos em época de normalidade constitucional, com previsão de eleições em anos quase sucessivos. Assunto eminentemente público, de supremo interesse do Estado, dos Partidos Políticos, dos candidatos, dos filiados e dos eleitores, tudo com reflexo direto neste último, é, o exercício do sufrágio, o ponto mais importante da ordem jurídica eleitoral. Como então poderá o Ministério Público ficar à margem desse processo?" (in *Direito Eleitoral Brasileiro*, 2ª Ed., Edipro, p. 50).

Para os que argumentam com a falta de previsão legal para uma ampla participação do Promotor de Justiça Eleitoral em todo o processo eleitoral, rebate o mencionado autor citando, como diplomas legitimadores da ampla intervenção ministerial a própria Constituição Federal, art. 127, **caput**, o Código Eleitoral, a Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682/71), a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LC nº 40/81) e, principalmente, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei nº 1.351, de 30.1.51). Esta última lei, em seu art. 74, enumera, ainda que de forma exemplificativa, extenso rol de atribuições do Procurador-Geral Eleitoral, para, em seguida, em seu art. 79, dispor que “cabe aos Promotores, investidos da função de membros do Ministério Público Eleitoral, o exercício das funções que lhes competem, perante a Justiça comum, com observância das instruções baixadas pelo Procurador Regional” (ob. cit., p. 52).

Assim, segundo a própria lei que rege sua atuação, cabe ao Ministério Público Eleitoral agir como age no processo civil em geral perante a Justiça Comum, com os mesmos ônus e prerrogativas (CPC, arts. 82, 83 e 499, parágrafo 2º). Ou seja: deve intervir em **todos** os procedimentos instaurados perante a Justiça Eleitoral, propondo-os ou atuando como **custos legis** sendo intimado de seus atos e termos pessoalmente, dando pareceres, recorrendo etc. A não-intervenção do Ministério Público nesses procedimentos, por conseguinte, acarretará pura e simplesmente a sua nulidade.

Isto porque, segundo leciona Joel José Cândido, “não existe, em Direito Eleitoral, nenhum ato quer de jurisdição voluntária, quer da jurisdição contenciosa — que não seja de Direito Público, não se admitindo, por conseguinte, seja ele realizado longe do alcance processual do Ministério Público” (ob. cit., p. 51).

De mesmo pensar é o eminente **Haroldo Valadão**, segundo quem “Não há qualquer texto que proíba ao Ministério Público Eleitoral intervir e, conseqüentemente, impugnar e recorrer, em qualquer processo eleitoral, seja de inscrição, seja de alistamento, seja de cancelamento, seja de exclusão, seja de registro de candidatos, seja de impugnação, seja de recurso referente à votação ou apuração. Tem intervenção ampla em todos eles — alistamento, registro de candidatos etc. — sempre acolhida pela jurisprudência do Tribunal Superior. Ora, não é possível denegar-se ao advogado da lei eleitoral, ao fiscal de sua execução, o direito

de requerer, de impugnar, de protestar, de arrazoar, de recorrer, em qualquer processo eleitoral, em que lhe pareça ter havido violação de lei eleitoral. A posição de um advogado, e de um advogado da lei eleitoral, de um fiscal de sua execução, é ativa e dinâmica e não, simplesmente, passiva, estática” (in Revista Forense, 174/74; **apud** op. cit., p. 54).

Assim, no intuito de modificar-se a atual situação do Ministério Público Eleitoral, preconiza-se, particularmente no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo — sempre pioneiro na modernização da Instituição — a criação de um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Eleitorais, com a conseqüente criação, na Capital do Estado, de cargos fixos de Promotor de Justiça Eleitoral, para que este atue como tal não apenas em época de eleições mediante designação do Procurador-Geral, mas durante todo o tempo, acompanhando, fiscalizando e promovendo a instauração de processos que não se circunscrevem à época eleitoral, mas se estendem por muito tempo após as eleições, muitas vezes caindo no esquecimento. Para o Interior do Estado, é necessário que, na divisão de serviços conseqüente à implantação das Promotorias, se consigne expressamente a qual ou a quais cargos incumbirá a função eleitoral, o que não vem ocorrendo na maioria dos casos. Do contrário, não estar-se-á dando cumprimento ao princípio do Promotor Natural.

No mesmo sentido, é necessário que a Escola Paulista do Ministério Público promova cursos de especialização, palestras e debates sobre Direito Eleitoral, matéria intrincada, de literatura escassa e legislação tão abundante quanto confusa.

Tudo isto no sentido de fomentar uma participação mais firme e atuante do Ministério Público no âmbito da Justiça Eleitoral, como já faz com competência e dedicação ímpares nas áreas do Meio Ambiente, Consumidor, Infância e Juventude etc. A se manter a atual situação, a conseqüência é, ainda segundo Joel José Cândido, “o registro de candidaturas de políticos que não merecem o direito de serem votados, inelegíveis são eleitos usufruindo vitória eleitoral construída sobre o abuso do poder econômico, político ou de autoridade e da propaganda criminosas, entre outros despropósitos, tudo por falta, muitas vezes, de uma simples impugnação em defesa da ordem jurídica eleitoral, atribuição impostergável do Ministério Público” (op. cit., pp. 50/51.)

DOS CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO — anotações à Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990.

Fábio Medina Osório *
Jairo Gilberto Schafer *

“A vida que me é dada e na qual me encontro, não me é dada feita e sim por fazer, isto é, me é oferecida ou proposta como que fazer ou tarefa e seu ser consiste em realizar-se”
(Julian Marias. Introdução à Filosofia, página 301).

I - INTRODUÇÃO

Incansável deve ser o operador jurídico na análise crítica de sua realidade. Instrumento de luta, o direito merece o papel histórico de alavanca redutora das injustiças, fonte de transformações sociais e ponto de apoio ao regime democrático baseado em uma sociedade livre, justa e solidária.

Não se pode admitir a ausência de abordagem crítica dos temas palpitantes no seio social. Inviável aceitar a inércia intelectual no tocante, precisamente, àqueles fatos praticados pelos poderosos, pelos detentores de privilégios, pelas elites.

E a dogmática penal necessita de estar próxima aos anseios comunitários. Certos crimes, coincidentemente aqueles que, de modo camuflado, talvez tenham por sujeito ativo importantes membros da coletividade — os detentores do poder, de acesso

às massas populares — não têm merecido o enfrentamento e análise adequados dos operadores jurídicos, enfraquecendo-se, de modo lamentável, sua própria aplicabilidade prática.

Pretende-se analisar a lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, que estabelece os crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceitos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados por meio de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, buscando-se preservar o tratamento igualitário que a ordem jurídica é forçada a conferir a todos os homens e mulheres.

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade, “o qual condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo” (01), estabelecendo a Carta da República que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º, caput).

Dentro da ótica protetiva dos direitos fundamentais, o legislador constituinte estabeleceu uma diretiva para o legislador ordinário no sentido de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal;

A partir desse espírito de tratamento igualitário — basilador das democracias modernas — proíbe-se a prática de discriminações e preconceitos decorrentes de raça, cor, origem étnica, preferência religiosa e procedência nacional, a qual constitui histórica afronta odiosa ao princípio isonômico.

De forma mais específica, a Carta da República estabeleceu que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeita à pena de reclusão, nos termos da lei” (artigo 5º, XLII), texto que, inicialmente, resultou criticado, em doutrina, por não abranger outras modalidades discriminatórias e preconceituosas (02).

O racismo é a doutrina que sustenta a superioridade de certas raças e tem levantado “as mais fortes barreiras à integração da humanidade em uma comunidade fraterna e igualitária, do ponto de vista da dignidade humana” (03). No direito comparado não se tem notícia de dispositivo constitucional específico prevenindo como crime a prática do racismo (04).

O preconceito de raça foi inserido no âmbito da matéria constitucional a partir da Carta República de 1967 e também

encontrava abrigo na denominada Lei Afonso Arinos (Lei nº 1390, de 03 de julho de 1951) que tipificou como contravenção penal as práticas de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor (05).

Ocorre que, além do racismo, outras atividades discriminatórias e preconceituosas existem, fundadas em fatores mais diversos, tais como, a crença religiosa, origem nacional, grupos étnicos, as quais, igualmente, mostram-se de extrema nocividade ao meio comunitário.

Foi nesse contexto constitucional vinculante que surgiu a lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, definindo diversos crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Ampliando-se a incriminação das condutas discriminatórias e preconceituosas, todavia, sobremaneira, na Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, que acrescentou um dispositivo na Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, qual seja, o art. 20, in verbis:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional: pena de reclusão de dois a cinco anos”.

Esse novo dispositivo incriminador demonstra a tendência de reprimir as práticas discriminatórias de qualquer natureza, não apenas aquelas resultantes de cor ou raça, ficando evidente a idéia de preservar e proteger, ao máximo, na esfera penal, o princípio isonômico.

II - DOS VERBOS NUCLEARES DO TIPO PENAL

No exame do tipo penal, observa-se que três são os verbos que exprimem a ação delituosa: praticar, induzir ou incitar.

Esses verbos nucleares refletem a incriminação de várias modalidades comportamentais, bastante amplas, exigindo-se do operador judiciário uma análise vinculada ao contexto social, cultural e político do seu meio comunitário.

Trata-se de punição “da apologia, da propaganda daninha e nefasta por qualquer meio de comunicação do **mass media** de discriminação, a mais ampla possível de raça, cor, religião, étnica

ou procedência nacional, deixando de fora apenas o estado civil e o credo político” (06).

O direito penal usa verbos semelhantes em outros tipos incriminadores, servindo tais normas como referências interpretativas (ex.: artigo 122, caput, CP; artigo 131, caput, CP; artigo 216, caput, CP; artigo 286, CP).

Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador. A conduta pode ser direta ou indireta, consistente na produção propriamente dita do ato, ou então também, na determinação de que se produza o comportamento discriminatório.

Induzir e incitar possuem significados próprios, evitando o estímulo às práticas discriminatórias ou preconceituosas. A doutrina enfrenta, contudo, algumas dificuldades na diferenciação, no plano dogmático, dos verbos “induzir” e “instigar”. Costuma-se dizer que a indução significa o ato de persuadir ou levar alguém a praticar determinada conduta. A instigação, além deste mesmo significado, encerra também o de acoroçoar um desígnio. O induzimento pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outro, enquanto que a instigação pode ter um caráter secundário ou acessório, ou de adesão e estímulo a um propósito já conseguido, para afastar qualquer hesitação ou perplexidade (07). O induzimento, pois, faz nascer no praticante do ato a idéia de sua realização, enquanto que a instigação, de caráter secundário, teria natureza de uma espécie de incentivo a uma vontade já existente no psiquismo do agente do fato, embora uma vontade precária. Daí porque a instigação é o reforço da vontade, sua mola propulsora, enquanto que o induzimento é a sua orgem.

Tanto aqueles que induzem ou instigam quanto aqueles que praticam a conduta discriminatória ou preconceituosa proibida são autores do fato típico, inserindo-se no âmbito da tipicidade direta (imediata).

Obviamente, conforme entendimento doutrinário, a instigação e o induzimento sempre se apresentam através de alguma forma, mas o que interessa basicamente não é essa forma, e, sim, o seu conteúdo intelectual. Diga-se, nesse passo, que a forma pode ser direta, mas também pode ocorrer na modalidade de

alusões, insinuações, frases indiretas ou imperfeitas. Em resumo, não é imprescindível a exteriorização do comportamento criminoso através de idéias desenvolvidas e explicitadas de modo integral, eis que também pode se desenvolver a conduta através de sugestões ou associações de idéias.

Ademais, a instigação, especialmente, pode se apresentar também na forma de uma pergunta, de um desafio, e “incluso bajo la apariencia de una disuasion, o sea apartando lo contrario de lo que en realidad es el contenido de la instigacion” (8).

Registre-se que a forma livre faz parte também dos demais verbos do tipo, traduzindo que os parâmetros e limites para a incidência do tipo penal ficam condicionados à idoneidade do ato criminoso.

Podem assumir relevância, a partir da análise do contexto extra-lingüístico, as palavras e frases utilizadas, assim como o tom em que se efetuam. Por exemplo, pode ser criminosa uma deformação fonética das palavras (9).

Com efeito, a uma mesma imagem acústica articulada, dois ou mais significados possíveis podem ligar-se, induzindo a significações diferenciadas. Por exemplo: eu aprendo ou eu a prendo. Tal imagem “acústica pode, assim, estar ligada a dois signos lingüísticos distintos, sendo que apenas o contexto da cadeia falada permite circunscrever a significação”(10).

Logo se vê o caráter necessariamente livre das formas dos verbos típicos, mesmo porque “dizer que o contexto delimita o signo não é outra coisa senão dizer que o signo só é signo em função do contexto. Ora, esse contexto é um conjunto de outros signos. A realidade do signo lingüístico só existe, pois, em função de todos os outros signos”, sendo pertinente afirmar que “numa língua cada termo tem seu valor por oposição a todos os outros termos, assim como num jogo de xadrez o valor respectivo das peças depende da sua posição no tabuleiro” (11).

De fato, “a língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o uso (social) ou técnico dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade” (12).

Deve se interpretar, portanto, o sentido objetivo da manifestação e seu conteúdo, verificando-se a sua potencial lesividade

ao bem jurídico tutelado e a impressão que possa causar nos destinatários.

III - DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL

Cumpre analisar os demais elementos do tipo penal em exame.

As ações devem ser realizadas pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza (instrumentos obrigatórios para concretização do tipo penal objetivo).

Os meios de comunicação social são aqueles que integram a chamada imprensa escrita ou falada. Mais ainda: deve-se entender por meios de comunicação social aqueles através dos quais pode ocorrer “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo” (artigo 220, caput, da Carta da República).

Neste tópico, mostra-se importante consignar que a norma penal incriminadora não está cerceando o chamado “direito constitucional de plena liberdade de informação (artigo 220, parágrafo 1º, CF). A interpretação das normas constitucionais deve ser feita a partir da idéia sistêmica de direito, eis que inexistem contradições entre os dispositivos internos da Carta da República. Para resolver aparente conflito de normas, deve o intérprete valer-se dos critérios doutrinários existentes, buscando a efetividade do dispositivo constitucional. Desse modo, na esteira do posicionamento de Garcia de Enterría (13), deve-se buscar a conservação dos valores constitucionais existentes. Nesse passo, a liberdade de pensamento não pode desprezar outros direitos fundamentais, sendo primordial a tutela do interesse público prevalente.

Oportuno destacar-se que a liberdade de pensamento sofre, aqui, franca restrição, admitindo-se, inclusive, a prévia censura judicial, eis que a lei admite a busca e apreensão do material destinado a refletir a conduta discriminatória proibida (artigo 20, parágrafo 1º, incisos I e II, Lei nº 7.716/89, com acréscimo resultante do artigo 1º, da Lei nº 8.081/90).

Realmente, conforme anota José Joaquim Gomes Canotilho (14), a problemática da limitação de direitos é uma das mais importantes e complexas do direito constitucional: “os direitos

fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, nesse caso, a necessidade de ponderação (**abwagung**) de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos a nível jurídico-constitucional. Estas tarefas de ponderação e concordância prática são formas de concretização das normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização-restrição)."

É imprescindível que o operador judiciário conheça o âmbito de protecção das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. Pretende-se "determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão desta protecção — âmbito de protecção da norma — e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia, sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição — restrição constitucional expressa — ou se a constituição autoriza a lei a restringir este âmbito de protecção — reserva de lei restritiva" (15).

Mesmo em concepções alargadas do âmbito de um direito, imperiosa seria, no mínimo, a chamada "teoria das limitações horizontais", através da qual se percebe que o exercício de direitos pressupõe uma "reserva de amizades" e de "não prejudicialidade", como limites dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos.

Veja-se o exemplo significativo de José Joaquim Gomes Canotilho: o pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, prima facie, o direito de criação artística, mas, a posteriori, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e pela integridade física do próprio pintor, e a acabar noutros direitos como o exercício da actividade profissional dos outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários a existência dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo. Ainda: "a liberdade de criação não pode ser exercida, por exemplo, no plano teatral, com um homicídio em pleno palco" (16).

No caso em apreço, a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabelece expressamente restrição às práticas discriminatórias ao princípio isonômico, proibindo os preconceitos de raça, cor, etnia, por motivos religiosos e de procedência

nacional, traduzindo, sem dúvida, limitações ao chamado direito de opinião e suas formas de exteriorização.

Considera-se, em doutrina, superada a disputa em torno do alcance de semelhante dispositivo constitucional, admitindo-se que a liberdade de pensamento possa sofrer limitações legais, sendo que “algunas de las cuales, surgen del propio texto constitucional. (...). No es por tanto, la facultad de dar opinion lo que puede ser alcanzado por la ley penal, sino la calificación que acompaña a la opinion manifestada. Precisamente al determinar esta calificación de la opinion, encontraremos la esencia de la opinion punible, sin confusión posible con el llamado delito de opinion” (17).

Aliás, seria impossível conceber que pudesse ocorrer conduta criminosa e inconstitucional através dos meios de comunicação, com a perspectiva de graves e irreparáveis danos, sem possibilidade de prévio controle judicial.

Por seu turno, publicações de qualquer natureza significam materiais informativos, com circulação aberta ao público, comercial ou não. Trata-se de matéria escrita, ilustrada, falada, impressa ou não, tendo em vista a expressão utilizada, destinada a servir de suporte para os verbos do tipo incriminador. Não se trata simplesmente da imprensa, porque esta já foi abrangida na expressão “meios de comunicação”. Assim, livros, revistas, panfletos, discos, fitas cassetes, fitas de vídeo, papéis em geral, discursos públicos, tudo aquilo que serve, em tese, de veículo para uma “publicação de qualquer natureza” é enquadrável na norma incriminadora.

O sentido teleológico do tipo penal em exame é evitar a publicidade da prática, instigação ou induzimento de discriminações ou preconceitos fundados na cor, etnia, procedência nacional, raça, religião.

Admite-se, portanto, enquadrados na expressão “publicações de qualquer natureza”, os chamados discursos públicos, tendo-se em vista a finalidade protetiva da norma penal e a potencial lesividade dessas manifestações. Não raro, os comícios e os discursos aparentemente políticos poderiam refletir doutrina segregacionista ou preconceituosa fundada nos motivos vedados em lei.

Parece evidente que a lei penal busca reprimir a difusão, a exposição, e a defesa públicas de doutrinas e idéias segregacionistas e preconceituosas.

Podem ocorrer diversas modalidades de publicidade. Em doutrina, costuma-se apontar a publicidade potencial, que ocorre quando a ação é cometida em lugar aberto ao público; a publicidade sucessiva ou presumida, quando a manifestação vai se repetindo de uma pessoa a outra; a publicidade real, consistente no efetivo conhecimento simultâneo do fato por muitas pessoas, independentemente da natureza pública ou privada do local onde proferida a manifestação.

Considera-se, via de regra, cumprida a exigência da publicidade quando a conduta se realiza por meio de propagandas de qualquer natureza, ou em reuniões em que, pelo número de participantes, por sua finalidade ou objeto, se tenha a potencial lesividade da conduta incriminada.

Ademais, é a publicidade que qualifica a conduta, e não a forma pela qual a conduta se realiza que qualifica, necessariamente, a publicidade (18).

Deve-se discordar de certos setores doutrinários (19), contudo, no que diz respeito à admissibilidade de manifestações públicas em idioma estrangeiro, não compreendido pelo destinatário imediato, mas potencialmente capaz de atingir algum setor da sociedade. Se o idioma existe é sempre possível alcançar a divulgação da idéia criminosa no campo comunitário. Daí porque imperioso admitir, nesses casos, a configuração da publicidade.

Finalmente, ainda como elementos do tipo penal, tem-se os termos “discriminação” e “preconceito”. O primeiro reflete a efetiva diferenciação, calcada nos motivos proibidos em lei, entre seres humanos. O preconceito representa uma idéia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva.

Verificam-se as expressões raças, cor, religião, étnica e procedência nacional. São os motivos que a lei prevê como suporte fáctico para o pouso da norma proibitiva.

Estudos demonstram que a raça, em seu sentido antropológico, aplica-se para singularizar aqueles grupos humanos que se identificam pelas suas características físicas e biológicas, características transmissíveis pela hereditariedade. Todavia, por

esse ângulo, o provável é que não se encontre raça alguma em estado de pureza. Daí a doutrina chegou a conclusões de que as diferenças que se apresentam entre os diversos grupos humanos derivam de fatores evolutivos de diferenciação. A idéia é conceituar cada raça humana por critérios nos quais predominam os fatores biológicos, relativamente estabilizados através da herança (20).

O grupo étnico, além dos critérios biológicos, também abrange a importância dos fatores culturais, psicológicos, inclusive políticos, disso podendo resultar elemento formativo de uma nação. Não se trata de um sinônimo de raça, mas de um conceito complementar, de modo a evitar que sutilezas semânticas ou imprecisões antropológicas pudessem justificar conduta discriminatórias e preconceituosas (21).

A lei não busca suprir as eventuais e naturais diferenças entre os seres humanos, mas vedar que determinados fatores sirvam de suporte para a quebra, o desprezo, e o desrespeito relativamente ao princípio universal da igualdade de todos perante a lei e da proteção da dignidade humana.

Colhem-se, na literatura, tristes exemplos que a realidade nacional reflete, tais como, um concurso de ódio promovido em conhecido jornal carioca, sob o título “Judeus e Palestinos” bem como sutilezas antisemitas nas páginas da imprensa brasileira (22).

Ademais, também são proibidas as discriminações e os preconceitos fundados na cor, na preferência religiosa e na precedência nacional das pessoas. Busca-se reprimir o xenofobismo e preservar, na integralidade, a liberdade de crença religiosa.

A coloração da pele, por seu turno, constitui motivo histórico de tratamento desigual aos seres humanos. Não parece pertinente, na realidade prática, a equivocada constatação doutrinária de que “em solo brasileiro, brancos e brasileiros coexistem, pacificamente, nas ruas, nos colégios, nas fábricas, nos hotéis e nas casas de diversões, constituindo a discriminação que ainda possa existir uma questão de foro íntimo, que jamais transparece no campo objetivo das relações cotidianas” (23).

Mais realista parece mostrar-se a constatação da imprensa brasileira: “Este é o país em que a escrava pela qual mais se enterneceram os corações era uma branca, a escrava Izaura. Com tanta negra escrava, e nenhuma branca, o autor do romance,

Bernardo Guimarães foi escolher uma escrava branca, ou seja, algo que não existia, para protagonizar uma história de compaixão e romantismo. De outra forma, o público talvez não se sensibilizasse. A perversidade racial fornece outros exemplos na cultura brasileira. Para ficar na literatura, Machado de Assis, que era Machado de Assis, muito mais inteligente e talentoso que Bernardo Guimarães, e ainda por cima ele próprio mulato, foi capaz de colocar na boca de Helena, heroína do romance do mesmo nome, ao falar de seu bom pajem: orei a Deus porque fundiu ali no corpo vil do escravo tão nobre espírito de dedicação. Se o corpo é vil, é porque a cor da pele é como uma doença.” (24)

Com efeito, não é nova a práxis de mascaramento da realidade social e étnica do país.

Para enfrentar um problema, o primeiro passo é tomar conhecimento de sua existência, é encarar a realidade com espírito crítico e analítico.

Consoante determina a lei, a ninguém é dado o direito de reduzir um integrante de uma sociedade a um cidadão de segunda classe por motivo de cor da pele ou de origem racial. A intolerância, “tem criado discriminações contra as pessoas de cor, e, em alguns casos, ameaça-lhes abertamente a vida, a liberdade, e as propriedades” (25).

Mostra-se adequada a constatação, na realidade nacional, de que “existe segregação camuflada, discriminação puramente social que precisa ser extirpada. Os grupos negros sofrem, e, malgrado a miscegenação que se processa celeremente, há muitos preconceitos a serem banidos de nossa sociedade. Até pouco tempo, eram comuns as manifestações, algumas até despidoradas, por meio de órgãos de comunicação, onde se via nitidamente o mascaramento do trato discriminatório” (26), sendo esta constatação justamente a causa da criação do texto legal repressivo às condutas discriminatórias e preconceituosas.

IV - DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA

Para caracterização do delito, imprescindível a presença do dolo, que é a própria essência da conduta, direcionada na busca da concretização dos elementos abstratamente descritos no tipo penal incriminador. É a intencionalidade de praticar, induzir

ou incitar (verbos nucleares do tipo penal) discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou precedência nacional.

Qualquer que seja a doutrina adotada no estudo da intencionalidade criminoso, forçoso concluir que o dolo se compõe de um elemento intelectual e outro volitivo. Como salienta a doutrina, “o dolo exige antes de tudo conhecimento dos elementos constitutivos do facto criminoso” (27), e também uma resolução do agente no sentido da prática do fato (28). Atua dolosamente quem sabe o que faz (29), e quer fazê-lo. Dolo é o elemento do “actuar humano de los que deriva positivamente la posibilidad de imputación subjetiva” (30).

Nesse passo, igualmente aceitável, em tese, o chamado dolo eventual, “quando o autor tem seriamente como possível e se conforma com isso de que sua conduta conduz à realização do tipo legal” (31), embora geralmente aplicável aos crimes de resultado. Todavia, não se vislumbra impeditivo de que um partícipe coopere na realização do tipo penal, aceitando a ocorrência da atividade descrita na norma proibitiva, sem desejá-la diretamente.

A intencionalidade deve abranger genericamente a figura típica, sendo irrelevante investigar as especiais motivações do agente quando da prática da conduta, tais como, eventual perseguição específica, satisfação de sentimento ou de interesse social, obtenção de vantagem econômica, social ou cultural.

Motivo é o que move, ou seja, é o antecedente psicológico do ato volitivo. Este pode ser um fenômeno complexo, desencadeado por um motivo preponderante que se sobrepõe aos demais. A maior ou menor reprovabilidade do motivo influi na gravidade da culpa, e pois, do crime (32).

O conhecimento sobre a existência, ou não, de especial motivação à prática do delito constitui matéria a ser analisada na aplicação da pena, no âmbito das circunstâncias judiciais (artigo 59, caput, do Código Penal), eis que estas especiais finalidades não se integram no preceito descritivo da norma repressiva.

Diferentemente dos delitos atentatórios à honra (artigos 138, caput, artigo 139, caput, e artigo 140, caput, todos do Código Penal), a incidência do tipo incriminador em exame não é afastada pela presença do chamado **animus jocandi**.

A consciência e a vontade de produzir atos discriminatórios e preconceituosos não são incompatíveis com o formato das “brincadeiras”.

Inadmissível, assim, a publicidade de manifestações jocosas, em qualquer de suas formas, versando discriminações e preconceitos vedados na lei penal. Por conseguinte, as charges, o sarcasmo, a ironia, piadas, o deboche, configuram instrumentos idôneos à prática, ao induzimento e instigação do ato discriminatório e preconceituoso proibido.

Essas manifestações jocosas, aliás, penetram mais sutilmente no inconsciente coletivo, perfectibilizando o suporte fáctico da norma proibitiva.

Sem dúvida que o animus jocandi sempre carrega em si um significante. No recente regime ditatorial imposto à sociedade brasileira, foram as manifestações jocosas, na imprensa, que refletiram fortes críticas àquele sistema autoritário, burlando a censura governamental. Neste aspecto, aliás, as piadas desempenharam papel notoriamente salutar ao regresso ao regime democrático.

O certo é, portanto, que, na estrutura da linguagem, conforme o pensamento de Lacan, “a matáfora se situa no ponto preciso onde o sentido se produz no nonsense” (33).

Também a metonímia (mudança de nome ou transferência de denominação), na linguagem, aparece condicionada pelo significante.

A conclusão doutrinária, portanto, aponta no sentido de que o chamado “dito espiritual” se apresenta como um processo de linguagem que conjuga, via de regra, simultaneamente, a condensação metafórica e o deslocamento metonímico (34), e, desse modo, carrega a sua mensagem específica ao destinatário, cumprindo aquela tríplice função, aludida por Buhler, de “expressão, de apelo e de representação. A linguagem em todas as suas formas expressa mais ou menos a interioridade daquele que fala ou escreve; em segundo lugar, faz apelo ao ouvinte ou receptor para provocar um desencadear nele certa repercussão que consiste, por último, em remetê-lo, de um modo ou de outro, às coisas acerca das quais se fala” (35).

Inquestionável, assim, que os valores tutelados na norma penal, expostos às formas livres de realização dos verbos típicos, não podem tolerar agressões fantasiosas de brincadeiras, eis que, historicamente, são as manifestações jocosas a forma mais sutil de cometimento de discriminações e preconceitos camuflados.

É aceitável, por outro lado, que o denominado **animus narrandi** exclua o dolo de disseminar a discriminação e preconceitos camuflados.

O interesse público preponderante, todavia, indica que esta prerrogativa legal deva ser exercida sem um direcionamento no sentido de estimular e incentivar as discriminações e os preconceitos criminosos. A lei não tolera a utilização do direito informativo e narratório enquanto mero instrumento de exteriorização dos preconceitos e discriminações.

Pode-se traçar o seguinte paralelo: não poderia a imprensa veicular a notícia de um homicídio e incentivar a sociedade a cometer fatos semelhantes, eis que existe vedação expressa na lei penal, donde se conclui, igualmente, ser descabida a veiculação de uma notícia de existência de preconceito ou discriminação e nela restar embutida, explícita ou implicitamente, a mensagem de estímulo ao crime.

Inviável, portanto, admitir manifestações públicas que, direta ou indiretamente, a pretexto de exercício da liberdade de opinião, traduzem incentivo ao segregacionismo racial, disputa entre povos, o ódio religioso, diferenciações entre seres humanos vedados em terreno penal.

V - DO MOMENTO CONSUMATIVO - TENTATIVA

O tipo penal em exame descreve delito formal ou de mera conduta, que não exige o resultado material (naturalístico) para sua consumação. Os “delitos de mera atividade não pressupõem resultado exterior; seu tipo de injusto é preenchido tão somente com a atividade descrita na lei” (36). Basta, para o aperfeiçoamento do crime, a realização de qualquer ato caracterizador da prática, induzimento ou realização de discriminações ou preconceitos através dos meios de comunicação e de publicações de qualquer natureza.

Não é necessário, para o preenchimento da norma incriminadora, que resulte concreto prejuízo aos valores especificamente protegidos pelo tipo penal. É despidendo indagar se o ato discriminatório ou preconceituoso ocasionou concreta consequência no plano ideológico ou das relações materiais entre os integrantes da coletividade.

Por outro lado, a publicidade é elemento do tipo penal, disso resultando a idéia de que a afetiva divulgação de qualquer natureza é fator imprescindível à ocorrência do suporte fático da norma incriminadora.

A doutrina admite nos crimes formais e de mera atividade a tentativa (37).

Observa-se que respeitado setor doutrinário admite que a mera exteriorização da apologia criminosa, com as restantes características que exige o tipo legal, gera a consumação delituosa no lugar e no momento daquela exteriorização pública de ódio discriminatório ou preconceituoso. Se incrimina "la actividad unilateral del apologizador" (39).

Nessa linha argumentativa, é possível concluir que o impedimento, por circunstâncias alheias à vontade do agente, da efetiva publicidade da conduta criminosa é exemplo de crime em sua forma tentada. A repressão aos atos de planejamento, atos preparatórios relevantes que ponham em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal já caracteriza a forma delitiva tentada, caso haja impedimento externo à continuidade do inter criminis.

Com efeito, na esteira da melhor doutrina, parece oportuno afirmar que "para determinar a imediatidade da conduta em relação à realização típica de maneira alguma se apresenta como suficiente a mera consideração do tipo **in abstracto**, porquanto há necessidade de apelar-se para a modalidade particular de considerar a aproximação típica no caso concreto, o que obriga tomar-se em conta, de maneira ineludível, o plano concreto do autor" (39).

Forçoso exteriorizar discordância do posicionamento adotado por Hahum Bergstein (40), o qual entende que a consumação delituosa, nessa espécie de tipo penal, exige a compreensão pelo destinatário da mensagem incriminada.

Com efeito, essa suposta compreensão, pela natureza formal do delito, está presumida na sua idoneidade formal e na sua publicidade.

O sujeito passivo do delito é impessoal, ou seja, a própria sociedade, a política de convivência pacífica entre os diversos grupos humanos e a preservação do princípio isonômico, protegendo-se a dignidade humana. Irrelevante, pois, o atendimento dos objetivos perseguidos pelo agente do crime, ou seja, a efetiva e comprovada compreensão pelo destinatário direto da mensa-

gem discriminatória e preconceituosa. Basta a potencialidade de que a idéia chegue ao efetivo conhecimento do meio comunitário.

VI - DO CONCURSO DE AGENTES

Como corretamente afirma Wessels, "autor é quem, como figura central (figura-chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planificadamente ou de forma co-configurada) e pode assim deter ou deixar decorrer segundo a sua vontade a realização do tipo. Partícipe é quem, sem o domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como figura lateral do acontecimento real, o seu cometimento" (41).

Mesmo dentro de uma visão mais restritiva do concurso de agentes, observa-se que a co-autoria estaria afastada da participação da mesma forma pela qual se afastam as ações preparatórias dos atos de tentativa delituosa. Se o tipo penal se compõe de vários atos, nessa visão, o cometimento de um só ato já é suficiente para estabelecer a autoria. A idéia fundamental, no entanto, é de que toda participação é necessariamente acessória, no sentido de que pressupõe o cometimento de um fato principal (42).

A participação, curiosamente, realiza-se, na maioria dos tipos penais incriminadores, através dos verbos "incitar" e "induzir", como, por exemplo, nos atos de ordenar, determinar, aconselhar, convencer, etc. O ato de participar, pelo ângulo dogmático, na realização de determinado tipo penal, pressupõe uma conduta fora do âmbito da incidência descritiva da norma incriminadora.

Oportuno fazer referência, assim, à idéia de que a incriminação da participação resulta de um tipo penal ampliador (incidência típica mediata ou por extensão — artigo 28, caput, do Código Penal).

Todavia, o tipo penal em exame abraçou os atos de instigação e induzimento, tornando-os atos típicos e, portanto, caracterizadores da figura do autor ou co-autores. Os atos acessórios tornaram-se, na perspectiva legal, em atos principais da figura típica delituosa.

Permanece, porém, aberta a possibilidade teórica de punição dos partícipes, desde que a conduta não adentre os verbos nucleares do tipo penal, preenchendo, outrossim, os requisitos do

tipo ampliador: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade — artigo 29, **caput**, do Código Penal). Exemplificativamente, tem-se o ajuste, o auxílio, a cooperação, a convivência relevante como formas de possíveis participações delituosas. Admite-se, portanto, qualquer modalidade de concurso de agentes: co-autoria e participação.

VII - da imprescritibilidade e inafiançabilidade do delito de racismo.

Neste aspecto, apresenta-se um tratamento desigual às várias atividades possivelmente enquadráveis no tipo penal incriminador ora **sub examen**.

Com efeito, a norma constitucional prevê a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo, não contemplando, em seu texto, na totalidade, as demais condutas preconceituosas e discriminatórias fundadas em motivos de origem étnica, preferência religiosa, procedência nacional e cor.

Por outro lado, a legislação infra-constitucional não contemplou a imprescritibilidade como característica do tipo penal incriminador.

Não se pode admitir a analogia para aumento da incriminação penal, sendo forçoso concluir que somente a atividade discriminatória e preconceituosa fundada em motivos raciais se amolda à hipótese de imprescritibilidade constitucional.

A imprescritibilidade aplica-se ao exercício da pretensão punitiva e da pretensão executória, ambas ilimitadas no âmbito temporal.

A inafiançabilidade, embora atributo constitucional deferido ao crime de racismo, integra a totalidade do tipo incriminador em exame, eis que decorre da própria natureza do apenamento abstratamente previsto na norma repressiva.

VIII - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal busca sancionar as condutas socialmente patológicas, apanhando aqueles fatos que se mostram extremamente nocivos ao meio comunitário. A sociedade brasileira tem inseridas em seu inconsciente coletivo diversas práticas discriminatórias e preconceituosas, mesmo porque essa sociedade é

essencialmente desigual e repleta de problemas mascarados através da postura alienada e descomprometida das elites dominantes.

Não é de estranhar que setores pensantes tivessem afirmado, diante da coragem constitucional consubstanciada na vedação do racismo e de outras práticas discriminatórias, que “houve, sem sombra de dúvidas, inaceitável exasperação da tipificação criminosa, tendo os constituintes obrado com evidente emoção e provavelmente com sentimentalismo, visando homenagear uma deputada constituinte de cor negra, de invulgar simpatia pessoal” (43).

Grave equívoco este de colocar uma conquista constitucional, tão importante e necessária ao regime democrático, no plano de um suposto sentimentalismo irresponsável. Semelhante distorção do sentido intrínseco no texto constitucional certamente não coincide com uma análise vinculada aos interesses públicos e atenta às efetivas injustiças sociais decorrentes das discriminações e preconceitos arraigados na sociedade.

Toda e qualquer conduta discriminatória e preconceituosa, fundada em motivação racial, étnica, religiosa, xenofóbica, ou calcada na cor da pele das pessoas, ofende a própria essência do ser humano, impedindo o progresso da civilização, e exige, das autoridades constituídas, uma eficaz e enérgica postura na aplicação das normas repressivas.

O regime consagrador de desigualdades e injustiças é condenado ao fracasso. E já o preconceito dos gregos, em relação aos plebeus, no sistema da Grécia Antiga, tornou pertinente a afirmação de Fustel de Coulanges: “Nenhuma das formas sociais inventadas e instituídas pelo homem é imutável. E esta trazia consigo um germe de doença e de morte: a sua demasiada desigualdade. Muitos eram os homens a terem interesse na destruição de uma organização social que não lhes concedia benefício algum” (44).

NOTAS

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional**. 6ª edição revisada. 1993. Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, página 563.

2. SZNICK, Valdir. **Novos Crimes e Novas Penas no Direito Penal**. 1992. Livraria e editora universitária de Direito Ltda. São Paulo, página 134.

3. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. 1989. ed. Saraiva. São Paulo, página 221.

4. FALCÃO, Alcindo Pinto e outros. **Comentários à Constituição**. 1º volume. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, página 272.

5. FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Ed. JULEX Livros. Volume 1º, página 182; BERGSTEIN, Nahum. **Delito y Discriminacion Racial**. ed. Fundación de Cultura Universitária. 1981. Montevideo, Uruguai, página 12.

6. SZNICK, Valdir. ob. cit., página 144.

7. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 1952. 5º volume. Ed. Forense, página 232.

8. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 32.

9. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 33.

10. DOR, Joel. **Introdução à Leitura de Lacan. O inconsciente estruturado como linguagem**. 2ª edição, série Discursos Psicanalíticos, ed. Artes Médicas, página 37.

11. DOR, Joel. ob. cit., página 37.

12. WESSELS, Johannes. **Direito Penal** Sérgio Antonio Fabris Editor. Parte Geral. Porto Alegre. 1976, página 199.

13. ENTERRIA, Garcia de. La Costituzione come norma giuridica. Lá Costituzione spagnola del 1978. Milano. 1982, páginas 119 e seguintes.

14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., página 601.

15. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., página 602.

16. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., página 608.

17. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 19.

18. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., páginas 29/30.

19. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., páginas 30/31.

20. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 39.

21. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 39.

22. NEHAB, Werner. **Anti-Semitismo, Integralismo, Neo-Nazismo**. Rio de Janeiro. 1988. Ed. Livraria Freitas Bastos, páginas 79/90.

23. RODRIGUES, Rogério Costa. **Revista de Informação Legislativa**, dezembro de 1964, página 75.
24. TOLEDO, Roberto Pompeu de. **A escrava que falava francês**. Revista VEJA, 17 de agosto de 1994, página 126.
25. NEWMAN, Edwin S. **Liberdades e Direitos Civis**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, página 06.
26. SAMPAIO, Luis Augusto Paranhos. **Comentários a nova Constituição Brasileira**. Ed. Atlas. I volume, 1989, páginas 123/124.
27. CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Livraria Almeida. Coimbra. Portugal. 1971, página 368.
28. WESSELS, Johannes. ob. cit., página 36.
29. DOHNA, Alexander Graf Zu. **La estructura de la teoria del delito**. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1958, página 33.
30. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1984, página 267.
31. WESSELS, Johannes. ob. cit., página 52.
32. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 2ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1991, página 323.
33. DOR, Joel. ob. cit., página 46.
34. DOR, Joel. ob. cit., página 60.
35. MARIAS, Julián. **Introdução à Filosofia**. 4ª edição, páginas 252/253.
36. WESSELS, Johannes. ob. cit., página 52.
37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Da Tentativa**. 3ª edição. Revista dos Tribunais. 1992. São Paulo, página 58.
38. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 50.
39. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ob. cit., página 52.
40. BERGSTEIN, Nahum. ob. cit., página 50.
41. WESSELS, Johannes. ob. cit., página 119.
42. DOHNA, Alexander Graf Zu. ob. cit., páginas 94 e 97.
43. FERREIRA, Wolgran Junqueira. ob. cit., página 184.
44. COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Martins Fontes, página 251.

PARECERES
(2ª Instância)

Responsabilidade Civil do Estado. Funcionário assassinado em serviço numa delegacia de polícia. Falta do serviço público. Quer se adote a teoria objetiva, quer a subjetiva, provado está nos autos que os danos deviam e podiam ser evitados, devendo o Estado responder pela indenização na conformidade das disposições do Art. 37, § 6º da Constituição Federal.

DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça

O Estado de Sergipe irressignado com a R. sentença do Meritíssimo Juiz da 3ª Vara Cível da Capital, que decidiu pela procedência da presente ação requerida por **Judite Lopes de Almeida e Maria Helena Bezerra Santos**, em nome de seus filhos menores, nominados nos autos, interpõe apelação. Tratando-se de sentença proferida contra o Estado, seu digno prolator a submete ao duplo grau de jurisdição, na forma da lei processual.

I - Preliminarmente argüi o Ministério Público a intempestividade do apelo do demandado, Estado de Sergipe, porquanto intimado da sentença no dia **9 (nove) de março** de 1994 fluente (fls. 88 verso), somente no dia **21 (vinte e um) de junho** ingressou em Juízo com sua petição de apelação, como vemos da anotação do Senhor Escrivão, às fls. 90. Ora, sendo de **trinta dias** o prazo para a apelação da Fazenda Pública, contado em dobro como determina o art. 188 do CPC, (e pela expressão "Fazenda Pública" quer a lei referir-se à União, **Estados**, Municípios e

Autarquias), constatado está que o apelo foi interposto com cerca de **três meses e doze dias**, extrapolando de muito o prazo legal (que havia expirado no dia 11 de abril, pois o dia 9 fora um sábado). Não obstante a arguição, a intempestividade torna-se irrelevante, porquanto a lide terá de ser reapreciada por força das disposições do art. 475, inciso II do Código de Processo Civil.

II - O fato que motiva a ação é o homicídio de Antônio Romualdo Viana dos Santos, havido nas dependências da Delegacia de Roubos e Furtos - DEROF, órgão do Governo do Estado (de sua Secretaria da Segurança Pública), no dia 13 de setembro de 1990. O falecido, pai dos menores Nayara, Nayandra Katarina, Ivana Natália e Antônio Fagner, as três primeiras havidas com Judite Lopes de Almeida e o último com Maria Helena Bezerra Santos (ora apelados), era Escrivão de Polícia, lotado naquela Delegacia e no exercício de suas funções foi assassinado, juntamente com Gilmar dos Santos (indiciado em inquérito policial). A morte nestas trágicas circunstâncias encontra-se provada pela certidão de óbito e laudo de exame cadavérico (fls. 14 e 15). Todavia, caso entenda necessário, a Egrégia Câmara poderá requisitar cópias dos autos do inquérito policial e respectiva ação penal que tramita na 5ª Vara - Tribunal do Juri. É fato notório, amplamente noticiado em jornais da Capital, dispensando — salvo melhor juízo — maiores provas (art. 334, I do CPC).

III - Vemos portanto, Eminentíssimos Desembargadores, que estamos diante de um caso de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público — o Estado de Sergipe — por falta havida no serviço público, ensejando a reparação devida ao particular que sofreu os danos: herdeiros do falecido Antônio Romualdo Viana dos Santos. Trata-se, conseqüentemente, de indenização a cargo do Estado de Sergipe à luz das disposições do art. 37, § 6ª da Constituição Federal.

IV - Temos o fato como provado: o homicídio de Antônio Romualdo Viana dos Santos nas dependências da DEROF, da Secretaria de Estado da Segurança Pública. Não obstante a fraca prova testemunhal, temos como notório (como acima ressaltado) o fato que motiva a ação, dispensadas outras provas, mesmo porque, além dos testemunhos e documentos dos autos, o demandado não nega a morte do pai dos autores naquelas circunstâncias, tornando o fato como **incontroverso**, na conformidade do

disposto no art. 334, III, combinado com o art. 302 do Código de Processo Civil (cfr. JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR — Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 67, Ed. Rev. Trib.). Como os autores do homicídio não são funcionários do Estado, estamos diante de responsabilidade do poder público por fato de **terceiros**. Qual a diferença de situações e consequências jurídicas? Autores há que não distinguem, as duas hipóteses; mas há aqueles que sustentam haver alguma distinção.

V - Provado o fato e a relação de causalidade entre eles — imputado à falta do serviço público — e o dano consequente ao particular, responde o Poder Público sob a ótica da teoria da “**culpa objetiva**” ou do **risco administrativo**”; assim, responsável é o Estado (como a União, Município, Distrito Federal ou Autarquias, conforme o caso concreto a julgamento) pela reparação, **independentemente de ter agido seu preposto** (funcionário estatutário ou empregado celetista; em cargo ou função de natureza efetiva, de comissão ou temporária) **com culpa ou não**. Ao depois, em ação regressiva, poderá o Estado obter o ressarcimento provando que o funcionário agiu com culpa. Este o nosso sistema, à luz do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal (repetido na Constituição Estadual no art. 25, § 3º).

VI - Mas, diante da outra hipótese — dano diretamente perpetrado por **terceiros** no serviço público ou situação assemelhada sob a proteção do Estado — há quem sustente que a obrigação de indenização depende da prova da culpa dos agentes públicos, caracterizando **falta ou deficiência do serviço público**. O caso a julgamento é desta segunda modalidade: **terceiros**, numa Delegacia de Polícia, assassinaram um funcionário que se encontrava em serviço — tomando depoimento de um indiciado em inquérito policial.

VII - O fato se assemelha a casos de indenização do Poder Público em atos cometidos por multidões. Nesta matéria, relembremos a lição de MARIA HELENA DINIZ, Professora de Direito Civil e Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

“É a culpa anônima ou falta de serviço que ocorre, por exemplo, na OMISSÃO DO ESTADO em debelar incêndios (RJ TJRS, 87/333), em prevenir as enchentes, por não ter providenciado a canalização de rios ou

por ter-se descuidado da conservação do serviço de esgotos ou redes pluviais, dando origem a vasamentos e inundações (RTJ, 47/378, 70/704; Rt, 445/100, 511/116, 530/70, 527/74, 544/80 e 93, 550/106); em evitar acidentes, por negligenciar na conservação das estradas ou por falta de sinalização adequada (RT, 558/103, 574/129); em prevenir lesões consequentes do rompimento de galerias subterrâneas de escoamento de águas pluviais, quando muito antes reconheceu a administração o seu mau estado, tanto que a repartição competente propusera ao Governo a Construção de nova galeria (RF, 67/631); EM OBSTAR UM ASSALTO EM PRAÇAS OU VIAS PÚBLICAS (CF, art. 21 XIV e XXII, 22, XXI, 129, VII, e 144); em evitar depredação em estabelecimento comercial, por não manter a ordem em certos tumultos que é condição da ocorrência de um fato lesivo, mas causa não é (RT, 255/328, 275/833, 297/301, 251/299, RF, 112/329); EM EVITAR ASSASSINATO DE DETENTO (RT, 495/261)” — Curso de Direito Civil, 7ª vol. Responsabilidade Civil, pag. 417, ed. Saraiva, 1990, sublinhamos).

VIII - Em todos estes casos, os danos não foram causados diretamente por funcionários, mas por terceiros, e o Estado responde por não ter diligenciado para que o serviço público funcionasse a contento, caracterizando-se o que a doutrina identifica como “culpa anônima” ou “falta de serviço”. Observem, Eminentes Desembargadores, as hipóteses acima ressaltadas de **assassinato em detento e assaltos em praças ou vias públicas, casos análogos ao fato sub judice**: assassinato em dependência interna de uma Delegacia de Polícia. Partindo do pressuposto de que o Estado tem que dar garantias a seus funcionários em serviço — até a presidiários — a conclusão lógica que se impõe é que havendo danos pessoais ou morte o serviço não funcionou como esperado; houve deficiência da Administração, caracterizando a “culpa anônima” ou “falta de serviço” (MARIA HELENA DINIZ, obr. cit. pág. 417). Assim entendem doutrina e jurisprudência em casos ocorridos em praças ou vias públicas; com maior razão no **interior de uma Delegacia de Polícia**.

IX - Comentando o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, o mestre PINTO FERREIRA relembra que de início o Estado era inteiramente irresponsável, pois em suas origens identificava-se com a pessoa do rei, intocável e sagrada por “vontade divina”, como dizia a ciência política da época. Daí a máxima dos franceses: “**le roi ne peut mal faire**”, correspondente a dos ingleses “**the king can do wrong**”, relembra-nos o mestre de Recife em seus comentários à Constituição Brasileira, vol. II, pág. 405. Iniciando por citar o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO — “Partindo da marca zero, a irresponsabilidade do Estado progride continuamente para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-los” — PINTO FERREIRA reproduz os casos narrados por AGUIAR DIAS, todos eles assemelhados àqueles relacionados por MARIA HELENA DINIZ (item VII deste parecer), cumprindo-nos ressaltar, repetindo, “assassinato do réu porque se encontrava sob custódia policial” (pág. 405). Adiante acrescenta vários julgados de nossos Tribunais, indicando as revistas que os publicou (pág. 406). E conclui: “A adoção da teoria do (risco) administrativo foi admitida sucessivas vezes em decisões judiciais (RDA, 122/172, 87/221)”. À jurisprudência citada acrescentamos a do nosso Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por seu Acórdão nº 572/92, nos embargos infrigentes Nº 02/92, Rel. o eminente Desembargador FERNANDO FRANCO.

X - Filiamo-nos à teoria objetiva como consagrada no citado art. 37, § 6º da Constituição Federal, que não autoriza ao intérprete distinguir se o dano foi diretamente perpetrado pelo **funcionário** ou se por **terceiros**: se o evento danoso foi causado por falta do serviço público, responde o Estado. Por outras palavras, se terceiros cometem dano ao particular, no serviço público, sem que o Estado tenha evitado, e está obrigado a evitar, responde pelo dano causado ao particular interessado ou seus herdeiros. Numa delegacia de polícia, imagina-se, é o lógico, que haja policiais armados capazes de defenderem a população e seus funcionários, detentos ou quem se encontrem em suas dependências; é o óbvio. Seria faltar ao bom senso concluir-se diferentemente! A hipótese é semelhante aos casos de depredação em casas comerciais ou distúrbios de ruas, em multidões rebeldes, como vimos em AGUIAR DIAS em sua “Da responsa-

bilidade Civil”, que vai se tornando um clássico em matéria de reparação ou indenização por ato ilícito, à luz do direito privado — art. 159 do Código Civil — como pelo direito público — art. 107 da então Constituição de 1969, reproduzido no art. 37, § 6º do vigente texto constitucional.

XI - Com efeito, por todo o capítulo I do título V (do 2º volume), AGUIAR DIAS preleciona sobre responsabilidade civil do Estado, cumprindo-nos ressaltar a reparação devida por agressões a detentos ou quem se encontre sob sua custódia, causadas por **terceiros**. Criticando acerbamente o voto vencido que decidia pela irresponsabilidade do Estado, o autor ressaltava a decisão da maioria em um caso de assassinato de um detento:

“Tratava-se de réu preso, que fora assassinado em circunstâncias dramáticas. O matador pretendendo vingar-se da morte de um irmão, praticada pelo preso, penetrou na prisão e aí levou a efeito o crime. O aresto decidiu, e bem, que o Estado não podia deixar de responder pelas consequências do fato, ocorrido enquanto a vítima estava sob sua proteção. Em tais casos, a culpa decorre **re ipsa** do próprio fato do crime”
— Da responsabilidade Civil, 2ª vol. págs. 274, 6ª ed.

XII - Como vemos, eminentes desembargadores, o fato é análogo ao caso **sub judice**. Consta-nos — o fato foi amplamente noticiado e pode ser conferido nos autos da respectiva ação penal — que o inditoso Antônio Romualdo, pai dos apelados, fora assassinado por pessoas que foram matar o detento Gilmar dos Santos, terminando aqueles por atingir também ele, Romualdo, que tomava depoimento do referido indiciado. O Estado é responsável pela morte deste, que se encontrava sob sua custódia, para quem tinha o dever legal da segurança de sua pessoa, como igualmente responde pela morte de seu funcionário, que se encontrava em serviço, em função de seu cargo.

XIII - Do exposto, quer se adotando a teoria subjetiva — apuração da culpa da administração por danos causados por terceiros no serviço público — quer desprezando-se o elemento subjetivo, por adoção da teoria objetiva ou do risco administrativo, concluímos como acertada a doughty sentença de procedência da ação, pois comprovados foram o evento, a relação de causalidade

entre o mesmo e os danos e até a falta do serviço. Como não houve apelação dos autores, não podemos elevar a condenação. Realmente, não entendemos porque limitou-se a douda sentença a “75% do que o falecido perceberia como servidor” (fls. 88); a indenização deveria corresponder ao cem por cento, mas como não se admite a **reformatio in pejus** (art. 515 do CPC - cfr. BARBOSA MOREIRA, Comentários, pág. 336 a 345, 1ª ed. Forense), não podemos elevar aquele percentual. Finalmente, que se mantenha a condenação pelos danos morais como decidiu a instância inferior.

Do exposto, pela confirmação da douda sentença sob reapreciação, manifesta-se o Ministério Público, com o que às partes a E. Câmara Cível fará JUSTIÇA.

Salvo melhor juízo, este o parecer.

Aracaju, 05 de setembro de 1994.

Ação direta de inconstitucionalidade — Preliminares arguidas pelo Estado de Sergipe que não merecem acatamento por falta de fundamentação legal — Descabimento da ação suscitada pelo MP como matéria preliminar — Mérito no qual se opina pela procedência da ação por conflitar o Decreto nº 12.825, de 27 de março de 1992, com dispositivos constitucionais.

EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Procurador de Justiça

Cuidam os autos de ação direta de inconstitucionalidade aforada pelo Sindicato dos Corretores de Seguros, Capitalização e Previdência Privada do Estado de Sergipe — SINCOR-SE, com fundamento nos arts. 157, inciso III e 164 da Constituição do Estado de Sergipe, bem assim nos arts. 170, inciso IV e 173, § 4º, da Constituição Federal, através da qual se visa atacar o Decreto nº 12.825, de 27 de março de 1992, que dispõe sobre a ocorrência de contratação de seguros pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual com a BANESE - Corretora de Seguros Ltda., tornando-a obrigatória.

Segundo alega a entidade sindical autora da ação, “este ato normativo praticado pelo Executivo Estadual é injusto, ilegal e inconstitucional, pois o monopólio redundaria em uma aberta lesão ao direito, que fere princípios basilares da nossa Lei Suprema, comungando a estes princípios, a Constituição do Estado de Sergipe” (fls. 3).

Citado o Procurador Geral do Estado, na forma do art. 108, § 3º, da Constituição Estadual, este defendeu o ato impugnado, fazendo-o através da arguição de duas preliminares e, empós isso, procedendo a negativa da existência de qualquer ofensa do Decreto mencionado ao texto constitucional federal ou estadual.

Vamos, então, por partes, na análise da questão:

Em primeiro lugar compete-nos examinar a preliminar de nulidade do feito por não ter sido requerida na inicial a intimação do Ministério Público, “nos termos da Lei Adjetiva Civil”, como está grafado às fls. 24.

Não nos parece merecer abrigo a arguição.

Tanto a Lei Maior como a Constituição Estadual determinam que nas ações de inconstitucionalidade a Procuradoria Geral, seja da República, seja da Justiça, será ouvida previamente.

Foi o que ocorreu na espécie, quando a digna Desembargadora CLARA LEITE DE REZENDE, relatora do feito, nos abriu vistas para tal fim (fls. 30), ensejando-nos a oportunidade de oferecer o presente parecer.

Inexiste a alegada nulidade.

Pela rejeição da preliminar.

A outra arguição prévia não nos parece aguardar melhor sorte.

Através dela sustenta a Procuradoria Geral do Estado que “o Sindicato-Autor não é entidade de classe de âmbito Estadual para efeito do inciso VII do art. 108, da Constituição do Estado de Sergipe, nem tão pouco é uma Federação Sindical e sim uma Instituição que congrega PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS, que atua no ramo da Corretagem de Seguros no Estado de Sergipe” (fls. 25).

A simples leitura do seu Estatuto (fls. 9 e segs.), no entanto, notadamente dos seus arts. 3º, alínea d, e 5º, deixa extreme de dúvida o fato de que a entidade tem âmbito de atuação em todo o Estado de Sergipe, cabendo-lhe pleitear a adoção de medidas como a presente, que visa satisfazer interesse da categoria que representa. Inclue-se, destarte, no elenco contido no art. 108 da Constituição Estadual.

Pela rejeição dess'outra preliminar, portanto.

O não termos acolhido tais preliminares não significa, todavia, que de nossa parte estejamos privados de suscitar uma.

E o fazemos no sentido de que se não tome conhecimento da presente representação de inconstitucionalidade por incabível na espécie.

É que o Decreto nº 12.825 acoimado de inconstitucional não se apresenta como uma norma de caráter genérico, abstrato e impessoal. Ao invés disso, tal decreto, por sua própria natureza, produz efeitos concretos e imediatos, perdendo a sua característica de ato simplesmente normativo.

Se é assim, não é a ação direta de inconstitucionalidade o remédio adequado para se proceder ao seu ataque.

Nesse sentido, aliás, já tem se pronunciado o Pretório Excelso:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata da Corte. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito estatal impugnado desqualifica-o — enquanto objeto juridicamente inidôneo — para o controle normativo abstrato” (Emb. de Declar. na ADIN de nº 773-8/RJ - d. em 26.05.93 - Gazeta Mercantil - Caderno LEGISLAÇÃO - Coluna JURISPRUDÊNCIA - pág. 44 - Edição de 23 e 25 de abril de 1994 - Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

“No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual e concreto. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade. Esta Corte, em algumas oportunidades, já proclamou, sem maiores disceptações, a impropriedade da ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto fosse ‘ato concreto, despido de qualquer atribuição de abstração, generalidade ou normatividade’ (RTJ 108/505 - Rel. Min. DÉCIO MIRANDA) pois ‘não é a representação de inconstitucionalidade via adequada para impugnar ato administrativo, individual e concreto...’” (RTJ 119/65 -

Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA) (Ag. Rg. nº 203-1/DF -
Rel. Min. CELSO DE MELLO - DJU de 20.04.90 - JSTF
- LEX 140 - Pág. 80).

Por que se não receba, pois, a inicial, em razão da sua impropriedade para o fim colimado.

No mérito, somos de sentir que, caso se tome conhecimento do pleito é de se dar pela sua inteira procedência.

É que o autor da ação, ao levantar a questão em estudo, se manifesta sustentando que

“Ressaltamos a INCONSTITUCIONALIDADE do Decreto nº 12.825, de 27 de março de 1992, por ter violado e divorciado do texto Constitucional Estadual nos seus arts. 157, item III e 164, tendo como sustentáculo a Constituição Federal no art. 170, item IV e art. 173, parágrafo 4º, e por ainda mais violar o aludido Decreto a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública” (fls. 4 - os grifos são nossos).

Obviamente que não iremos entrar aqui no exame de estar ou não o Decreto nº 12.825 em conflito com a Lei Federal nº 8.666, pois que, se a ação é de declaração de inconstitucionalidade, não cabe analisar se há choque com outra lei que não a Lex Maior.

Mas vejamos o que dizem os dispositivos constitucionais invocados contidos na Constituição Estadual e respaldados na Constituição Federal, tal como referido na proemial:

“Art. 157 - O Estado e os Municípios atuarão no sentido de realização do desenvolvimento econômico e da justiça social, fundados na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a elevação do nível de vida e o bem-estar da população, prestigiando as atividades produtivas e distributivas da riqueza e observando os seguintes princípios:

I - ...

II - ...

III - livre concorrência”

...

“Art. 164 - Em obediência aos princípios da igualdade, publicidade e moralidade administrativa, salvo nos casos especificados em lei, o processo de licitação será indispensável nas compras, alienações onerosas ou gratuitas, obras e serviço da administração pública direta e indireta do Estado e dos Municípios”.

Como se observa, o texto da Constituição Estadual, que no art. 157 pode-se dizer que reproduz as normas contidas nos arts. 170, inciso IV, e 173, § 4º, da Constituição Federal, em tal dispositivo se limita a espelhar normas genéricas sobre a ordem econômica, deixando ao legislador comum a tarefa de estabelecer pela via adequada as regras especificadas acerca do processo licitatório.

No art. 164, todavia, é incisivo ao estabelecer normas acerca da Administração Pública, instituindo de pronto a obrigatoriedade do processo de licitação, a exceção daqueles casos cuja especificação deixa à lei comum.

Só por meio da simples leitura de tal dispositivo já teríamos base para reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto nº 12.825.

Ocorre que a própria Constituição Federal, em seu art. 22, inciso XXVII, atribui competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas do governo e empresas sob seu controle.

Se assim é, qualquer lei ou ato normativo que se edite em um Estado membro terá de se adequar as regras instituídas pela União acerca da matéria, afigurando-se-nos que qualquer delas que afrontar a legislação decorrente da regulamentação do texto constitucional estará automaticamente conflitando com a Carta Magna, que no particular é reproduzida pela Constituição Estadual, quando esta deixa expressa a indispensabilidade do processo de licitação, excetuados os casos especificados em lei.

Ora, o Decreto nº 18.825 entrou a vigorar sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que no seu art. 22, inciso X, dizia:

“Art. 22 - É dispensável a licitação:

...

X - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas à licitação” (os grifos são nossos).

Vê-se, portanto, que o decreto atacado já nasceu inconstitucional.

Atualmente, sob a vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a situação não é diferente, mais se acentuando a inconstitucionalidade.

Em verdade, dispõe o art. 24, inciso VIII, de tal diploma legal que

“Art. 24 - É dispensável a licitação:

...

VIII - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitas à licitação” (os grifos são nossos).

Não será preciso ir além para demonstrar que a obrigatoriedade de contratação de seguros com a corretora BANESE, estabelecida no Decreto nº 12.825, fere a Constituição Estadual de vez que, em havendo empresas privadas que possam prestar os mesmos serviços de contratação de seguros por ela operacionalizados, flagrante se revela a indispensabilidade da licitação.

Ao nosso aviso, portanto, a ação tem inteira procedência.

Por tais razões, caso se chegue a enfrentar o seu mérito manifestamo-nos no sentido de que se declare a inconstitucionalidade do Decreto nº 12.825, de 27 de março de 1992, decretando-se a sua imediata suspensão e executoriedade, nos termos do pedido.

É o nosso parecer, s.m.j.

Aracaju, 26 de abril de 1994.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL: AGRAVO DE INSTRUMENTO: art. 197, da LEP - Preliminar de nulidade do *decisum*, porque prolatada ao arrepio das exigências legais - Não participação do Ministério Público no processo de execução -

No mérito: prisão domiciliar por doença grave: aplicação do artigo 117, II, da LEP

“A jurisdicionalização da execução e o processo penal executório constituem as vertentes básicas da Lei 7.210, de 11.7.84, que resgatou o próprio conceito de execução penal, atrofiado por antiga e costumeira doutrina”. (René Ariel Dotti)

MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Representante do Ministério Público junto à Vara das Execuções Criminais, contra a respeitável decisão de fls. 14, dos autos, prolatada pelo ilustre Magistrado, em exercício, àquela época.

Preliminarmente, argui o digno Promotor de Justiça nulidade do processo porquanto o prolator agiu ao olvido da disposição contida no artigo 67, da “Lei de Execução Penal”, que dispõe:

“O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução” (Art. 67)

Aguardando, o Agravante, que após ouvido o Ministério Público e produzida prova da doença grave do Agravado, seja prolatada outra decisão.

No mérito, pugna o Promotor de Justiça pela cassação do **decisum** que concedeu ao detento Vitório José Ferreira Santana o benefício da prisão domiciliar, seja porque, em seu entendimento, o médico atestante não especificou a gravidade da doença do recorrido, seja ainda, por não ser a residência o local adequado para o acompanhamento médico permanente. (Fls. 2/4)

O recurso foi preparado e contraminutado. O Agravado, ao ressaltar a improcedência das arguições da Justiça Pública Agravante, diz:

a) Embora a lei exija a prévia manifestação do Ministério Público, o livre convencimento do Julgador não permite que ele adstrito ao opinamento Promotorial.

b) A impugnação do atestado médico não pode subsistir, pois se presta, tal atestado, perfeitamente, para o fim destinado; comprovação de que está o Recorrido acometido de um mal gravíssimo que o condena à morte. O subscritor do atestado médico que seja responsabilizado, se for, o caso, nos termos do artigo 299, do Código Penal Brasileiro.

Mantida a decisão (fls. 24) foram remetidos os autos ao Egrégio Tribunal e, em seguida, a esta Procuradoria.

A preliminar de nulidade do processo, arguída pelo ilustre Representante do Ministério Público, Doutor Celso Luís Dória Leó, é de todo procedente.

O Magistrado em exercício à época da decisão guerreada, parece, **concessa venia**, haver-se olvidado do que poderíamos chamar de a “pedra de toque” da Lei de Execução Penal; a judicialização do procedimento executório, fazendo, destarte, o ilustre jogador “tabula rasa” das prescrições insertas em o artigo 194, e seguintes da Lei Orgânica Nacional, prescrições consagradoras do princípio de matriz constitucional: **nulla poena, sine processu**.

Ora, se proeminente é o papel do Magistrado, “peça chave” do procedimento executório, relevante e indispensável mesmo é a função desempenhada pelo Ministério Público, como Órgão da Execução, conforme se infere do artigo 67 da lei pertinente, tantas vezes citada, onde se lê ser o Ministério Público o fiscal da execução da pena e da medida de segurança, oficiando, obrigatoriamente, no processo executivo e nos incidentes da execução.

De mais a mais, a natureza complexa do processo penal de execução está a exigir todo um procedimento ou rito, admitindo-se a produção de provas e a recorribilidade das decisões.

Assim é que, acatada a preliminar de nulidade suscitada, poderá o Magistrado “a quo” determinar a produção de provas e, no caso específico, a lavratura de um laudo médico mais circunstanciado, não se limitando à indicação do CID genérico que foi escrito no atestado de fls. 15, embora saibamos não existir, ainda, o CID específico da moléstia AIDS.

Não solicitaremos o exame criminológico previsto no artigo 8º da Lei 7210/84, porque em nosso Estado não há clínico geral entre os componentes da equipe indicada para tal exame.

Logo, pelo acolhimento da preliminar arguida pelo Ministério Público.

Superada retrodita preliminar, hipótese por certo que improvável, **meritoriamente** somos pelo improvimento do agravo **sub judice**, discordando, assim, em parte, do nobre Promotor de Justiça, porque a Lei de Execução Penal permite que o sentenciado portador de moléstia grave cumpra pena em sua própria residência (Art. 117, II da LEP).

Sabemos que doença grave pressupõe tratamento hospitalar, em regra. Mas em determinadas hipóteses a residência do doente sentenciado poderá propiciar-lhe mais carinho e assistência, sobretudo em casos de moléstias incuráveis quando a medicina demonstra toda a sua impotência, — apesar de sua evolução em vários aspectos — limitando-se a prolongar por algum tempo a vida do moribundo e também o seu sofrimento!

Discordamos, portanto, do pensar do ilustre Fiscal da Lei, pensar que coincide com o entendimento da Comissão de Promotores de Justiça designada pela Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul para examinar o anteprojeto da LEP. Felizmente o seu entendimento não logrou êxito, no que pertine à exclusão do benefício da prisão domiciliar para os portadores de mal grave.

Assim é que, se o atestado médico confirmar ser o agravo portador de AIDS e, principalmente, se a moléstia estiver em estágio avançado, não vemos porque o Hospital seja mais indicado que a casa do paciente, sobretudo, quando se conhece a crise que grassa em nosso já combalido sistema hospitalar (refiro-me à

assistência hospitalar prestada aos necessitados, aos carentes de recursos financeiros e econômicos) com a ameaça, inclusive, de fechamento do nosocômio destinado ao tratamento da AIDS, em Sergipe.

Aliás, a crise não é “privilégio” do sistema hospitalar mas de todo o sistema penal. É a conhecida incongruência entre o deve ser e o ser. A LEP, parece-nos, através do benefício concedido em o art. 117, inciso II, haver procurado — dentre outras coisas — minimizar a vetusta discrepância entre a ciência e a experiência, entre a elaboração teórica e a prática.

EX POSITIS

Pela nulidade do processo, nos termos da preliminar arguída.

No mérito, pelo improvimento do agravo.

Ao ser apresentado em juízo o recurso errado, deve o Juiz dá-lhe o procedimento correto ex vi dos arts. 244 e 250 do CPC.

O princípio da fungibilidade dos recursos, embora não previsto expressamente na lei processual em vigor, é autorizado pela atual sistemática do CPC.

No mérito, não se aplicam aos policiais militares as regras comuns aos servidores públicos em geral, salvo expressa cominação legal, porquanto a estrutura militar está assentada em rígidos princípios de disciplina e hierarquia.

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Procurador de Justiça

João Batista Santos e outros interpuseram em face do Estado de Sergipe Ação de Reintegração cumulada com Ressarcimento de Danos, pretendendo-se amparados pela Constituição Federal e pela Constituição Estadual.

Julgada procedente em parte a exordial, não havendo recurso voluntário, subiram os autos para Reexame Necessário, tendo os autores “recorrido adesivamente”.

É sabido que havendo sucumbência recíproca e subindo os autos para realização do duplo grau de jurisdição, como determina o art. 475 do Código de Processo Civil, não se admite o recurso adesivo, porquanto a subida dos autos, em tais casos, não se dá propriamente por força de recurso, mas por “simples

medida de caráter administrativo” como observa Luís Antônio de Andrade in “Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil”. Nada obsta, contudo, que o Juiz receba o “recurso adesivo” como apelação, por força do princípio da fungibilidade recursal.

No recurso, o elemento volitivo e existencial se define pelo manifesto desejo de recorrer de uma decisão. Por conseguinte, restando patenteada a vontade, há que se apreciar, apenas, a forma, e, não havendo nulidade expressamente cominada, em princípio, é de se admitir o aproveitamento ou a conversão que deve ocorrer, como de fato ocorreu, no juízo de admissibilidade do recurso.

Portanto, ao ser apresentado em juízo o recurso errado, sendo o mesmo interposto no prazo do recurso próprio, sem demonstração de malícia ou improbidade do litigante, e havendo clara manifestação de recorrer, deve o Juiz converter o recurso impróprio em recurso próprio, dando-lhe o procedimento exato, por força dos arts. 244 e 250 do Código de Processo Civil.

A par do exposto, hoje é predominante, inclusive no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que prevalece no sistema do código atual, mesmo sem texto expresso como ocorria no art. 810 do CPC de 1939, o princípio da fungibilidade dos recursos, desde que não tenha ocorrido preclusão por esgotamento do prazo do recurso certo, nem seja grosseiro o erro cometido na escolha da via recursal inadequada.

Esta, a lição de Alcides e Mendonça Lima:

“O preceito do art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, plenamente invocável no regime atual, mesmo em face do silêncio do texto, é aplicável aos casos em que há erro do recorrente. Os argumentos anteriores valem, assim, para a incidência do princípio, ainda que sem norma expressa presentemente. Mas, também, não há norma que vede a adoção do princípio, que, portanto, subsistirá. Se o recurso foi corretamente interposto o problema não existe. O erro simples, aliás igualmente não gera consequência para a parte. Para que sua desconformidade seja prejudicada é necessário que ocorra má-fé ou erro grosseiro”. (In Introdução aos Recursos Cíveis”, nº 170, p. 245, ed. RT).

Decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O princípio da fungibilidade dos recursos, embora não previsto expressamente na lei processual em vigor, é, autorizado pelo sistema dessa codificação” (Ac. unân. da 2ª T. do STF, Rel. Min. Leitão de Abreu, in RTJ 89/210).

“O princípio da fungibilidade dos recursos subsiste no sistema do CPC de 1973, a despeito de não haver este reproduzido norma semelhante à do art. 810 do estatuto processual de 1939”. (Ac. unân. da 1ª T. do STF, Rel. Min. Thompson Flores, in D.J.U. de 11.04.80, p. 2.241).

Poder-se-ia alegar, entretanto, que se trata de erro grosseiro.

Ora, em diversos julgados tem-se admitido o princípio da fungibilidade recursal, desde que não se configure má-fé ou erro grosseiro e estejam satisfeitos os prazos para interposição do recurso próprio. Contudo, quanto ao erro grosseiro, cito Pinto do Amaral que vê nele a primeira evidência da má-fé, configurando-se no erro grosseiro a culpa grave, vizinha do dolo.

À respeito tem-se:

“Embora inexista no vigente CPC disposição equivalente do art. 810 do revogado, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se a admitir, com maior ou menor limitação, a aproveitabilidade do recurso inadequado. O sistema geral do Código e a letra do art. 250 parecem autorizá-la. É duvidoso que o “erro grosseiro” na escolha do recurso ainda constitua óbice à sua conversão, dentro dessas coordenadas, pois não se pode supor ultratividade do mencionado art. 810, do velho Código. Mas é seguro que a má-fé do recorrente, evidenciada por sua conduta processual, impede o aproveitamento do recurso inadequado, pois toda a filosofia do vigente Código orienta-se no sentido de coibir e reprimir a malícia processual, para a qual chegou a instituir sanções específicas e severas”. Ac. da 3ª Câmara do TARS, Rel. Adroaldo Furtado Frabício, in JTARS 36/515. (O grifo é meu).

Destarte, na sistemática da atual lei processual civil, o “erro grosseiro” para ser invocado, deverá estar, necessariamente, relacionado à malícia do litigante, o que convenhamos, não é o caso presente.

Ademais, embora opiniões respeitabilíssimas vejam na adesão um recurso, creio ser razoável sustentar, com José Afonso da Silva, que a adesão é uma modalidade procedimental do recurso de apelação, dos embargos infringentes ou do recurso extraordinário (Do Recurso Adesivo no Processo Civil Brasileiro, 2ª ed., RT, p. 354).

Com o mesmo entendimento Sérgio Bermudes, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso em “Recurso Extraordinário e Recurso Especial”, RT, 3ª ed., p. 163:

“O denominado recurso adesivo, longe de constituir modalidade recursal, é simples modo de interposição dos recursos de apelação, embargos infringentes e extraordinários”.

Tem-se ainda, à respeito, Theotônio Negrão, in CPC, 24ª ed., p. 344:

“O recurso adesivo (art. 500) e o agravo retido (art. 522 § 1º) não são novos recursos, porém simples formas procedimentais de outros recursos: o agravo retido, do agravo de instrumento; o recurso adesivo, da apelação, dos embargos infringentes, do recurso especial ou do recurso extraordinário, conforme o caso”.

Assim, mesmo que se entenda grosseira a interposição de um recurso por outro, se não existe dúvida sobre o remédio cabível, **in casu** não há se falar em erro grosseiro, porquanto é, o recurso adesivo, modo de interposição de apelação e não recurso diverso, tendo sido regularizado com o seu recebimento pelo Juiz **a quo** que lhe deu exato procedimento.

De meritis, pela manutenção da r. sentença de primeiro grau.

Com efeito, aduzem os autores, ora apelantes, que tendo ingressado no serviço público militar estadual, foram licenciados a bem da disciplina. Segundo entendem, ditas exclusões seriam ilegais por afrontarem dispositivos da Constituição então vigente e do Código Penal Militar.

O Estado de Sergipe, por sua vez, alega que o ato de licenciamento foi praticado, **ex vi legis**, de conformidade com o art. 108 § 2º, da Lei nº 2.066/76, e Decreto nº 79.985/77.

Realmente, dispõe o art. 180 § 2º da Lei nº 2.066, de 23 de dezembro de 1976, retro-citada:

“Art. 108 - O licenciamento do serviço ativo, aplicado às Praças, efetua-se:

I - a pedido:

II - **ex-offício**.

§ 1º (...)

§ 2º - O licenciamento **ex-offício** será feito na forma da legislação específica:

I. (...);

II. (...);

III. - A bem da disciplina”.

Mais adiante, dispõe o art. 111 do mesmo diploma legal:

“Art. 111 - A exclusão a bem da disciplina será aplicada **ex-offício** ao Aspirante a Oficial ou às Praças com estabilidade assegurada:

I. (...);

II. (...);

III. Que incidirem nos casos que motivarem o desligamento pelo Conselho de Disciplina previsto no art. 48, e neste serem considerados culpados”.

In casu, cabendo ao Conselho de Disciplina, regulado pela Lei nº 2.310, de 12 de dezembro de 1980, a função de apurar os fatos objeto de acusação contra o Aspirante a Oficial e demais praças da Corporação, exige a lei que sejam assegurados aos mesmos condições para elaboração e apresentação de defesa, não restando provado, nos autos, que esse direito fora vilipendiado.

Ademais, prevê a Lei o prazo para recurso da decisão do Comandante Geral que acatou o Relatório do Conselho de Disciplina, que será de 15 (quinze) dias, contado da data em que o acusado teve ciência da decisão do processo ou da data da publicação do despacho conclusivo do Comandante Geral da Corporação (art. 19 § 1º da Lei nº 2.310/80).

Ora, a questão posta nestes autos, como bem observou o ilustre representante do **parquet** na instância **a quo**, há de ser analisada a luz da legislação especial que rege a força policial, porquanto seus integrantes não estão sujeitos ao regime estatutário comum dos servidores públicos em geral, por constituírem uma categoria especial de servidores.

As bases institucionais da vida militar são, por força da lei, a hierarquia e a disciplina e, neste diapasão, foram os comportamentos dos autores, ora apelantes, submetidos ao Conselho de Disciplina, que concluiu pela responsabilidade dos acusados.

Os atos de licenciamentos foram praticados pelo Sr. Comandante Geral da Polícia Militar, autoridade competente para fazê-lo, acatando o Relatório do Conselho de Disciplina.

Por conseguinte, não estando demonstrado o cerceamento de defesa durante a apuração da transgressão disciplinar pelo órgão colegiado, não vislumbro qualquer ilegalidade nos atos de licenciamentos impugnados, eis que praticados pela autoridade competente, de conformidade com as prescrições legais, que teve como finalidade a preservação da disciplina, um dos pilares sobre o qual se assenta a instituição militar, devendo ser mantida a sentença de primeira instância.

Aracaju, 08 de setembro de 1994.

HABEAS-CORPUS - EXCESSO DE PRAZO -
Aplicação do art. 648, do C.P.P. - Exame de
sanidade mental determinado há mais de
cinco anos - Concessão do *writ*.

“O exame de sanidade mental, uma vez defe-
rido deve ser realizado em prazo razoável. A
demora injustificada acarreta constrangimen-
to ilegal, estando preso o Réu”. (TJSP - RT /
50, 31, 85 e 510/350)

“EXCESSO DE PRAZO - A Jurisprudência
tem fixado prazo máximo de 81 dias para o
encerramento da instrução criminal quando
se trata de processo de réu preso, o paciente
se encontra recolhido há 5 anos e 4 meses e
a instrução não teve fim. Concessão, sem
prejuízo da ação penal”.

(TJS - Ac. unân. Câm. Crim. Relator Des. Luiz
Rabelo Leite - HC 651/79).

MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça

Embasado na Constituição do Brasil (art. 5º, LXVIII) e na lei penal adjetiva (arts. 647 e seguintes do livro processual penal) impetrou JOÃO BATISTA DOS SANTOS SOUZA, qualificado no limiar da petição de fl. 01/06, ordem de **habeas corpus**.

Apontando como autoridade coatora o Doutor Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, aduz o impetrante as razões de fato e de direito que poderão ser assim sintetizadas:

Que, muito embora primário, encontra-se preso e recolhido ao Reformatório Penal, desde 28/06/83, "com seu bem maior, a liberdade, cerceada".

Que está sendo, há quase sete anos, processado na 4ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju e se tivesse sido julgado no prazo legal, já estaria beneficiado pelo livramento condicional, pois é primário, tem bom comportamento carcerário e já teria cumprido mais de um terço da pena, ainda que esta fosse estipulada em 19 anos.

Que é inocente e, apesar de torturado, nunca confessou o crime de que o acusam e em razão do qual está sendo processado.

Por fim, enfatiza, mais uma vez, o paciente, o absurdo excesso de prazo na conclusão do processo, excesso este repudiado pela lei penal adjetiva, doutrina e jurisprudência pátrias que sempre, em situações que tais, concede ao encarcerado a ordem liberatória, lamentando, sobretudo, o Impetrante, ser pobre e por isso não contar com os bons serviços de um causídico para defendê-lo.

O Eminentíssimo Relator solicitou à autoridade apontada como coatora as informações de praxe, afirmando, aquela autoridade, não haver, na 5ª Vara Criminal, qualquer processo contra o Impetrante.

Pelo ilustre Diretor da Penitenciária Estadual de Aracaju foi informado (fls. 10/11) que o paciente está "incurso nas sanções contidas nos artigos 121 § 2º, incisos III e IV, c/c o artigo 157, § 3º, todos do Código Penal Brasileiro, encontrando-se à disposição do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal". (fls. citadas).

Sobredita autoridade julgadora disse, em seguida, que os autos, por equívocos, foram encaminhados ao Reformatório Penal e não à 5ª Vara.

Requisitados pela digna Relatoria os autos da ação penal pertinente, a Meritíssima Julgadora da 4ª Vara Criminal, informou:

"Que o paciente responde pelo crime capitulado no artigo 157 § 3º, do Código Penal Brasileiro;

Que, por equívoco, a escrivania informara a este meu Juízo que o processo estava registrado como homicídio e, portanto, era da competência da 5ª Vara o que não ocorre por se tratar de crime de latrocínio;

Que o processo fora encaminhado ao Reformatório Penal para que se procedesse, no paciente, exame de insanidade mental e, até o momento, não foi realizado apesar dos reiterados Ofícios deste Juízo;

Que se trata de elemento de alta periculosidade revelado, até, no seu interrogatório em que alude a dois outros crimes de homicídio e latrocínio por ele perpetrados (doc. nº 02);

Cumpriu pena no Reformatório Penal por crime de homicídio no ano de 1969 tendo sido condenado a 7 anos de prisão e, por tentativa de homicídio, no ano de 1978, quando foi condenado a cumprir oito anos de prisão tendo sido solto por haver sido favorecido por Livramento Condicional (doc. nº 03);

Que o processo já se encontra instruído faltando apenas o exame neuro-psiquiátrico e, tão logo seja atendido, será proferida a sentença;

Que o delito de latrocínio a que responde o paciente neste Juízo foi cometido sob o benefício do Livramento Condicional (doc. 04);

Que o exame psiquiátrico foi determinado pelo Juízo de então em 4 de setembro de 1984. Nomeei nova Junta Médica em 1987 e, também não foi realizado, sob a alegação de que necessitavam de testes projetivos de personalidade e de inteligência (doc. nº 05); Outrossim, esta semana, nomeei outros médicos para cumprirem a finalidade legal e estou a aguardar o resultado”.

EGRÉGIA CÂMARA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
RELATOR:

Deflui, da presente impetração, que o paciente responde pelo crime capitulado no artigo 157, § 3º, do Código Penal.

Estava em liberdade condicional quando se envolveu no fato delituoso acima mencionado (latrocínio).

Sobredito benefício fora concedido aos 02/09/82 e a sua revogação data de 07/04/83.

Não se insurge o paciente contra aludida revogação e não o poderia, aliás, porque não seria o **habeas corpus** o remédio cabível em, hipóteses que tais, mas o agravo de instrumento, previsto em o artigo 197, da **Lei de Execução Penal**.

E por falar em revogação do livramento condicional, apesar de requerida na denúncia e deferida pela autoridade coatora, não caberia, **rogata venia**, no caso **sub oculo**, dita revogação, mas a suspensão do benefício, oportunidade em que o período de prova seria prorrogado até o julgamento do novo processo, **ex-vi legis**.

O paciente, condenado a 8 anos de prisão, no ano de 1978, conforme consta da Informação da ilustre Julgadora, permaneceu no cárcere até 02/10/82, o que nos faz concluir tenha cumprido mais da metade da pena, conforme preconizava o art. 60, I, primeira parte, do Código Penal de 1940, então em vigor. **Mutatis mutandis**, confirmada está a sua primariedade que perdurará até posterior condenação irrecorrível (art. 63, da NPG, CP).

Logo, a afirmação de ser o impetrante reincidente, não procede, **venia concessa**, porque reincidência não se prova com base nas "Informações ou no Boletim sobre a vida pregressa do indiciado" (a assertiva judicial baseou-se no doc. de nº 03: Informações sobre a vida pregressa do indiciado), mas **ut** certidão atestatória de anterior condenação, trânsita em julgado, é o que nos diz Celso Delmanto em seu notável "Código Penal Comentado" (Ed. 88, pág. 112), acatando jurisprudência pacífica dos mais conceituados Tribunais do País.

Com fundamento nos autos em análise não poderá o impetrante ser considerado reincidente, como também improcedente se nos afigura a revogação do seu livramento condicional, porque, processado há mais de seis anos e oito meses, inexistiu até o momento condenação e muito menos trânsito em julgado.

Pergunta-se: por que **tão abusivo excesso de prazo**?

A Meritíssima Julgadora esclarece que o Réu será submetido a exame neuro-psiquiátrico e tão logo se realize dito exame, será prolatada a sentença, isto é, após as alegações finais, evidentemente, acrescentamos nós.

Observa esta Procuradoria: apesar de requerido prefalado exame, aos 03/04/84 e determinada a sua realização pelo julgador de então (04 de setembro de 1984) e novamente solicitado à Clínica Adauto Botelho em 1987, até o momento das Informações da autoridade coatora, não tinha sido realizado!

Logo, concluímos! há cerca de 5 anos e 7 meses se espera, já talvez, sem esperança, a realização de um exame psiquiátrico.

Poder-se-ia em contra-argumento, dizer: **o processo está na fase das alegações finais e a Meritíssima Julgadora assegura julgá-lo logo após a realização do exame tantas vezes mencionado.**

Mas, pergunta-se: depois de uma tão prolongada espera, quem poderá garantir não se prolongue por alguns meses ou mesmo anos, a conclusão pericial?

Estabelece o nosso livro processual penal, em seu artigo 150, § 1º, *litteris*:

“Art. 150

§ 1º - O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo”.

Preleciona a Jurisprudência pátria:

“O exame de sanidade mental, uma vez deferido, deve ser realizado em prazo razoável. A demora injustificada, acarreta constrangimento ilegal, estando preso o réu”. (TJSP - RT - 503/285 e 510/350).

Ora, chamar-se de razoável um prazo de mais de cinco anos ou mesmo de mais de 2 anos, é uma terrível heresia, é uma absurdidade!

Vemo-nos, assim, diante de duas orientações jurisprudências pacíficas e que, no entanto, parecem entrechocar-se em razão mesmo de sua pacificidade.

Falamos das uniformes decisões tribunalícias que dizem ser “serôdia e inoportuna a arguição de excesso de prazo na formação de culpa, encontrando-se o processo em fase de alegações finais” e de não menos tranquila jurisprudência assecuratória da concessão do remédio heróico sem prejuízo, à evidência, da ação penal, quando ultrapassados forem todos os prazos legais para a conclusão da instrução criminal, isto é, quando o Réu estiver preso por muito mais tempo do que determina a lei, a jurisprudência e o bom senso.

Por fim, preferimos dar menos realce, na hipótese, à periculosidade do Réu, apesar da forte suspeita de doença mental; assim procedemos, ante a absurda morosidade na conclusão do feito, morosidade que descaracterizaria, mesmo, arguição de força maior, porque qualquer argumentação desta natureza seria ilidida pela constatação da reiterada afronta ao direito de locomoção do paciente, por quase sete anos!

O Direito é a força que matou a própria força, na feliz expressão do magistral **Tobias Barreto**. Evidente, pois, que a lei, fonte primordial do Direito, não poderia conter qualquer disposição que justificasse tão absurdo constrangimento à liberdade ambulatoria (“jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque”) constrangimento que se não poderá mais prolongar, apesar da necessidade da realização do exame de sanidade mental do paciente, repetimos.

Ante as razões expostas embasados, ainda, em decisões deste Egrégio Tribunal de Justiça, a exemplo do **aresto** que trazemos à colocação:

“Paciente preso há mais de sete anos a aguardar a realização de exame de sanidade mental. Caracterizada a coação ilegal”. (Ac. 633/71 Câ. Criminal - Relator Des. Luciano França Nabuco).

Somos pela concessão do **mandamus**, até mesmo porque, ao paciente-impetrante bem se adaptam as palavras de HORÁCIO, em suas magníficas: ODES, 1, 4, **verbis**:

“Vitae summa brevis spem nos vetat inchoare longam”.

Em vernáculo:

“A duração breve de nossa vida proíbe-nos de alimentar uma esperança longa”.

É o parecer, **sub censura**.

Aracaju, 22.12.89

Ação de Execução. “Compromisso de Venda” sujeito a condição. Promissória emitida “pro salvendo”. Inadmissibilidade da ação executiva.

DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça

A presente apelação formaliza a irrisignação da **Construtora Celi Ltda.**, ante a sentença de procedência dos **embargos à execução** opostos pelo executado, nos autos de cobrança executiva intentada contra o devedor, ora apelado, José Cláudio de Carvalho.

I - Disse a exequente, aqui apelante, que promovia a execução com fundamento na promessa de compra e venda celebrada com o executado, para aquisição do imóvel indicado no termo contratual e demais documentos juntos, ressaltando dentre estes a nota promissória assinada pelo executado (fls. 13 e 32 dos autos apensos). Alegando inadimplemento do devedor, pelo não pagamento da referida nota promissória no dia 28 de dezembro de 1990 (fls. 04), só lhe restava promover a cobrança através do Judiciário.

II - Citado, o executado, após oferecer bens à penhora, opõe embargos à execução, alegando, em síntese, como fundamentos de sua defesa: que a cobrança funda-se, não em contrato definitivo de compra e venda, mas em **promessa de compra** ou “contrato preliminar”; que tal contrato não é suscetível de execução como se tivesse havido o correspondente contrato definitivo, sabido que o contrato preliminar, ajustando uma “obrigação de

fazer”, gera para os contratantes tão somente a obrigação de celebrar o contrato definitivo, insuscetível de execução compulsória; que não cumprida a obrigação, as partes se resolvem pela reparação dos danos, nos termos do art. 1.056 do Código Civil; que o contrato está condicionado ao financiamento através da liberação do fundo de garantia por tempo de serviço, do emitente, ora embargante; que este financiamento não foi conseguido por falta de diligências do promitente vendedor e embargado; trata-se, pois, de contrato submetido a **condição**, nos termos do art. 114 do Código Civil; que a promissória não contém o dia do vencimento, descaracterizando-se como título cambial, sendo pois “inexigível” para efeitos de execução.

III - Respondendo aos embargos, a exeqüente e embargada opõe sua impugnação, alegando preliminarmente intempestividade dos embargos; no mérito, que o devedor e embargante assumiu obrigação de pagar quantia certa em dinheiro, conforme discriminação em documebnto trazido aos autos (fls. 63); que o contrato de promessa, desde quando inscrito no registro de imóveis, confere direitos reais aos compromissários, ensejando a execução; por estes princípios, evoluiu a doutrina civilista brasileira, equiparando a promessa ao contrato definitivo; que a nota promissória cobrada é título cambial, desvinculada do negócio contratual que lhe deu origem, apto a instruir processo de execução, na conformidade do disposto no art. 585, incisos I e II do Cód. de Proc. Civil; que o embargante não atendeu ao chamado para ultimar as providências atinentes ao contrato definitivo. Em síntese, estas as alegações das partes.

IV - Rejeitando as preliminares — realmente demonstrado ficou serem tempestivos os embargos — a Meritíssima Juíza deu como procedentes os embargos do devedor, partindo do pressuposto, como razões de decidir, “que o embargante pagou todas as prestações devidas, e se não foi passada a escritura definitiva, o pagamento da nota promissória a esta vinculada seria enriquecimento ilícito” aduzindo ainda que se a embargada “não entregou o imóvel objeto do contrato ao embargante, não pode exigir do mesmo o restante do preço”. Decidiu assim, pela procedência dos embargos, com o que extinta fica a execução. Daí o apelo da credora e embargada.

V - Conquanto assás resumida a douda sentença, parece-nos que a mesma não merece ser reformada nesta superior instância. Da petição inicial, memoriais e contra-razões de recurso, e bem assim dos arrazoados da embargada e razões de apelação, eruditos trabalhos que honram os ilustres Advogados que os subscrevem, podemos resumir tudo em que a lide encerra três questões jurídicas: a executoriedade da promessa de compra e venda; a alegação de que a liberação do fundo de garantia tenha ficado a cargo da promitente vendedora, qualificando o negócio contratual como ato jurídico sujeito a condição; a descaracterização da promissória que no lugar de quantia certa indica OTN - "Obrigações do Tesouro Nacional".

VI - A princípio, o pré-contrato, ou contrato preliminar, gerando tão somente a obrigação da celebração do subsequente contrato definitivo, não conferia direitos reais. Mas tendo por objeto compra e venda de terreno loteado ou imóvel (quase sempre residencial), evoluiu a doutrina para lhe conferir feição própria, distinguindo-o do "contrato preliminar" típico, que passou a ser denominado, como ressalta ORLANDO GOMES, como "compromisso de venda" (Contratos, pág. 266, 4ª edição). Quando não contém "pacto de arras penitenciais", é considerado "promessa irretratável"; conseqüentemente, "concluído o compromisso, não pode qualquer das partes arrepender-se. Ele é irretratável" — aduz o civilista (obra citada). Assim, em princípio, seria admissível a adjudicação pedida pelo promitente comprador, cumpridas suas prestações, quando embaraçado pelo promitente vendedor, em suas pretensões de assinatura da escritura definitiva. Disciplinava a questão o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937; posteriormente, foi este Decreto-Lei revogado pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (cfr. CALMON DE PASSOS, Comentários ao Cod. de Proc. Civil, vol. III, pág. 142 e 149, 5ª ed.). Como se vê do art. 27, a ação para compelir o contratante — promitente comprador ou promitente vendedor — que se nega a assinar o contrato definitivo é a **ação de adjudicação compulsória**. Aquele procedimento se inicia como **especial**, por "notificação" ao réu como **pedido cominatório** para que esta venha assinar o contrato definitivo. Contestado o pedido, através de "impugnação", segue-se com o procedimento ordinário (Processo de conhecimento); inadmissível é a ação executiva — processo de execução.

VII - Do exposto, vê-se do desacerto do promitente vendedor em ingressar com ação de execução; para chegarmos a esta conclusão, valemo-nos da explanação exaustiva do Professor CALMON DE PASSOS na obra citada (págs. 137 a 153). Assim, ajuizando ação de execução em desacordo com as prescrições do citado art. 27 da Lei nº 6.766/79, merece confirmação a R. sentença que acolheu os embargos, extinguindo a execução.

VIII - Apreciada a questão da ação cabível, vejamos a outra questão, (item V do parecer), como inicialmente considerado: promessa de compra sujeita a condição. Tem razões o embargante e apelado em afirmar que a promessa foi celebrada sob condição, pois na avença foi inserida cláusula condicional: a escritura da compra definitiva ficava a depender da liberação do fundo de garantia devido ao promitente comprador, e financiamento da Caixa Econômica Federal (documento de fls. 27 e 16, este, do apenso).

IX - Não obtida a liberação do fundo de garantia e o financiamento, cujas providências estavam a cargo da promitente vendedora - cláusula 05-02 — o promitente comprador viu-se na contingência de não poder passar a escritura. O fato não pode ser imputado à sua culpa; logo, lhe era lícito propor a **resolução do contrato**. Uma outra questão lhe motivou a desistência do contrato: a transformação do cálculo das prestações com a abolição da OTN e substituição por outro índice referencial, mais oneroso a ele, comprador. Discutível é se este fato constitui perfeita “inexecução involuntária”; todavia, se a ele fazemos referência é apenas para considerar como um fator a mais, além daqueles dois outros — não liberação do FGTS e do financiamento — a justificar a resolução do contrato, como proposta pelo comprador e apelado.

X - Finalmente cumpre-nos apreciar a nota promissória que motivou a execução embargada, como **título executivo extrajudicial**. Vinculado à promessa de venda sob condição — no caso, o financiamento — a promissória insere-se na questão da execução deste contrato; dele fica dependente, perdendo a força executiva que normalmente adviria de si mesma. Inicialmente, apreciando a promissória, relembra-se que é discutível a força executiva de títulos que em lugar de quantia certa estipula um referencial: OTN ou similar. A jurisprudência se divide: acórdãos há que os aceitam como títulos executivos; outros, não o admitem.

Quanto aos primeiros: julgados citados por ALEXANDRE DE PAULA de nº 30.574, 30.613, 30.625; relativamente aos segundos: nº 30.579, 30.591, 30.598, 30.614 - O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, vol. XIII, pág.s 376 a 385.

XI - Destarte, temos como irrelevante a estipulação em OTN; relevante, sim, como dizíamos, é o argumento de que o título se vincula à sorte do contrato em virtude do qual foi emitido. Nesta questão, estamos em que espelha a tese unicamente admissível, porque acertada, aquela de que trata o R. Acórdão nº 430/93, desta E. Câmara Cível, Relator o eminente Desembargador ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA, citado pela apelado às fls. 127 a 129. A questão ali apreciada é, em tudo, análoga à que se aprecia no momento; consigna o Acórdão:

“Emitida **pro solvendo** a nota promissória, enquanto não verificada a condição que o contrato estabelece, o título é inexigível, sendo nula a respectiva execução”,

Do exposto, pelo improvimento do apelo nos manifestamos, para manutenção da douda sentença que às partes fez - JUSTIÇA.

Sub censura, este o parecer.

Aracaju, 25 de maio de 1994.

Havendo conexão entre ações deve-se proceder a julgamento simultâneo. Despejo. Retomada do imóvel. Inexistência de notificação para preferência. Possibilidade da propositura da ação pelo adquirente do imóvel. Para a adjudicação compulsória nos termos da lei inquilinária, mister o depósito do preço e demais despesas de transferência do imóvel, bem como o registro do contrato de locação. As perdas e danos devem restar suficientemente provadas. Consignação em pagamento. Ilegitimidade do alienante do imóvel para receber os aluguéis.

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ.
Procurador de Justiça

Inconformada com a r. sentença prolatada pela Titular da 9ª Vara Cível da Comarca de Aracaju que julgou simultaneamente Ação de Consignação em Pagamento, Ação de Despejo e Ação de Adjudicação Compulsória alternada com Perdas e Danos, dela apela Adamir de Lourdes Rosa.

Com efeito, cabível *in casu* o julgamento simultâneo, eis que existe, de fato, conexão entre as ações referidas. Ademais, decorreu *in albis* o prazo de recurso contra o despacho que reconheceu a existência da conexão.

Primeiramente, demonstra a autora, ora apelante, sua irresignação com a solução dada pela r. sentença a Ação de Consignação em Pagamento.

Afirma o réu que quer, a autora, compeli-lo a receber os aluguéis que deveriam ser pagos ao verdadeiro locador, Carlos Ubiratã Curi de Menezes, adquirente do imóvel e autor da Ação de Despejo.

Realmente constata-se dos autos que a venda do imóvel se deu em 09.12.91, estando já o contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado.

Inexiste na legislação qualquer impedimento para que o locador possa transferir a propriedade do imóvel objeto de locação, contudo deverá ser dado ao inquilino o direito de preferência **ex vi** do art. 27 e Parágrafo Único da Lei nº 8.245/91:

“Art. 27 - No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos, ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca”

“Parágrafo Único - A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente”.

Deve-se, todavia, discutir-se a existência, ou não, de notificação ao locatário, para o exercício do direito de preempção, em ação própria, não obstando porém os direitos do adquirente do imóvel de receber os aluguéis, que é, até se prove o contrário, o sucessor do locador original.

Patenteado, portanto, o acerto da recusa do primeiro locador em receber o pagamento dos aluguéis após a alienação do imóvel.

Consequência lógica do raciocínio é o cabimento da ação de despejo por falta de pagamento, proposta pelo adquirente do imóvel.

À respeito tem-se:

“Despejo. Retomada Vazia. Inexistência de notificação ao locatário. Irrelevância. **Possibilidade da propositura da ação pelo adquirente do imóvel.**

A inexistência de notificação do locatário para o exercí-

cio do direito de preempção pode gerar, conforme o caso, a reparação por perdas e danos, ou mesmo o direito de adjudicação compulsória, em ação própria e observados seus pressupostos, **não obstando, porém, a ação de despejo proposta pelo adquirente do imóvel**" Ap nº 167.737, 8ª Câ. do 2º TASC, j. 29.02.84. Rel. Garreta Prats, in RT 5931/82. (O grifo é meu).

Quanto ao direito de preferência a aquisição do prédio é instituto garantido ao locatário desde as legislações inquilinárias anteriores, como se vê no art. 9º, da Lei nº 3.912/61, art. 16, da Lei nº 4.494/64 e art. 24, da Lei nº 6.649/79.

Atualmente, é garantia inserta na Lei nº 8.245/91, em seu art. 27 e parágrafo único.

Assim, cabe ao locador dar ciência ao locatário dos termos do negócio. É necessário que o inquilino receba a declaração, mesmo porque, segundo Nagib Slaibi Filho, in "Comentários à Nova Lei do Inquilinato", o ônus da prova de que houve a declaração e que ela foi recebida pelo inquilino é do locador, pela simples razão de que seria impossível exigir do inquilino a prova negativa, isto é, de que não a recebeu.

Exige-se, pois, comunicação formal que atenda às determinações contidas no parágrafo único do art. 27, da Lei nº 8.245/91. Se o inquilino não se manifestar no prazo de trinta dias, caducará o seu direito de preempção ou preferência. A aceitação, destarte deverá ser, também, expressa e formal.

Compulsados os autos, observa-se que inexistente a "notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca", remetido pelo locador ao locatário. Entretanto, se o contrato de locação não está registrado no Registro de Imóveis não poderá o locatário haver para si o imóvel locado, **ex vi** do art. 33, da Lei nº 8.245/91.

De fato, o contrato de locação não foi registrado, além do que, para a adjudicação do imóvel mister o depósito do preço e demais despesas do ato de transferência, o que não ocorreu.

Restaria, então, ao locatário, a indenização por perdas e danos contra o locador, jamais contra o adquirente do imóvel, consoante entendimento iterativo de nossos Tribunais. Contudo, para tal, deverá restar cabalmente provado, nos autos, a existência do prejuízo:

“Locação. Direito de Preferência. Perdas e Danos. Demonstração do fato gerador na fase cognitiva. Necessidade. A existência do prejuízo ou das perdas e danos, no exercício do direito de preferência, deve emergir incontestemente na fase cognitiva.” (Ap. c. Rev. nº 278.983, 8ª Câ. do 2º TACSP, Rel. Martins Costa, in Bol. AASP 1707/06).

“Locação. Direito de preferência. Venda do Imóvel. Violação de direito. Ação visando perdas e danos. Inadmissibilidade. Falta de prova da existência de prejuízo. Recurso não provido”. (Ap. nº 184.431-1, 2ª Câ. do 2º TACSP, Rel. Pércio Mancebo, in JTACSP - LEX 94/265).

“A inobservância do direito de preferência do locatário, por parte do locador, constitui descumprimento de uma norma. Contudo, não gera, só por isso, direito à indenização, para cuja concessão é necessário que o inquilino demonstre capacidade econômica para concretizar a aquisição e ter sofrido prejuízo econômico efetivo”. (Ap. nº 156.292, 6ª Câ. do 2º TACSP, Rel. Borelli Machado, in JTACASP - Saraiva 84/292).

Por conseguinte, não demonstrando a apelante, de forma incontestemente, o prejuízo sofrido, incabível, também, a indenização pleiteada.

Ex positis, sou pelo conhecimento do recurso, tempestivamente apresentado, negando-se-lhe contudo o provimento, mantendo-se o dispositivo da sentença atacada.

Aracaju, 15 de abril de 1994

RECURSOS INSTITUCIONAIS

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DIREITO
COLETIVO E DIFUSO. COMPETÊNCIA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO
ART. 1º, IV, DA LEI Nº 7.347/85 E ART. 129, III,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por seu Procurador-Geral de Justiça, nos autos do Agravo de Instrumento nº 07/94, em que figuram como Agravante e Agravado respectivamente JOSEFA MATOS e o Ministério Público deste Estado, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição do Brasil, c/c o art. 26, da Lei 8.038, de 28.05.90, vem interpor RECURSO ESPECIAL para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, pelos motivos deduzidos nas razões que acompanham este petítório.

Outrossim, admitido o presente recurso, à evidência do seu cabimento, conforme se demonstrará a seguir, pede que sejam os autos remetidos à Superior Instância.

Termos em que,
por ser de Direito,

Pede e espera deferimento.

Aracaju (SE), 01 de agosto de 1994

Fernando Ferreira de Matos
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA EM EXERCÍCIO

EXMO. SR. MINISTRO-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PRECLAROS MINISTROS DO STJ

RECURSO ESPECIAL - Razões

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Recorrida: Josefa Matos

1. PREQUESTIONAMENTO

1.1. A questão sobre a qual se discute neste recurso é daquelas que surgem de ofício no acórdão.

1.2. Na realidade, quando da propositura do Agravo de Instrumento, foram trazidos à baila pela Agravante os seguintes pontos:

a) falta de pronunciamento do Juízo de 1º grau, no despacho saneador, a respeito da SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA feita pela Agravante, como também a sua não manifestação das preliminares suscitadas de INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL e CARÊNCIA DE AÇÃO;

b) Incompetência absoluta do Juízo de 1ª Instância e a conseqüente COMPETÊNCIA “RATIONE PERSONAE” DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE, em face de tratar-se de Ação Civil Pública movida contra Ex-Prefeita.

1.3. Nenhuma outra questão foi ventilada pelo agravado, não obstante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, através do Grupo II da sua Câmara Cível, em Acórdão sob o Nº

337/94, ter rejeitado os argumentos e os pontos discutidos pelas partes e introduzido, de ofício, uma QUESTÃO DE DIREITO NOVO.

1.4. Ei-la, assim, nos precisos termos em que foi vazada:

“No mérito, analisando os autos, podemos afirmar que a Ação intentada é de uso inadequado. Pois a Ação Civil Pública tem seu objetivo definido no artigo 1º da Lei nº 7.347/85 que tem como finalidade reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º) e como objeto o expresso no artigo 3º da referida Lei, qual seja: a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Na espécie, seria caso de ação intentada por pessoa física, o cidadão, a prevista na Lei nº 4.717 de 29.06.65, a lei que disciplina a Ação Popular no artigo 1º indica quais os requisitos para a propositura da Ação quais sejam: condição de eleitor, ilegalidade e **lesividade**, tendo ocorrido na espécie, conforme demonstrou o representante do Ministério Público, lesão”.

1.5. Assim, chegamos sem mais delongas ao ponto nevrálgico da matéria de direito guerreada: A INADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, EM FACE DO ART. 1º DA LEI Nº 7.347/85, À TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO PELO PARQUET.

1.6. Portanto, atendida, a SÚMULA 07 desse Tribunal, e satisfeito o requisito de PREQUESTIONAMENTO, pois se trata de “requisito bem próprio de recurso dessa espécie, dispensável, no entanto, quando a questão surja no acórdão, de ofício pelo Tribunal (RSTJ 3/1.017), ou nas questões que podem ser reconhecidas de ofício pelo Tribunal (STJ - 1ª Turma, REsp. 294-SP, Rel. Min. José Delgado, j. 29.11.89, não conheceram do recurso, v.u., DJU 18.12.89, p.18.461, 2ª col., em.)”, consoante referido por Theotônio Negrão em nota 1 ao art. 255 do RISTJ, no seu festejado CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E LEGISLAÇÃO PROCESSUAL EM VIGOR, Malheiros, São Paulo, 1993, pág. 1183).

2. EXPOSIÇÃO DO FATO

2.1. Em face das informações encaminhadas pelo atual Prefeito do Município de Simão Dias, Sr. Manoel Ferreira de Matos, em 04.01.93, ao digno representante local do Ministério Público deste Estado, Dr. Roosevelt Batista de Carvalho, sobre danos causados ao patrimônio público simãodiense, foi instaurado INQUÉRITO CIVIL.

2.2. Após uma série de depoimentos, provas documentais e uma vistoria técnica levada a efeito por um profissional da área (mecânica), a conclusão, segundo o relatório do inquérito civil, foi de que:

“A partir dos depoimentos colhidos ao longo dos trabalhos de investigação, fez-se possível constatar que D. Josefa Matos conduziu a administração do Município de Simão Dias através de parentes seus (filhos, sobrinhos, netos, etc.), funcionando estes como se fossem agentes públicos, embora sem investidura formal nos cargos respectivos.”

2.3. Destarte, de posse dos elementos de convicção indispensáveis, o representante do Ministério Público na Comarca de Simão Dias — Estado de Sergipe — ingressou com AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra D. JOSEFA MATOS, ora Recorrida.

2.4. Em decorrência das investigações, além da notícia do uso da máquina administrativa municipal para fins eleitorais, constatou-se e foi registrado na peça vestibular que:

“ . . . houve um evidente descaso para com os veículos e máquinas que integravam o patrimônio público municipal, os quais muitas vezes não eram submetidos aos reparos necessários, nem tinham substituídas as peças avariadas, ficando expostos às intempérias, em estado de semi-abandono, deles sendo retirados itens diversos, ora para substituição em outros veículos da própria Municipalidade, ou, não raro, para empréstimo ou doação a terceiros, a ponto de tornarem-se imprestáveis ou de custosa e anti-econômica recuperação”.

2.5. Devidamente citada D. JOSEFA MATOS, ora Recorrida, apresentou CONTESTAÇÃO, alegando, em síntese:

a) PRELIMINARMENTE, necessidade de perícia, nos termos do art. 331, do CPC, inépcia da inicial, carência de ação por ilegitimidade passiva e incompetência absoluta do juízo da Comarca de Simão Dias, por se tratar de ex-prefeita municipal;

b) NO MÉRITO, a improcedência da Ação Civil Pública, em face da ausência dos pressupostos da sua responsabilidade civil.

2.6. Como o Excelentíssimo Juiz de Direito da Comarca de Simão Dias não se pronunciou sobre as preliminares antes destacadas, no seu DESPACHO SANEADOR, D. JOSEFA MATOS interpôs Agravo de Instrumento para o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE.

2.7. Ao decidir sobre o recurso, a Câmara Cível desse Egrégio Tribunal Estadual prolatou acórdão por unanimidade de votos, rejeitando as três preliminares suscitadas pela agravante, ora Recorrida, e no mérito, pela mesma votação, deu-se provimento ao recurso, para extinguir o processo por não ser cabível, cuja ementa a seguir transcreveremos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — Preliminares suscitadas: Inépcia da Inicial, Ilegitimidade passiva de parte e Incompetência do juízo — Rejeitadas. No mérito a ação é inadequada — Recurso conhecido e não provido — Extinção da Ação. AGRAVO DE INSTRUMENTO.”

3. O DIREITO

3.1. Como se demonstrou sobejamente até agora, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por intermédio de uma das suas Câmaras Cíveis, trouxe a lume uma questão de direito que não foi discutida em nenhum momento, seja no curso da Ação Civil Pública, seja nas razões ou contra-razões do Agravo de Instrumento.

3.2. Trata-se de se saber se o art. 1º da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985, autoriza o manejo da AÇÃO CIVIL PÚBLICA pelo “PARQUET”, objetivando a proteção do PATRIMÔNIO PÚBLICO MUNICIPAL, lesado por ações ou omissões dolosas ou mesmo culposas dos seus administradores.

3.3. Como se percebe, a matéria de fato entra em cena só exclusivamente para compor o fundo do cenário **essencialmente jurídico** a que se adstringe o presente Recurso Especial.

3.4. Aliás, necessário destacar, que o Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe entende que:

a) O art. 1º da Lei Nº 7.347/85 não contempla a hipótese de **Patrimônio Público** na qualidade de interesse a ser tutelado via AÇÃO CIVIL PÚBLICA;

b) E, restaria a sociedade, como único meio de responsabilização dos dirigentes que lesam os bens públicos, o uso da AÇÃO POPULAR.

3.5. Eis uma questão, Digníssimos Julgadores, que, caso prevaleça, ocasionará um grave retrocesso institucional ao Ministério Público, causando, por conseguinte, sérios danos à cidadania, porquanto a utilização da Ação Civil como um meio de controle da gestão pública, entre os assegurados pela Constituição do Brasil e pelo direito positivo federal, funcionará como valioso instrumento de combate à corrupção e ao descaso que alguns maus administradores tratam o bem público.

4. CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

4.1. Dispõe a Constituição do Brasil, no seu art. 105, II, “a”, “in verbis”:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

.....
4.2. Ora, a **decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**, no sentido de que “a ação intentada é de uso inadequado. Pois a Ação Civil Pública tem seu objetivo definido no artigo 1º da Lei Nº 7.347/85 que tem como finalidade reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º) e como objeto o

expresso no artigo 3º da referida Lei, qual seja: a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer”, **extinguindo o processo, negou vigência ao próprio art. 1º, da Lei Nº 7.347, de 24.07.85, especificamente o inciso IV, acrescentado por força do art. 110, da Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).**

4.3. Vejamos então o dispositivo da Lei, cuja vigência foi, **sem maiores cerimônias**, desconsiderada pelo acórdão profligado:

LEI Nº 7.347 DE 24 DE JULHO DE 1985.

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

.....
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

4.4. Como referido anteriormente, a origem da **NORMA IGNORADA**, quanto à sua aplicação, encontra-se no art. 110, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a saber:

“Art. 110. Acrescenta-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

“IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

4.5. Como se percebe, descontado o mandamento contido no art. 129, III, da LEX LEGUM, que já incluía entre as funções institucionais do Ministério Público a **Proteção do PATRIMÔNIO PÚBLICO e de outros interesses difusos e coletivos**, o inciso IV do art. 1º, da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA), além de integrado ao direito positivo federal, vem gozando de plena eficácia — apesar de negada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe — desde 12 de março de 1991, quando entrou em vigor a Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais comumente conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

4.6. Assim, particularizando o artigo de lei (art. 1º, inciso IV, da Lei Nº 7.347, de 24.07.85) **que reputamos sob ofensa**, adentraremos a seguir no exame das razões que nos levam a solicitar a reforma do acórdão recorrido.

4.7. Antes porém, vale o registro de que, embora se trate de **ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, ao se manifes-**

tar o Tribunal de Justiça pela extinção do feito, haja vista no seu entender a utilização equivocada pelo Ministério Público da Ação Civil Pública, **suprimiu o poder decisório do primeiro grau de jurisdição**, transformando-se em última instância para efeitos de recurso especial ou extraordinário, em sendo o caso.

5. RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

5.1. A decisão contra a qual se insurge o Recorrente consiste, em síntese, em negar ao art. 1º da Lei nº 7.347/85 o poder de conferir ao Ministério Público a tutela do patrimônio coletivo, via **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, pois para tal somente se admitiria o uso da **AÇÃO POPULAR**.

5.2. Ora, com a devida “VENIA”, trata-se de entendimento insustentável seja à luz da doutrina, da jurisprudência ou mesmo do direito positivo.

5.3. A propósito, Vicente Greco Filho, “in” **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**, Saraiva, 1991, pág. 376, esclarece:

“As Disposições Finais do Código contêm oito alterações da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, diploma que instituiu no Brasil a ação civil pública. As adaptações visam, especialmente, adequá-la à aplicação do Código e, também, atender o art. 129, III, e seu parágrafo único, que prevê a ação civil pública para quaisquer interesses coletivos e difusos.

O acréscimo realizado pelo artigo comentado tem essa finalidade, ampliando a atuação da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

5.4. Obviamente, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor dispõe de 119 artigos e a Lei de Ação Civil Pública, de apenas 23 artigos, Vicente Greco Filho refere-se ao art. 129, III, da LEI DAS LEIS, cujo teor é o seguinte:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do **patrimônio público** e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

.....
(Grifo nosso)

5.5. Como se não bastasse a clarividência do art. 129, III, da LEI MAIOR, a nosso ver norma perfeitamente auto-aplicável (de eficácia plena, socorrendo-se da terminologia do mestre José Afonso da Silva), mesmo na falta da alteração promovida pelo art. 110 da Lei Nº 8.078/90, **hoje já existe um dispositivo expresso na Lei Nº 7.347, de 24.07.85 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA), qual seja o seu art. 1º, IV que autoriza, às escâncaras, o Ministério Público a promover inquérito civil e ação civil pública, objetivando a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, contemplando, como não poderia deixar de ser, o PATRIMÔNIO PÚBLICO.**

5.6. No mesmo diapasão, o sempre citado Hugo Nigro Mazzilli, na sua recente obra REGIME JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Saraiva, 1993, pág. 16, analisando o objeto da Ação Civil Pública, assim se manifesta.

“Corajosamente o legislador constitucional foi além da própria Lei nº 7.347/85, que contara com um veto presidencial à norma de extensão pela qual se pretendia permitir ao Ministério Público a defesa de outros interesses coletivos e difusos. Previu ele a iniciativa ministerial para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, ou seja, inseriu expressamente a mesma norma de extensão que anteriormente tinha sido vetada pelo Presidente da República, quando da sanção da Lei nº 7.347/85. Posteriormente, o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) devolveu a norma de extensão vetada na Lei nº 7.347/85”.

5.7. Ademais, se o interesse coletivo é aquele que diz respeito a uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas, e interesse difuso, aquele que atinge um grupo indeterminado de indivíduos, é de clareza meridiana que o interesse na gestão pública eficiente, honesta e fiel aos princípios legais

pertence a todos e a ninguém individualmente, de modo que se trata de um interesse “à la rigueur” difuso.

5.8. Por isso, o festejado colega Hugo Nigro Mazzilli, “in” **MANUAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA**, Saraiva, 1991, pág. 472, ensina, “ex cathedra”:

“Interesses coletivos e interesses difusos sempre existiram, como é óbvio: mesmo que esta última expressão ainda não se tivesse tornado usual, não é novidade de uma ou duas décadas a existência de categorias mais ou menos determinadas de pessoas, unidas por um ponto em comum, como o interesse dos advogados dativos em lhes ser remunerado pelo estado o serviço de assistência judiciária, prestado há tantos anos; o interesse de contribuintes de tal ou qual imposto de não ser cobrado ou majorado em violação de garantias constitucionais; interesse dos munícipes no sentido de que particulares não lhes fechem o acesso a uma via pública; **INTERESSE DA COLETIVIDADE EM QUE NÃO SE DILAPIDE O PATRIMÔNIO PÚBLICO**, etc. Em todos os tempos, sempre existiu essa categoria intermediária de interesses; nos últimos tempos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente”.

(Grifo nosso).

5.9. E adiante, em outra página brilhante, mostra que a ação civil pública, como instrumento de tutela do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, longe de excluir ou de ser excluída, convive em perfeita harmonia com outras vias processuais, a exemplo da ação popular, na defesa dos mesmos interesses:

“Evidentemente, como se insistirá adiante, a nova Constituição não outorgou ao Ministério Público, com exclusividade, a defesa de interesses difusos e coletivos. Bem fez em ampliar a legitimação para agir nessas hipóteses, conferindo-a a diversos órgãos. Exemplificativamente, anote-se que, além de manter a ação popular (art. 5º, LXXIII), previu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a legitimação para

agir de sindicatos e associações de classe (art. 5º, XXI, art. 8º, III), a ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX), a legitimação concorrente para ação direta de inconstitucionalidade (arts. 103 e 125, § 2º), a legitimação de comunidade e organizações indígenas (art. 232)”

5.10. Mais especificamente ainda, frise-se que o entendimento aqui esposado, já vem sendo defendido há alguns anos e registrado em Manuais que comentam a matéria, de forma pacífica.

5.11. No particular, o nobre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Edis Milaré, na sua pioneira monografia **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL**, Saraiva, 1990, págs. 22/23, refere:

“Ora, passando a ação civil pública a ter por objeto também a proteção ao patrimônio público, que sempre foi o cerne e a razão de ser da ação popular constitucional, a conclusão inelutável a que se chega é que esses instrumentos processuais têm finalidade comum, pois que, até certo ponto, visam a tutela de idêntico bem jurídico, o patrimônio público, e que, por isso, deve ser uniformemente conceituado (observe-se a correspondência da terminologia empregada pela Constituição ao tratar dos dois institutos nos arts. 5º, LXXIII e 129, III)”.

5.12. Aliás, é de bom alvitre registrar que hoje, após o advento da Lei Nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), patenteado restou, de forma inequívoca, a competência do Ministério Público na matéria, na dicção do seu art. 25, IV, “b”:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal, Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

.....
IV - promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei:

.....
b) **Para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade**

administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

.....
(Grifo nosso).

5.13. E mesmo antes dessa lei, a Lei Nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (LEI ANTI-CORRUPÇÃO), ao tratar das sanções aplicáveis aos atos de improbidade dos agentes públicos de qualquer natureza, já rezava:

“Art. 17. A Ação principal, que terá rito ordinário **será proposta pelo Ministério Público** ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar” (grifo nosso).

5.14. Por fim, após exaustivos fundamentos doutrinários e referências legais, além do respaldo constitucional, à título de corroborar os argumentos aqui apresentado, a própria corte responsável pelo presente julgamento, com a sabedoria de sempre, tem reconhecido a competência do Ministério Público na defesa do Patrimônio Público:

“PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. JUÍZO COMPETENTE (ARTIGO 2º DA LEI Nº 7.347/85).

A competência para processar e julgar ação civil pública, objetivando a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio público, é da Justiça Estadual, consoante a literalidade do art. 2º da Lei nº 7.347, de 1985, e iterativa jurisprudência desta Corte.

Recurso improvido, por unanimidade”. (RMS nº 3.106-3-PE - STJ - 1ª turma - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - d. em 08.09.93 - DJU de 27.09.93 - pág. 19777).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO E NÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL.

Tratando-se de ação civil pública, ajuizada pelo representante do Ministério Público contra o Prefeito

Municipal no pleno exercício das suas funções, para as quais foi regularmente eleito, sob a acusação de estar fazendo promoção pessoal, utilizando-se dos recursos públicos, a competência é da Justiça Estadual.

Uma vez exaurida a competência da Justiça Eleitoral, com a diplomação dos eleitos, a matéria não é mais de caráter eleitoral, mas de ordem administrativa, sendo os atos que buscam a reparação dos danos causados ao patrimônio público, praticados pelo administrador e não pelo candidato”.

(CC nº 3.170-8-CE - STJ - 1ª seção - Rel. Min. Garcia Vieira - d. em 08.06.93 - DJU de 07-09-93 - pág. 19770).

ADMINISTRADOR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS. SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.

I - É competente o Juízo Estadual para processar e julgar ação civil pública ajuizada com o objetivo de ressarcir os cofres públicos dos prejuízos sofridos com o pagamento indevido de valores a servidores da Administração Municipal.

II - Conflito conhecido, para declarar-se competente o Juízo de Direito da 4ª Vara de Diadema - SP, suscitante. Decisão Unânime”.

(CC Nº 4.587-2-SP-STJ - 1ª seção - REL. Min. Demócrito Reinaldo - j. em 25.05.93 - DJU de 21.06.93 - pág. 12.332).

5.15. Como se pode perceber, digníssimos Ministros julgadores, o pleito encontra amparo na jurisprudência dessa Colenda Corte, que, de forma implícita, vem reconhecendo, reiteradamente, a legitimidade do “parquet”.

5.16. Necessário se torna registrar, por fim, que em recentíssimo acórdão o Superior Tribunal de Justiça, de forma direta consagrou a legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses difusos, esclarecendo de uma vez por todas a competência do “Parquet” no particular:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.

O Ministério Público só tem legitimidade para promover Ação Pública Civil na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se de direitos individuais afetos a determinado grupo.

(Transcrição parcial da ementa - Resp. nº 46.130-8/PR-Rel. Min. Demócrito Reinaldo - J. em 02.05.94 - DJU de 20 de maio de 1994 - pág. 16062)

6. CONCLUSÃO

6.1. Diante do exposto, conclui-se que laborou em equívoco o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe ao negar vigência ao art. 1º, IV, da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública), no Acórdão Nº 337/94, proferido no Agravo de Instrumento Nº 07/94, razão por que bate o Ministério Público deste Estado da Federação às portas desse Colendo Tribunal Superior, na certeza de que a decisão recorrida, para a felicidade do processo de construção da cidadania no Brasil, será TOTALMENTE REVISTA.

7. REQUERIMENTO

7.1. Requer, por fim, que seja conhecido e provido o presente RECURSO ESPECIAL, a fim de que seja reformado o Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, tornando-se possível, assim, ao Juízo da Comarca de Simão Dias o processo e julgamento da ação civil pública movida por este Ministério Público contra a Recorrida.

PEDE DEFERIMENTO.

Aracaju (SE), 01 de agosto de 1994.

**Fernando Ferreira de Matos
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
EM EXERCÍCIO**

ISONOMIA DE VENCIMENTOS DAS “CARREIRAS JURÍDICAS”

**EMBARGOS INFRINGENTES EM
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 171-7 - MG.**

**RELATOR: Exmo. Sr. Ministro MOREIRA ALVES
EMBTE: Assembléia Legislativa do Estado de
Minas Gerais**

EMBDO: Procurador-Geral da República

A Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais opõe embargos infringentes ao v. acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 171-7-MG, assim ementado:

“Isonomia de vencimentos das “carreiras jurídicas” (CF, arts. 135, 241, 37, XIII e 39, § 1º): inteligência e alcance.

1. Recusa do entendimento de que o sentido do art. 135 CF, não seria o de vincular reciprocamente a remuneração das diferentes carreiras a que alude, mas apenas o de explicitar que a cada uma delas se aplica o art. 39, § 1º: sendo certo que os princípios e regras constitucionais gerais atinentes, aos servidores públicos, incluído o da isonomia do art. 39, § 1º, se aplicam, salvo disposição em contrário, às carreiras especiais previstas na própria Constituição, a interpretação proposta, além de reduzir a nada o sentido do art. 135, contraria a significação inequívoca que lhe

advém da conjugação com o art. 241 da Lei Fundamental.

2. Para não subtrair-lhes o efeito útil, o significado a emprestar aos arts. 135 e 142, CF, há de ser o de que, para os fins do art. 39, § 1º, as carreiras a que se referem se consideram assemelhadas por força da Constituição, independentemente do similitude real ou não das atribuições dos cargos que as compõem ou de suas características fundamentais.

3. Dessa assimilação ficta, imposta pela Constituição, a Constituição mesma, entretanto, impõe que, mediante redução sistemática do alcance aparente do art. 135, se exclua do seu campo normativo a carreira do Ministério Público: além de seu inconfundível perfil constitucional, a iniciativa reservada ao próprio Ministério Público para a propositura da fixação dos vencimentos dos seus membros é incompatível com a pretendida regra de compulsória equiparação deles aos de servidores cuja remuneração é fixada em lei de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

4. Constitucionalidade do art. 273 da Constituição do Estado de Minas Gerais, no que assegura a isonomia de vencimentos entre as carreiras de Procurador do Estado e da Fazenda Estadual, de Defensor Público e de Delegado de Polícia, reduzida a declaração de inconstitucionalidade à alusão, na mesma regra, à do Ministério Público."

2. Sustenta a embargante que, nas informações prestadas na ação direta, perfilhou a tese de que os arts. 135 e 241 deviam ser interpretados no sentido de "haverem efetivamente estabelecido, desde logo e por seu próprio vigor, a assemelhação, para os efeitos de isonomia de vencimentos, das chamadas carreiras jurídicas", para que tivessem significado útil e pudessem irradiar eficácia.

3. Essa tese — prossegue a embargante — foi acolhida pelos Ministros CELSO DE MELLO e SEPÚLVEDA PERTENCE, enquanto os demais julgadores fizeram-lhe parcial reparo, entendendo que a isonomia remuneratória dependia da intermediação de ato legislativo, à exceção do Ministro ILMAR GALVÃO, que

julgou procedente, **in totum**, a ação. O voto condutor do acórdão, do Ministro SEPÚLVERA PERTENCE, ressaltou a posição singular do Ministério Público no contexto dos organismos do Poder Executivo, em posição de independência em relação à própria estrutura daquele Poder, bem como a iniciativa privativa do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais de Justiça para o processo legislativo de fixação de vencimentos de seus membros e dos serviços auxiliares, o que é incompatível com a pretendida equiparação compulsória com os demais servidores, cuja remuneração é fixada em lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

4. Contestando essa fundamentação, alega a embargante, em síntese:

a) não se nega a posição singular do Ministério Público na Constituição vigente, erigido que foi em órgão constitucional de primeira linha, ao qual se outorgou, como corolário da autonomia funcional e administrativa, a prerrogativa de propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares;

b) a iniciativa legislativa, contudo, não interfere no conceito abstrato de carreiras jurídicas isonomicamente remuneradas, porque os conceitos abstratos não são afetados em si mesmos pelas notas individuais dos sujeitos, certo como é que a iniciativa reservada não é nota essencial, mas simplesmente accidental, que não o exclui daquele conceito abstrato de órgãos ou entes assemelhados;

*c) a iniciativa legislativa é simples manifestação de autonomia, um corolário natural da posição de independência do Ministério Público, como salienta a doutrina (cf. Fábio Konder Comparato, Ministério Público..., RDP 93, p. 66; e Clèmerson Merlin Clève, O Ministério Público e a reforma constitucional, RT 692, p. 24), que encontra limitações no texto constitucional, entre as quais a do art. 169, concernente aos gastos públicos com remuneração do pessoal ativo e inativo, a do art. 37, XI, que se refere aos tetos de vencimentos dos servidores públicos **lato sensu**, à semelhança, aliás, do que ocorria no regime constitucional anterior*

(EC nº 1/69, arts. 98, caput e 108, § 1º, complementados pela LC nº 10/71), em que se impunha a padronização dos sistemas de classificação de cargos e de níveis de vencimentos no âmbito dos três Poderes, não se havendo jamais considerado que tais restrições criavam incompatibilidade insanável com a autonomia conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário;

d) a prerrogativa de desencadear o processo legislativo não é absoluta, mas relativa, sujeitando-se às limitações ou condicionamentos de outras normas constitucionais, entre as quais as dos arts. 37, XI e XII, 169, 135 e 241, que infletem uniformemente e com a mesma intensidade sobre ela, de sorte que se lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo fixar vencimentos para as demais carreiras jurídicas, estará o Ministério Público compelido a adaptar sua proposta aos padrões fixados para advogados do Estado, defensores públicos e delegados de polícia; na hipótese inversa, se lei do Ministério Público fixar, precedentemente, vencimentos para seus membros, estará dispensado o exercício de iniciativa legislativa do Poder Executivo, igualmente compelido a adaptar sua proposta, em relação às demais carreiras jurídicas;

e) a isonomia especial das carreiras jurídicas abrange o Ministério Público, sendo alheia à presente ação direta saber se nela está compreendida a magistratura, razão por que é inadmissível a interpretação abrogante que o acórdão embargado conferiu ao art. 135, a pretexto de lhe reduzir a "aparente extensão literal" para compatibilizá-lo com as regras da iniciativa privativa do Ministério Público em relação aos seus próprios vencimentos; e

f) não é lícito mutilar a finalidade da norma constitucional de igualação da remuneração dos integrantes do elenco das carreiras jurídicas, que, quando menos, compreende as indicadas nas normas impugnadas na ação direta.

5. O eminente Relator, através do despacho de fls. 501, admitiu os embargos e abriu vista ao embargado, por dez dias, para impugnação.

6. Observa-se, de início, que não houve total coincidência da corrente majoritária no tocante à fundamentação do julgado.

7. O em. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, o primeiro a votar no sentido da procedência parcial da ação direta, cabendo-lhe, por isso, a lavratura do acórdão, considerou, em resumo, que:

a) o efeito útil que se extrai dos arts. 135 e 241 da Constituição Federal é o de que efetivamente assemelhou as carreiras jurídicas neles compreendidas, independentemente da semelhança real ou não de suas atribuições e de suas características fundamentais; e

b) a Constituição Federal, porém, impõe redução sistemática do alcance do art. 135 da Constituição Federal, de sua aparente extensão literal, de modo a excluir de seu campo normativo a carreira do Ministério Público, não apenas pelo seu inconfundível perfil constitucional, mas também em face da iniciativa que lhe é reservada para a fixação dos vencimentos de seus membros, o que é incompatível com a pretendida regra de compulsória equiparação deles aos de servidores cuja remuneração é fixada em lei de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

8. Já o em. Ministro MOREIRA ALVES erigiu em fator fundamental para a determinação das carreiras compreendidas no alcance do art. 135 o critério de assemelhação dos cargos, tendo em conta a remissão feita nesse dispositivo ao art. 39, § 1º, que estabelece a isonomia apenas para cargos de atribuições iguais ou assemelhados. Com base nesse critério, considerou assemelhados os cargos das carreiras de Procurador do Estado, de Procurador da Fazenda Estadual e Defensoria Pública, que têm em comum o exercício da advocacia. Quanto aos Delegados de Polícia, entendeu que o art. 241 só pode ter sentido útil se se considerar que teve o sentido de aproximar essa carreira às carreiras de Defensor Público e de Advogado do Estado, embora as funções não sejam semelhantes.

9. À luz do critério constitucional da assemelhação, excluiu Sua Excelência do alcance do art. 135 a carreira do Ministério Público, referindo suas atribuições de **custos legis**, inconfundi-

veis com as das demais carreiras jurídicas, destacando ainda aspectos institucionais como a independência funcional, inerente à magistratura e ao Ministério Público, e as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos. Essa foi a argumentação fundamental de seu voto, embora também adotasse subsidiariamente o aspecto da exclusividade da iniciativa de lei para a fixação dos vencimentos dos membros do Ministério Público.

10. Os em. Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI e SYDNEY SANCHES julgaram também parcialmente procedente a ação, acolhendo simultaneamente os fundamentos dos votos dos em. Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e MOREIRA ALVES. Referiu o em. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI que a regra do art. 135 não prescinde do pressuposto da assemelhação dos cargos, caso contrário seria ociosa ou inútil a remissão feita ao § 1º do art. 39, destacando que a equiparação também não seria possível, tendo em vista as características peculiares reconhecidas ao Ministério Público, pelas garantias e vedações estabelecidas no art. 128, I e II, e ainda a iniciativa reservada aos Procuradores-Gerais para propor ao Poder Legislativo a fixação dos vencimentos dos membros da Instituição, na União e nos Estados.

11. E por fim, o em. Ministro ILMAR GALVÃO, na condição de Relator sorteado, julgou procedente **in totum** a ação, entendendo que os arts. 135 e 241 não estabelecem equiparação entre as carreiras jurídicas, apenas deixam claro que estão também elas jungidas aos princípios da paridade, paragonada pela remuneração paga pelo Poder Executivo, e da isonomia propriamente dita, acrescentando que as normas impugnadas não se basearam em qualquer critério aferidor de eventual assemelhação entre as carreiras, e que a equiparação contemplada na legislação mineira levaria à fixação dos vencimentos das diversas carreiras diretamente por lei de iniciativa do Chefe do Ministério Público, suprimindo a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, para desencadear o processo legislativo correspondente, previsto no art. 61, § 1º, II, alínea a, da Constituição Federal.

12. Não obstante esses diferentes fundamentos jurídicos, constantes dos votos que formaram a corrente majoritária do acórdão embargado, limita-se a embargante unicamente a atacar o concernente à iniciativa do processo legislativo, que a Lei Maior

conferiu ao Ministério Público para a fixação dos vencimentos de seus membros, argumentando que essa prerrogativa não é incompatível com a equiparação automática de vencimentos com outras carreiras jurídicas.

- 111 -

13. Os arts. 135 e 241 da Constituição Federal, em primeiro lugar, não são normas auto-aplicáveis, quando referidas ao princípio da isonomia de vencimentos, antes dependem de lei para sua ampla eficácia, como, aliás, decorre da própria expressão literal desses dispositivos:

“Art. 135. Às carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º”

“Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição.”

14. A isonomia de vencimentos é deduzida das disposições transcritas pela referência expressa que fazem ao art. 39, § 1º, o qual, por seu turno, impõe ao legislador a observância do princípio para cargos de atribuições iguais ou cargos assemelhados, in verbis:

"Art. 39.

§ 1º. A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.”

15. A Constituição impõe ao legislador ordinário que assegure a isonomia de vencimentos para os cargos das carreiras jurídicas, desde que satisfeito o pressuposto da assemelhação, diante da impossibilidade de vislumbrar-se identidade de atribuições entre os cargos dessas carreiras diversas. A exigência de lei, para a viabilização da isonomia, foi, aliás, afirmada não apenas pela corrente majoritária, mas também pelos em. Ministros MARCO AURÉLIO (fls. 420), CARLOS VELLOSO (fls. 425) e NÉRI DA SILVEIRA (fls. 468-469), que, por isso, tiveram de examinar a

concorrência do pressuposto da assemelhação dos cargos, para que pudessem emitir juízo sobre a constitucionalidade das normas impugnadas.

16. Em realidade, quando a Carta de 1988 quis estabelecer prontamente a equiparação automática, declarou-a de forma direta e inequívoca, servindo de exemplo a regra do art. 73, § 3º, referida mais de uma vez durante o julgamento, que atribuiu aos Ministros do Tribunal de Contas da União os mesmos vencimentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Os precedentes judiciais até então conhecidos, aliás, já se orientavam no sentido de que os arts. 135 e 241 não são auto-aplicáveis (v.g., STJ, RMS nº 132-RS, Relator Ministro José de Jesus Filho, 1ª T, sessão de 02.05.90, e TFR/1ª Região, AC nº 18.247-0-DF, Relator Juiz Alves de Lima, 2ª T, Sessão de 22.10.91). Com exatidão, ponderam WALTER PAULO GABELLA e RUY ALBERTO GATTO que “não basta argumentar com a remissão que o art. 135 faz ao art. 39, § 1º, para se forjar, **isp facto**, a falaciosa conclusão de que às carreiras contempladas no Título tiveram seus vencimentos atingidos por uma espécie de “isonomia constitucional”, completando:

“Se é verdadeiro que o parágrafo precitado fala em isonomia de vencimentos, não menos certo é que afirma caber à lei seu asseguramento. E mais: desde que obedecidos os inevitáveis pressupostos de que se trate de cargos de atribuições iguais ou cargos assemelhados, do mesmo Poder ou de Poderes diversos.”

IV

17. Logo, para que se pudesse cogitar da aplicação estrita do art. 39, § 1º, afastando, dessa forma, a incidência da vedação do art. 37, XIII, tendente a evitar as majorações automáticas de vencimentos de cargos públicos, em decorrência da alteração de outros, impunha-se examinar se a solução adotada pelo legislador estadual atendia ao pressuposto da assemelhação entre os cargos das carreiras jurídicas, para fins de isonomia de vencimentos.

18. Sob esse aspecto, prevaleceu amplamente a tese de que são assemelhados os cargos das carreiras de Procurador do Estado, Procurador Fiscal e Defensores Públicos, que têm em comum a atribuição precípua do exercício da advocacia, assina-

lando, a respeito, o em. Ministro MOREIRA ALVES: “Entre as carreiras aludidas por esse artigo 135, encontro maior assemelhação com referência à de defensor público e de advogado do Estado, ambas exercendo as funções inerentes à advocacia”. Afastou, porém, Sua Excelência o Ministério Público do alcance do art. 135, tendo em vista que atua com independência funcional, exerce precipuamente funções de fiscal da lei, dispondo, seus membros, por essa razão, do mesmo quadro de garantias da magistratura, aspectos que lhe conferem função verdadeiramente peculiar, dessemelhantes das carreiras jurídicas pertinentes à Defensoria Pública e à advocacia do Estado.

19. Assume o papel de relevo, no contexto das funções do Ministério Público, a de “fiscal da lei”, mais precisamente a de interveniente equidistante do autor e réu, quando se encontra em defesa da ordem jurídica, atividade esta prevista, por exemplo, no art. 83 do Código de Processo Civil e no art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347, de 1985, inconfundível com o exercício da advocacia, próprio das carreiras da advocacia do Estado e da Defensoria Pública.

20. Tanto já seria suficiente para afastar a possibilidade de assemelhação das atribuições do Ministério Público às das carreiras jurídicas abrangidas no alcance do art. 135. Exerce ainda o membro do Ministério Público funções extrajudiciais de grande relevância, contempladas no art. 129 da Constituição Federal, que não encontram paralelo nas atividades das outras categorias jurídicas, como a de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância jurídica aos direitos assegurados na Constituição, o controle externo da atividade policial e a requisição de diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial, compatíveis com a sua finalidade de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

21. E mais: suas mais relevantes funções institucionais como órgão agente na esfera judicial não correspondem ao desempenho estrito da representação processual, típica da advocacia e das carreiras disciplinadas nos arts. 131, 132 e 134 da Constituição Federal. Nelas, o Ministério Público é parte, no exercício de prerrogativas que lhe são confiadas diretamente pela Lei Fundamental.

22. Assim, na ação penal pública, o Ministério Público não exerce representação processual do Estado, porque, em realidade, é o órgão ao qual a Constituição atribuiu a própria pretensão punitiva. A Constituição Federal atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, de sorte que, como salienta JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao formular a acusação, age esse órgão como titular da pretensão punitiva (Tratado de Direito Processual Penal, 1980, vol. II, p. 63 a 65).

23. Ao propor a ação civil pública, o Ministério Público encontra-se, por igual, em defesa de interesses sociais, difusos ou coletivos, e, portanto, no desempenho de atribuição que lhe é conferida diretamente pela Constituição Federal (arts. 127 e 129, II). A necessidade de tutela dos interesses difusos e coletivos, sentida em todo o mundo nas últimas décadas, rompe a estrutura clássica do processo, que, como observa ADA PELLEGRINI GRINOVER, “é transformado em meio de solução de conflitos meta-individuais, por isso mesmo tipicamente políticos”. Em consequência, como os demais legitimados para a ação, o Ministério Público defende direito próprio, nessa modalidade de ação, não se confundindo sua posição com a do representante judicial (cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos in Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para agir, 2ª ed., 1991, p. 180-181).

24. Parece ocioso acrescentar que também na ação direta de inconstitucionalidade, na esfera federal ou estadual, e na recém-criada ação declaratória de constitucionalidade, o Chefe do Ministério Público atua em defesa da ordem jurídica, que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. Na representação para fins de intervenção federal, age, conforme o caso, em tutela do regime democrático, da estabilidade da ordem constitucional, da unidade do direito federal, do equilíbrio federativo ou da regularidade das finanças estaduais (CF/88: arts. 34, VI e VII, 36, III e IV, e 129, IV), enquanto na representação estadual atua precipuamente na defesa da regularidade das finanças municipais e na estabilidade da ordem constitucional estadual (CF/88: arts. 35, I a IV, e 129, IV), em qualquer caso no desempenho de missão que lhe foi outorgado diretamente pelo texto fundamental.

25. O exercício pleno e efetivo dessas funções não poderia prescindir da garantia da independência funcional, princípio institucional do Ministério Público (art. 127, § 1º), de que não

dispõem os advogados do Estado e defensores públicos, que estão jungidos à determinação do mandante (cf. Nelson Nery Júnior, Os vencimentos das carreiras jurídicas, jornal Juditium, SP, n. 1, ago/88). Após referir o papel destacado que o Ministério Público ocupa na organização do Estado, anota JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo, 6.ed., p. 504-5):

“... suas atribuições são antologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar “com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Essa foi a orientação doutrinária que informou a elaboração das normas constitucionais sobre o Ministério Público, que lhe afirmam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e lhe asseguram autonomia administrativa, facultando-lhe, observando o disposto no art. 169, “a propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos”. Dá-se-lhe, assim, o poder de iniciativa de lei nessas matérias. Cabe também a ele elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.”

E mais adiante, completa o ilustre autor (p. 507):

“Como agentes políticos, os membros do Ministério Público precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções, não sendo privilégios pessoais as prerrogativas da vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos e

inamovibilidade (art. 128, § 5º, I), que se lhes reconheçam, a todos, mas garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais.”

26. É indubitoso, portanto, que as normas reputadas inconstitucionais no v. acórdão embargado não encontram ressonância nos textos constitucionais pertinentes. A isonomia prevista no art. 39, § 1º, da Constituição Federal, deve necessariamente ser fundada em critérios objetivos, que constituem parâmetros restritivos ao discricionarismo do legislador ordinário. Para efeito de isonomia, não basta a semelhança assente na espécie de formação acadêmica exigida para o ingresso nas carreiras correspondentes e o exercício de atividade correspondente a essa habilitação, sendo necessária a existência de efetiva semelhança dos cargos, que deve ser aferida através do confronto material, de conteúdo, ou substancial das atribuições desses cargos e ainda pela natureza das funções, sua complexidade e responsabilidade específicas, habilitação exigida, ônus associados ao cargo e outros (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Parecer in Série de Cadernos Temas Constitucionais, SP, p. 18).

27. A identidade ou assemelhação de atribuições é, aliás, um dado inerente ao próprio princípio da isonomia, acentuando, com precisão, FÁBIO NUSDEO (Parecer, obra citada, p. 54):

“Com efeito, se a isonomia de vencimentos, seja conceitualmente, seja pelo texto literal do referido § 1º, é impraticável, quando os cargos não sejam assemelhados, nem tenham iguais atribuições, o nivelamento remuneratório somente poderia ocorrer à conta de uma equiparação. Seria, aliás, de fato, uma equiparação, insofismavelmente proscrita pelo texto constitucional.”

- V -

28. Por outro lado, a tese da embargante de que a isonomia prevista no art. 135 compreende também a carreira do Ministério Público levaria a esvaziar a prerrogativa reconhecida ao Chefe da Instituição de propor ao Poder Legislativo a fixação dos vencimen-

tos dos seus membros ou a do Chefe do Poder Executivo da iniciativa de fixar os vencimentos das demais carreiras jurídicas. Assinalou, nesse sentido, o em. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

“Daí, de duas uma. Ou a lei de iniciativa da Procuradoria-Geral da Justiça, fixando vencimentos para os membros do Ministério Público, se estenderia, por força da suposta isonomia, às demais carreiras jurídicas, esvaziando a iniciativa, privativa do Governador, com relação à remuneração dos membros dessas últimas; ou, ao inverso, a iniciativa reservada ao Chefe do Ministério Público é que perderia o seu alcance útil, na medida em que estaria compelida a adaptar sua proposta aos padrões fixados para aquelas carreiras jurídicas por lei de iniciativa do Poder Executivo. Qualquer dos termos da alternativa se me afigura incompatível com a Constituição.”

29. A isonomia indiscriminada, contemplada nas normas da legislação estadual, levaria de fato a nivelamentos e reajustes automáticos dos vencimentos dos cargos das carreiras jurídicas, não sendo procedente a alegação da embargante de que os desníveis seriam corrigidos mediante ajustamento das propostas do Chefe do Poder Executivo, se os vencimentos da carreira do Ministério Público forem fixados com precedência, ou do Procurador-Geral de Justiça, se a precedência houver ocorrido na fixação da remuneração das carreiras da advocacia do Estado e da Defensoria Pública.

30. O sistema contemplado nas normas estaduais levaria a esvaziar a autonomia reconhecida ao Chefe do Ministério Público para propor os vencimentos dos membros da Instituição ou a reduzir a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dar início ao processo legislativo, tendente a definir a remuneração das duas carreiras jurídicas. Em qualquer caso, estaria reduzido o alcance do art. 61, § 1º, II, alínea a, ou do art. 127, § 2º, da Constituição Federal.

31. Repita-se que a petição de embargos só ataca esse fundamento do acórdão embargado. Sem ignorar a existência de limitações constitucionais à fixação dos vencimentos dos servidores em geral, também não se pode conferir interpretação às normas concernentes à isonomia que anulem regras concernentes ao princípio da iniciativa reservada, que têm implicações com o

princípio da independência dos Poderes e com a autonomia das Instituições constitucionais.

- VI -

32. Em face do exposto, pede o embargado que o Supremo Tribunal Federal rejeite os embargos infringentes.

Brasília, 11 de julho de 1994

**MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA
VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NO CAMPO PENAL E A CONSTITUIÇÃO DE 88

EXMO. DR. JUIZ PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PROCURADOR DE JUSTIÇA Titular da 3ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara do T. de Alçada Criminal, no uso das suas atribuições legais e no prazo legal, vem interpor o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO contra decisão proferida em última instância pela referida E. Câmara e que afrontou o disposto no artigo 129, I da Constituição Federal.

No processo 5.104, oriundo da 36ª Vara Criminal da Capital e que no Tribunal tomou o número 48.806, Horácio Gilberto Cortinhas Neto foi condenado a 04 meses de detenção, pena substituída por multa, como infrator o art. 129 do Cód. Penal.

O Ministério Público conformou-se com a r. sentença, mas a interessada dela apelou, pretendendo que a pena fosse alterada, porque a decretada não fora do seu agrado.

No Tribunal recursal a Procuradoria de Justiça levantou preliminar de não conhecimento do recurso da interessada, porque importava ele em ato de promoção dentro de ação penal pública, promoção esta que se tornou privativa do Ministério Público, ex vi do artigo 129, I da Const. Federal de 1988. A preliminar veio em socorro de idêntica questão prejudicial colocada no 1º grau pela ilustre Promotoria de Justiça, nas suas razões ofertadas como custos legis.

A E. 1ª Câmara do TACRIM deu provimento ao recurso da interessada, para conceder sursis ao réu, rejeitando a preliminar

onde o Ministério Público, em ambas as instâncias, invocava matéria constitucional. Entenderam os dignos juízes, por maioria, que a não interposição de apelo por parte da Promotoria de Justiça justificava o recurso da interessada, que se estribava no art. 5º LIX da CF. Curiosa justificativa que entende haver ato de omissão da parte que, por ter o seu pedido acolhido pela sentença monocrática, dela deixou de recorrer.

A preliminar da Procuradoria Geral foi claramente exposta e dizia respeito ao descabimento **tout court** do recurso da interessada, em razão do disposto no artigo 129, I da Const. Fed., expressamente invocado. Ao rejeitar a preliminar, destarte, o E. TACRIM decidiu contrariamente ao disposto na Constituição Federal e esta decisão embasa o presente Recurso Extraordinário, impetrado com fulcro no artigo 102, III, letra a da Const. Fed. e na Lei 8038/90.

RAZÕES DA IMPETRAÇÃO

A questão em foco, mais que a posição do assistente de acusação no campo penal, traz à cena a Instituição do Ministério Público à luz da legislação inovada na Constituição de 1988.

O que teria pretendido ordenar o legislador constitucional ao editar o art. 129 I da CF? Que consequências tem esta norma nas atividades do Ministério Público, do particular interessado e do juiz?

Podemos partir de um aforismo de grande aceitação, segundo o qual a lei não tem palavras supérfluas, sobretudo a lei constitucional. Ao editar o novo mandamento, o que pretendeu o legislador constitucional: inserir uma nova ordem legal ou permitir que a legislação anterior continuasse a vigir nos exatos moldes já postos? Seria o dispositivo em tela uma inutilidade, uma impropriedade legislativa, uma falta de técnica, algo sobre o qual se possa fazer “vista grossa”? Não há dúvida de que a resposta a estas indagações é negativa. Mas então o que pretendeu o legislador constituinte, considerando-se que a norma está expressa e em plena vigência?

Historicamente, o dispositivo do art. 129, I CF é inteiramente novo. A matéria ali tratada não recebeu qualquer cuidado nas Constituições anteriores, muito menos sob a forma agora expres-

sa. Não houve, destarte, uma evolução e, sim, a implantação de um tratamento inteiramente inovado.

O Ministério Público, uma Instituição de Direito Público já consagrada, vem recebendo tratamento legal evolutivo. Sempre mereceu a atenção dos doutrinadores e da jurisprudência, sua ação institucional tinha contornos definidos e o tratamento infra-constitucional, durante largo tempo, permaneceu estático.

A sociedade, no entanto, não se estratifica. As leis que a regem são mutantes, porque mutantes são as relações sociais, não só entre os membros da sociedade, mas entre estes e os governos. A teoria política procura acompanhar esta mutação e os institutos de ordem pública sofrem as consequentes alterações. Em razão desta óbvia verdade, dificilmente se pode obter uma razoável interpretação da lei, senão enquadrando-a no tempo em que foi editada. Ao compará-la com outras anteriores, não pode o hermeneuta olvidar-se do valor da interpretação atual, pesquisando as consequências da nova lei no sistema jurídico em que foi inserido, perquerindo sobre a possibilidade de ter havido transformação no direito positivo e, neste caso, examinando a profundidade e a extensão de tal alteração.

Já se disse muitas vezes, embora erradamente, que as leis claras não carecem de interpretação. Na verdade é pela ação do intérprete que as leis têm vida, com a aplicação provocada pela ocorrência do caso concreto. Aplicar a lei é um ato de inteligência e a interpretação é a adequação deste ato à hipótese em exame. Interpreta-se tanto a lei obscura, quanto a lei clara, até porque a clareza do legislador nem sempre é a clareza do aplicador e é este o encarregado de dar vida aos inertes dispositivos legais.

O objetivo do hermeneuta é, destarte, descobrir o conteúdo da norma e o alcance das expressões, sejam elas claras, deficientes, obscuras ou ambíguas. Cabe aqui a lição de Celso, tão comumente citado: "saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder".

Enfocando a norma do art. 129, I CF sob o prisma literal, não parece difícil dela tirar-se conclusões, porque entre os diversos preceitos que orientam este método interpretativo, se enquadra ela em alguns, tais como não ter a lei palavras supérfluas ou de que a prescrição obrigatória encontra-se contida na fórmula concretizada que, não sendo contraditada por elemento exterior,

deve ser aceita sem hesitação. No caso, tratando-se de norma constitucional, a sua hierarquia faz curvar as normas exteriores e induz à certeza da fórmula inovadora, até porque é de se presumir que o legislador tenha escolhido cuidadosamente expressões clara, com a intenção de ser fielmente compreendido e obedecido. Ao intérprete cabe tirar da norma tudo o que nela se contém, seja explícita, seja implicitamente.

Adequado é lembrar-se o ensinamento do saudoso mestre Carlos Maximiliano:

“O que hoje vigora, abrolhou de germes existentes no passado; o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem”. (Hermenêutica e Aplicação do Direito - Forense, 13ª edição, 1993, pág. 137).

Seguindo a lição cabe lembrar a evolução político-jurídica do Ministério Público como Instituição à luz das palavras do citado mestre, segundo o qual “o legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido” (idem, pág. 139).

A filosofia jurídica da nossa atualidade sofreu calcada alteração e, produto desse novo tempo, produzimos um documento legislativo a nível constitucional que introduziu várias mudanças no campo do direito positivo. Como era de se esperar, algumas alterações estão provocando reações, eis que as inovações causam choques ao se encontrarem com os pensamentos já estratificados. Contudo, os entreveros são o único meio de implantar-se a inovação. O que é certo é que o legislador do nosso tempo pretendeu que estas alterações políticas fossem implantadas e, para tando, deu a elas o tratamento legal de hierarquia máxima, pretendendo ser compreendido e obedecido. Ao intérprete não cabe negar a existência óbvia das alterações, senão examiná-lhes a extensão e as consequências.

Temos comentado entre nós, os mais antigos do Ministério Público, que não ingressamos na Instituição atual e, sim, numa outra que almejava receber da lei o amparo necessário para o exercício das atividades que nos cobravam, mas que o direito positivo nos negava. Desde a Lei Complementar 40/81, mas

sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, o desenvolvimento político permitiu a edição das normas capazes de dar ao MP o poder-dever de assumir o fato a posição de fiscal da lei e representante da sociedade, permitindo-lhe agir, tanto no campo penal, como no cível, de forma a ser o Promotor, ora com exclusividade, ora com a colaboração de outros, das apurações dos atos considerados nocivos à coletividade.

Contudo e na essência, esta foi sempre a posição do MP, de provocar o Poder Judiciário solicitando-lhe a prestação jurisdicional e de promover as apurações necessárias à coleta de provas indispensáveis à obtenção de uma sentença favorável.

A tal ponto foi inovada a posição da Instituição que foi necessário reorganizá-la administrativa e estruturalmente, nos aspectos orçamentário, de independência financeira, interno e de garantias funcionais. Confirmando este propósito histórico, editou-se a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12.02.93) que transformou antigos órgãos, dando-lhes novas dimensões, contornos e obrigações.

Não há dúvida, pois, de que o argumento histórico tem grande valor na exegese da norma em foco.

O item I do art. 129 da CF, objeto do recurso, contém a expressão “privativamente”, que transformou-se no ponto nodal da discórdia. Esta expressão, segundo a interpretação do E. TACRIM, não impede a ação de pessoas estranhas à Instituição que estão liberadas para praticar os mesmos atos conferidos ao MP, como se a norma constitucional não existisse. A nossa ver, é inaceitável este duto entendimento, que torna inútil o Ministério Público.

Não é possível tratar-se o direito como se fora ele um aglomerado caótico, onde os preceitos se entrecrocavam e se neutralizam. Ao contrário, trata-se de um sistema harmônico, de normas coordenadas e que funcionam numa interdependência metódica, fixados nos seus lugares próprios em solidariedade e hierarquia. O conhecimento desta verdade pelo hermenêuta o leva, desde logo, a comparar trechos da mesma lei, na procura do significado e da extensão da expressão inovadora.

A Const. Federal utiliza a expressão “privativamente” em várias oportunidades. Em todas elas o significado é o mesmo, qual seja o de afastar a participação de outras pessoas ou órgãos, de molde a tornar a atividade exclusiva do Órgão, Poder ou Autoridade ao qual foi ela atribuída nesta qualidade.

Com efeito, no artigo 22 a CF assegura à União o poder de “privativamente” legislar nas matérias ali elencadas e não consta que tenha esta expressão sido interpretada de molde a permitir concorrência. Nos artigos 51 e 52, novamente o legislador constitucional tornou privativas as competências ali enumeradas e não consta que o Senado ou a Câmara Federal tenham desrespeitado estas privacidades no que, de resto, seriam impedidos pelo Judiciário. No artigo 84 são elencados os atos a serem praticados “privativamente” pelo Presidente da República, que jamais foram exercidos por outra autoridade.

Em termos de exegese literal é indispensável atentar-se para o fato de que alguns preceitos podem ter mais de um sentido e, por isto mesmo, deve o exegeta, além de examinar o vocábulo em si, indagar do seu significado em conexão com outros em mais de um trecho da mesma lei, sendo certo que em se tratando de direito público os vocábulos devem ser entendidos nos seus sentidos técnicos. Ora, é evidente que a expressão “privativamente” usada na Constituição Federal tem valor de comando claro a impedir que tais atos contem com a colaboração ou participação de outrem. Não há como tergiversar: privativo é exclusivo e esta expressão usada no sentido técnico ou vulgar tem o mesmo significado de reservar para um só o benefício ou a prática de ato que assim tenha sido qualificado. E como se sabe, qualificativo é o que destaca e tira do comum. Uso privativo é uso qualificado pela exclusividade.

O raciocínio leva à conclusão natural de que no direito positivo brasileiro, na atualidade, a promoção da ação penal pública tornou-se privativa, *ex vi legis*, do Ministério Público. Vale dizer que o Estado tomou a si, privativamente, o desencadear da persecução penal nos crimes de ação pública, deferindo esta atividade ao seu representante exclusivo - o Ministério Público.

Reforça este entendimento o disposto no § 1º do art. 129 da CF. Realmente neste parágrafo ressaltou-se a co-participação de terceiros nas ações cíveis, para o qual está legitimado o MP. Vale entender, destarte, que nas ações cíveis o MP pode ter um co-partícipe, mas nas ações penais públicas sua atividade exclui a de quem quer que seja, ressalvada a exceção do art. 5º LIX da CF. Mas neste caso é indispensável que a Instituição descumpra a sua obrigação, agindo com dolo, com o propósito de se omitir, em caso que deveria, obrigatoriamente, agir (trata-se de exceção à regra).

Esta conclusão descansa também no critério finalístico da lei. O direito é uma ciência teleológica e sua interpretação há de ser essencialmente finalística, porque é o fim que inspira o dispositivo e deve servir como orientador do seu conteúdo.

A finalidade da norma em exame foi atender à outra de ordem política, de dar ao MP o monopólio da promoção dos atos de impulsos nas ações penais públicas, afastando a Autoridade Policial, o Juiz ou o Promotor *ad hoc*. Ciente de que esta nova postura causava profunda alteração na lei processual penal e na penal, o legislador constitucional inseriu na lei maior, pela primeira vez e em termos de garantia penal, a possibilidade do particular exercer, supletivamente, a promoção desta ação, caso o MP faltasse com o seu dever de promovê-la.

É oportuno explicitarmos a ressalva feita à decisão do E. TACRIM. Com efeito e em primeiro lugar, é conveniente ressaltar que a Constituição não quis banir o particular da ação penal pública, revogando, pura e simplesmente, dispositivos dos Códcs. de Proc. Penal e Penal. A ressalva do item LIX do art. 5º da CF tinha cabimento porque esta regra só estava contida na lei ordinária e o tratamento dado no art. 129 I a aboliria, uma vez que só a Constituição poderia a ela excepcionar. Porém esta ressalva foi estabelecida como exceção à regra geral contida no art. 129 I e a confirmá-la, tendo também como finalidade, possibilitar o controle externo do Ministério Público, eis que inexistente ela e na hipótese de prática arbitrária da Instituição, nada poderia ser feito, senão providências de censura interna, que não salvaguardariam o direito do particular interessado.

A colocação da ressalva da ação privada subsidiária no art. 5º da CF é mais uma prova da intenção do legislador no tê-la apenas como controle da Instituição, pois neste artigo estão as garantias do cidadão contra os abusos do poder público e esta corresponde à nova atribuição privativa dada ao MP.

Mas por ser regra excepcional, a norma do art. 5º LIX da CF não pode receber a interpretação extensiva que lhe deu o douto TACRIM, pelo contrário, deve ela ser interpretada restritivamente.

Recorrer é ato de promoção, de impulso processual, sem o qual o processo fica paralisado. Mas o recurso é ato voluntário no direito brasileiro, e o recurso oficial em matéria penal foi afastado da legislação. Fica aqui o registro da perplexidade na interpretação do E. TACRIM: a Autoridade Policial e o Juiz não

podem impulsionar a ação penal pública, face a ser este impulsivo privativo do MP, mas o particular o pode, **tout court!**

A nosso ver é evidente que o particular pode entrar na omissão inicial da ação, para intentá-la, vale dizer, dar início à ação, para impedir a impunidade que pode advir da prescrição, v.g. . Como é sabido, o MP pode retomar a ação afastando o particular, sem necessidade de justificação, porque é dele o direito original. Pode também o particular legitimado assistir o MP, auxiliando-o no transcorrer da ação, desde que deixe os atos de promoção para o legítimo senhor da ação. É a nova forma.

No confronto entre a legislação constitucional e a ordinária, não vemos posição inconciliável para o convívio da privacidade do MP e a assistência do particular em ação penal pública, salvo quanto aos atos de promoção, de impulso. Toda vez que interessar ao particular uma providência de impulso, deve ele entender-se com o seu assistido. A assistência penal, face ao preceito constitucional em exame, tem contornos próprios.

Voltando à promoção e à omissão apontada pelo TACRIM, pensamos ser valioso refrisar que aquele que se conforma com a sentença, sobretudo o que foi por ela atendido, não se omite. Omissão tem sentido pecaminoso de falta de cumprimento do dever, mas sendo o recurso voluntário, não há que se falar em dever nesta fase, sob pena de cometer-se grave erro doutrinário. Dever existe na fase de propositura da ação pública, porque lá vigora o princípio da obrigatoriedade desta ação, princípio inaplicável na fase recursal, dominada pela voluntariedade da parte. É a esta omissão qualificada que se dirige a garantia penal inserida no artigo 5º LIX da Const. Fed. que não pode, por isto mesmo, ser estendida para vislumbrar-se na falta consciente de recurso voluntário uma justificativa para o ingresso do particular.

Para nós, embora não almejado, o douto entendimento do E. TACRIM permite que se insinue a necessidade de uma proteção especial contra o MP, ao arrepio da lei e no injusto prejulgamento de que a Instituição não está apta a defender adequadamente os interesses das vítimas. É forte e inaceitável e equivaleria a procurar-se um tribunal popular para rever certas decisões do Judiciário, questão que foi debatida recentemente, mas que merece repúdio.

O instituto da assistência penal recebeu intenso tratamento jurisprudencial anterior ao advento da Constituição Federal de

88, mas esta Constituição agitou o assunto, porque redefiniu a posição do Ministério Público, alterando os contornos do exercício das suas atividades, com evidentes reflexos em outros institutos.

Para uns a assistência penal foi abolida e para outros, como nós, ela continua a existir, mas com as alterações indispensáveis à adequação da lei ordinária à nova ordem constitucional.

A nosso ver, tem convivência garantida com o disposto no artigo 129, I da CF, os artigos 268 a 270, 272 e 273 do Cód. de Proc. Penal. Quanto ao art. 271 e seu parágrafo 1º do mesmo diploma, pensamos que ocorreu derrogação, eis que ao assistente não é dado agora propor ao Juiz prova não requerida pelo MP, não podendo aditar o libelo, sendo certo que o seu recurso deve aderir ao do MP, pois estes são os atos de impulso da ação penal pública tornados privativos da Instituição Ministerial. Quanto ao artigo 598 do mesmo Código, vê-mo-lo totalmente revogado, porque a matéria ali versada não foi recebida pela atual Constituição, que lhe deu tratamento diverso e incompatível no art. 129 I. Como bem se constata, a intenção política do legislador constitucional de 88 distanciou-se da do legislador ordinário de 41, alterando-se a finalidade da norme que antes se dirigia ao particular e agora se dirige ao órgão público.

Isto considerado, pretendemos que o E. Supremo Tribunal Federal reconheça que, ao conhecer do apelo a doughta decisão recorrida contrariou o disposto no art. 129, I, da Const. Federal e a anule, apoiando a tese de que não pode mais o particular praticar ato de promoção de ação penal pública, salvo no caso previsto no item LIX do art. 5º da CF, sendo certo que não está contida nesta exceção o apelo de particular quando o Ministério Público tenha deixado de impetrar recurso em ação penal pública na qual não tenha sucumbido, ou tenha conscientemente e por ato positivo, se conformado com a sentença, ou ainda na qual tenha recomendado a absolvição diante da prova colhida no curso do processo, porque estas são atitudes positivas do órgão acusador (equivalente ao pedido de arquivamento) e não podem ser confundidas com a omissão referida no art. 5º LIX da CF.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 1994

TELIUS ALONSO AVELINO MEMORIA
PROCURADOR DE JUSTIÇA

PARECERES
(1ª Instância)

“A justiça e o direito não florescem num país pelo simples fato de o juiz estar pronto a julgar e a polícia sair à caça dos criminosos; cada qual tem de fornecer sua contribuição para que isso aconteça. A todos cabe o dever de esmagar a cabeça da hidra do arbítrio e do desrespeito à lei, sempre que esta saia da toca. Todo aquele que desfrute as bênçãos do direito deve contribuir para manter a força e o prestígio da lei. Em poucas palavras, todo homem é um combatente pelo direito, no interesse da sociedade”.

RUDOLF VON IHERING, in “A LUTA PELO DIREITO”, Editora Rio - págs. 70/71

RODOMARQUES NASCIMENTO
3º Promotor de Justiça Criminal

O Julgamento prolatado pelo Meritíssimo Doutor Juiz de Direito Valteilton Ribeiro Silva está a merecer a apreciação dessa **EGRÉGIA CÂMARA CRIMINAL** porque proferido ao arrepio da Lei e da prova coligida nos autos, conforme se poderá depreender das razões que subseguem:

A sociedade brasileira de modo geral e a sergipana estão a exigir que a Justiça Criminal não falhe em sua missão, porque é uma ilusão supor, é um erro imperdoável imaginar que a justiça penal não tem o dever de punir, para prevenir, na exata medida dos delitos praticados pelos Acusados. O que ela deve é ser vigilante,

para evitar o erro e punir um inocente. Todavia, não estamos diante de inocentes, e sim de indivíduos de alta temibilidade, que pretendem se beneficiar a equivocada interpretação da norma penal, que não impôs a solução adequada.

Ao **MINISTÉRIO PÚBLICO** cumpre apresentar provas incontroversas da existência dos delitos e os elementos da culpabilidade dos delinquentes. É o que procuraremos demonstrar através dos autos.

Data vênia, o ilustre Julgador “a quo” laborou em equívoco no momento de interpretar o conceito de crime, em cotejo ao que dispõe o art. 14 do Código Penal, que assevera: “DIZ-SE O CRIME: I - CONSUMADO, QUANDO NELE SE REÚNEM TODOS OS ELEMENTOS DE SUA DEFINIÇÃO LEGAL”.

Antes porém, mister se faz darmos uma breve pesquisa na doutrina para buscarmos o que entendem os doutos sobre o conceito de **crime** e suas diversas espécies, visto que a qualificação legal foi dita no dispositivo acima citado.

Elenca a doutrina diversas espécies, entre as quais crimes materiais, formais, de dano, perigo e outros. Para nós, é de importância a colocação do que seja crimes materiais e formais, isto objetivando a precisa colocação dos delitos: **Crime material**, segundo o mestre **Damásio de Jesus**, “é aquele em que a lei descreve a conduta do agente e o seu resultado (efeito natural) que consuma o crime”; **Crime Formal**, no entender do mesmo penalista, o tipo menciona a conduta do sujeito e o resultado pretendido. “Aquele em que se consuma antecipadamente, sem dependência de ocorrer ou não o resultado desejado pelo agente”. Passemos ao exame do **concurso material de crimes**, ficando as conceituações supra para serem usadas ao discorrermos sobre à amoldação das condutas criminosas, nos **autos provadas** e as tipificações a elas pertinentes.

Diz o art. 69 do Código Penal, ao definir o concurso material que este é presente “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido . . .”.

Não abraçado pela lei penal, porém, existem casos no dia a dia da prática forense onde o intérprete da lei se depara com dúvidas sobre o tipo penal a ser aplicado, é o que os doutrinadores

chamam de conflito aparente de normas penais. A exemplo do fato de alguém roubar com resultado morte.

Não podemos confundir tais situações com o preceito do art. 69 do Código Penal. Aqui, são condutas humanas que se adequam às normas penais, onde tais condutas devem merecer as sanções das normas secundárias de cada tipo penal. Para facilitar a aplicação da lei penal a doutrina nos traz princípios em número de três: especialidade, subsidiariedade e consunção que afastam possibilidade de uma indevida apenação.

Por ser o mais polêmico, e o que pretendeu ser usado, vamos trazer a definição do princípio da consunção ditado ainda pelo mestre “ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime” . . . Nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário a normal fase de preparação ou execução de outro crime ou a conduta anterior ou posterior é excluída pela norma a este relativa”.

Faz registrar o douto Magistrado o preceito do art. 159 do Código Penal que diz: **“SEQUESTRAR PESSOA COM O FIM DE OBTER, PARA SI OU PARA OUTREM, QUALQUER VANTAGEM, COMO CONDIÇÃO OU PREÇO DO RESGATE”**.

A seguir, elenca o entendimento de vários mestres no sentido de que o agente, para que fique amoldado ao crime, deve demonstrar a vontade livre e consciente de seqüestrar a vítima para dela obter a vantagem econômica.

Ora, nobres Julgadores, se o que distingue o **seqüestro ou cárcere privado da extorsão mediante seqüestro** é o **dolo específico** de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, independentemente das demais provas contidas nos autos, basta para entrevê-lo sublinhar as seguintes passagens do interrogatório de **IRLAN MARQUES DA SILVA**, em Juízo às fls. 353/356, aliada à leitura do **laudo das transcrições telefônicas** dadas pelos seqüestradores, para residência da vítima às fls. 267 usque ad 277.

“ . . . Que em seguida pegaram o Sr. Carlos fizeram que o mesmo saísse vendando somente os olhos com a fita adesiva, sendo que quando iam saindo com a vítima o interrogado se lembrou do bilhete que estava

dentro do bolso, e que este bilhete explicava o que estava acontecendo dizendo que se tratava de um sequestro e que era motivado porque S. Carlos matou um amigo dos acusados, e cujo bilhete também dizia o valor do resgate em dólar e que deveria a família da vítima colocar uma faixa na frente da casa quando estivesse com o dinheiro . . . que o bilhete foi escrito pelo próprio punho de Josivaldo porém, era ditado pelo interrogado . . . ” (SIC)

E arremata,

“ . . . Que tinham escolhido como local para pagamento do resgate um ponto um pouco mais acima do Eduardo Gomes, contando que ficasse distante do local do cativeiro que era justamente quando a polícia se deslocasse do local do pagamento do resgate os acusados se dirigirem ao local do cativeiro e libertarem a vítima sem correrem risco de se encontrarem com a polícia. Que no sábado pela manhã Josivaldo ligou para a casa da vítima, quando foi informado de que a esposa da vítima tinha passado mal e tinha sido levada a clínica e que deixou os acusados nervosos preocupado em que D. Aurita viesse a ter algum problema por causa daquela situação, e então voltara a ligar outras vezes para a casa da vítima, sendo que já tinham planejado que para o dia do resgate e da liberação da vítima . . . ” (Sic)

Diga-se o mesmo do interrogatório também em juízo de **JOSIVALDO DOS SANTOS**, às fls. 352, cujas palavras ilustram melhor do que toda a retórica da decisão “a quo”, o intento patrimonial dos Acusados a saber:

“ . . . Que em um dos bilhetes que iria ser colocado no Rosa Elze, indicava aquele local para pagamento do resgate, justamente que ficava do lado da praia, para onde pensavam em se dirigir após receberem o resgate, e soltar a vítima, isto porque só queriam dar um susto na vítima.

. . . DIGO: Que escolheram aquele local, porque sabiam que a polícia estava atrás e que quando a família da vítima fosse levar o dinheiro para o local

determinado, a polícia também iria, enquanto isso os acusados se dirigiam ao local do cativo e soltariam a vítima, uma vez que só queriam dar um susto na vítima . . .” (Sic).

Inequívoca é a confissão a qual se amolda, como uma luva, ao preceito do art. 159 do **Estatuto Penal Repressivo**. Vale ressaltar: O tipo penal se encaixa perfeitamente pois, os Acusados seqüestraram — núcleo penal — com o fim de obterem para si um valor de resgate na vultosa soma de US\$ 200 mil dólares.

A essa altura, soa extremamente irreal a argumentação perfilhada pelo Nobre Juiz sentenciante de que “ . . . embora conste do enredo dos fatos, um bilhete anunciando o seqüestro, pedindo o valor do resgate, e, vários telefonemas entre os acusados e a família da vítima, negociando o resgate, claro ficou que tudo isto não passou **de um meio da execução do plano, e de alcançar a sua meta principal, que era o castigo físico e moral da vítima...**”

Ora, que ódio é esse que leva o delinqüente a arquitetar tão amplamente um plano para abocanhar US\$ 200 mil dólares. E mais, qual o ódio que nutria o co-denunciado JOSIVALDO DOS SANTOS? qual a preocupação outra senão o valor participativo no resgate.

Considerando-se que o douto Juiz processante valorizou todos os elementos probatórios, o que não parece ter ocorrido na espécie, ao desclassificar a imputação para cárcere privado, houve uma perigosa confusão entre a finalidade específica do delito e os antecedentes subjetivos da conduta criminosa.

Eminentes Desembargadores, o fato de se escolher uma vítima para ser seqüestrada e extorquida, simplesmente como vingança, longe de afastar o dolo específico, comprovado, aliás, suficientemente nos autos, deveria servir para atribuir uma pena-base maior, em face da perfídia revelada pelos delinqüentes. **INACREDITAVELMENTE**, tudo isso funcionou como pretexto para uma desclassificação delitígena que faz tábua rasa do senso médio de Justiça.

AQUI PERGUNTAMOS: Qual a dúvida que reina no caso em análise, para a tipificação do crime do art. 159 — **Extorsão mediante seqüestro**? Efetivamente ficamos pasmos, sem entender, pois o douto Magistrado narra o crime acima citado, indica

construções doutrinárias corroborando o fato e ao final se posiciona em desclassificar o crime, para seqüestro e cárcere privado.

Isto é o mesmo que compararmos água de esgoto com vinho alemão, visto que o artigo 159 é um crime que se enquadra no artigo 1º da Lei 8.072/90, que tutela os crimes hediondos, que na sua combinação com o art. 224, alínea c, do Código Penal, constitui um aumento de pena em até sua metade, consoante diz o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, isto fora os malefícios outros dos artigos 2º e 3º do citado diploma; Quanto ao crime configurado no art. 148, é, em relação ao delito praticado pelos Acusados um "minus" que a sociedade sergipana não pode aceitar, pois, constituir-se numa brecha perigosa para a ocorrência de novos seqüestros, hedindo crime, tão severamente punido pela Lei 8.072/90.

Por oportuno, vale aqui transcrever a lição do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Doutor Luiz Vicente Cernicchiaro, em seu livro "Direito Penal na Constituição", às fls. 165, "in verbis";

"A hediondez representa conduta de delituosa, cuja execução revela especial desprezo do agente com a condição humana da vítima. Insensibilidade diante do grave sofrimento físico ou do humilhante constrangimento moral a que é submetido o sujeito passivo. É delito de excepcional gravidade. Daí, receber o mesmo rigoroso tratamento normativo, ao lado da tortura (é crime hediondo), do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo".

Em verdade o crime praticado pelos Denunciados foi consumado antecipadamente com o seqüestro e o pedido de resgate, logo crime formal. A Jurisprudência nos dá a seguinte orientação: "A extorsão mediante seqüestro é crime formal, que se consuma independentemente da obtenção do resgate (STF, RTJ 122/34); NATUREZA DA VANTAGEM: deve ser de caráter econômico". (TACrSP, Julgados 80/448).

Examinando friamente a perpetração do crime podemos resumir quão odiosa foi a prática delitiva pois, um ser humano foi enterrado vivo por 05 (cinco) longos dias, enjaulado e algemado, convivendo com os odores da podridão de: fezes, urina, frutas podres, leite podre e suor, com temperatura muito além de 40 graus centígrados, sem qualquer noção de sair vivo do "INFER-

NO” em que se encontrava, é algo de estarrecer qualquer pessoa de mediano censo de entendimento de vida. A vítima conseguiu sobreviver, porém, seu estado de saúde é deplorável, pois se tornou portador, de doença gastrointestinal, esteve internado por diversos meses em São Paulo e que sua recuperação plena só poderá ocorrer por uma graça de Deus.

Ao final, cumpre registrar que os Acusados foram presos em flagrante delito, no momento em que fizeram a última ligação telefônica pressionando a família da vítima para o pagamento do resgate.

Excelências, esse crime teve repercussão nacional, o fato delituoso foi veiculado pelas cadeias de televisão, quando foi mostrado os apetrechos utilizados no hediondo crime e A SOCIEDADE, COMO UM TODO, CLAMA POR JUSTIÇA, e temos FÉ NO SEMPRE FIRME E SERENO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE, que através de sua COLEND A CÂMARA CRIMINAL fará JUSTIÇA.

Com relação ao crime de roubo que teve como vítima o motorista de táxi — Jorge Bezerra — o douto magistrado “a quo”, mais uma vez palmilhou em equívoco.

Na sua peça decisória evoca o art. 157 do Código Penal, que aqui também relatamos: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

Foi o que ocorreu, quando os Denunciados, armados de pistola 7.65, ameaçando o motorista de morte, subtraíram-lhe o veículo, jogaram-no, algemado, no porta malas, assumiram a direção e saíram com o carro. Isto foi confessado e provado: Está configurado a prática do crime de roubo.

Para ilustrar, vejamos a confissão de **IRLAN MARQUES DA SILVA**, em seu interrogatório perante este Juízo, às fls. 355:

“... Que então o Josivaldo pegou um táxi normalmente na Av. Hermes Fontes, e se deslocou até o local onde estava o interrogado no Parque dos Coqueiros, onde quando o táxi parou o interrogado se dirigiu ao táxi, com a arma na mão 7:65 mm, dizendo que era um ASSALTO, estando o interrogado encapuçado, o Josivaldo desceu do táxi, pegaram o taxista e algemaram e colocaram na mala do táxi . . . ”

O nobre magistrado afirma que a conduta do agente é atípica juridicamente, informando ainda que os denunciados podem responder por delito outro, em face dos meios empregados, porém, não pelo de roubo. Todavia, o nobre Magistrado não indica o tipo penal ao qual deveria desclassificar o crime, e sim absolveu-os. Não dá para entender!!!

Como relatamos no início desta peça, o concurso material de crime é previsto no artigo 69 do Código Penal, porém, em alguns casos concretos a doutrina nos sinaliza três princípios básicos que dirimem o conflito aparente de norma. Não é o caso dos autos. Ocorreu o crime de roubo qualificado e em seguida o crime de extorsão mediante seqüestro, impondo-se o somatório das penas.

Entendemos, “data vênia”, que o magistrado não buscou mais profundamente os fundamentos do Direito Penal, para fazer a distinção entre **consumação de delitos e exaurimento de delitos, que são institutos distintos** e não se misturam. O primeiro é inerente entre a figura penal e o fato, é de relevância absoluta para aplicação do art. 14 e incisos do Código Penal; quanto ao segundo, o mesmo não ocorre, este trata da destinação do bem juridicamente protegido. Vejamos aqui, mas uma vez a lição do renomado **DAMÁSIO DE JESUS**” o crime consumado não se confunde com o crime exaurido. O inter criminis se encerra com a consumação . . . Assim, a corrupção passiva, art. 317 do C.P., se consuma com a simples solicitação da vantagem indevida, mesmo que o intraneus não tenha intenção de realizar a ação ou de abster-se de alguma prática. Se efetivamente recebe a vantagem, esse acontecimento posterior se situa na fase de exaurimento do crime, não tendo o condão de alterar a situação anterior”. (Direito Penal, vol. I, fls. 283).

Não fundamentou, dentro da mediana conceituação dos princípios, a possibilidade de um crime por outro absolvido em que para alcançar o objetivo criminoso imprescindível o cometimento de outro delito, o que configura-se o princípio da consunção. Nem podia mostrar, pois, o crime de roubo praticado foi autônomo, isolado, sem qualquer vinculação com a extorsão mediante seqüestro. Para perpetrar este crime poderiam os Denunciados se utilizar de formas diversas como: trocar as chapas do Kadett, deixar o carro nas proximidades e ir andando, colocar adereços e

enfeites que mascarasse a condição física do Kadett, ou até mesmo locar um carro em outra cidade e se utilizar de chapa “fria” entre outros. **Mas não**, os Denunciados, mediante a ameaça de pistolas 7.65 assaltaram o motorista de táxi, algemaram-no, colocaram-no na mala, em cárcere privado, ameaçaram-no de morte caso ele os olhasse. Após tudo isso, e como se não bastasse tanto terror, usaram a ironia dos perversos com a oferta de cinco mil cruzeiros para pagar a “**corrida**”. Não ver tipicidade em tais condutas, SENHORES, É DEMAIS!!!

Imaginemos se tal modalidade de “**frete**” se tornasse correntia em nosso Estado, que paraíso para os delinquentes seria!!!

A Jurisprudência é dominante no que concerne a delitos, em concurso material, de ROUBO E SEQÜESTRO:

“CONCURSO MATERIAL DE DELITOS — CARACTERIZAÇÃO — ROUBO E SEQÜESTRO” - Privação da liberdade da vítima depois de consumado o roubo, para que pudesse usar o carro da mesma na prática de outros delitos”. (TJSP - AC. - Rel. Cunha Camargo - RJTJSP 78/372).

“CONCURSO FORMAL DE DELITOS — CARACTERIZAÇÃO — ROUBO E SEQÜESTRO COM PLURALIDADE DE VÍTIMAS — Punição pelos roubos e pelos seqüestros isoladamente em concurso formal e conjuntamente em concurso material”. (TJSP - AC - Rel. Dirceu de Mello - RJTJSP 76/309).

Com relação aos preceitos do Direito Processual a sentença está maculada a tal ponto que não pode subsistir. Falta-lhe fundamentação na decisão, princípio de altura constitucional. Não existe a sagrada individualização da pena consagrada nas circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, que ao ser examinado pela Colenda Câmara Criminal terá em muito agravada a pena em face dos delitos efetivamente praticados pelos Denunciados e aqui sobejamente demonstrados. Não podemos olvidar a dosimetria trifásica do grande mestre Nelson Hungria e abraçada pelo Código Penal no artigo 68, que não foi observada

pelo douto Juiz de primeira instância, que, temos a certeza de sua aplicação quando da correção da decisão.

Finalmente, conforme aqui discorrido, hialino tornou-se que a sentença prolatada não trilhou os caminhos da boa aplicação do Direito Penal, que é um traço marcante da Justiça sergipana, ponto de equilíbrio da sociedade, evitando tornar o nosso Estado um covil de malfeitores, embalados pela bandeira da impunidade, ficando cientes os que distoam da lei penal aqui não encontrarem guarida e sim os revezes em forma de sanção penal.

Por tais considerações, entendemos que a sentença prolatada está disforme aos atos delitivos praticados pelos Acusados, robustamente nos autos provados, amoldados aos conceitos jurídicos por nós modestamente aqui relatados, e, velando, como veículo de JUSTIÇA PÚBLICA que se faça JUSTIÇA e que os Denunciados sejam condenados nas sanções dos artigos tipificados na peça denunciatória cumulada com seu aditamento, sem perder de vista, em relação do crime hediondo, a cominação do artigo 9º da Lei nº 8.072/90.

À vista do exposto, eminentes Desembargadores, espera o Terceiro Promotor de Justiça Criminal, sejam acolhidas as presentes razões, para o efeito de ser conhecido e provido o apelo interposto, porque manifestamente contrário a prova dos autos a decisão guerreada, cassando-lhe os efeitos, proferido novo julgamento, condenandos os Apelados nas sanções dos arts. 157, § 2º, I e II, e 159, § 1º, primeira parte, c.c. os arts. 29 e 69, todos do Código Penal, com a observância do contido em o art. 9º da Lei 8.072/90, c.c. o art. 224, alínea c, do diploma penal acima mencionado, por ser de Direito e de Justiça.

Aracaju (SE), 16 de junho de 1994.

Filho não advindo de relação de casamento. Registro de Nascimento feito ao arrepio da lei com a consignação do nome do pai sem que este, pessoalmente ou por procurador bastante, o declarasse. Nulidade. Exclusão do nome paterno e dos avós paternos do assento de nascimento.

ADÉLIA MOREIRA PESSOA
Promotora de Justiça

01 - O autor, nomeado em epígrafe, por conduto de seu advogado e procurador, constituído na forma e com os poderes enumerados na procuração de fls. 05, propôs **Ação de Nulidade de Ato Jurídico**, visando excluir do assento de nascimento de **José Francisco Lima**, o nome do genitor e dos avós paternos, alegando que no referido registro foi declarante a genitora, **“sem a anuência do suposto pai ainda mais que não eram casados”**, acostando documentos de fls. 06/11.

02 - Citado o réu, resposta veio a fls. 18/24. Alega o requerido a prescrição vintenária do art. 177 do Código Civil e mais a do art. 178 § 3º do mesmo diploma, arguindo também a “falta de interesse de agir do autor, uma vez que não houve qualquer lesão ao seu direito substantivo” (fls. 20), apesar de afirmar logo a seguir que o autor quer “lesar o direito de herança do requerido”, declarando ainda que “se realmente o requerido não fosse filho de Lourenço, jamais este teria aceitado registrá-lo em seu nome” (SIC).

03 - Com a juntada de cópia dos autos do procedimento de **Registro de Nascimento de José Francisco Lima** (fls. 71/72),

feita por solicitação do Ministério Público, verifica-se que o pedido de registro foi feito por **Júlia Rosa da Conceição** a genitora do registrando, nos termos da Lei 765/49, art. 1º, inciso III, lei essa que facultava o registro tardio, independentemente da multa regulamentar, com despacho do juiz competente. Consta-se, aí, claramente, que o pai não foi o declarante.

04 - Nesse passo, convém examinar a legislação de Registros Públicos, anterior à Lei 6015/73, pois o fato ocorreu em 1965. O art. 73 do Decreto 4857/39 (Regulamento dos Registros Públicos), assim dispunha:

“Sendo o filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai, sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar ou, não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento, com duas testemunhas”.

Este artigo foi reproduzido na Lei 6015/73, sob o número 59. A exigência de declaração do pai para proceder-se ao registro continuou a existir depois da Constituição de 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo da Lei 8560/92, mantendo-se a submissão do reconhecimento à manifestação expressa do pai ou à decisão judicial declarando a paternidade.

Como bem se expressa Walter Ceneviva em **“Lei dos Registros Públicos Comentada”**, pág. 117:

“Quando se tratar de filiação ilegítima, quer a lei que o nome do pai seja assentado, se houve sua expressa autorização Entende-se, aqui, que a transposição para o assento, de declaração de paternidade, depende de expressa anuência do indicado pai. Para dar ao texto examinado interpretação que o compatibilize com a regra constitucional, entende-se como ilegítimo o filho havido fora do casamento”.

05 - Com efeito, houve desatenção a dispositivo expresso de lei o que inquina o ato de nulidade absoluta, conforme estabelecido nas leis pátrias, podendo ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público e devendo ser pronunciada pelo juiz, de ofício, quando conhecer do ato e de seus efeitos.

Não há que se falar em prescrição do art. 178 § 3º do Código Civil. Ali se cuida dos então chamados filhos legítimos,

filhos havidos da relação de casamento, decorrente da presunção **“pater is est quem nuptiae demonstrant”** do art. 338 do C. Civil.

Não há que se arguir, também, qualquer outro prazo prescricional, pois, ato nulo não convalesce, e, em regra, nulidade não prescreve, pois, **“quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere”**, como já se encontrava no DIGESTO. Imprescritível especialmente porque o Registro Civil das Pessoas Naturais retrata o estado das pessoas e aí, a regra é a imprescritibilidade.

Não há dúvida de que o autor tem legitimidade e interesse de agir — é o próprio contestante que o afirma ao citar o quinhão hereditário a que teria direito, como filho de Lourenço Francisco Lima. O interesse econômico está patente pois o autor é parente sucessível de Lourenço Francisco Lima.

Ademais, como assevera Orlando Gomes, em sua obra, **Introdução do Direito Civil** pág. 530:

“Os atos que atentam contra norma de interesse geral são privados de todo efeito desde o nascimento, razão por que sua ineficácia é radical e absoluta, podendo ser alegada por qualquer interessado. Esses atos natimortos não ressuscitam. A nulidade é, como visto, insanável e imprescritível”.

Em questão de nulidade, inspirou-se o legislador, como opina Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra **Instituições de Direito Civil**, volume I, pág. 549;

“... no princípio do respeito à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm este caráter, e, por esta mesma razão, legitimou para arguir, qualquer interessado, em seu próprio nome, ou o representante do Ministério Público em nome da sociedade que *ex officio* representa.”

06 - Parece não haver outro caminho: há de ser pronunciada a nulidade do ato, com a exclusão do nome paterno e dos avós paternos do Registro de Nascimento de José Francisco Lima, por ter o ato registrário sido feito em desacordo com disposição expressa de lei.

Trata-se de norma cogente que não pode ser desatendida, sob pena de ineficácia da declaração de paternidade feita por outrem que não o pai, pessoalmente ou por procurador especial.

A doutrina é pacífica na matéria:

“... não sendo o filho advindo da relação do casamento, a declaração da paternidade no termo de nascimento exige o comparecimento pessoal ou por procurador especial do genitor ao ato” (Bertoldo Mateus de Oliveira Fulho, IN: ALIMENTOS E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, pág. 106)

“... realizado por um dos pais, só em relação a ele o reconhecimento produz efeitos. Sua eficácia, como bem assinala **José Lopes de Oliveira**, não se desenvolve relativamente ao outro genitor, mas somente àquele que reconhece o filho” (Carlos Dayrell, IN: DA FILIAÇÃO ILEGÍTIMA, pág. 73)

“Sendo a situação jurídica a legalização de uma relação biológica, o reconhecimento espontâneo da paternidade somente terá eficácia quando emanado do pai. Por isso mesmo se diz um ato eminentemente pessoal, que não pode ser exercido pelos herdeiros do pai, ou por um tutor ou um curador do menor ou interdito. É incabível, e conseqüentemente inválido, o reconhecimento realizado por outra pessoa, mesmo parente, mesmo ascendente.” (Caio Mário da Silva Pereira, IN: RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E SEUS EFEITOS, pág. 69)

Não cabe, a meu ver, nesta ação, discutir se o falecido Lourenço era pai, ou não era pai do requerido. Obviamente, se acolhida a nulidade, poderá José Francisco Lima intentar a ação judicial cabível, pelas vias ordinárias, para provar a paternidade, se assim o quiser. Nem há que se dizer que, pelo princípio de economia e celeridade processual, possa a paternidade ser provada nesta ação.

07 - Vale cotejar decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Ac. unânime da 1ª Câmara Cível, na apelação cível 88393/1, relator Des. Lucena Pereira, publicada em 11/11/92, apreciando questão relativa a alimentos e insuficiência de prova de parentesco, assim ferindo o tema que nos interessa:

“É nulo de pleno direito, por contrariar disposição expressa do art. 59 da Lei 6015/73, o registro de nascimento de filho ilegítimo, no qual se consignou o

nome do pai, sem estar o mesmo presente ao ato como declarante e sem a sua autorização para que outrem o fizesse para ele . . . ”

É o caso dos autos. Consignou-se, em 1965, em registro de nascimento de filho ilegítimo, o nome do pai, sem que ele estivesse presente ou autorizasse tal, através de procurador.

08 - A meu ver, desnecessária a instrução do feito, com ouvida de testemunhas, pois, a prova documental existente nos autos, só por só, é suficiente para o julgamento antecipado da lide.

Pelo exposto, o Ministério Público opina pela procedência da ação, para que se exclua do assento de nascimento do réu o nome paterno e dos avós paternos, cabendo ao requerido, após, se assim o quiser, intentar a ação própria de investigação de paternidade.

É o nosso entendimento.

Frei Paulo, 19 de agosto de 1994

“O desenvolvimento urbano ordenado, para o qual são ditadas normas urbanísticas pelos três Entes Estatais, responsável pela qualidade de vida e bem-estar social, constitui interesse difuso, porque interessa a toda comunidade, a um número indeterminado de pessoas e não apenas aos adquirentes de lotes de determinado parcelamento, já que têm agora escudados na Constituição o direito de não sofrer, ainda que indiretamente, as consequências do parcelamento irregular”. (Fernando Grella Vieira - 1991)

EUZA MARIA GENTIL MISSANO
6ª Promotora de Justiça Auxiliar da Curadoria de
Defesa do Consumidor

A douda sentença “a quo”, reverenciando o zelo empreendido pelo sempre digno julgador, não merece prosperar, porque decidiu sem atendimento do que preceitua a lei, doutrina e jurisprudência na espécie, não proporcionando, “data maxima venia”, outorga de Justiça à coletividade, pelo que dela vem o Ministério Público do Estado de Sergipe Apelar, ante as razões fáticas e jurídicas que seguem alinhadas:

DO ESCORÇO

1. O Processo foi iniciado através de Denúncia direta do Ministério Público, traduzindo uma narração circunstanciada dos

fatos ressaídos dos autos de Inquérito Civil, instaurado pelo “Parquet” através da Curadoria de Defesa do Consumidor.

2. Sendo recebida a Denúncia predita, foi determinada pela autoridade julgadora a citação do acusado, ora apelado, para interrogatório, fls. 81/82 dos autos, explicitando o réu os fatos pertinentes à matéria analisada, refutando a acusação formulada pelo Ministério Público.

3. Houve apresentação de Defesa Prévia, às fls. 85/88 dos autos, aludindo-se sobre a ausência de aspectos e requisitos da culpabilidade criminógena, com indicação, ainda, de relação nominativa das testemunhas, que seriam inquiridas. Posteriormente emerge dos autos designação de Audiência instrutória, com depoimentos das testemunhas, na ordem processual, oitiva das testemunhas de acusação, representadas por pessoas adquirentes de lotes do Loteamento Marivan - Zona Sul e, após, oitiva das testemunhas de defesa arroladas.

4. No seguimento houve apresentação de razões derradeiras pelo Ministério Público, não sendo formalizado pleito de diligências, com fuste no artigo 499 do Caderno Procedimental Penal, onde, em sua peça, ao arremate, requereu a condenação do réu e, posteriormente, foram apresentadas as razões últimas da defesa, requerendo em suma a absolvição do réu.

5. Emergiu, então, a douda sentença monocrática que julgou improcedente a Denúncia formulada contra o réu, promovendo absolvição do apelado por ausência de incidência do crime de estelionato e crime praticado contra a administração pública, previstos em lei.

É o prelúdio.

DO CONTEÚDO SENTENCIAL

1. Todo o sustentáculo decisório está assentado no convencimento judicial “a quo” de que a conduta do acusado não incidiu nas reprimendas impostas pela legislação na espécie, negando a existência de lesão praticada contra as vítimas, adquirentes de lotes do Loteamento denominado “Parque Residencial Marivan - Zona Sul”.

2. Outra verga sentencial diz respeito a ausência de má-fé do apelado na comercialização dos lotes no Loteamento irregular,

chegando a consignar na fundamentação do conteúdo da sentença, o fato de que é comum a venda de lotes em Loteamentos não aprovados pelo Poder Público, transcrevendo trecho de depoimento inserto nos autos.

3. A respeitável sentença, em determinado tempo, diz “não haver o sujeito ativo agido com a reprovabilidade dirigida de forma a lesar os eventuais compradores”, depois emite ainda: “inobstante a ocorrência do fato material, há que se ter a presença indubitosa e certa do elemento subjetivo”.

4. Ao arremate da ilação decisória, houve a absolvição do acusado, entendendo a autoridade julgadora que o mesmo não incidiu nas resprimendas determinadas por lei e indigitadas pelo Ministério Público na peça proemial do Processo.

Eis os fustes da decisão.

DA FIGURA TÍPICA ADEQUAÇÃO DA CONDUTA DO RÉU

1. Para dar alicerce bem caldeado a tese que foi apresentada pelo Ministério Público na peça proemial do processo e ainda ao recurso interposto, buscaremos estruturar o desenvolvimento da figura típica ressaída da Lei Penal, com demonstração da real adequação da conduta do apelado, no perfeito enquadrinhamento.

2. O réu, utilizando contratos por adesão iniciou as vendas de lotes, no período compreendido entre os anos de 1983 e 1984, de Loteamento denominado — “PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN - ZONA SUL prometendo lotes a pessoas humildes, mediante os contratos de compromisso de compra e venda preditos, já adunados aos autos processuais, ocorrendo estipulação do lote, quadra e condições de pagamento, através da empresa IMOSSEL - IMOBILIÁRIA SERGIPE LTDA, de propriedade do apelado.

3. O Loteamento retromencionado é localizado em perímetro urbano, porquanto os requisitos para completa legalidade do empreendimento estão insertos na Lei 6.766/79 — Lei que disciplina o parcelamento do solo urbano, oferecendo o legislador os elementos mínimos indispensáveis ao regular o traçado da cidade e respeito a determinação urbanística, evitando, com os dispositivos na espécie, a proliferação de favelas visando a formação de parcelamento regular do solo urbano.

4. Cumpre observar que o parcelamento do solo constitui função do Poder Público que outorga a particulares, possuidores de grande extensão de terra, objetivando o ordenamento, contudo a autorização, para desenvolvimento racional e equilibrado das cidades, depende de certos requisitos que deverão ser cumpridos pelos particulares interessados, sendo tais requisitos indispensáveis, pois a tutela persegue não apenas o interesse individual, aquele do adquirente de lote mas, igualmente, o da coletividade, plasmado na regularização da ocupação do solo urbano.

5. Neste diapasão, a lei sobre o parcelamento do solo urbano impõe a obrigatoriedade de registro de todo e qualquer parcelamento, ensejando à autoridade Municipal impor a observância das diretrizes que julgar conveniente ao desenvolvimento harmônico e equilibrado dos centros urbanos, com o estabelecimento de diretrizes de caráter urbanístico, dando um passo significativo e decisório para uma vida melhor em comunidade.

6. Assim, visando melhor compreender a ação criminosa do réu, destacamos que o terreno de sua propriedade, com grandes dimensões, que existia de fato e juridicamente como uma só unidade, passou a sofrer fracionamento, dando lugar a uma nova realidade fática e jurídica onde, necessário seria o atendimento, pelo parcelador - réu, das exigências do Poder Público, com condicionamento da propriedade individual ao interesse coletivo consubstanciado nas diretrizes que orientariam o parcelador.

7. As diretrizes traçadas pelo Poder Público para aprovação do parcelamento do solo diz respeito as condições urbanísticas, na adequação do loteamento ao plano urbanístico traçado, notadamente porque com o registro do loteamento, as ruas, praças, logradouros públicos e áreas destinadas à implantação de equipamentos urbanos e comunitários, passam ao domínio do Poder Público e ainda as áreas “non aedificandi”.

8. Perguntamos, neste diapasão, algumas dessas exigências forma respeitadas pelo réu para o loteamento da área denominada PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN ZONA SUL????? Sem nenhum “tour de force”, conclui-se que o parcelamento do solo urbano empreendido pelo réu foi totalmente irregular, não recebendo a aprovação do Poder Público, não podendo, conseqüentemente ser levado a registro em Cartório Imobiliário

competente, lesando todas as vítimas adquirentes de lotes que não poderão obter as escrituras definitivas e ainda não desfrutarão do fornecimento de água domiciliar e energia elétrica, vivendo na marginalização urbanística, em área não reconhecida pelo Poder Público, por exclusiva ação gananciosa do réu.

9. Ora Excelências, dizer que o réu não se beneficiou com a venda de lotes em loteamento irregular é negar a materialidade do delito, pois os consumidores efetuaram pagamentos correspondentes a lotes regularizados e a incúria do parcelador resultou em ausência de dispêndios para realização de obras determinadas pelo Poder Público Municipal.

Parcelar irregularmente o solo é crime e a conduta do réu atinge quantidade difusa de pessoas, face ao desrespeito ao traçado urbanístico, criando desordenadamente favela; atingindo ainda pessoas de baixa renda, humildes que, de boa-fé, acatando cláusulas do contrato padrão de Promessa de Compra e Venda, adquiriram lotes no loteamento irregular, denominado “PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN — ZONA SUL”.

PARCELAMENTO TEMERÁRIO DO SOLO MAIS CRIME

1. Visando estabelecer a ordem cronológica das práticas reprováveis do réu, buscaremos, de forma intrépida, destilar a observação da gravidade da conduta do apelado, na intencionalidade do agente em lesar as vítimas diversas, violando normas estabelecidas pelo Poder Público, refutando quaisquer escusa de inocência.

2. Como fundamento da sentença, ressaí depoimento de testemunha, grifado pelo respeitável Magistrado “a quo”, onde verberava:

“ que é comum a venda de loteamento após a anuência prévia e antes da aprovação da Prefeitura.”

“Tollitur Quaestio”!!!!!!

3. O que se pode notar é que a adoção de tal regra como fuste para absolvição do réu representa verdadeira inversão dos valores que não pode ser aceito, sob pena de comprometer o próprio ordenamento jurídico, pois, dessa forma, “mutatis mutandis”,

um agente, fazendo uso de um revólver, confisca uma vida humana em determinado assalto realizado, não responderá por homicídio, pois é constante a prática de tal crime!

4. Como se observa, em que pese o zelo invejável empreendido pelo patrono do réu, em seu esforço titânico atrelado a “munus” defensivo, não vislumbramos, por todos os cantos, a ausência de dolo do Apelado, pelo contrário, o réu praticou o crime tipificado no artigo 50, parágrafo único, I da Lei 6.766/79, em sua mais ampla forma, comprometendo a política urbanística e, consequentemente o desenvolvimento equilibrado do centro urbano, senão vejamos:

5. Examinando os crimes praticados contra Administração Pública, insertos no Código Penal, o mestre MAGALHÃES NORONHA, ensina que o bem jurídico que o legislador tem em perspectiva é “desenvolvimento regular da atividade do Estado dentro de regras de dignidade, probidade e eficiência”; neste ensejo, registramos que a Lei sobre parcelamento do solo urbano elegeu algumas figuras como delituosas, exatamente pelos reflexos negativos que exercem no seio da sociedade, face o real significado social do Loteamento, notadamente pelas implicações que refletem nos centros urbanos.

6. Volvendo ao versao do suelto anterior, destacamos que o sujeito passivo do crime é o interesse público plasmado na necessidade de ordenar o parcelamento do solo para fins urbanos, a ação do apelado, nestes moldes, atinge a um bem público diretamente e secundariamente o do particular, valendo a transcrição da lição de Arnaldo Rizzardo, “in verbis”:

“Atos delituosos relativamente à área que loteia está atentando contra um bem (representado pela exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas suas determinações), sobre o qual o interesse máximo pertence ao Poder Público. Esse interesse público, sem dúvida reflete diretamente no interesse particular, como de resto qualquer interesse público reflete. A tutela jurídica alcança o bem particular per accidens, levando-se em conta a sua participação na comunhão social.”

De modo ininvocável, pois, a ausência de dolo do réu na prática de delitos, notadamente quando há indicação nos autos, através de depoimento testemunhal, que outras áreas já foram

parceladas pelo apelado, pelo que, por todos os cantos, ressaí o elemento subjetivo na vontade livre e consciente do agente na execução das ações contra a Administração Pública e contra as vítimas.

2. Frise-se que não importa para o caso em análise a posse direta das vítimas sobre os lotes, pois, efetivamente, já existiu a violação ao artigo de lei com o simples parcelamento do área urbana em total desrespeito as normas urbanísticas do Poder Público, não sendo aceitável, para avaliação da conduta do réu a simples apresentação de documentos ao Poder Público, pois tal fato apenas retira a condição de clandestinidade do loteamento para qualificá-lo como irregular, não existindo, da mesma forma, aprovação do Poder Público, não fazendo o legislador qualquer diferenciação das condutas.

3. A legislação disciplina o parcelamento do solo prevendo várias figuras delitivas penais: Dar início de qualquer modo, a loteamento; Dar início de qualquer modo a loteamento em desacordo com as disposições desta lei; Dar início, de qualquer modo, a loteamento em desacordo com as normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios; Efetuar loteamento, sem autorização do órgão público competente; Efetuar loteamento, em desacordo com as disposições desta lei; Efetuar loteamento, em desacordo com as normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

4. Como se observa, a figura simples do delito, enseja tão somente **Dar início**, que representa começar, com o simples piqueteamento da gleba, decorrente de levantamento topográfico: **Efetuar** que significa fazer, realizar loteamento com obras físicas, praticando atos executórios, onde, para a lei é suficiente que tais fatos ocorram sem autorização do Poder Público, para que incida o parcelador em crime, previsto em lei.

5. No caso em exame o réu praticou conduta típica, insere em lei, com a implementação do Loteamento Marivan Zona Sul, sendo qualificada a sua ação, pois houve venda efetiva de lotes no loteamento irregular predito e a lei qualifica o delito definido no artigo 50 em três hipóteses, entre elas: **quando o parcelador manifesta de forma inequívoca sua intenção de vender lotes, e para isso lança mão de contrato de venda, promessa de venda, reserva de lote ou qualquer outro escrito em que se materialize sua intenção.**

6. A vôo de pássaro, somente para completar o raciocínio, destacamos que, mesmo se houvesse aprovação do projeto do Loteamento PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN - ZONA SUL pelo Poder Público, o fato do loteador-réu não promover o registro no Cartório Imobiliário competente, no prazo da lei, e, mesmo assim, aleinar onerosamente lotes, pratica o crime previsto em lei, na forma qualificada, como robustamente explicitado na denúncia de fls. dos autos, pelo que, mais uma vez, cai por terra a simples alegação de que o réu apresentou documentos para regularização do loteamento, como se somente esta conduta o livrasse do esquadrinhamento do tipo penal.

DA CONDUTA DO RÉU - AUSÊNCIA DE RETIDÃO CIRCUNSTÂNCIA - RESULTADO

1. Não poderíamos olvidar, por este canto, todos os aspectos da prática delituosa do apelado, quando, mediante contratos de promessa de compra e venda, aliena onerosamente lotes a diversos consumidores, em prática temerária, garantindo, através do contrato padrão, a legalidade do loteamento, criando expectativa de enriquecimento do patrimônio dos consumidores, quando, na verdade, o loteamento nem mesmo recebeu a aprovação do Poder Público Municipal e Estadual.

2. Conhecedor da lei na espécie e, não venha o réu, nesta oportunidade, negar tal assertiva, pois o próprio contrato padrão colocado no mercado consumerista para comercialização irregular de lotes, carrega expressamente a indigitação da Lei 6.766/79, o loteador, agindo dolosamente, comercializou quantidade indefinida de lotes em área que não obedece qualquer traçado urbano, não possuindo água domiciliar, energia elétrica, via pública, praça e outros logradouros, em prejuízo manifesto aos adquirentes e ao próprio Poder Público.

3. O crime cometido pelo réu não é simples, descrito em sua forma fundamental, o crime é qualificado, vez que agrega circunstância que aumentam a pena — Efetuar loteamento por meio de venda, compromisso de venda, etc . . . , porquanto, efetuando o loteamento e realizando as vendas de numerosos lotes, evidenciada a conduta criminosa do réu, pouco importa se promoveu entrega de documentos ao Município, para regulariza-

ção, o correto seria a implantação do Loteamento após a autorização legal do Poder Público Municipal e Estadual e a comercialização delotes, após o efetivo registro do loteamento em Cartório Imobiliário competente.

Repita-se neste ensejo, seguramente praticou o réu o crime contra a administração pública, emergindo tal asserção dos autos, em todos os atos e termos processuais, onde as testemunhas, foram uníssonas em afirmar a aquisição de lotes em loteamento irregular e o dolo do apelado está tão evidenciado que as suas próprias testemunhas de defesa indigitam:

“Que quando adquiriram o terreno sabia que mesmo ainda não estava legalizado na Prefeitura.” (Depoimento de Felisberto Conceição pág. 249 dos autos)

Notem Excelências, que as testemunhas de defesa repetem o seu conhecimento concernente a irregularidade do loteamento; irregularidade esta indicada pelo loteador, pelo que possui o mesmo conhecimento da ação temerária empreendida com a venda de lotes em loteamento não autorizado pelo Poder Público e, neste ensejo, ainda perguntamos: se não houvesse dolo do réu, por que após a denúncia dos consumidores, da instauração de dois Inquéritos Cíveis pelo Ministério Público, das notícias veiculadas na imprensa local, não promoveu, posteriormente a regularização urbanística e registrária do loteamento PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN ZONA SUL ??? Simplesmente utilizou o dinheiro pago por consumidores humildes, que adquiriram cegamente lotes em loteamento irregular, com fuste, na indigitação da legalidade do mesmo, pelo simples sonho da casa própria e não realizou as obras necessárias para regularização determinadas pelo Poder Público Municipal e isto, não diz respeito a simplesmente inexecução de contrato, com solução para as vítimas ou violação de regras administrativas, com apresentação de punição nesta ordem pelo Município de Aracaju, mas representa CRIME previsto em lei contra a Administração Pública e tal fato não pode, em tempo algum, se olvidado.

4. Sem qualquer sobra de dúvida, espera o Ministério Público que seja reformada a respeitável sentença monocrática, pois tais premissas não foram apreciadas, sendo esquecidas, não sendo crível que as evidências do crime escapem aos olhos da Justiça com a absolvição do apelado, notadamente porque se

abstrado é o perigo que ameaça uma infinita pluralidade de bens e que segundo a mais comum terminologia, “poder-se-á denominá-lo coletivo”, e se a lei pune os loteamentos levados a cabo em desconformidade com as normas pertinentes, e o faz para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes, evitando a prática de crime previsto na Lei 6766/79, não podemos imerecer o estudo da matéria com adequada cautela.

A grande preocupação do Ministério Público é a absolvição do réu com fuste na prática comum do crime, conforme depoimento já fustigado nos autos, onde é comum comercializar lotes em loteamentos não autorizados pelo Poder Público, pois estaríamos premiando a incúria de parceladores, especuladores ganancioso, em detrimento de corretos loteadores que obedecem os trâmites legais para lançamento do seu empreendimento, sempre atrelados a satisfação do consumidor. É preciso que seja reconhecida a conduta criminógena do apelado, pois evidente a ação e o resultado, estando evidenciado o nexo de causalidade com o esquadrinhamento dessa conduta à norma penal incriminadora.

Somente ao arremate, caindo à laço, transcrevemos a lição do professor Arnaldo Rizzardo, citado por F. C. Tourinho Filho, “in” - Lei do Parcelamento do Solo Urbano e seus Aspectos Criminais Vol 7 - Livros de Estudos Jurídicos:

“Para se tornar perfeito o delito, não se requer a produção de um resultado estranho ou externo à própria ação do infrator. Suficiente iniciar ou efetuar as formas de paralamamento vistas, desautorizadamente ou em desacordo com as normas pertinentes. Desnecessária, portanto, a aquisição de lotes irregulares por terceiros. Constitui a espécie crime formal e não material. **A lesão ao bem jurídico se dá tão-só com a simples ação ou conduta.**”

Não constitui justificativa o fato de não ter sido aprovado o Loteamento pelo Poder Público, conforme aduz o apelado em suas bem elaboradas razões derradeiras, não podendo o loteador perder os investimentos feitos, notadamente porque não deveria realizar qualquer investimento inicial destinado ao parcelamento do solo sem autorização do Poder Público, não podendo muito menos utilizar tal escusa, em inversão de valores, para comercializar

irregularmente lotes em loteamento não aprovado, a intenção do réu era exatamente descumprir as normas, alienando onerosamente os lotes, em desrespeito aos preceitos urbanísticos, criando favela desordenada, visando, sem qualquer acionamento de freios, lucros fáceis, em detrimento da boa-fé da coletividade.

É realmente absurda a escusa apresentada pelo apelado ainda mais quando indica que, pacificamente, não formula óbice à regularização dos lotes por parte dos adquirentes, pelo menos isso, contudo todas as despesas com o processo alegado de usucapião é empreendida pelas vítimas. É impossível negar o prejuízo causado????

5. Somente para arrematar as asserções fustigadas, para parcelar o solo urbano, o loteador está adstrito a um procedimento administrativo, que tem início com a determinação das diretrizes a serem seguidas, ditadas pelo Poder Público, até a aprovação por este do projeto seguindo, logo após, o registro em Cartório competente; o loteamento só será regular quando obedecidas essas duas fases, nestes moldes se o loteamento não foi registrado, ainda que aprovado pelo Poder Público, ele é irregular e o loteador, se põe à venda os lotes, incide em delito previsto na legislação especial.

A respeito transcrevemos o exarado em H.C.. 12422.5 (Câmara Especial do TJSP - REL. Des. Andrade Junqueira):

“Se o loteamento ainda não se acha registrado no cartório competente e, no entanto, vários lotes foram objeto de reserva para futuras compras, tem-se como configurado em tese o delito previsto no artigo 50 e 51 da Lei 6.766/79.” (Revista de Direito Imobiliário 11.112 - 1993)

Assim, por todos os cantos, ressaí a conduta criminosa do réu, não podendo ser olvidada sob pena de comprometer todo o ordenamento jurídico, premiando a audácia dos especuladores que estão a implantar cada vez mais loteamentos clandestinos e irregulares, em busca de lucro fácil, sempre com ônus para a coletividade, comprometendo a questão habitacional, vez que saúde pública, transporte, segurança, enfim, dependem do crescimento urbano ordenado, que atenda as regras urbanísticas.

DA FRAUDE EVIDENCIADA COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

1. Todo o procedimento do apelado, desde o início tem na fraude o adjetivo próprio e ensejativo da reforma sentencial porque desde a formação dos contratos por adesão que o apelado se comporta com o fim de lesar os consumidores-adquirentes de lotes e, mais uma vez não podemos negar o dolo empreendido pelo réu, neste ensejo, transcrevemos trecho da cláusula Primeira do contrato padrão, para melhor análise:

“Primeira cujo imóvel destinado um loteamento, com a denominação de **PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN — ZONA SUL**, legalmente registrado, segundo as exigências da Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979 e legislação complementar já inscrito e averbado. “(contrato de compromisso de compra e venda da vítima José Iran Cardoso, fls. 43/45 dos fatos).

É realmente de pasmar!!!

Não se pode Excelência negar as evidências tentando disfarçar a existência de dolo do réu, notadamente quando apresenta para os consumidores, contratos padrão, indigitando que o loteamento PARQUE RESIDENCIAL MARIVAN — ZONA SUL se encontra regularizado, estando atendidos os requisitos urbanísticos e registrários, neste ensejo, recebendo dinheiro das vítimas de boa-fé, nenhuma obra de infra-estrutura foi realizada, com o fim de regularização do Loteamento irregular, causando malefícios aos adquirentes e ao próprio Poder Público Municipal.

3. Basta se bispar do conteúdo dos depoimentos das vítimas, onde as mesmas indicam as promessas dos apelados e o estado que se encontra o Loteamento predito:

“ Que no referido loteamento a lotes (SIC) vendidos a duas ou três pessoas e que pode citar pelo menos dois desses (SIC) lote e 8.” (destaque nosso) (Depoimento de Izidoro Matos, págs. 208/209 dos autos)

E não é só,

“ Que hoje o loteamento ao ser observado não se percebe sinais de ruas nem de piçarra nem de nada conforme prometido na cláusula VII.”

4. A pretensão do Ministério Público cinge-se ao fato de provar que houve fraude praticada pelo réu e que esta conduta se encontra vislumbrada, às escâncaras nos autos, não possuindo a serventia de inutilizar a asserção de prejuízo causado aos consumidores o fato de estarem os mesmos com a posse direta dos lotes, por duas razões: a uma, porque jamais poderão receber as escrituras definitivas dos lotes, salvo se houver regularização urbanística e registrária do Loteamento pelo Poder Público, utilizando verbas públicas, pelo enriquecimento do parcelador negligente; a duas, porque, caso desejem ajuizar Ação de Usucapião, todas as despesas correrão por conta exclusiva dos consumidores valendo a consignação de depoimentos das próprias testemunhas de defesa:

“... Que as despesas com a regularização do terreno foram pagas pelo depoente.” (Depoimento de João Evangelista dos Santos — fls. 253/256 dos autos)

E mais:

“... Que achou o depoente é através de ação de usucapião e quem está pagando as despesas dessa ação é o depoente.” (Depoimento de Silvério de Santana, fls. 255/256 dos autos)

Não é necessário tanta exegese para se ter a verdade ressaída dos autos, porque todos os pontos levam a uma só conclusão, de que o réu praticou estelionato com engodo empregado através dos contratos de compromisso de compra e venda, garantindo as vítimas que o loteamento estava regularizado, induzindo e mantendo as vítimas em erro, com o fim exclusivo de obter um indevido proveito patrimonial. Ainda gostaríamos de destacar que houve, conforme depoimento dos autos, venda de lotes em duplicidade, ou seja, o mesmo lote para mais de uma pessoa, caracterizando também por este canto, a fraude praticada pelo apelado.

5. O acréscimo patrimonial sentido pelo loteador-réu, ressaí do recebimento do dinheiro das vítimas de boa-fé, enganadas pelas assertivas consignadas nos contratos por adesão e a consequência de dispêndio com as obras necessárias, visando a regularização do loteamento, causando prejuízo a terceiros. Destacamos ainda que, qualquer obra realizada pelo Poder Público no Loteamento Marivan — Zona Sul, para tornar suportável a vida urbana naquele loteamento, representa gastos, pelo que, chama-

mos, mais uma vez a atenção, para dizer que significa dinheiro público, sendo empregado em loteamento irregular por ação temerária do apelado.

6. E não venha o réu dizer, nesta oportunidade, que não agiu com dolo, pois a vontade do apelado está materializada no desejo de enganar as vítimas, delas obtendo vantagem ilícita, em prejuízo alheio, empregando o contrato de compromisso de compra e venda como o meio fraudulento.

DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES VERIFICAÇÃO

1. Ressalta-se das razões derradeiras do apelado a alegação de que inexistente aplicação da regra do concurso material dos crimes, consubstanciado no estelionato e crime contra a administração pública, refutando o liame aduzido pelo “Parquet” na peça proemial do processo.

2. Importante arguir que existem condutas diversas e distintas praticadas pelo réu, uma, vislumbrada na formalização de loteamento irregular, sem aprovação do Poder Público, violando preceitos urbanístico, lesando o interesse público plasmado na necessidade de se ordenar o parcelamento do solo para os fins urbanos e outra verificada comercialização onerosa de lotes aos particulares, agindo com fraude e evidente prática de estelionato.

3. O concurso material não pode ser olvidado notadamente porque o agente, mediante mais de uma ação, com a formação de loteamento irregular e posteriormente com a venda de lotes aos particulares praticou dois crimes em concurso heterogêneo, cabendo a incidência de penas cumuladas a que incorreu o réu.

É o bastante.

Assim sendo, requer a Vossas Excelências, que se dignem de dar provimento ao recurso interposto, para reformar totalmente a sentença recorrida, decretando-se a condenação do apelado, pelas razões expendidas, nas reprimendas indigitadas na peça proemial do processo, pelas circunstâncias aduzidas, procedentes e provas alinhadas, invocando de logo a sábia e douda decisão de Vossas Excelências, que sempre foi e será do mais puro direito e da mais lúdima justiça.

E.R.M.

Aracaju, 20 de Abril de 1994

Administrativo. Contrato de Transporte. Negócio Jurídico eficaz. Alegação de nulidade por quem teria dado causa. Desconsideração. Proibição de injusto enriquecimento.

SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO
Promotor de Justiça

ANTONIO DANTAS DE ALMEIDA, qualificado nos autos, ingressou neste Juízo com a presente AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA contra o MUNICÍPIO DE POÇO REDONDO, aduzindo, em síntese, que:

1 - firmou contrato verbal com o requerido para o fornecimento de carradas d'água aos Povoados de Poço Redondo, com prazo até o mês de março de 1991, ao preço de Cr\$ 5.250,00 por unidade;

2 - o réu deixou de efetuar o pagamento de um total de 374 (trezentos e setenta e quatro) carradas, causando ao autor um prejuízo de Cr\$ 1.963.500,00, na data de 14/03/91;

3 - o débito atualizado somava a quantia de Cr\$ 61.917.887,14, e o réu foi constituído em mora conforme notificação judicial formulada consoante o disposto no art. 960 do Cód. Civil.

Juntou instrumento procuratório e os autos da notificação objeto do proc. reg. sob o nº 801/92.

Regularmente citado, o MUNICÍPIO DE POÇO REDONDO arguiu preliminar de ilegitimidade ativa decorrente da proibição da realização de contrato verbal com a Administração; no mérito, a inexistência de prova das afirmações do autor. Ao final, requereu

a juntada de documentos **a posteriori**, mas não fez requerimentos nesse sentido. Com a inicial, apresentou procuração.

4. Saneador às fls. 13, e nenhuma impugnação contra o mesmo foi registrada.

5. Às fls. 16 o réu apresentou o seu rol de testemunhas. A instrução teve início às fls. 39, com a oitiva das testemunhas cujos termos se seguem, e conclusão a partir das fls. 28, com outros termos.

6. É o relatório.

7. Em exame, nestes autos, pretensão condenatória fundada na existência de contrato de transporte e seu inadimplemento.

8. Antes, quanto à preliminar suscitada, de ilegitimidade ativa, posta como decorrente da proibição de contrato verbal com a Administração, a mesma é absolutamente inconsistente. Nem uma eventual proibição de contratar acarreta ilegitimidade, nem tal matéria integra o rol das preliminares. Como o **tema** integra o mérito da lide, será mais adiante objeto de análise.

9. Segundo indispensável definição da Prof^a MARIA HELENA DINIZ, na sua Obra “TRATADO TEÓRICO E PRÁTICO DOS CONTRATOS”, Saraiva, 1993, v.4, pg. 223, “**O contrato de transporte** é aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas animadas ou inanimadas.”

10. O responsável pelo deslocamento é denominado transportador; o responsável pela entrega do objeto, é chamado remente ou expedidor; o destinatário é conhecido como consignatário; e a renumeração é intitulada frete. V. tb. ORLANDO GOMES, “CONTRATOS”, 12^a ed., Forense, pg. 341.

11. A documentação carreada aos autos, bem como os depoimentos colhidos comprovaram a prestação do serviço pelo autor-transportador em atendimento ao réu-expedidor, sem o pagamento da retribuição devida ou contraprestação.

12. A prova documental foi formada pelos recibos de carradas d'água, de fls. 05 e da declaração firmada pelo servidor do Município-réu encarregado à época do abastecimento da “carga” nos veículos, com o respectivo número de carradas devidas, fls. 05, v^o; ambos acostados aos autos da notificação judicial registrada sob o nº 801/92, e em apenso aos presentes.

13. Por sua vez, a prova testemunhal veio ao processo através dos depoimentos dos consignatários ou destinatários da carga e de funcionários do réu, inclusive do responsável à época pelos carregamentos, e signatário dos documentos acima referidos. Vejamos:

— ERISSVALDO ALVES DOS SANTOS, às fls. 40, disse, que: “o autor fazia prestação de serviço com a Prefeitura de Poço Redondo através de caminhões pipa com o intuito de atender às exigências de água potável provocada pelas secas . . . na condição de morador neste município constantemente era atendido pelo autor sempre que necessitava de abastecimento de água.”

— EUSIO RAFAEL ALVES, às fls. 41, disse que: “conhece o requerente e tem conhecimento que o mesmo transportava água do caminhão contratado pela Prefeitura; sabe que este transporte começou no final do ano de 1990 até março de 1991 . . . PERG. como conseguia receber a água para suas propriedades? RESP. que se dirigia a Delmiro o funcionário encarregado da Prefeitura.”

— DOMINGOS FRANCISCO DOS SANTOS, às fls. 42, disse que: “no período de novembro de 1990 à março de 1991 o depoente, juntamente com outras pessoas em suas residências da quais se lembra o Sr. Ivo, Antonio Caldeira, Abílio, entre tantas, recebiam semanalmente carradas de água na Região de Queimadas; solicitada a água junto ao Sr. Delmiro, na Cidade de Poço Redondo, e o mesmo fazia autorização . . . Quando recebiam água assinavam um documento ou comprovante de entrega para evitar desvios da água.”

— DELMIRO ALVES DE MATOS, às fls. 52, disse que: “era responsável pelo controle dos carros pipa que trabalhavam para o Município atendendo o abastecimento de água durante a estiagem de novembro de 1990 a março de 1991, sabe perfeitamente que o requerente prestou serviço ao Município no período da estiagem . . . Que as demais rubricas integradas das fls. 05 no processo em apenso são do depoente. “E, perguntado se “o cálculo das carradas constantes nos versos das fls. 05 dos autos da notificação judicial foi feita pelo depoente”, ele concluiu respondendo que “SIM”.

13.1 - As testemunhas PEDRO PEREIRA FILHO e HERÁCLITO SOARES DOS SANTOS, às fls. 39 e 40, disseram não conhecer o requerente, mas que nunca utilizaram dos servi-

ços de abastecimento do Município. Quando a JORGIVAL FEITOSA, ouvido às fls. 41, contraditado, declarou ter conhecimento que o requerente transportou água no seu caminhão entre os meses de 1990 e março de 1991.

14. A Doutrina, ora Representada pela Autoridade da Prof^a MARIA HELENA DINIZ, assinala que o contrato de transporte possui natureza consensual, ob. cit. v.1, pg. 93. Isto significa, em outras palavras, que não há exigência especial de forma para sua celebração.

15. É importante não confundir a prova do contrato com a sua forma. Enquanto a primeira é requisito à existência do ato negocial, a segunda é pressuposto à sua validade.

16. O próprio conteúdo da norma do art. 129 do Cód. Civil dispensa outras considerações. Vejamos o seu texto:

“A validade das declarações de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir (art. 82).”

17. Se não há forma especial para a sua celebração, e sendo consensual, não há óbices capazes de impedir o reconhecimento da existência de um contrato pelo fato do mesmo não ter sido formulado num documento exclusivo.

18. Em tais casos, a prova é feita pelos meios admitidos em direito, art. 332, com a exigência de que o meio testemunhal utilizado seja um complemento de início de prova documental oriunda da parte contra quem se pretende fazer uso, qualquer que seja o valor do contrato, cf. arts. 401, e 402, I; todos do Código de Proc. Civil.

19. A prova documental, porque firmada pelo próprio réu, através de seu **preposto** à época, capacita e impõe eficácia à prova testemunhal complementar.

20. O réu não fez prova da quitação nos termos dos arts. 939, 940 e 943 do Código Civil. Também não fez impugnação específica do pedido.

21. Constatada a dinâmica do contrato, e por consequência, a sua existência, vamos verificar que o negócio produziu efeitos e que eles são irrefutáveis. O momento é da verificação das consequências daquela realidade fática desenvolvida.

22. O argumento da impossibilidade da realização de contrato verbal com a Administração, sustentado, inclusive, de

forma equívoca como preliminar, constitui ponto superado pela Doutrina Pátria; “**ad exeplum**”, o Saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES, in “Licitação e Contrato administrativo”, RT, 8ª ed., pg. 197, que o admite de maneira expressa.

23. “**Nemine discrepante**”, os Nossos Tribunais já decidiram que eventuais defeitos de forma não podem ser invocados em seu próprio benefício. Como exemplo:

“A Administração é responsável pelos atos de seus representantes, ainda quando praticados com inobservância de normas administrativas.” RDA 48/265.

“Contrato nulo. Tem o contratante, porém, o direito de obter remuneração pelos serviços prestados, para que não haja injusto enriquecimento.” RDA 54/118.

“O Município é responsável por obrigação decorrente de serviço público (ou obra pública) autorizado pelo Prefeito, mesmo que este tenha agido em desacordo com as normas legais ou regulamentares.” RT 242/184.

24. Em tal contexto, eventuais desvios ou irregularidades deverão merecer providências outras que não impedem, **nunc et semper**, o reconhecimento da prestação do serviço como requerida. Além do mais, o réu não provou a existência de fraude para prejudicá-la.

25. Tem inteira aplicação o brocardo latino: “**nome propriam turpitudinem allegare potest**” (ninguém pode alegar a própria torpeza em seu benefício).

26. Sobre o tema, a posição Doutrinária é consentânea. O Prof. Dromi, citado por HELY LOPES MEIRELLES, in “Estudos e Pareceres de Direito Público”, v. VIII, RT, pg. 112/119, nos ensina:

“En efecto, cumplida la prestación, objeto del contrato por el contratista, éste tiene derecho a percibir el precio, pues, de lo contrario, el licitante (Administración) se vería injustamente beneficiado con los mismos efectos de la nulidad — que el mismo provocó — aun cuando los vicios pre-contractuales del procedimiento licitatorio fuesen graves.”

27. O mesmo HELY LOPES, nas Obras citadas, respectivamente, pgs. 224, 119, e ainda no seu "Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., Malheiros, pg. 217, nos legou esta lição:

"Mesmo no caso de contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim, no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que **sem contrato** ou **contrato nulo**, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização."

28. ISTO DITO, quanto ao mérito, o PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através do Promotor de Justiça titular da Comarca de Poço Redondo, é pela procedência da AÇÃO em todos os seus termos, com a consequente condenação do réu nos valores propostos.

S.M.J.

Poço Redondo, 15 de maio de 1994

Ações Indenizatórias conexas, que visam as reparações de danos ocasionados em acidente de trabalho em veículo transportador, verificado no traslado dos trabalhadores e terceiros para suas respectivas residências.

Existência de sentença criminal absolutória que não interfere na reparação cível.

Dá pela procedência dos pedidos, porque constatada a responsabilidade civil da RÉ, tanto sob a ótica objetiva como subjetiva, essa na modalidade “in vigilando”.

EDUARDO B. D'ÁVILA FONTES

Promotor de Justiça

Cuidam as demandas de indenizações por perdas e danos causados em acidente de veículo, intentadas por MARIA IZAURA DOS SANTOS, MARTA MARIA DOS SANTOS e MARIA ELILDE DOS SANTOS, também representando seus filhos menores, contra a USINA VASSOURAS S/A, com o fito de se apurar verbas indenizatórias em razão da morte de seus maridos e pais, essas em forma de prestações periódicas.

Contestadas as ações, sustenta a RÉ que, verdadeiramente, houve o acidente. Porém, segundo a CONTESTANTE, tal ocorreu em razão de o motorista haver se desviado da rota original sem a autorização do patrão, além de estar transportando pessoas que não tinham relação de trabalho para com ela e, por isso mesmo, inexistente a obrigação em indenizar.

Chamado ao feito o **MINISTÉRIO PÚBLICO** na condição de fiscal da lei e, principalmente, como curador dos incapazes, vem esse à presença de Vossa Excelência para oferecer opinamento e derradeiras alegações na defesa dos menores envolvidos, fazendo-o de forma seguinte:

Primeiramente, necessário se faz observarmos que o presente feito teve seu andamento sobrestado, isto em razão de pender ação criminal contra JOSÉ EDSON DOS SANTOS, motorista do caminhão da RÉ, cujo resultado poderia interferir na demanda *sub oculo*.

Assim, julgada como se encontra dita ação penal, já com trânsito em julgado, impõe-se que, antes mesmo de adentrarmos no mérito da indenizatória, verifiquemos se a sentença prolatada no processo-crime pôs fim a qualquer pretensão cível; então vejamos:

Nenhuma dúvida há que, se estivéssemos diante duma sentença penal condenatória, quase que indiscutível seria o cabimento da **actio civilis ex delicto**, isto por aplicação direta e clara do art. 63, do Código de Processo Penal Pátrio.

É, porém, de se observar do decreto sentencial trasladado às fls. 50 a 54, do processo 076/87, que esse se materializou de forma absolutória e como tal, por si só, não exclui a possibilidade da ação civil, necessário se torna a retomada do texto subjetivo criminal para, só então, chegar-se a uma conclusão. Diz o Código de Processo Penal:

“Art. 66. Não obstante a sentença penal absolutória no juízo criminal, a ação civil **poderá ser proposta** quando não tiver sido, **categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.**” (grifamos)

“Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

- I - o despacho de arquivamento . . .
- II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
- III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

Cotejando-se os textos supra com a sentença prolatada no crime, é de se notar que essa não dá, categoricamente, pela **INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO**. Ao contrário, em diversas fases do mandamento a MM. Juíza prolatora reconhece a ocorrên-

cia dum acidente e que desse resultaram vitimados os maridos e pais dos aqui AUTORES.

Por outro lado, nota-se que, textualmente, sentencia a MM. Magistrada dizendo que o fato imputado ao motorista da RÉ NÃO CONSTITUI CRIME. Porém, ainda neste caso, nada impede a propositura da ação civil pois que da afirmativa de que o fato não é crime, não se deduz a inexistência de agressão à lei civil. Tal assertiva advém não só pelo que diz o art. 67, do CPP, mas também pelas letras da norma substantiva civil; que diz:

“Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; . . .”

De mais a mais, mister se torna, ainda, comentarmos que na ação penal tomou-se por meta indesviável a apuração da culpa do Sr. JOSÉ EDSON DOS SANTOS, motorista da aqui DEMANDADA, cingindo-se essa em averiguar a IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA ou IMPERÍCIA desse profissional sob o aspecto criminal; nem mais nem menos.

Ora, certo é que a inexistência de culpa do motorista o isenta, de logo, duma ação regressiva, mas, sob hipótese alguma, nega uma possível culpa do patrão, do dono do veículo, que pode se exteriorizar em outras tantas formas, somente apuráveis no cível.

De tudo supra visto, é de se concluir que a presente ação se reveste com todas as condições favoráveis à sua propositura, notadamente a possibilidade jurídica do pedido. Assim, impõe-se a passagem para a segunda fase da análise jurídica — **A VERIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. Vejamos pois:

Nessa segunda etapa, mister se faz averiguarmos, em primeiro plano, qual o tipo de responsabilidade porque pode responder a DEMANDADA: se OBJETIVA; ou se SUBJETIVA.

Neste sentido, bom que se observe a Cota Promotorial de fls. 43 a 45, dos autos nº 076/87, quando, com propriedade, ressalta brilhantemente o Dr. PAULO LIMA DE SANTANA que a responsabilidade civil objetiva, ou contratual, decorre duma relação pré-existente entre as partes. Em tal modalidade, a princípio, não se discute a existência de culpa, essa é presumida. O que se investiga, em linhas gerais, é a relação contratual — se existente, é cabível a indenização; se inexistente, não.

Neste diapasão trilham as obrigações indenizatórias do transportador em relação ao transportado; do empregador em relação ao empregado, isso no caso de acidente com o transporte ou decorrente do trabalho, respectivamente. Porém, ainda em tais casos alguns requisitos não de ser notados. É nesse sentido que se o transporte for gratuito, não se pode aplicar a responsabilidade objetiva, pois que, não havendo proveito financeiro para o transportador, esse somente fica obrigado ao pagamento de verbas indenizatórias se concorrer com a culpa *stricto* ou *lato sensu* para a ocorrência do evento.

Assim, para uma conclusão mais exata, é de averiguar a existência de relação trabalhista entre a RÉ e os VITIMADOS. Neste sentido é que retomaremos os depoimentos colhidos nos autos, que dizem:

Processo nº 076/87

LENALDO DE OLIVEIRA MOTA, às fls. 24, fala:

“ . . . respondeu que sim e eram de propriedade do finado Valtinho, e **era trabalhador da usina.**” — grifamos

HERIBALDO TELES DOS SANTOS, às fls. 25, comenta:

“Não sabe informar se o filho da suplicante na época do acidente era funcionário da Vassouras.”

“ . . . era de **um trabalhador da usina e pertenciam a um Valtinho e também morreu.**” — nossos os grifos

CARISVALDO ROCHA SANTOS, às fls. 26, nos traz:

“O caminhão ia com umas pedras de Valtinho e **era empregado da usina.**” — destacamos

“O filho da requerente não trabalhava nesta época na usina . . .”

Por seu turno, a DEMANDADA, quando da CONTESTAÇÃO, afirmou em diversas oportunidades que:

Processo nº 005/88

“ . . . o motorista causador do acidente, empregado da ré, recebeu atribuições funcionais de levar os empregados da Usina no local de suas residências, no Povoado Barracas, vez que é concedido a estes, o transporte gratuito ao local de trabalho.”

Ora, Douta Julgadora,

Claríssimo está que o VALTINHO era empregado da REQUERIDA e que essa, categoricamente, determinou fossem os empregados levados da Usina até suas casas. É nesse trajeto — do trabalho para casa — que ocorreu o acidente, não havendo, definitivamente, a alteração de rota sem autorização prévia tão sustentada pela RÉ.

Bom que se frise, ainda, que o VALTINHO é, na verdade, VALTER DOS SANTOS, falecido no multi falado evento, cuja família esta pretendendo verbas indenizatórias através do feito nº 005/88.

Por tudo visto, aplicável ao processo 005/88 é a responsabilidade objetiva, pela qual inverte-se o ônus da prova; ou seja: não cabe ao empregado provar a culpa do patrão, mas sim esse é que deve demonstrar que o acidente se deu por culpa exclusiva daquele.

No caso vertente, por mais que se vasculhem os autos, somente encontramos referências à relação de emprego existente entre VALTINHO e a USINA VASSOURAS S/A; ao transporte gratuito oferecido pela Usina aos empregados; à ocorrência do evento no deslocamento dos empregados para casa. Em nenhum momento demonstrou a DEMANDADA que o fato aconteceu por contribuição exclusiva da VÍTIMA.

A assertiva se torna indiscutível quando notamos que a RÉ apenas provou que o caminhão, além das pessoas, transportava pedras de propriedade de VALTINHO. Porém, o acidente não se deu pela presença de pedras, mas sim por outros motivos como adiante veremos.

Por tudo visto é que, no que tange ao Processo nº 005/88, a responsabilidade civil da DEMANDA se manifesta sob a forma objetiva, **pelo que pugna o Ministério Público pela procedência do pedido.**

Quanto aos demais feitos, claro está que os acidentados não eram empregados da DEMANDADA, tão pouco estavam a serviço dessa e, por isso mesmo, não podemos considerar o evento como decorrente da relação laboral. Mais ainda, vemos que não se verificou uma relação de transporte, com o pagamento de uma das partes para obter a prestação de serviço da outra.

Assim é que podemos dizer que incabível seria a procedência do pedido se analisado, única e exclusivamente, pelo

prisma da responsabilidade civil objetiva pois que, por tudo visto, essa é inexistente.

Outrossim, sabemos que a responsabilidade civil não se exterioriza no mundo jurídico apenas pela forma contratual. Numa outra visão, é de se perquirir, agora, ante a inexistência da primeira modalidade, se houve a ocorrência de circunstâncias que autorizem adoção da responsabilidade subjetiva; então vejamos:

É por demais sabido que para apontarmos um caso em que se responsabilize civilmente o indivíduo, tomando-se por base a doutrina subjetiva, hão de ser considerados, como um todo, os elementos de tal responsabilidade; quais sejam:

- a) a verificação de um dano;
- b) a culpa do agente; e
- c) o nexo de causalidade entre o dano e a culpa.

Transportando os tópicos supra para o caso vertente, devemos observar que, indiscutivelmente, houve um dano. Tal se materializou pelo evento morte, especificamente as de JOSÉ ELIAS SANTOS, VALTER SANTOS e JOSÉ PAULO FERREIRA SANTOS, que eram os esteios de suas respectivas famílias ou, no mínimo, contribuíam para o sustento dos demais familiares.

Havendo o dano, por indisfarçável que é, devemos pular para a análise do segundo elemento — A CULPA DO AGENTE.

Neste passo, já tendo sido verificado o trânsito em julgado da sentença penal absolutória, nenhuma discussão cabe, agora, quanto à culpa do MOTORISTA da RÉ; essa encontra-se lacrada. Porém, não se debate somente a culpa do PROFISSIONAL que dirigia o veículo à época do acidente. Deve-se, também, averiguar a **CULPA DO DONO DO VEÍCULO** que, no nosso caso, é a única que resta a ser apurada.

Neste passo, impõe-se que retornemos o texto da sentença prolatada no crime, para dali, tirarmos as certezas já manifestadas e acolhidas pelo Juízo. Como vemos de tal decreto mandamental, esse aponta como uníssona a prova testemunhal quando afirma:

“ . . . viu o acusado tentando controlar o carro, **pois faltou freio**, o carro desceu, bateu no barranco e virou. (fls. 66)”

“ . . . e quando o acusado quis continuar a viagem **pisou no freio e este não atendeu . . .**”

nossos os grifos

Continuando a sentença a apreciar a prova dos autos criminais, acolhe a MM. Magistrada o depoimento pessoal do acusado com o devido valor probante e, dessa forma, afirma:

“O depoimento do acusado, não difere dessas afirmações, quando diz que faltou freio, o caminhão se desgovernou e virou.”

O ilustre civilista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra RESPONSABILIDADE CIVIL, informa-nos que para o não menos brilhante Mestre AGUIAR DIAS, *“a culpa é falta de diligência na observância da norma comum, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude”* (in PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil; 2ª Ed.; Ed. Forense, pág. 77).

É através de tão clara definição que passamos a vislumbrar que a CULPA se dá pela NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA ou IMPERÍCIA do agente, que pode se manifestar sob diversas formas e, assim, a culpa se verifica nas modalidades **in vigilando**, **in eligendo**, **in custodiendo**, **in omittendo** e, numa derradeira forma, **in contrahendo**.

Para nós, o fato de já se haver afastado a culpa do MOTORISTA, bem assim por inexistir lesões contratuais, não há porque nos atermos a tão variadas modalidades. Aqui importa apenas apurarmos se existiu culpa na modalidade **in vigilando**.

Por **in vigilando** entende-se a culpa da pessoa que falta ao dever de velar, de vigiar a coisa para que essa não seja utilizada com riscos para terceiros.

No caso *sub oculo*, cotejando os depoimentos e afirmativas retro transcritas com o que nos ensina a doutrina subjetiva, é de se observar que:

- o caminhão se achou sem freios;
- que a falta de freios foi que ocasionou o evento danoso;
- que a ausência de condições favoráveis para o uso do caminho se deu em razão da não efetivação de manutenções periódicas no veículo em tela.

Aliás, bom que se note, ainda, tal caminhão, conforme confessa a própria RÉ, era sempre utilizado no transporte dos empregados e, por isso mesmo, lidando diariamente com o material humano, haveria esse de estar em perfeitas condições para o uso; **o que não se verificou**.

Por tudo visto, é de se afirmar que *HOUVE O DANO* e se fez presente *A CULPA*, restando apurar o nexo de causalidade entre um e outro.

Neste passo, a fim de não nos alongarmos em argumentações patentes, basta dizermos que, na investigação do nexo de causalidade, suficiente é a resposta ao seguinte questionamento:

Por que ocorreu o acidente????

Ao que tudo já vimos, a resposta não poderia ser outra;

Aconteceu o acidente em razão da falta de freios no caminhão.

Nesse mesmo diapasão afina-se a jurisprudência, que diz: **RESPONSABILIDADE CIVIL — ACIDENTE DE TRÂNSITO — NEGLIGÊNCIA DO MOTORISTA — O ato extraordinário do caminhão de movimentar por si só atesta a negligência do seu motorista, por não travá-lo devidamente. E se houve defeito mecânico nos freios, elemento algum de convicção há no sentido de que não pudesse ser detectado e evitado em virtude das revisões regulares a que a empresa apelante deveria submetê-lo.** Em suma, como preponente responde pelos danos causados por seu preposto." (1ª TACiv.SP - Ac unân. da 1ª Câmara Especial, de 08/01/90, Ap. 428.859/9 — Rel Juiz Marcus Andrade — Distribuidora de Bebidas Oeste LTDA x Rosa Fiorini Rodrigues) — grifamos

Assim é que chegamos à conclusão: é de se reconhecer a responsabilidade civil da DEMANDADA, não só na modalidade objetiva mas, também, sob as considerações da doutrina subjetiva, o que, por conseguinte, autoriza a indenização dos AUTORES, obrigando-se, desta forma, a DEMANDADA.

EX POSITIS, somos pela procedência do pedido, em razão de reconhecer a responsabilidade civil objetiva e subjetiva da RÉ, o que, por conseguinte, obriga a REQUERIDA a indenizar os REQUERENTES, pelo que ENTENDE e REQUER o Ministério Público sejam julgados procedentes os pedidos formulados nas exordiais dos Processos nº 076/87, 078/87 e 005/88, por **SER DE JUSTIÇA**.

Tenha-se por este nosso **PARECER e REQUERIMENTO**.
S.M.J.

Capela, 20 de agosto de 1991

“Prefeito Municipal. Legitimidade ativa para impetração de mandado de segurança, motivado pela prática de ato omissivo do Presidente da Câmara Municipal. Vereadores “denunciados” pela prática de ato incompatível com a dignidade da Câmara. “Denúncia” recebida pela maioria dos membros da casa. Suspensão obrigatória do exercício do Cargo de Vereador. Inteligência do art. 68, Inc. III e parágrafo primeiro c/c/ art. 67, Inc. II do Regimento Interno”.

JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA
Promotor de Justiça

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por conduto do Promotor de Justiça ora oficiante nesta Comarca, no uso de suas atribuições e a vista do despacho exarado às fls. 54, legitimado pelo art. 10 da Lei nº 1.533/51, vem, ante V. Exa., para manifestar-se nos autos do processo em epígrafe, aduzindo para tanto as razões a seguir alinhadas.

DOS FATOS

Consta da peça vestibular que a impetrante, com fuste no art. 5., Inc. XXXIV, alínea *a*, da Constituição Cidadã e art. 37, parágrafo primeiro de Resolução nº 01 de 09 de dezembro de 1991 (Regimento Interno da Câmara Municipal), apresentou “DENÚNCIA” contra os vereadores Pedro Alves Feitosa e Everaldo Mariano de Souza, sob a acusação de terem tentado “providenciar o seu

óbito", vez que, na qualidade de Prefeita do Município de Canindé do São Francisco, e sendo o primeiro, o então Presidente da Casa Legislativa, seria o principal beneficiado, pois de fato era o Vice-Prefeito, já que a atual Prefeita e impetrante, sucede o inicialmente eleito, por ter falecido.

Pesa sobre os dois a acusação de terem contratado pistoleiros para matar a alcaide e o seu esposo, Jorge Luis Carvalho Santos, trama que fora descoberta pela polícia, culminando com a prisão dos Edís, o que, se comprovada através dos meios apropriados, constitui-se em procedimento incompatível com a dignidade da Câmara e com o decôro que deve pautar a conduta pública dos vereadores.

Face à gravidade da acusação, a denúncia foi recebida pela maioria dos 07 (sete) vereadores presentes à sessão do dia 17 de março de 1994, seis votos a um.

Em assim sendo, segundo a impetrante, estaria o Presidente obrigado a afastar das funções os vereadores acusados, porém, nenhuma providência foi adotada.

Três dias antes da aludida sessão, os vereadores acusados, através do requerimento nº 01/93, requereram a concessão de licença para trato de assunto particular, fato comprovado pelo documento inserto no processo nº 40/94, cuja segurança é a mesma aqui pretendida.

Em 19 de abril, os denunciados requereram a suspensão da licença, com o conseqüente retorno às funções na Câmara Municipal, fato também contestado pela impetrante, pois, segundo ela, trazendo à colação o disposto no art. 61 do citado Regimento interno, **o vereador licenciado somente pode retornar após o término do prazo solicitado.**

Por fim, em 06 de maio do fluente, após a impetração do MANDAMUS, o Presidente da Câmara, através do ato nº 01/94, resolveu suspender do exercício do cargo de vereador, Pedro Alves Feitosa e Everaldo Mariano de Souza.

DO DIREITO

Digna Magistrada, através do ato nº 01/94, pode-se dizer que houve O ATENDIMENTO DO PEDIDO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA e aí dúvidas existem sobre se deve ser julgado o mérito ou considerado o perecimento do objeto.

Entende o Ministério Público, particularmente este Agente subscritor, que o Poder Judiciário não deve “lavar as mãos”, e é isto que na verdade acontece quando se acoberta sob o manto do “perecimento do objeto” para deixar de enfrentar o mérito da lide deduzido em Juízo.

A posição esposada não é solitária, encontrando ressonância na festejada pena do Mestre Hely Lopes Meirelles, onde, em sua obra “MANDADO DE SEGURANÇA”, 15.Ed, 1990, pág. 81, assim leciona:

O atendimento do pedido antes da sentença tem suscitado dúvidas sobre se deve ser julgada a impetração pelo mérito ou considerado o perecimento pelo objeto. Entendemos que a segurança há de ser julgada pelo mérito, pois a invalidação do ato impugnado não descaracteriza sua ilegalidade originária; antes a confirma. O julgamento de mérito torna-se necessário para definição do direito postulado e de eventuais responsabilidades da Administração para com o impetrante e regresso contra o impetrado”.

Lançadas estas considerações primeiras, não só, se torna pertinente tecer alguns comentários sobre a legitimidade de parte passiva ***ad causam e ad processum***, conforme suscitado pelo informante, como também, a do polo ativo.

A Carta Maior, em seu art. 5., Inc. LXIX, verbera:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por ***habeas corpus ou habeas data*** quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Quando prestadas as informações, o Presidente em exercício da Câmara arguiu a ilegitimidade passiva ***ad causam***, alegando que a impetrada não realiza atos de vontade por si só, trazendo à colação excerto do Grande publicista pátrio, Hely Lopes Meireles, onde assevera:

“Impetrado. O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e

ao qual o seu ato é impetrado em razão do ofício”.

Data venia, não pode prosperar a arguição de ilegitimidade de parte passiva **ad causam**, uma vez que o próprio impetrante, ao referir-se à Câmara Municipal como “autoridade coatora”, o fez, dizendo ser representada por seu Presidente, cabendo aqui, invocar, pela similitude, decisão do STF que admitiu: **“para efeito de legitimidade ad causam, as expressões Município e Prefeitura se equivalem”** (RTJ 96/759).

De mais a mais, em todo o corpo da exordial, a impetrante se refere a ato omissivo praticado pelo Presidente da Câmara, o qual é o responsável pelo ato impropriamente atribuído a todo colegiado.

Já no polo ativo da relação processual encontramos a Chefe do Executivo Municipal e aqui, indagamos se seria parte legítima para a presente impetração.

A resposta deve ser encontrada analisando-se o disposto no art. 15 da Lei Orgânica do Município, **verbis**:

“O Prefeito e Vice-Prefeito tomarão posse perante a Câmara de Vereadores, jurando manter, preservar e cumprir as Constituições Federal e Estadual, observando as leis, obrigando-se a promover o bem estar do povo e sustentando a autonomia do Estado e do Município e a integridade e independência do Brasil”.

Por sua vez, o Regimento interno da Casa Legislativa, em seu art. 37, **caput** e parágrafo primeiro complementa:

Art. 37. A Câmara poderá constituir comissão de investigação e Processante, com a finalidade de apurar infrações político administrativas do Chefe do Executivo, da mesa ou de vereadores, no desempenho de suas funções.

§ 1º “As denúncias sobre irregularidades podem ser oferecidas por qualquer eleitor, por escrito, com firma reconhecida, especificadas com clareza, cabendo apontar a disposição legal infringida, juntar as provas do alegado e indicar aquelas cujo denunciante estiver impossibilitado de produzir”.

Se qualquer eleitor pode oferecer “denúncia”, na forma como referida acima, muito mais o Chefe do Executivo, pois

entender de forma contrária seria castrar o direito e acima de tudo omitir o dever, daquele a quem compete cumprir as Constituições Federal e Estadual e observar as leis.

E, se quando da apresentação da denúncia por ele formulada, não teve, em tese, e aqui é o que se verifica, o seu processamento regular, com o afastamento dos vereadores acusados de tramar a sua morte, deve ele, “bater às portas” do Poder Judiciário para corrigir a ilegalidade apontada, sendo portanto, parte legítima para a causa e para o processo, lembrando aqui o comando de matriz Constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (art. 5, Inc. xxxv)

Conspícua Magistrada, a segurança pretendida respeita fundamentalmente à suspensão do exercício do cargo, dos vereadores “denunciados” perante a Câmara Municipal, primeiro porque não poderiam reassumir as funções antes do término da licença requerida e, segundo, porque recebida a “denúncia” pela maioria simples dos membros da casa”, conforme dita o art. 68, parágrafo primeiro da prefalada resolução.

Primeiramente, cabe tecer-mos alguns comentários sobre a legalidade ou não do dispositivo que impede o licenciado de voltar ao exercício do cargo antes do término daquela, conforme defendido pela impetrante.

Sobre o tema, verbera o Regimento Interno;

Art. 60. “O vereador poderá licenciar-se, mediante requerimento dirigido à Presidência por prazo determinado nos seguintes casos”:

I - . . .

II - . . .

III - tratamento de interesse particular.

Art. 61. O vereador licenciado somente poderá reassumir após o término do prazo solicitado.

A licença requerida pelos Edís foi justificada como sendo para tratamento de interesse particular, havendo previsão legal para tanto, como visto e, pelo prazo de noventa dias, porém, em que pese a norma inserta do art. suso referido, requereram, antes do seu término, o retorno ao cargo, tendo sido deferido o pedido. Em assim procedendo, o Presidente da Casa agiu sob o manto da legalidade?

À luz do artigo 61 não, porém, entendê-mo-lo de Constitucionalidade duvidosa. De acordo com o art. 60, parágrafo segundo da mesma “Lei interna”, somente licença igual ou superior a 120 dias implicará na convocação do suplente e aí fará sentido o comando da norma, ou seja, assumindo este, deverá sê-lo por prazo determinado, por igual período ao tempo do afastamento, tudo para que não se crie uma situação de incerteza, até mesmo para garantir a sua independência nas deliberações da Casa, ficando livre de ameaça ou pressões do titular que, ao ver-se “prejudicado” nos seus interesses, poderia, inexistindo o preceito sub análise, requerer o seu imediato retorno, inibindo-se desta forma o livre exercício do mandato.

Diferente é a hipótese, onde a licença não implicará na convocação do suplente, como no caso dos autos, pois aqui, “resolucionada a pendência particular”, muito embora requerida aquela por prazo certo, não terá ele apenas o direito de retornar ao cargo, MAS O DEVER, DECORRENTE DO JURAMENTO SOLENE PRESTADO QUANDO DA POSSE ONDE PROMETE DESEMPENHAR FIELMENTE O MANDATO, o que não ocorrerá se afastado do seu exercício, sem ter motivos para tanto.

A outra irresignação, que acatada, terá a mesma finalidade, aponta para a omissão do Presidente da Câmara em não afastar os Edís “denunciados”.

Quanto ao tema **sub aegide**, traga-se à colação alguns dispositivos do Regimento Interno:

Art. 67. Perderá o cargo o Vereador quando:

I - . . .

II - Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decôro na conduta pública.

Art. 68. Dar-se-á a suspensão do exercício do cargo de vereador:

I - . . .

II -

III - Nos casos previstos no art. 67 deste Regimento. Parágrafo primeiro: Compete ao Presidente da Câmara afastar de suas funções o vereador acusado, desde que a denúncia seja recebida pela maioria simples dos membros da casa.

Questão de interesse maior é explicitar o desejo da norma ao ditar a expressão “maioria simples dos membros da casa”, pois, equacionada esta, será possível dizer se houve a prática ilegal do ato omissivo do Presidente da Câmara, a ser corrigida pelo *mandamus*.

Por maioria simples, entenda-se, seguindo os passos firmes do Grande Prógono Hely Lopes Meireles, em sua obra “Direito Municipal Brasileiro”, 6. Ed. Ed. Malheiros, 1990, “a que compreende mais da metade dos votantes presentes à sessão, ou a que representa o maior resultado da votação, dentre os que participam dos sufrágios, quando haja dispersão dos votos, por vários candidatos”.

A Câmara de Vereadores de Canindé do São Francisco, conforme cópia de ata de posse anexada à este, é composta por 10 (dez) membros. Quando da sessão do dia 17 de março do fluente, presentes 07 (sete) vereadores, por seis (seis) votos foi recebida a “denúncia”. Considerada a maioria simples como mais da metade dos votantes presentes, bastaria que 04 (quatro) vereadores deliberassem pelo recebimento da “denúncia” para que o Presidente da Casa fosse obrigado e esta é a palavra, a suspender do exercício do cargo os Vereadores denunciados, o que de imediato não aconteceu, somente o fazendo após a impetração do presente, conforme ato nº 01/94.

Face à imprecisão técnica do conteúdo da norma, corporificada no parágrafo primeiro do art. 68 do Regimento Interno, é até possível interpretá-la de modo diverso. Explicamos. A expressão “maioria simples dos membros da casa” é imprecisa, pois se o Legislador quisesse dizer maioria simples, bastaria fazê-lo sem referir-se “aos membros da casa”, já que o seu conceito não comporta qualquer acréscimo, conforme já visto.

Em assim sendo, recomenda-se a correção do referido dispositivo, tornando-o de interpretação mais cristalina, pois da maneira como redigido, pode dar margem a que se diga que em se tratando de assunto de tão relevância, — afastamento do cargo de vereador —, a expressão “maioria simples dos membros da casa” em verdade quer dizer “a maioria dos membros da casa”, o que, em outras palavras, pode significar que para o afastamento dos Edís, será necessário a chamada “*maioria absoluta*”, *compreendida esta como mais da metade do número total de mem-*

bros da Câmara, computando-se os ausentes e os presentes à sessão”.

E adotando-se esta última orientação, ainda assim, omitiu-se o Presidente da Casa do seu dever legal e Regimental? A resposta é sim.

Considerando a composição do Parlamento Municipal, 10 (dez) membros, e os votos dos 06 (seis) vereadores que deliberaram pelo recebimento da “denúncia”, está caracterizada a maioria absoluta nos moldes conceituais já referidos, isto, ainda que computados os votos dos “denunciados”, o que não é o caso, face aos interesses envolvidos.

EX POSITIS, pelos motivos já expostos, entendendo ter sido violado direito líquido e certo da impetrante, pelo ato omissivo do Sr. Presidente da Câmara Municipal de Canindé do São Francisco, opina pela procedência do pedido formulado, concedendo-se a Segurança pretendida, para determinar o afastamento dos Vereadores Pedro Alves Feitosa e Everaldo Mariano de Souza, até o julgamento final da “denúncia” contra eles aceita e processada pelo Parlamento Municipal, assumindo os respectivos suplentes, tudo com espeque no art. 68, parágrafo segundo da prefalada Lei interna.

É O PARECER.

Canindé do São Francisco, 11 de julho de 1994.

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU - SERGIPE

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE,
pela Promotora de Justiça que esta subscreve, com atribuição de
Curadora de Proteção ao Consumidor da Capital, nos termos da
Portaria Nº 121/93 do Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça,
em apenso, com endereço para intimações na Praça Fausto
Cardoso, s/n, Ed. Walter Franco, 5º andar, nesta Capital, com
fulcro no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, combinado
com o artigo 51, § 4º, artigo 82, inciso I e artigo 90, 8078 de 11 de
setembro de 1990, e ainda, nos artigos 1º, incisos I e IV, artigos 3º
e 5º da Lei Federal 7347/85, vem à presença de Vossa Excelência
propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARATÓRIA DE
NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**, acrescida de **PEDI-
DOS LIMINARES**, pelas razões fáticas e jurídicas que ora aduz,
contra as seguintes entidades ligadas ao ensino:

a) **COLÉGIO DE CIÊNCIAS PURA E APLICADA - CCPA**,
situado na Rua Doutor José de Alencar Cardoso, nº 67, Aracaju,
Sergipe;

b) **COLÉGIO ARQUIDIOCESANO "SAGRADO CORA-
ÇÃO DE JESUS"**, situado na Rua Dom José Tomás, nº 194,
Aracaju, Sergipe;

c) **ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL IMACULADA CON-
CEIÇÃO**, entidade mantenedora do COLÉGIO PROFESSORA
CARLOTA, situado na Rua Maruim, nº 411/424, Aracaju, Sergipe;

d) **COLÉGIO DE ORIENTAÇÃO E ESTUDOS INTEGRA-
DOS COESI**, situado na Rua Oscar Valois Galvão, nº 355, Leite
Neto, Aracaju, Sergipe;

e) **COLÉGIO SALESIANO NOSSA SENHORA AUXILIADORA**, situado na Rua Riachuelo, nº 1386, Bairro Cirurgia, Aracaju, Sergipe;

f) **COLÉGIO PURIFICAÇÃO**, situado na Rua Nestor Sampaio, nº 307, Bairro Luzia, Aracaju, Sergipe;

g) **EDUCANDÁRIO MURILO BRAGA**, situado na Rua Laranjeiras, nº 961, Aracaju, Sergipe;

h) **ESCOLA PARQUE DE SERGIPE**, situado na Avenida Pedro Paes de Azevedo, nº 575, Aracaju, Sergipe.

DOS FATOS:

I. Conforme se infere da documentação acostada, a **ASSOCIAÇÃO DE PAIS E ALUNOS DO ESTADO DE SERGIPE**, através de ofício subscrito pelo seu Presidente, informou ao Ministério Público do Estado de Sergipe que os estabelecimentos de ensino particular ora demandados, estavam firmando contratos entre os pais e alunos, na forma dos denominados “**TERMOS DE ACORDO**”, assinalando a existência de **cláusulas abusivas**, comprometendo o equilíbrio contratual, causando sérios prejuízos às famílias que se utilizam de tais serviços, requerendo ao adoção da medidas cabíveis.

II. Da análise detida dos “Termos de Acordo”, em apenso, constata-se que este caracterizam-se como **CONTRATOS DE ADESÃO** definidos no Código de Defesa do Consumidor, no **caput** do artigo 54: “Contrato de adesão é aquele cujas as cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar suas cláusulas”

III. Cumpre assinalar entretanto, que os Contratos firmados entre os estabelecimentos de ensino ora demandados e os pais de alunos, caracterizados pelas cláusulas insertas no seu bojo, como verdadeiros **contratos de adesão**, apresentam violação das regras gerais, sendo necessária a declaração de nulidade de suas cláusulas, conforme os ensinamentos do Mestre Orlando Gomes, senão vejamos:

“A validade dos contratos requer a observância de regras legais relativas a seus pressupostos e requisi-

tos. Se as partes transgridem-nas, o negócio é privado dos efeitos que deveria suscitar. A **invalidade**, pois implica a ineficácia (in Contratos - 7ª edição - Editora Forense, pag. 228)

IV. Ressalte-se ainda, que são fatos os ensinamentos doutrinários no sentido de que será obrigatória a declaração de cláusulas abusivas, evidenciando-se tal abusividade pela unilateralidade, vantagem excessiva para o predisponente e desvantagem excessiva para o aderente, bem como a incompatibilidade com os princípios da boa-fé e equidade, consoante vê-se a seguir:

“O Direito cominou às cláusulas abusivas o mais elevado grau de invalidade: a **nulidade** (grifo nosso). As cláusulas abusivas são insuscetíveis de convalescimento, porque o direito lesado não pertence apenas ao aderente, mas à coletividade potencialmente atingida. A nulidade da cláusula abusiva não invalida o contrato, na parte remanescente, salvo se esta resultar desequilibrada no balanço de direitos e obrigações” (in Condições gerais dos Contratos e Cláusulas abusivas - Paulo Luiz Neto Lobo - Editora Saraiva, pag. 212).

V. Induvidosa, no caso em espécie, é a necessidade da presente ação, de cunho declaratório, visando o Ministério Público, a decretação da nulidade das cláusulas abusivas contidas nos denominados “Termos de Acordo”, apresentados pelos Réus, pela **urgente necessidade de resguardar os direitos dos aderentes**, ou seja, os pais de alunos, que estão em evidente posição de inferioridade, diante do poder dominante dos estabelecimentos de ensino, que fixam de modo unilateral e abusivo as cláusulas contratuais atinentes ao serviço educacional, causando sérios prejuízos às partes.

DAS MENSALIDADES ESCOLARES:

I. Para situar bem a questão debatida, mister se faz a apresentação de algumas considerações preliminares sobre as vigentes leis que versam sobre a fixação das mensalidades escolares, que são as 8170/91 e 8178/91:

A Lei 8170/91, ao regular a questão das mensalidades escolares para os contratos anuais, prevê inicialmente uma NE-

GOCIAÇÃO entre os pais de alunos e respectivos estabelecimentos de ensino particular, para a fixação do valor da mensalidade escolar do ano correspondente, com base no planejamento pedagógico e econômico-financeiro da instituição de ensino e lucro máximo de 10% (dez por cento), que, após ajustado, e comprovando através da apresentação de planilha de custos as despesas das Escolas, será publicada no Diário Oficial, ensejando a impugnação dos valores pela Associação de Pais e Alunos do Estado, quando houver discordância.

Esse valor será reajustado, subsequentemente, mediante duas regras previstas no artigo 2º da Lei 8170, com a redação modificada pelo artigo 14 da Lei 8178/91, que dispõe:

“Artigo 2º: o valor dos encargos a que se refere o artigo anterior, uma vez acertado e homologado em contrato escrito, poderá ser reajustado pelo repasse de:

- I. até setenta por cento do índice de reajuste concedido à categoria profissional predominante na instituição de ensino, em decorrência de lei, decisão judicial, acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho;
- II. no mês de agosto de cada ano, até trinta por cento da variação do índice nacional de preços ao consumidor entre os meses de janeiro a julho e, excepcionalmente em 1991, até trinta por cento da variação do INPC entre os meses de janeiro a julho”.

II. Destarte, apesar da redação do artigo acima transcrito, os estabelecimentos de ensino demandados na presente, de forma notadamente **ABUSIVA, ILEGAL, ARBITRÁRIA e UNILATERAL**, fixaram as mensalidades escolares relativas ao ano de 1994, sem a realização de qualquer negociação ou apresentação e planilhas de custos operacionais, ensejando a ocorrência de graves prejuízos aos pais de alunos, que foram compelidos a efetuar o pagamento dos valores fixados aleatoriamente pelas escolas e a celebrarem os contratos de adesão, com várias cláusulas abusivas, sem qualquer possibilidade de questionar os termos insertos.

III. Vale ressaltar, que a Associação de Pais e Alunos do Estado de Sergipe, contestou perante o Ministério da Educação e Cultura os valores relativos às mensalidades escolares dos estabelecimentos de ensino fixados sem obedecer aos preceitos

legais, encontrando-se tal procedimento em curso, face a inexistência de acordo, uma vez que as escolas negaram-se a apresentar os documentos exigidos, comprovando que fora realizada a planilha de custos operacionais para a obtenção do valor da mensalidade relativa ao ano de 1994, consoante demonstram documentos em apenso.

IV. No que concerne às regras de reajuste das mensalidades escolares, os estabelecimentos de ensino, com o objetivo claro de prejudicar aqueles que necessitam de educação, ao contrário do que determina a Lei 8178/91, inseriram nos “Termos de Acordo”, que o reajuste será de **70% (setenta por cento)** do aumento concedido aos professores, mais **30% (trinta por cento)** do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), **mês a mês**. Ressalte-se que a lei dispõe que este último índice somente será repassado no mês de agosto, observando-se a variação de 30% (trinta por cento) do INPC do mês de Janeiro a Julho, gerando de forma clara, o desequilíbrio contratual.

V. Tais considerações visam esclarecer os direitos fundamentais dos pais de alunos, salientando-se que, no que diz respeito à fixação das mensalidades escolares, as Escolas deverão obedecer ao estatuído na Legislação específica, com a observância dos seguintes requisitos essenciais:

- a) Negociação preliminar entre os pais e proprietários de escolas particulares, para fixação do valor da mensalidade escolar do ano correspondente;
- b) Apresentação de planilha de custos, com a comprovação das despesas e dos lucros, no limite máximo de 10% (dez por cento);
- c) Reajuste das mensalidades, com o repasse de até 70% (setenta por cento) do reajuste concedido aos professores, e variação de 30% (trinta por cento) do INPC em Agosto.

VI. Tem-se então, que os estabelecimentos de ensino, Réus do presente feito, ao elaborarem os contratos supramencionados, de modo imperativo, em desobediência aos preceitos legais pertinentes, inseriram cláusulas notadamente abusivas, não somente no que diz respeito às mensalidades escolares e seus respectivos reajustes, assim como outras, que transgridem as normas gerais de direito, conforme narrado a seguir.

DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:

I. Examinando-se os contratos, denominados “**TERMOS DE ACORDO**”, constata-se que estes apresentam as seguintes **cláusulas abusivas**, causadora de ônus insuportáveis para as famílias que mantêm seus filhos matriculados em estabelecimentos de ensino particular:

a) INEXISTÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO:

I. Conforme demonstrado supra, a Legislação que trata da fixação das mensalidades escolares, estabelece a obrigatoriedade de uma negociação entre os pais e os proprietários de estabelecimento de ensino particular, com a apresentação de planilha de custos, para a obtenção do valor a ser efetivamente cobrado, durante o ano letivo correspondente.

II. Os estabelecimentos de ensino fixaram unilateralmente o valor da mensalidade escolar, inserindo nos respectivos contratos as seguintes cláusulas abusivas:

1. Colégio de Ciências Pura e Aplicada - **Cláusula V**;
2. Colégio Arquidiocesano - **Cláusula II, § 2º**
3. Colégio Professora Carlota - **Cláusula V**;
4. Colégio de Orientação e Estudos - **Cláusula V**;
5. Colégio Salesiano Nossa Senhora Auxiliadora - **Cláusu-**

la II

6. Colégio Purificação - **Cláusula II**;
7. Educandário Murilo Braga - **Cláusula II**;
8. Escola Parque de Sergipe - **Cláusula V**;

b) REAJUSTA ILEGAL:

I. Consoante determinação legal, transcrita anteriormente, o reajuste da mensalidade escolar, será efetuado pelo repasse de até 70% (setenta por cento) do reajuste concedido aos professores, acrescido no mês de **AGOSTO** de cada ano, de até 30% (trinta por cento) da variação do INPC.

II. Entretanto, as escolas, sob o pretexto de “evitar ao contratante correção elevada do preço de uma só vez”, acrescentaram nos respectivos contratos que o repasse de 30% (trinta por

cento) do INPC seria mês a mês, respectivamente em Maio, Junho, Julho, Agosto, Setembro, Outubro e Novembro, contrariando o preceito legal pertinente, visto que a Lei 8170/91, apresenta redação diversa, conforme acima descrito, verificando-se a abusividade das cláusulas a seguir:

1. Colégio de Ciências Pura e Aplicada - **Cláusula V, § 3º;**
2. Colégio Arquidiocesano - **Cláusula IV, § 1º, letra a;**
3. Colégio Professora Carlota - **Cláusula VI, § 1º;**
4. Colégio de Orientação e Estudos - **Cláusula V, § 5º;**
5. Educandário Murilo Braga - **Cláusula VI;**
6. Escola Parque de Sergipe - **Cláusula VI, § 1º;**

c) COBRANÇA ANTECIPADA DA MENSALIDADE:

I. Nos contratos acima mencionados, os estabelecimentos de ensino, de forma unilateral e notadamente abusiva, fixaram cláusulas com a cobrança antecipada da mensalidade escolar, com a data de pagamento incidindo via de regra, nos primeiros dias do **mês vincendo**, gerando encargos financeiros, na hipótese de inadimplência por parte dos pais de alunos.

II. Tal prática, evidentemente abusiva, prejudica as famílias, visto que estes são obrigados a pagar pela prestação de um serviço ainda não utilizado, com o agravante da cobrança indevida de multa e outros encargos sobre o valor principal adiantadamente exigido pelas escolas.

III. Ressalte-se que, com a ocorrência de tal cobrança, os estabelecimentos de ensino recebem os valores correspondentes às mensalidades no início de cada mês, com a prestação do serviço ainda em curso, somente efetuando o pagamento dos funcionários e professores ao final do período respectivo, onerando as famílias e aumentando a sua margem de lucro.

IV. Cumpre afirmar que tal cláusula abusiva está presente em todos os contratos firmados, com estabelecimento de datas diversas, porém sempre com a cobrança nos primeiros dias de cada mês, na forma das cláusulas a seguir enumeradas:

1. Colégio de Ciências Pura e Aplicada - **Cláusula II, § 2º;**
2. Colégio Arquidiocesano - **Cláusula IV;**
3. Colégio Professora Carlota - **Cláusula II, § 3º;**

4. Colégio de Orientação e Estudos Integrados - **Cláusula II, § 3º;**

5. Colégio Salesiano - **Cláusula VI;**

6. Colégio Purificação - **Cláusula V;**

7. Educandário Murilo Braga - **Cláusula II, § 3º;**

8. Escola Parque de Sergipe - **Cláusula II, § 3º;**

d) COBRANÇA ILEGAL DE TAXA DE RECUPERAÇÃO:

I. A Lei 8170/91, estabelece que as escolas poderão cobrar no curso do ano letivo **12 (doze) mensalidades**, correspondentes aos serviços prestados neste período, com a impossibilidade de exigir dos pais de alunos, o pagamento de outros encargos. Outrossim, apesar da determinação legal expressa, as escolas fixaram nos denominados “Termos de Acordo”, cláusulas abusivas que permitem a cobrança de taxa ilegal de recuperação, com a seguinte redação:

“Não estão incluídos neste acordo os serviços especiais de **recuperação**, reforço, adaptação e transporte escolar, os serviços médicos decorrentes de acidentes casuais, os uniformes, merenda e o material didático de uso pessoal e obrigatório e ainda segunda ou seguintes vias de documentos escolares, que poderão se objeto de cobrança à parte”. (**cláusula I, § 2º, do Colégio CCPA e dos demais estabelecimentos de ensino**).

II. A abusividade de tal cláusula inserta dos contratos firmados entre os pais de alunos e as respectivas escolas, está evidenciada na ilegalidade da cobrança efetuada, que gera ônus para aqueles que se utilizam dos serviços, sendo necessária a decretação de sua nulidade, nos termos expressos da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

c) RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO:

I. Evidenciando-se mais uma vez a desobediência às regras pertinentes aos contratos, sobretudo no que concerne àqueles que tratam da prestação de serviços essenciais, como os em epígrafe, as escolas incluíram nos “Termos de Acordo”, uma

cláusula que permite a rescisão unilateral, **independentemente de interpelação**, cessando a prestação dos serviços, na hipótese de atraso no pagamento da mensalidade escolar, nos termos a seguir:

“Havendo atraso de pagamento superior a 30 (trinta) dias, o 2º acordante ou contratado poderá, ficando desde já autorizado a assim proceder: emitir contra o 1º acordante os títulos de créditos cabíveis; efetuar a cobrança pelos meios previstos na legislação comum aplicável; **recusar a renovação da matrícula para o período letivo seguinte; cancelar independentemente de interpelação, o presente contrato, cessando a prestação de serviços**” (Colégio de Ciências Pura e Aplicada, Cláusula III).

II. Como se observa, tal cláusula abusiva contraria os ensinamentos jurídicos existentes, visto que com tal prática, os estabelecimentos de ensino prejudicarão os menores e adolescentes que se utilizam dos serviços, expondo-os ao ridículo, contrariando o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como interferindo no seu regular desenvolvimento, com a ocorrência de danos irreparáveis.

III. Vale ressaltar, que a Medida Provisória Nº 349/93, visando coibir esta prática abusiva, deu nova redação ao artigo 4º da Lei 8170/91, estabelecendo que:

“É vedada a limitação ou restrição do exercício das atividades escolares e administrativas correlatas, **por inadimplência do aluno**, — sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

IV. Ora, Exa., os proprietários de escolas particulares possuem em seu benefício os mecanismos legais para a cobrança da mensalidade em atraso. Entretanto, fixar no contrato cláusula que permite a rescisão unilateral, sem informar aos pais do aluno, proibindo o acesso deste à escola, exponho-o à situação constrangedora e ilegal, caracteriza-se como uma abusividade sem precedentes.

V. As cláusulas que permitem tal ato unilateral e abusivo são as seguir assinaladas:

1. Colégio de Ciências Pura e Aplicada - **Cláusula III**;
2. Colégio Arquidiocesano - **Cláusula V, letra d**;

3. Colégio Professora Carlota - **Cláusula III;**
4. Colégio de Orientação e Estudos - **Cláusula III;**
5. Colégio Salesiano - **Cláusula VI, § 4º;**
6. Colégio Purificação - **Cláusula V, § 4º;**
7. Educandário Murilo Braga - **Cláusula III;**
8. Escola Parque de Sergipe - **Cláusula III;**

f) CLÁUSULAS SEM RESSALVA:

I. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, estabelece que as cláusulas geradoras de desvantagem para o aderente, nos denominados Contratos de Adesão, como os mencionados, devem ser ressaltados, com a grafia de letras grandes, com destaque, visando assegurar o resguardo dos direitos essenciais para aqueles que estão a celebrar o contrato, na forma a seguir:

Art. 54:

§ 4º: As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo a imediata e fácil compreensão"

II. Analisando-se os contratos inclusos, tem-se que estes apresentam várias cláusulas limitadoras dos direitos dos pais de alunos, como por exemplo a que exige o pagamento de indenização à Escola, se porventura o aluno requer o desligamento antes de iniciadas as aulas, ou o pagamento do mês subsequente na hipótese de requerimento de transferência do aluno, conforme descritos nas cláusulas a seguir:

1. Colégio de Ciências Pura e Aplicada - **Cláusula IV;**
2. Colégio Arquidiocesano - **Cláusula VI, letra a e c;**
3. Colégio Professora Carlota - **Cláusula VI, § 2º;**
4. Colégio de Orientação e Estudos - **Cláusula IV;**
5. Colégio Salesiano - **Cláusula V;**
6. Colégio Purificação - **Cláusula IV;**
7. Educandário Murilo Braga - **Cláusula III;**
8. Escola Parque de Sergipe - **Cláusula III e IV, parágrafo**

único;

DA QUESTÃO JURÍDICA:

I. Pela narração dos fatos acima transcritos, com a descrição das cláusulas abusivas, depreende-se que os Réus ao firma-

rem os denominados “Termos de Acordo” com os pais de alunos, não atinaram para as normas pertinentes à elaboração dos mesmos, implicando a existência do desequilíbrio contratual, demonstrando-se excessivamente onerosos para os consumidores, isto porque, não foram resguardados seus direitos essenciais.

II. Neste diapasão, cumpre salientar que antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, não havia em nosso Direito positivo qualquer texto que regulasse especificamente o contrato de adesão e o controle de suas cláusulas abusivas. Entretanto, com o surgimento da Lei 8078/90, foi regulado expressamente o contrato de adesão, em seu artigo 54 e parágrafos, instituindo outrossim, as regras para a sua modificação como direitos básicos do consumidor, conforme estabelecido no artigo 6º, IV e V:

“São direitos básicos do consumidor:

I

II

III

IV. a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V. a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”

III. Tenha-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor, visando a proteção dos aderentes, enumera no artigo 51 as cláusulas contratuais que são nulas de pleno direito, sob o título **“DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS”**, concluindo-se que num contrato, as obrigações e direitos das partes devem ser equilibradas e de acordo com a legislação em vigor, sob pena de se tornarem abusivas:

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

I

II

III

IV. estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em **desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade”.**

IV. Conforme demonstrado, os estabelecimentos de ensino, ora Réus, ao elaborarem os Contratos de prestação de serviços educacionais, com a colocação de cláusulas que implicam em: A) Inexistência de negociação para a fixação da primeira mensalidade; B) Inserção de modo do respectivo reajuste de forma ilegal, sem observância da Lei específica; c) Cobrança antecipada da mensalidade escolar, verificando-se que os pais de alunos pagam por um serviço não prestado, com o locupletamento das entidades de ensino, que recebem os valores no início de cada mês, aplicando a quantia, e somente efetuando o pagamento dos professores ao final do mês correspondente; D) Cobrança ilegal de taxa de recuperação, quando a Lei determina que só poderão ser cobradas 12 (doze) mensalidades; E) A Rescisão unilateral do contrato, coibindo os direitos primordiais dos estudantes; F) Cláusulas que limitam o direito dos aderentes, sem a ressalva exigida pelo Código de Defesa do Consumidor.

V. Ao abordar as novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais, a Dr^a DORALINA MARIANO DA SILVA, Advogada do Estado de Mato Grosso, apresenta os seguintes ensinamentos:

“Com efeito, as causas da estipulação de cláusulas abusivas no âmbito das relações de consumo são explicadas doutrinariamente como decorrência da qualidade das partes contratantes e do modo de conclusão do contrato. Na primeira enquadra-se a desigualdade das partes, pois além da superioridade econômica do fornecedor detém ele a superioridade técnica, quer em relação aos produtos ou serviços oferecidos, quer em relação ao conteúdo do contrato, o que coloca o consumidor em posição de desvantagem, já que estes não dispõem dos mesmos elementos. A segunda explicação das causas da estipulação de cláusulas abusivas nos contratos de consumo consiste justamente no modo de conclusão dos contratos, já que os mesmos são concluídos, de regra por adesão.

As cláusulas abusivas são opressivas e seu número pode ser limitado. Por essa razão, o Código de Defesa do Consumidor as regulamentou em **numerus apertus** o que facilita sobremaneira o trabalho do aplicador do direito, pois basta que uma cláusula esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (artigo 51, XV), para que ela seja tomada por abusiva.” (Direito do Consumidor - Volume 5, pág. 241).

Conclui a eminente Jurista, analisando os aspectos normativos contidos no Código de Defesa do Consumidor:

“O Código de Defesa do Consumidor adotou o princípio da conservação do contrato e alterou substancialmente o princípio do **pacta sunt servanda**, de modo que em face das relações de consumo, perde relevância a autonomia da vontade sempre que ela represente ameaça ao equilíbrio e igualdade das partes.

Trata-se da primeira lei brasileira a regulamentar o contrato de adesão e instituir um sistema de controle das cláusulas abusivas.

Esse Código veda expressamente a estipulação de cláusulas abusivas, dentre as quais também a cláusula de não indenizar, estabelecendo, para esse fim, o regime da **nulidade de pleno direito**” (in Direito do Consumidor - Volume 5 - Jurisprudência Comentada, pág. 246)

VI. Assim, indubitosa é a necessidade da presente ação, de cunho **declaratório**, visando a nulidade das cláusulas abusivas, com a manutenção do equilíbrio contratual, e a possibilidade da vigência regular do contrato firmado, com a extirpação de tais aberrações.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

I. A Constituição de 1988, no seu artigo 129, inciso III, afetou ao Ministério Público, na qualidade de guardião da sociedade, o dever de promover o Inquérito Civil e Ação Civil Pública, em proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, nestes entendidos os atinentes aos consumidores.

II. A Lei 7347 de 24 de Julho de 1985, disciplinando a Ação Civil Pública, trata da proteção aos danos causados, entre outros, ao consumidor, na forma a seguir delineada:

“Artigo 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da Ação Popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I

II. ao **consumidor**;

III

IV. a qualquer outro interesse **difuso** ou **coletivo**.

Artigo 5º A ação principal e cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios”.

III. Dispõe ainda, o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

“Artigo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo:

Parágrafo único. A Defesa Coletiva será exercida quando se tratar de:

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

II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos dos decorrentes de origem comum.

Artigo 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I. O Ministério Público”.

IV. O Ministério Público, sem dúvida alguma, está dotado de legitimidade processual para promover a defesa dos interesses ou direitos coletivos da titularidade de grupos, categorias ou classes determinadas ou determináveis, de natureza indivisível. Não se poderia negar que o caso concreto visa atingir uma relação de consumo, de um lado os pais de alunos, em número inde-

terminável — daí o interesse coletivo — e, de outro, as escolas que recebem o **quantum** equivalente à prestação de tais serviços.

V. Vale assinalar, que o caso em epígrafe versa sobre a Declaração de Nulidade de Cláusulas abusivas inseridas nos “TERMOS DE ACORDO”, firmados entre os Réus e os respectivos pais de alunos ali matriculados, sendo que o artigo 51, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, legitima o Ministério Público a ingressar em Juízo, estabelecendo o equilíbrio dos contratos, com a retirada das cláusulas abusivas:

“Artigo 51, § 4º:

É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente, requerer ao **Ministério Público** que ajuíze a ação competente para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes”.

VI. O Ministério Público age no presente feito, portanto, na condição de substituto processual dos pais de alunos prejudicados pela prática abusiva dos estabelecimentos particulares de ensino, ao fixarem cláusulas unilateralmente, desobedecendo aos preceitos legais existentes, consoante ensinamentos jurisprudenciais:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MENSALIDADE ESCOLAR - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

— São funções institucionais do Ministério Público promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos — artigo 129, III da Constituição Federal. A Lei 7347/85, por sua vez, disciplina Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conferindo legitimidade ao Ministério Público. O Ponto nuclear da discussão, portanto, é a verificação da compatibilidade entre a proteção ao consumidor referido e os interesses difusos e coletivos previstos na Constitui-

ção da República. Parece não haver dúvida de que os **alunos se enquadram no elenco de consumidores**, quando se considera a prestação de serviço das escolas privadas e o correspondente pagamento das mensalidades. Assim, quando o Ministério Público promove qualquer medida em defesa do ensino, que pode ser considerado como de relevância pública principalmente porque disciplinado em seção própria da Constituição da República e sujeito à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, mesmo quando prestado pela iniciativa privada — cf. art. 209, II da Constituição da República — atende interesses coletivos dos consumidores. Não se pode olvidar que a solução da demanda repercutirá quanto aos demais alunos dos estabelecimentos de ensino e, sem dúvida poderá influir nas outras escolas existentes na Comarca e na região. É o que se convencionou chamar de **legitimação extraordinária**. Essa interpretação, não obstante os respeitáveis entendimentos em sentido contrário, foi extremamente reforçada com o advento da Lei 8078/90, que cuida da proteção ao Consumidor, e, no artigo 117 das disposições finais acrescentou o art. 21 à Lei 7347 de 1985, permitindo a aplicação de normas atinentes à defesa do consumidor em Juízo, criadas expressamente na indigitada legislação, à ação civil pública. **Assim, pode o Ministério Público, atualmente, defender os interesses ou direitos difusos** — artigo 81, parágrafo único, I, — os **interesses ou direitos coletivos** assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica — base — inciso II, e interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, inciso III. Por outro lado, a lei da ação civil pública confere legitimidade expressa ao Ministério Público — artigo 5º e o denominado Código de Defesa do Consumidor cuidou, inclusive da legitimação decorrente da instituição — art. 82. A

atuação do Ministério Público, ainda quando provocada por poucos pais ou responsáveis, não quer dizer que advoga em nome desta pessoa e sim que, diante da legitimação extraordinária que lhe é conferida, coloca as questões para a verificação da legalidade perante o Poder Judiciário (TJSP — Ac. da 4ª Câmara Cível, publicada em RTJSP Nº 137/312 — AI 153.193.1 — Rel. Lobo Junior — Associação Instrutiva Feminina X Ministério Público).

VII. Em verdade, inequívoca é a legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente demanda. Quer-se aqui a **DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**, com o objetivo de tutelar os interesses e direitos coletivos dos consumidores, ou seja, os pais de alunos, assegurando a correta aplicação da lei e garantindo o equilíbrio indispensável para o desenvolvimento válido e regular de uma relação contratual.

DO PEDIDO LIMINAR — “Periculum in Mora” e “Fumus Bonis Iuris”:

I. Como é óbvio, o processo em epígrafe exigirá tempo para a instrução e os atos decisórios, evidenciando-se a ocorrência de graves danos para um número indeterminado de consumidores, vez que até proferir-se a sentença, estes últimos ficarão sem a proteção necessária, com os estabelecimentos de ensino fazendo valer as cláusulas abusivas anteriormente descritas.

II. Deve-se aduzir então, que o “periculum in mora” e o “fumus boni iuris” evidenciam-se na hipótese em tela, por força da necessidade de antecipar as providências judiciais, amparando os consumidores fragilizados diante do poderio econômico e da pressão psicológica, garantindo-lhes relações de consumo pautadas da boa-fé e equidade, com a suspensão liminar dos efeitos das cláusulas abusivas existentes nos contratos.

III. Assim, com arrimo no artigo 90, do Código de Defesa do Consumidor, c/c o artigo 12, caput da Lei 7347 de 24 de Julho de 1985, sem justificação prévia, e a fim de compelir os demandados a retirar dos contratos mencionados, as cláusulas abusivas, sustando de imediato dos seus efeitos, pede **LIMINARMENTE**, o **MINISTÉRIO PÚBLICO**:

1º) A suspensão imediata dos efeitos das cláusulas abusivas inseridas nos “Termos de Acordo”, firmados com os demandados e pais de alunos, isto é: Colégio de Ciências Pura e Aplicada — cláusula V, cláusula V, § 3º, cláusula II, § 2º, cláusula I, § 2º, cláusula III e cláusula IV - Colégio Arquidiocesano - cláusula III, § 2º, cláusula IV, § 1º, letra a, cláusula IV, cláusula I, § 2º, cláusula V, letra a, cláusula VI, letra a e Colégio Professora Carlota - cláusula V, cláusula VI, § 1º, letra a, cláusula II, § 3º, cláusula I, § 2º, Cláusula III, cláusula VI, § 2º - Colégio de Orientação e Estudos — cláusula IV, cláusula III, cláusula I, § 2º, cláusula II, § 3º, cláusula IV, § 1º e cláusula V - Colégio Salesiano - cláusula II, cláusula VI, cláusula I, § 2º, cláusula VI, § 4º, cláusula V - Colégio Purificação - cláusula II, cláusula V, cláusula I, § 2º, cláusulas V, § 6º e cláusula IV - Educandário Murilo Braga - cláusula II, cláusula VI, cláusula II § 3º, cláusula I, § 2º, cláusula III, cláusula IV e Escola Parque de Sergipe - cláusula V, cláusula VI, § 2º, cláusula II, § 3º, cláusula I, § 2º, cláusula III, cláusula IV, parágrafo único;

2º) Que sejam efetuadas as cobranças das mensalidades escolares em iguais valores aos praticados para o mês de Dezembro de 1993, incidindo sobre estes os reajustes legais, ou seja, até 70% (setenta por cento) do reajuste concedido aos professores, em virtude da inexistência de negociação para a fixação da mensalidade inicial do ano de 1994;

3º) Suspensão da cobrança antecipada da mensalidade escolar, determinando-se a obrigatoriedade do pagamento no dia 30 (trinta) do mês, após exauridos os serviços educacionais prestados efetivamente;

4º) Seja publicado edital no órgão oficial de comunicação concernente à propositura da presente Ação Civil Pública, para que possam os interessados, querendo, intervir no processo como litisconsortes, com fulcro no artigo 94 da Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990.

DOS PEDIDOS FINAIS:

Diante das considerações expendidas, requer o Ministério Público do Estado de Sergipe:

A) Citação dos requeridos nos endereços indicados, para, querendo, contestar a presente Ação Civil Pública, sob pena de revelia e confissão, no prazo que lhes faculta a lei;

B) A conversão do pedido liminar em tutela definitiva, decretando-se a nulidade das cláusulas contratuais abusivas que indicam a inexistência de negociação preliminar para a fixação da mensalidade escolar do ano letivo de 1994; inserção de critérios ilegais para o reajuste das mensalidades escolares, cobrança antecipada do valor devido, com a incidência de encargos em caso de atraso; cobrança ilegal de taxa de recuperação; possibilidade dos estabelecimentos de ensino rescindirem unilateralmente o contrato, cessando a prestação de serviço e ainda, o estabelecimento de cláusulas que geram desvantagem para o consumidor, sem a devida ressalva, contrariando os permissivos legais pertinentes;

C) Requer, outrossim, a condenação dos requeridos no pagamento das despesas processuais relativos a presente ação, bem como as custas processuais na forma da lei, requerendo ainda, a dispensa do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, à vista do disposto no artigo 87 da Lei 8078/90;

D) Comunicação pessoal dos atos processuais, nos termos do parágrafo 2º do artigo 236, do Código de Processo Civil, no endereço assinalado na presente peça:

E) A inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, Lei 8078/90, no que couber, com a apresentação dos requeridos das provas esclarecedoras, demonstrando perante este Juízo a ocorrência do tudo quando alegado;

F) Cominar também aos Réus, multa diária equivalente ao valor da respectiva mensalidade escolar cobrada fora dos critérios determinados por Vossa Excelência, nos termos do artigo 11 da Lei 7.347/85, na hipótese de descumprimento da respectiva ordem, sem prejuízo do crime de desobediência;

Ao final, protesta e requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente o depoimento pessoal dos requeridos, sob pena de confesso, depoimentos de testemu-

nhas, perícia, inspeção judicial, juntada de documentos novos, e tudo o mais que for imprescindível para à elucidação dos fatos articulados.

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de cruzeiros reais), conforme disposto no artigo 258 do Código de Processo Civil.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, 04 de abril de 1994

MARIA HELENA MOREIRA SANCHES LISBOA
9ª Promotora de Justiça Auxiliar
CURADORA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU - SERGIPE

“Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequeto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que concerne a poucos, ou a um só.”

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através da Promotora de Justiça subfirmada, que exerce atribuições perante a **CURADORIA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, s/n, Ed. Walter Franco, 5º andar, nesta Capital, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, II e III, da Constituição Federal, corroborado com os arts. 1º, I, e 5º da Lei nº 7347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, e ainda com os arts. 42, 81, 82, I, 110 e 113, § 6º, da Lei nº 8078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR** contra a empresa **SICOL-Sistema Integrado de Cobrança LTDA-ME**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no

C.G.C./MF sob o nº 13.364.690/0001-00, com sede a Rua João Pessoa, nº 78, Ed. Norcon Shopping Center, sala 602, nesta Cidade, na pessoa do seu representante legal, pelas razões de fato e de direito a seguir:

MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE VIABILIDADE DA AÇÃO PROPOSTA

Primitivamente, antes de adrentar no mérito da demanda, cabe-nos ressaltar a legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente ação, afastando, preventivamente, qualquer argumento nesse sentido, evitando procratinações desnecessárias, resguardando os interesses, ora tutelados.

Nesse liame, seria de bom alvitre estabelecer que a legitimidade do Ministério Público, no caso "sub judice", possui sustentáculo na natureza difusa do direito a ser protegido, que ultrapassa o plano individual, assegurada na Carta Magna de 1988, alargando o campo de abrangência da Ação Civil Pública, como instrumento de tutela jurisdicional de direitos coletivos ou difusos, inserindo tais atribuições, funcionalmente, à Instituição Ministerial, ao determinar que:

...
"Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

...
III - Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente **e de outros interesses difusos e coletivos**". (grifamos).

Assim, emerge a tendência crescente quanto a tutela dos interesses coletivos e difusos, protegidos a bem da sociedade, seja de parte determinável, ou como um todo, sempre, contudo, na qualidade de direito superindividual, explicitamente previsto na Lei Maior, como já mencionado, e em legislação especial, como a Lei 7347/85, que disciplina as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, dentre outros de interesse geral, atribuindo no seu art. 5º, em concorrência com outras pessoas, legitimidade ao Ministério Público para postular em juízo a tutela dos direitos coletivos, pertencentes ao plano transindividual.

Como se não bastassem os meios legais já registrados, não poderíamos deixar de citar a Lei nº 8078/90, que estabeleceu o Código Guardião do Consumidor, patenteando ainda mais a legitimidade do agente promotorial, na defesa dos direitos resultantes da relação de consumo, pela natureza das normas estabelecidas através daquele diploma legal, de ordem pública e interesse social, na forma do art. 1º, o que implica no dever de agir do “Parquet”, quando indetificadas tais hipóteses, como bem estabeleceu Hugo Nigro Mazzilli, em a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, ao afirmar que:

“Assim, se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar o Ministério Público de assumir sua tutela.”

Desse modo, M.M. Julgador, como será demonstrado nas razões fáticas e legais a serem desenvolvidas, a lição transcrita acima cai como uma luva na presente questão, pertinente ao procedimento de cobrança a consumidores inadimplentes, pois tão perfeito foi o código Guardião do Consumidor, pela forma como retrata e tutela situações corriqueiras do nosso dia a dia, que se preocupou desde a prevenção até as últimas consequências que possam ocorrer de uma relação de consumo, não no intuito de aplaudir a inadimplência, porém, acima de tudo, no sentido de respeitar o consumidor que se encontra naquela condição, que por si só já é constrangedora. A intenção do legislador portanto, não foi em momento algum direcionada para a institucionalização da mora, mas para que os credores e as empresas de cobranças utilizem-se dos meios legais para efetivarem as cobranças dos créditos decorrentes de atos de consumo, e não através de práticas escusas, que coloquem o indivíduo em situação vexatória perante outras pessoas.

É justamente para obter tutela jurisdicional ao direito do consumidor, que o Ministério Público, estando inequívoca a necessária legitimidade, comparece perante esse Douto Juízo, na busca da realização de Justiça nas relações de consumo, através dos instrumentos próprios de defesa, colocados legalmente pelo C.D.C., **“exatamente porque se pode, através de sua aplicação, obter a plena satisfação dos interesses lesados com o**

sacrifício do lesante — pessoal ou patrimonial, conforme o caso, e a consequente advertência para toda a sociedade quanto à repulsa que certas condutas merecem do direito.”

DAS RAZÕES FÁTICAS

DO PROCEDIMENTO INSTAURADO VIA ADMINISTRATIVA

A presente questão decorre de reclamação formulada perante a Curadoria de Proteção ao consumidor, pela Sr^a Célia Menezes da Silva Ramos, tombada sob o nº 755/93, em outubro/93, contra a Empresa SICOL, tendo o Ministério Público Estadual, naquela oportunidade, através da Promotora de Justiça que a esta subscreve, visualizado a violação do Art. 42 do C.D.C., pela referida empresa, que a princípio transpareceu tratar-se tão somente de lesão de direito individual, quando na realidade, posteriormente, constatamos a natureza difusa da matéria versada.

Assim, a reclamante, formalizou a reclamação citada, conforme documentação adunada, registrando sua irrisignação atrelada ao fato de que a reclamada, empresa especializada em cobrança de dívidas, vinha praticando, nos procedimentos de cobrança, condutas abusivas, que coloca o devedor em situação vexatória, criando constrangimento para a pessoa inadimplente, efetivando a remessa de cartas com identificação de cobrança, que revelam a situação de inadimplência do devedor perante vizinhos, colegas de trabalho, chefe imediato, ou seja, pessoas estranhas, que não possuem qualquer interesse quanto a dívida cobrada.

Especificamente, no presente caso, a reclamada, no procedimento de cobrança “amigável”, além de realizar a remessa de correspondência com a identificação de cobrança para a residência da devedora, enviou carta, com o mesmo objetivo, em nome daquela, para o endereço e aos cuidados da Sr^a Racilda Alencar, vizinha da reclamante-devedora, pessoa estranha a relação de cobrança, alegando, a empresa, ora demandada, objetivando justificar a conduta adotada, de que a referida senhora havia sido indicada, pela devedora, quando da abertura do crédito, a título de referência, o que, na visão da reclamada, lhe daria o direito de

remeter carta de cobrança, com tal identificação, para terceira pessoa, de acordo com a afirmativa do representante legal da SICOL, em audiência realizada na Curadoria predita, ao declarar que:

“ . . . para finalmente em 15/09/93 ter enviado documento de cobrança, via Ar, para a reclamante aos cuidados de uma vizinha conhecida por RACILDA ALENCAR, em razão de ter sido a referida senhora indicada pela reclamante em sua ficha de proposta de crédito firmada com o Hiper Bompreço, na qualidade de referência, entendendo assim a SICOL se a dita senhora servia como referência, servia para receber cartas de cobranças.”

Na verdade, M.M. Julgador, não pretende o Ministério Público, em hipótese alguma, aplaudir a inadimplência de quem quer que seja, mas tão somente que as pessoas sejam respeitadas e gozem do direito de preservar sua imagem perante outras pessoas, sejam essas ligadas ao seu convívio familiar, residencial ou do ambiente de trabalho, principalmente quando essas não possuem qualquer interesse, no sentido legal de tal expressão, com a dívida cobrada.

DO ACORDO FIRMADO — INTERESSE INDIVIDUAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO — PROTEÇÃO COLETIVA

Diante da situação existente, havendo lesão de direito individual e interesse coletivo a ser protegido, a Representante do Ministério Público, na audiência realizada, conforme documentação inserta, lançou possibilidade de conciliação quanto ao direito da reclamante — lesada, o que foi aceito pela empresa SICOL, através do seu representante legal, propondo ainda que fosse efetivada modificação no sistema de cobrança até então utilizado, objetivando atender ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, o que também foi aceito por aquela empresa.

Assim, desse modo, em 09/12/93, com base na legislação pertinente, foi firmado termo de acordo entre a reclamante já nominada, e a empresa de cobrança, tendo como objeto a quitação do débito existente, o qual jamais foi questionado pela devedora, que apenas se insurgiu quanto a forma como vinha sendo

cobrada, num total desrespeito aos ditames da Lei, sendo tal conciliação formalizada através do instrumento em anexo, referendado pelo Ministério Público, na forma do Art. 55, parágrafo único da Lei nº 7.244/84.

Estando solucionada a parte individual, restava a questão coletiva, que foi compromissada por intermédio do Termo de Ajustamento, cancelado em 15/11/93, conforme fotocópia carreada aos autos, perante a Curadoria de Proteção ao Consumidor, entre a empresa SICOL e o órgão do Ministério Público com competência para tal.

Na realidade, o ajustamento firmado pretendia, basicamente, que a empresa cumprisse a Lei, efetivando cobranças através de “correspondências devidamente lacradas, sem qualquer identificação na parte externa, atinente a cobrança do débito, devendo constar tão somente, quanto ao nome da reclamada, a sigla SICOL, excluindo a palavra COBRANÇAS”, cujo comunicado deveria, preferencialmente, ser enviado ao endereço residencial, uma vez que a remessa ao local de trabalho do devedor, só deveria ocorrer em casos extremos, conforme previsto nas cláusulas insertas no instrumento de ajustamento, com a estrita concordância daquela empresa, tudo no intuito de atender ao disposto no art. 42 do C.D.C., que assim estabelece:

...

“Art. 42 - Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Tal dispositivo encontra respaldo na Lei Maior, que antecipando a preservação da imagem da pessoa humana, na sua vida privada, já havia assegurado no campo dos direitos e garantias fundamentais, o respeito a moral do cidadão, senão vejamos:

...

Art. 5º - . . .

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, asseguradas o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Contudo, MM. Julgador, apesar do compromisso pactuado, de forma clara e precisa, com lapso temporal bastante elástico,

face as adaptações a serem realizadas, por solicitação da SICOL, que alegava ser necessário a elaboração de novos impressos excluindo a expressão “COBRANÇA” da parte externa da convocação, de acordo com o modelo apresentado pela própria empresa, conforme anexo 01 do Termo de Ajustamento celebrado, a empresa, ora demandada, não cumpriu o ajuste firmado, como comprova a Informação Técnica nº 06/94 em anexo, firmada por técnico especialista da Procuradoria Geral de Justiça, cuja verificação do cumprimento só foi efetivada cerca de 04 meses após o término do prazo estabelecido, o que daria tempo suficiente para que a empresa modificasse o sistema de cobrança extra-judicial que vinha adotando, pautando-o à luz do Código do Consumidor.

DA QUESTÃO JURÍDICA EM EXAME

ASPECTO LEGAL

Certamente não quer o Ministério Público criar uma guerra entre os protagonistas da relação de consumo: consumidor e fornecedor; mas fazer com que ambos entendam que possuem direitos e deveres, restabelecendo o equilíbrio contratual, coibindo a submissão de uma parte aos designios da outra, despertando a consciência do consumidor quanto aos direitos assegurados em lei, e ainda que os fornecedores entendam a nova concepção do direito contratual norteadas pela bússola do interesse social e ordem pública, notadamente quanto a preservação de equilíbrio na relação de consumo.

Nesse sentido, como já mencionado, não se pretende estimular a inadimplência, fazendo com que o devedor deixe de saldar os débitos existentes. Cobrar uma dívida é ato costumeiro revestido de legitimidade. O que o Código busca na verdade, é tutelar os excessos cometidos indevidamente, com utilização de todo e qualquer meio para o recebimento do crédito, com práticas abusivas, contribuindo para o “número de insolvências civis, para instabilidade matrimonial, para perda do emprego e para invasão da privacidade individual”, sendo esses aspectos de grande importância social pelos prejuízos profissionais e pessoais que poderão advir, pois é comum a remessa de cobranças ao local de trabalho, que, em muitos casos, resultam na perda do emprego pelo devedor, que já se encontra em situação de dificuldades.

Por que não são utilizados os meios legais existentes? A cobrança extrajudicial não contraria a ordem jurídica, não estando coibida tal prática, pelo contrário, só facilita o recebimento do crédito, e evitará o pagamento de custas, honorários advocatícios e demais encargos decorrentes de um processo judicial, desafiando o Poder Judiciário, já tão sobrecarregado, tudo dentro dos parâmetros legais, e nunca ao arrepio da lei, valendo a transcrição do texto seguinte de lavra do Professor Fábio Uchôa Coelho, "in verbis":

"um outro lado da vulnerabilidade do consumidor se revela quando, por ter sido inadimplente, vem a ser cobrado pelo fornecedor. Notadamente, as pessoas de poucos conhecimentos e recursos podem ser presas fáceis de meios inidôneos de cobrança. A proteção do consumidor alcança, neste tema, a vedação do uso de expedientes capazes de exporem a ridículo o consumidor ou submeterem-no a qualquer forma de constrangimento ou ameaça. A sua inadimplência não pode ser tratada de maneira vexatória ou coercitiva. Em outros termos, ao fornecedor cabe exercer o seu direito de forma regular. Caberá evidentemente, valer-se de todas as garantias juridicamente proporcionadas ao credor, mas nunca poderá intimidar ou mesmo ridicularizar o consumidor. Esta vedação apenas explicita que o fornecedor não pode exercer abusivamente o seu direito de credor, devendo observar com rigor o padrão legalmente previsto para o recebimento do seu crédito".

No caso sob exame, a requerida, conforme fartamente comprovado através dos documentos acostados, e pela própria assertiva do representante legal da mesma, vinha utilizando-se de meios inidôneos para o recebimento do crédito cobrado, remetendo aviso postal com a identificação de cobrança, envolvendo terceira pessoa, alienígena à relação, procedimento esse que teria sido revertido, com o cumprimento do termo firmado, o que não foi efetivado, pelo que se impõe a prestação jurisdicional para tal, por violação frontal a lei, como inserto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Editora

Forense Universitária, 3ª Ed., na análise doutrinária do artigo 42:

“O débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como consequência, qualquer esforço de cobrança há que ser dirigido contra a pessoa deste. Não pode envolver terceiros (a não ser aqueles que garantem o débito), nem mesmo os familiares do consumidor. Só excepcionalmente tal é possível e tão-só para aquisição de informação sobre o paradeiro do devedor. Daí que são inadmissíveis as práticas de cobrança que, direta ou indiretamente, afetam pessoas outras que não o próprio consumidor. É um seríssimo indício de intuito do credor em envergonhar ou vexar o inadimplente. Significa, em outras palavras, violação do art. 42, caput”.

E mais:

“O que o Código quer aqui é evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta de cobrança de dívida”.

É o bastante.

DO PEDIDO LIMINAR JUSTIFICATIVA

Estando comprovado o dano aos consumidores atingidos pelos serviços de cobrança realizados pela empresa requerida, que mesmo tendo assumido o compromisso de modificar o sistema de cobrança adotado, prejudicial a um número indeterminável de pessoas, efetivamente não cumpriu o ajuste celebrado, continuando a utilizar os impressos que indigitam a condição de devedor do destinatário perante terceira pessoa, sendo imperioso a cessação de tal procedimento abusivo que coloca o devedor em situação vexatória, deixando-o em desvantagem exagerada.

Outrossim, não podemos deixar de destacar que esse tipo de lesão, na grande maioria dos casos, não chega oficialmente aos órgãos de proteção ao consumidor, no plano administrativo, e muito menos ao Poder Judiciário, apesar de ser comum, como diariamente notícia a imprensa falada e escrita, e os doutrinadores

através de exemplos práticos, que terão apenas o cunho didático, se tais procedimentos não foram inibidos, judicialmente, pelos meios legais existentes.

Assim, estando presentes os pressupostos necessários: “FUMUS BONI JURIS” e o “PERICULUM IN MORA”, requer o Ministério Público que seja expedida ORDEM LIMINAR, sem justificativa prévia, nos termos do art. 12 da Lei 7.347/85, a fim de proibir a utilização, pela reclamada, dos impressos de cobrança que não estejam dentro das especificações contidas nas cláusulas segunda e terceira do Termo de Ajustamento firmado, sob pena de multa no valor de 500 URV's, cada vez que for descumprida a respectiva ordem, requerendo ainda o cumprimento, preliminarmente, do disposto no art. 94 da Lei 8.078/90, tudo no intuito de resguardar, antecipadamente, os consumidores.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante das razões expositadas, requer o Ministério Público do Estado de Sergipe:

1) Citação da empresa-requerida, através do seu representante legal, para, querendo, responder a todos os termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão;

2) A conversão do pedido liminar em tutela definitiva, com a procedência da presente ação, determinando o cumprimento do Termo de Ajustamento firmado, compelindo que a reclamada modifique o procedimento de cobrança extrajudicial que vem sendo adotado, estabelecendo que a correspondência atinente ao comunicado de cobrança seja remetida ao devedor através de carta lacrada, sem identificação na parte externa da expressão COBRANÇA, tudo na forma do disposto no art. 42 do CDC, e ainda que o aviso de cobrança, nos moldes supramencionados, seja remetido ao endereço residencial do devedor, preferencialmente, e que a remessa ao local de trabalho do devedor só seja efetivada caso não seja possível a localização do endereço residencial, devendo, em tal caso, o comunicado ser efetivado através de telegrama, devidamente lacrado;

3) Que seja recolhida a multa no valor estabelecido na cláusula quinta do Instrumento de Ajustamento, na forma da Lei

7.347/85;

4) Requer ainda, a condenação da requerida no pagamento das despesas e custas processuais relativas a presente ação; dispensando, o requerente, do pagamento das custas, emolumento e outros encargos, face ao disposto no art. 87 da Lei 8078/90;

5) Intimação pessoal de todos os atos processuais nos termos do parágrafo 2º do art. 236 do Caderno Processual Civil, no endereço indigitado na presente peça.

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, desde já requeridos, especialmente pelo depoimento pessoal do representante legal da empresa-ré, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, perícia, dentre outras, tudo na forma da Lei.

Dá-se a causa o valor de CR\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros reais), com base no art. 258 do CPC.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, 17 de junho de 1994.

MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
8ª Promotora de Justiça Auxiliar
CURADORA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 9ª
VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU - ESTADO DE
SERGIPE

“O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.” (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “in” Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através da Promotora de Justiça subfirmada, no exercício da função de Curadora de Defesa do Consumidor, com fuste no artigo 129, incisos II e III da Constituição Federal, compaginado com o artigo 1º e artigo 5º da Lei 7.347/85 — Lei que disciplina a Ação Civil Pública; artigos 81, 82 e 110 da Lei 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor e ainda artigo 37, § 1º do mesmo Diploma Legal, vem perante Vossa Excelência, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM REQUERIMENTO LIMINAR** contra **INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE**, empresa com sede à rua João Pessoa, nº 11, sala 13, representada por seu administrador — **AMILTON MESSIAS SOUZA**, brasileiro, casado, professor, residente e domiciliado

à rua Cabo Josino, nº 76, bairro 18 do Forte, nesta cidade, pelas razões fáticas e jurídicas que seguem alinhadas, dizendo de início, para no final requerer o seguinte:

I - DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL EVIDENCIADO

1. A Constituição Federal, no artigo 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público, a instauração de Inquérito Civil, destinado a arregimentar provas concernentes ao assunto em análise e o ajuizamento de Ação Civil Pública pertinente, visando proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, atribuindo ao “Parquet”, com engaste no novo perfil constitucional, a proteção dos interesses dos consumidores, abrangidos pela norma de encerramento, contida na parte final do texto.

2. A indigitação constitucional atrelada à legitimação do Ministério Público para defesa dos direitos e interesses dos consumidores, coaduna-se com o espírito do Código Protetivo, que disciplina a defesa do consumidor, entendida em sentido amplo, alcançando qualquer atividade desenvolvida em Juízo; trata-se, nesta forma, de tutela judiciária dos direitos preditos, registrando a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e a facilitação do acesso à justiça.

3. Volvendo ao versado no sueto anterior, na vertente das ações coletivas, foi ampliada a tutela dos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, através das categorias dos interesses difusos e dos interesses coletivos, sendo criada uma nova modalidade de ação para o tratamento coletivo da reparação dos danos, aperfeiçoando-se as regras de legitimação e dispensa das custas e honorários advocatícios, neste ensejo, vale a transcrição da lição da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, referindo-se à tutela jurisdicional dos direitos e interesses dos consumidores, “in verbis”:

“Tudo, enfim, dentro da ótica da necessária reestruturação dos esquemas processuais, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa, de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto

nodal. E tudo, ainda, dentro da idéia maior, já esboçada há mais de três décadas, segundo a qual a chamada crise de direito talvez apenas encobrisse a dificuldade de dominar com categorias jurídicas substancialmente pré-capitalista a fenomenologia de uma sociedade industrial.”

4. No caso em epígrafe tratamos de publicidade enganosa, típica lesão aos direitos e interesses difusos, considerados transindividuais, ou seja, os que têm existência além do indivíduo, cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias fáticas, onde a mensagem publicitária enganosa constitui o fato que vincula as pessoas envolvidas, possibilitando a defesa dos seus interesses de forma coletiva.

5. Para melhor compreensão da tese apresentada pelo Ministério Público, registramos o texto doutrinário subscrito pela Professora MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO, “in” Proteção ao Consumidor — Conceito e Extensão, pá. 258/259:

“Tem-se que, a partir do conceito exarado pelo parágrafo único do art. 2º do CDC, emana a proteção a todos os direitos que advém das normas contidas no CDC, possibilitando a sua tutela de forma coletiva pelos legitimados na forma do art. 82, quer seja a pretensão a ser defendida caracterizada como difusa, coletiva ou individual homogênea.”

6. Neste diapasão, a equiparação da coletividade ao consumidor — vitimidade de massa — não pode ser tida como esporádica ou fortuita, a coletividade é, para os fins do Código de Defesa do Consumidor, alçada, passando a ser considerada “consumidor”, notadamente quando tratamos dos efeitos de publicidade enganosa, onde, face a sua importância, identificada nas normas eficazes do Código Protetivo, existe a regulamentação de princípios que informam a veiculação contratual, artigo 30; o princípio da veracidade da informação, artigo 37, § 1º e ainda o princípio da não abusividade da publicidade, artigo 37, § 2º. Sugeriu o Código Protetivo retromencionado uma nova conotação da tutela jurídica processual dos direitos.

7. Assim, as normas de ordem pública e de evidente conteúdo social protegem o consumidor antes mesmo da forma-

ção do contrato, com fuste na **boa-fé**, que deverá nortear a oferta publicitária, ressaíndo mais uma vez, o papel do Ministério Público, em busca da perquirição da lealdade da informação e publicidade dos serviços, que são objeto de futuros contratos consumeristas, devendo ser imaculado o sentido teológico da norma, no que pertine às práticas comerciais, que é a informação e publicidade com responsabilidade, estando, neste moldes, estampada a legitimidade para tutela difusa do consumidor.

8. A identificação da natureza dos interesses considerados difusos, deflui da realidade social que se apresenta, dela, ante o emergente conflito, nasce o direito de ação, conferindo a lei legitimidade ao Ministério Público para agir, autorizando o direito de ação, visando a tutela inibitória. A propósito, a professora ADA P. GRINOVER escreveu em artigo publicado — Proteção ao meio ambiente e ao consumidor — O Estado de São Paulo, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, “in” Ação Civil Pública:

“No campo da indenização coletiva poder-se-ia pensar nas despesas necessárias a uma contrapropa-ganda, com a finalidade de neutralizar a propaganda enganosa (como fez na França a Lei Royer, de 27.12.73).”

Como se observa Excelência, por todos os cantos ressaí a legitimidade do Ministério Público para tutela dos interesses difusos, ressaída da identificação de mensagem publicitária veiculada pelo INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE, vez que constitui vício refletido no mercado de consumo, atingindo a coletividade de consumidores, representando típico fenômeno da sociedade de massa, onde MAURO CAPELLETTI, interpretando as conexões dos interesses difusos com os estilos da sociedade atual, “in” Tutela dos interesses difusos”, em Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 18/30, afirma: **“vivemos, mercadamente uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por este aspecto massivo.”**

II - DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE SOCIETÁRIA

1. A questão que ressalta da motivação tratada, cinge-se a desconsideração da personalidade jurídica, em cotejo com a premissa legal de que a sociedade se distingue dos membros que

a compõem — Artigo 20 do Código Civil — produzindo efeitos jurídicos diversos. Ora, examinando, Excelência, a matéria versa, cai por terra a força dessa última assertiva, vez que, em situação que guardam profundo agasalho social, não pode o direito acolher e prestigiar o exercício abusivo dos efeitos jurídicos do artigo 20 do Código citado, não sendo aceitável que possua a serventia de empanar o cumprimento de obrigação contratual, que constitua, inclusive, infração à lei, sendo perfeitamente coerente a desconsideração da personalidade societária, para repudiar fins socialmente indesejáveis.

2. Analisando os novos rumos da legislação transformada, reconhecemos tal posicionamento, em destaque, no Código de Defesa do Consumidor, artigo 28, “caput” e artigo 59; Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 2º, § 2º, Código Tributário Nacional, artigo 134, VII e 135, sendo prevista tal asserção para o caso versado, pois o Instituto Teológico de Sergipe, promoveu oferta enganosa, para celebração de contratos com consumidores, podendo ter causado lesão concreta, violando as regras protetivas do consumidor, pelo que, nestes moldes, deve ser assegurado aos lesados o **livre acesso** aos bens patrimoniais do administrador, sempre que seja verificada que o seu crédito resultou de prática irregular da pessoa jurídica, não constituindo tal situação nenhum ineditismo jurídico.

3. Seguindo o mesmo raciocínio, o desejo do legislador pátrio foi oferecer maior proteção aos consumidores, compelindo todos os respectivos beneficiários de forma pessoal, ao completo ressarcimento dos lesados, desconsiderando as modalidades utilizadas para livrar o patrimônio pessoal dos administradores da responsabilização, porquanto, não podemos olvidar que existe tipicidade adequada, atinente ao Instituto Teológico de Sergipe e seu administrador e demais integrantes dos quadros societários, sendo estes, de alguma forma, beneficiados com a publicidade enganosa.

III - DO CONTEÚDO FÁTICO

A) ASERÇÕES RESSAÍDAS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ANÁLISE

1. O Ministério Público, através da Curadoria de Defesa do Consumidor, tomou conhecimento da mensagem publicitária veicu-

lada pela imprensa local, propalando oferta do INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE, de cursos: **BÁSICO EM TEOLOGIA, MÉDIO EM TEOLOGIA, LICENCIATURA EM TEOLOGIA COM FILOSOFIA e BACHARELANDO EM TEOLOGIA**, com indigitação do amparo legal do Decreto-Lei 1051/69.

2. Buscaremos enfocar todos os pontos nodais da questão apreciada, inicialmente registrando a mensagem publicitária no Jornal de Circulação local — JORNAL DA MANHÃ, do dia 12 de Fevereiro de 1994, onde, oferta o Instituto Teológico de Sergipe as inscrições para os cursos de Licenciatura em Teologia com Filosofia e Bacharelado em Teologia, indigitando o amparo legal — Decreto-Lei 1051/69, o período de inscrições, horário e local, trazendo ainda a expressão — “**VESTIBULAR 94**”.

3. Ainda analisando os veículos utilizados pelo Instituto Teológico de Sergipe para difusão da sua publicidade, destacamos a veiculação da oferta dos cursos preditos e ainda o curso Básico em Teologia e Médio em Teologia, na TV SERGIPE - Canal 4, no período de 10 de Fevereiro de 1994 a 28 de Fevereiro de 1994, indigitando, igualmente, o citado Decreto-Lei, como fuste de amparo legal. (conf. doc. anexo).

4. Objetivando arregimentar fatos e provas pertinentes a legalidade dos cursos ofertados pelo Instituto Teológico de Sergipe e a atuação da instituição em nosso Estado, foi instaurado Procedimento Administrativo, tombado sob o nº 069/94, pela Curadoria de Defesa do Consumidor, sendo notificado o representante legal do Instituto Teológico de Sergipe e ainda a Delegada do MEC em Sergipe; esta última com o objetivo de esclarecer a legalidade dos cursos ofertados e a existência de autorização para funcionamento do Instituto Teológico de Sergipe, como Instituição de ensino superior, já que utiliza em sua matéria publicitária a expressão — VESTIBULAR e o curso de LICENCIATURA.

5. O próprio representante legal do Instituto Teológico de Sergipe confessou, em suas declarações, ressaídas dos autos de Procedimento Administrativo retromencionado, que os cursos ofertados ao público consumidor são considerados **cursos livres** , não sendo reconhecidos juridicamente pelo Conselho Federal de Educação e que a utilização do Termo Vestibular 94, em matéria publicitária, constitui erro gráfico!!!! Aduziu, ainda o representante predito que os consumidores pagariam taxa referente a inscrição

nos cursos anunciados, contudo haveria exame preliminar para seleção, somente podendo cursar aqueles consumidores aprovados, após, consequente pagamento de nova taxa de matrícula, fato não indigitado na publicidade veiculada.

6. Somente ao arremate, destacamos que os cursos seriam ministrados com a participação de no mínimo trinta pessoas e que, caso o limite não fosse alcançado, seria devolvido o dinheiro dos interessados que já tivessem efetuado o pagamento da taxa de matrícula. Sentimos, neste diapasão, a necessidade de indigitar que estas assertivas foram declaradas pelo representante legal do Instituto Teológico de Sergipe, em **28 de Fevereiro de 1994**, exatamente no dia do encerramento das inscrições e até aquela data foram realizadas cinco inscrições, onde, facilmente raciocinamos que até o final do dia seria praticamente impossível a inscrição de aproximadamente vinte e cinco consumidores, onde reside, também por este canto a preocupação do Ministério Público, pois tal fato não integra a esfera de informação do consumidor que efetivamente contrata os serviços oferecidos pelo fornecedor, colocado no mercado de consumo sem qualquer ressalva e, fato mais grave, não se tem qualquer prova da devolução dos valores pagos pelos consumidores.

6. A técnica em assuntos educacionais da Delegacia do MEC em Sergipe, informou que o representante legal do Instituto Teológico de Sergipe formalizou ofício ao DEMEC/SE solicitando informações atinentes ao funcionamento dos cursos preditos, sendo indicado a natureza jurídica dos cursos ofertados como **cursos livres**, vez que não há regulamentação e o Decreto-Lei 1051/69 apenas ampara os concluintes ao curso de Teologia, desde que haja o cumprimento de determinados requisitos insertos em pareceres do Conselho Federal de Educação, entretanto, mesmo assim, o Instituto Teológico de Sergipe promoveu a publicidade enganosa, conforme prova dos autos, omitindo até mesmo, de forma temerária, a realização de exame de seleção dos consumidores; seleção esta esquadrihada em quais critérios básicos, vez que o Instituto não é reconhecido pelo Conselho Federal de Educação????

B) DAS PROVAS PRODUZIDAS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

1. Basta se bispar do conteúdo ressaído dos expedientes insertos nos autos de Procedimento Administrativo, tomabado sob o nº 069/94, para que se vislumbre a real lesão ao direito do consumidor, sendo necessária a análise básica dos depoimentos firmados em cotejo com os documentos exigidos.

2. Ressai, como já fustigado, o depoimento da representante do DEMEC/SE, que o próprio representante do Instituto Teológico de Sergipe formulou consulta à Delegacia especializada, visando obter informações concernentes aos cursos ofertados, emergindo dos autos a resposta clara e imaculada da Delegada substituta, que comunica a impossibilidade de utilização da expressão FACULDADE para a Instituição, com fuste no artigo 1º do Decreto 77.797/76, vez que o termo somente é utilizado pelas escolas organizadas e criadas de acordo com as normas da Lei 5.540/68, esclarecendo, de forma, inequívoca, que o Decreto - Lei 1051/69 não ampara qualquer instituição de ensino, mas os concluintes de cursos de Seminários, quando preenchidos determinados requisitos.

3. Desconsiderando todos estes fatos, mesmo tendo conhecimento direto, conforme assertivas vislumbradas, foi propalada a matéria publicitária do Instituto Teológico de Sergipe, com indigitação da expressão VESTIBULAR 94, termo indicado para exames seletivos visando a admissão em escolas de nível superior e ainda informando a oferta de curso de Licenciatura, expressão que indica grau superior, causando vício na formação da vontade do consumidor e este fato é tão real que a representante do DEMEC/SE indigita a irregularidade da publicidade, em seu depoimento e informa fato mais grave, que foi procurado por consumidor para obter informações atinentes aos cursos, pois entendeu o mesmo que se tratava de Faculdade de Teologia e Filosofia, face a nominata empregada na publicidade.

O engano do consumidor foi concreto.
"Tollitur Quaestio"!!!!

4. O Instituto Teológico de Sergipe não é instituição de ensino autorizada, reconhecida e fiscalizada pelos órgãos competentes dos sistemas de ensino, não existindo registro na Junta Comercial e não havendo qualquer inscrição junto a Receita Federal, entretanto, conforme prova dos autos, possui vida de fato, selecionando, através de exames preliminares, consumidores para os cursos ofertados, valendo a transcrição de trecho do depoimento do representante do Instituto Teológico de Sergipe:

“Que, o Instituto Teológico de Sergipe hoje, funciona como empresa pois ainda não possui uma Igreja para mantê-lo” “... Que, a inscrição custa R\$ 3.000.000 (três mil cruzeiros reais), entretanto tal taxa é apenas para inscrição do candidato ao exame.” “... Que caso o candidato não passe na prova de seleção, não poderá fazer matrícula.”

Todas essas assertivas foram olvidadas pela mensagem publicitária, levando o consumidor a incidir em erro, pois o conteúdo da matéria propalada ofertava os cursos de licenciatura em teologia com filosofia, período de inscrição, e outros elementos, não fazendo qualquer referência a realização de exame de seleção. É óbvio que não deseja o “Parquet” que a oferta publicitária ocupe horas e horas de conteúdo informativo, mas é preciso que os elementos objetivos dos serviços prestados estejam verdadeiramente explicitados, elidindo o comportamento não desejado pelo consumidor.

5. Neste aspecto é irrelevante até mesmo a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganiosidade, para fins preventivos e reparatórios é apreciada objetivamente; assim, alegações ambíguas e o silêncio, este considerado como ausência de informação positiva, pode ser enganosa, devendo ser considerado como variado o “standard” de enganiosidade.

6. Na caracterização da publicidade enganosa não se exige nem mesmo a intenção de enganar por parte do anunciante, porquanto, logo que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro, caracterizada está a publicidade enganosa e tal fato se verifica porque se busca a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor, importando a análise da mensagem, objetivamente considerada, bastando a simples veiculação.

C) DA CAPACIDADE LESIVA DA PUBLICIDADE

1. Para efetivação da proteção dos consumidores contra a publicidade enganosa não é exigível que tenha o consumidor concretamente, sido enganado, vez que, a enganabilidade é aferida em abstrato, o dano do consumidor constitui verdadeiro **“plus”**, com a caracterização do prejuízo individual, a lesão ao direito difuso, pela simples veiculação do anúncio enganoso já é suficiente.

2. Assim, vislumbramos situação criada pelo legislador onde o juízo atinente à legalidade do anúncio é **“in abstracto”** e não firmado de forma **“in concreto”**, deve ser analisada a publicidade enganosa e não a mente da pessoa que a produziu ou dela se aproveitou, na lição do professor ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN: **“O erro real, consumado, é mero exaurimento que, para fins da caracterização da enganabilidade é irrelevante.”**

3. Como se observa, no caso em epigrafe, não é necessário que o consumidor chegue às últimas consequências e formalize o contrato com o Instituto Teológico de Sergipe, basta que o anúncio propagado tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro, o que realmente importa não são os efeitos reais da publicidade, mas sua capacidade de afetar a livre vontade do consumidor na decisão de contratar.

4. Neste aspecto não é necessário para o ajuizamento da Ação Civil Pública, com fuste em publicidade enganosa, que alguém tenha sido enganado pela prática comercial abusiva, basta que seja analisado o anúncio e seu potencial enganoso em cotejo com a vulnerabilidade da massa de consumidores.

5. A enganabilidade da publicidade em exame é capaz de induzir em erro o consumidor, não só quando indigita expressões não verdadeiras — VESTIBULAR 94, AMPARO LEGAL e CURSO DE LICENCIATURA, mas também quando omite os dados essenciais que têm o condão de levar o consumidor a contratar, exatamente quando não informa que a inscrição anunciada não é para os cursos ofertados, mas para a realização de exames preliminares e somente após aprovação é que possuem os consumidores o direito de formalizar matrícula. O Código de Defesa do Consumidor nutre pelo anúncio publicitário enganoso por omissão a mesma antipatia que expressa pela enganabilidade comissiva.

D) DA PUBLICIDADE ENGANOSA MODALIDADE DA INFORMAÇÃO

1. Conforme já fustigado nos sueltos anteriores o Instituto Teológico de Sergipe não é Instituição de ensino autorizada, reconhecida e fiscalizada pelos órgãos competentes, pelo que, jamais poderia veicular mensagem publicitária com a utilização de expressão — VESTIBULAR 94, termos usado para indicar exame de admissão às escolas de nível superior e ainda oferecimento de curso de LICENCIATURA EM TEOLOGIA COM FILOSOFIA, expressão que caracteriza grau ou título universitário.

2. Ainda indigita o anúncio, em propalação empreendida, o amparo legal pelo Decreto-Lei 1051/69, fazendo os consumidores acreditarem que o Instituto Teológico de Sergipe se encontra amparado por Decreto para funcionar, situação irreal que representa mais uma tentativa de provocar o erro de avaliação do consumidor, consumidor este, considerado de forma impessoal, já que abarca qualquer pessoa, ainda que indeterminável, sendo equiparada a consumidor todas as pessoas expostas à publicidade.

3. Neste sentido, para caracterização da publicidade enganosa não é necessário a concretização da indução em erro, nem mesmo a materialização do próprio erro, porquanto a descrição do ilícito contenta-se com a possibilidade de perigo ou potencialidade da indução em erro. É esse o entendimento do texto legal, justificado em razão da própria finalidade da norma.

III - DA QUESTÃO JURÍDICA EM EXAME

1. O Código de Defesa do Consumidor ofereceu resposta a um dos maiores desejos da sociedade hodierna no que pertine a efetividade da tutela jurídica dos titulares dos direitos, buscou-se a ampliação do acesso à justiça quando efetivamente acolheu os liame jurídicos de massa; onde o artigo 83 do Código predito impõe como objetivo precípuo o conceito de “adequação e efetividade processual”, na lição de Tarciso Araujo Kroetz, “in” Revista do Consumidor, Vol 6, possuindo o escopo colimado a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, com a utilização de todas as espécies de ação, notadamente para que seja efetivada a regra do artigo 6º do mesmo Diploma Legal.

2. Assim, registramos que todos os instrumentos deverão ser utilizados para caracterização da ação reclamada pelo consumidor, onde qualquer formalidade ou procedimento que obstaculize a prevenção ou reparação dos direitos do consumidor estará violando um princípio fundamental acolhido pelo Código de Defesa do Consumidor, neste ensejo, trazemos à colação o mestre Celso Antônio Bandeira de Melo, “in” Elementos de Direito Administrativo, “in verbis”:

“Como esses princípios fundamentais são por assim dizer, a base do sistema jurídico a que pertencem, sua violação constitui um mal mais grave do que a transgressão da norma”.

3. Constitui princípio básico para formação do contrato a cláusula geral de boa-fé e esta não poderá ser olvidada, notadamente face a incidência de normas de ordem pública e interesse social que inspiram o Código de Defesa do Consumidor, porquanto, qualquer violação à regras estabelecidas implica na necessidade de dirigismo contratual, através do controle estatal, visando a manutenção do equilíbrio contratual.

4. No caso da publicidade enganosa a regra básica é a da boa-fé, pelo que, existe inserto no conteúdo da regra do artigo 38 do Código Protetivo do Consumidor, a inversão do ônus probatório, não estando, assim como em outras hipóteses, na esfera de discricionariedade da autoridade julgadora, é **obrigatória**, refere-se a dois aspectos do anúncio: **a veracidade e a correção**, esta regra tem como resultado a eliminação de um ônus desnecessário dos implementadores, evitando-se demoras procedimentos inúteis. Neste aspecto, vale ser registrado que uma vez considerada enganosa a publicidade, não pode o anunciante se exonerar da responsabilidade, provando que agiu de boa-fé, sendo tal fato, como por demais fustigado, totalmente irrelevante para sua responsabilização civil. O Código estabeleceu, em favor do consumidor a facilitação de seus direitos, neste caso, não é necessário a verossimilhança das alegações para transferir ao patrocinador da publicidade o engano probatório relativo à veracidade da comunicação.

5. Nestes moldes, a repressão à publicidade enganosa se funda, entre nós, no interesse de ordem pública de que ninguém seja induzido a praticar um ato volitivo de natureza econômica não

efetivamente desejado, onde, basta se bispar do conteúdo do anúncio em epígrafe para se ter a ação persuasiva enganosa da requerida, fornecendo informação irreal e omitindo elementos indispensáveis à liberdade de escolha do consumidor, sendo a enganosidade detectada na própria mensagem publicitária.

IV - DA CONTRAPROPAGANDA NECESSIDADE

1. A correção da publicidade torna-se, aqui, diante das premissas alinhadas, imperativo legal para assegurar primordialmente, a proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos da Constituição Federal e de acordo com o que preceitua o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor. Ainda neste ensejo, destacamos a lição de José Alexandre Tavares, “in” Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:

“A correção da publicidade também responde a exigência da proteção do regime concorrencial e, nesse sentido, a repressão da publicidade enganosa repercute, por igual, sobre a esfera jurídica de todos os fornecedores, na competição, vêem-se atingidos pelo comportamento do concorrente menos escrupuloso.”

2. A contrapublicidade é uma forma imposta ao fornecedor e consiste na publicidade, a cargo do anunciante, que tem por objetivo desfazer os malefícios, de efeitos perniciosos, advindos de publicidade anterior enganosa, sempre às expensas do fornecedor infrator, correspondendo ao oposto da divulgação publicitária, possuindo como sujeito passivo o fornecedor, sendo objeto a prática de uma obrigação de fazer, onde o não cumprimento pode tipificar o **crime de desobediência**.

3. No caso em epígrafe, estando evidenciada a publicidade enganosa, a imposição da contrapropaganda pelo Instituto Teológico de Sergipe é evidente correspondendo ao ato que deverá ser praticado pelo fornecedor, da mesma forma, frequência e dimensão e nos mesmos veículos de difusão do anúncio anterior, espeço e horário, esclarecendo aos consumidores a natureza dos cursos ofertados, como sendo cursos livres, não autorizados pelo Conselho Federal de Educação e a existência de exame de

seleção como forma de acesso à matrícula, com divulgação às expensas do infrator, não mais podendo utilizar a expressão VESTIBULAR e CURSO DE LICENCIATURA.

4. O sentido da norma inserta no Código de Defesa do Consumidor atinente a contrapropaganda encontra fustes na proteção aos consumidores, pois por mais agéis que sejam as providências legais para coibir a veiculação da mensagem publicitária, o anúncio terá alcançado parcela do público com uma simples divulgação, sua retirada, nestas condições, serve para coibir enganos, mas não para apagar a captação pretérita já consumada, possuindo, neste sentido, serventia a contra-propaganda.

5. Neste ensejo transcrevemos a melhor justificativa para a contrapropaganda, formalizada pela Federal Trade Commission na decisão Warner-Loubet, citada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “in” Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto:

“Se uma publicidade enganosa desempenhou o seu papel substancial na criação ou reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano, claro e contínuo contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistem em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de por fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurarariam.”

É o bastante!!!

V - DO REQUERIMENTO LIMINAR

Considerando as provas dos autos que indigitam a enganiosidade da mensagem publicitária; buscando coibir prejuízos aos consumidores, atingidos pelo anúncio em epígrafe, podendo agravar os malefícios já consumados, presentes os pressu-

postos que lhe são necessários, ou seja, **o vestígio do bem direito e o perigo da mora**, requer o Ministério Público do Estado de Sergipe, seja expedida ORDEM LIMINAR, sem justificação prévia, com fuste nos artigos 12 da Lei 7347/85, a fim de que seja imposta ao INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE a proibição da propalação da mensagem publicitária, nos moldes que se apresenta, com divulgação da expressão VESTIBULA 94 e ofertando curso de LICENCIATURA EM TEOLOGIA COM FILOSOFIA, omitindo ainda a realização de exames de seleção com os consumidores interessados, afastando a condição de prejuízo ao consumidor e garantindo o resultado prático da tutela definitiva.

Requeremos, outrossim, que tal ordem liminar seja comunicada aos órgãos de imprensa responsáveis pela difusão do anúncio publicitário — JORNAL DA MANHÃ e TV SERGIPE - CANAL 4, como forma de coibir a renovação da propalação da mensagem enganosa, evitando que novos consumidores sejam atingidos pelos efeitos da irregularidade da ação do INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE.

VI - DOS REQUERIMENTOS FINAIS

À visita das assertivas expendidas na peça proemial do processo e considerando o pleito liminar formalizado, “inaudita altera pars”, requer o Ministério Público do Estado de Sergipe, com fuste no artigo 3º da lei 7347/85, diante da concreta e indiscutível relevância das premissas alinhadas nos autos do Procedimento Administrativo adunado, visando resguardar o direito e interesse dos consumidores:

a) Determinação Judicial para que o INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE abstenha-se de promover a difusão de mensagem publicitária enganosa em qualquer veículo de comunicação de massa, atinente a oferta de cursos, nos moldes em que se apresenta, ficando proibida a utilização das expressões VESTIBULAR e CURSO DE LICENCIATURA, ou quaisquer outras expressões ambíguas ou falsas que, analisadas no contexto geral, possa induzir em erro o consumidor, notadamente considerando a natureza dos cursos ofertados, considerados pelo Conselho Federal de Educação como cursos LIVRES; transformando, nestes moldes, em definitiva

a liminar requerida, afastando a capacidade de indução em erro do consumidor.

b) Seja assegurado pela douda Sentença ao consumidor, o direito de rescindir o contrato com o INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE, querendo, após obter as informações necessárias, atreladas aos elementos objetivos essenciais à formação do contrato, assegurando ainda o direito de receber os valores pagos, atinentes à taxa de inscrição, devidamente corrigida, a partir do desembolso pelos consumidores.

d) Seja ordenado pela douda Sentença a providência legal de imposição da CONTRAPROPAGANDA, com fuste no artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, por ter o INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE incorrido na prática de publicidade enganosa, devendo ser divulgado pelo responsável, informação ao consumidor atinente aos cursos ofertados, considerados pelo Conselho Federal de Educação como “cursos livres”, não sendo o Instituto retromencionado reconhecido como Instituição de ensino autorizada e fiscalizada pelos órgãos competentes; devendo a divulgação ocorrer da mesma forma, frequência e dimensão e nos mesmos veículos de difusão do anúncio anterior, no mesmo espaço e horário, às expensas do fornecedor-infrator, visando desfazer o malefício da publicidade enganosa, constando da contrapropaganda a indicação da determinação judicial, através da sentença prolatada em Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado de Sergipe, propalação a ser efetivada no prazo de quinze dias a partir da emissão da douda Sentença Judicial.

e) A publicação de EDITAL, no Órgão Oficial do Estado, com fuste no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, com comunicação concernente à propositura da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, para que possam os interessados, querendo, intervir no processo, sem prejuízo da completa divulgação pelos meios de comunicação social, por parte dos Órgãos de Defesa do Consumidor e do Ministério Público.

Requer, por derradeiro, a citação do INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE, através de sua representação legal, para vir responder aos termos da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, no prazo legal, onde, não sendo contestados os pedidos, presumir-

se-ão aceitas as asserções alinhadas na peça proemial do processo, com incidência dos efeitos da revelia e confissão e, ao final, seja a ação julgada PROCEDENTE, em todos os seus termos, no reconhecimento da responsabilidade da empresa-ré pela publicidade enganosa veiculada, com a condenação da requerida ao pagamento das custas processuais e demais cominações, na forma da lei; requerendo, outrossim, a dispensa, pelo requerendo, do pagamento das custas processuais e outros emolumentos, desde logo, à vista do disposto no artigo 87 da lei 8.078/90 e intimações dos atos e termos do processo, na forma do artigo 236, § 2º do Caderno Procedimental civil.

Requer, finalmente, a condenação das requeridas, pelo descumprimento da obrigação determinada pela autoridade julgadora, inclusive da ordem liminar, ao pagamento de multa, na ordem de 100 URVS por mensagem publicitária veiculada em desacordo com a determinação judicial, revertendo tal valor para o fundo de que trata a Lei que disciplina a Ação Civil Pública; indigitando ainda a aplicação da pena de crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal Brasileiro, ao representante legal da empresa INSTITUTO TEOLÓGICO DE SERGIPE, caso haja descumprimento da ordem judicial para veiculação de CONTRAPROPAGANDA, nova publicidade a ser efetivada **quinze dias** após a emissão da douda sentença judicial.

Protesta pela produção de todos os meios de prova permitidos em direito, notadamente depoimento pessoal do representante legal da requerida, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, exibição de documentos e fitas VHS, entre outros, necessários à elucidação dos fatos versados e postos à mesa para julgamento.

Atendendo ao disposto no artigo 258 do Caderno Procedimental Civil, atribuir-se à causa o valor de CR\$ 1.000.000,00 (hum milhão de cruzeiros reais).

Nestes termos,
Pede deferimento
Aracaju, 12 de maio de 1994

EUZA MARIA GENTIL MISSANO
6ª Promotora de Justiça Auxiliar
CURADORA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**CENTRO DE APOIO
OPERACIONAL DO MP
Estudos e Consultas**

Ementa: A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso.

A Promotoria de Justiça da Comarca de Lagarto, Dra. Marileide Batista de Melo Barreto, encaminhou expediente ao Centro de Apoio Operacional relatando que o Conselho Regional de Medicina - SE, através da Resolução CREMESE nº 05/94, de 12 de abril de 1994, determinou aos Diretores de Hospitais que não atendam as solicitações da Justiça quanto a remessa de prontuários médicos para exame fora das dependências do Hospital.

Alegando que a Resolução citada contraria frontalmente o art. 129 inciso VI da Constituição Estadual e art. 42, inciso XI da Lei Complementar nº 02/90, e que terá o efeito de tolher o trabalho de fiscalização do Ministério Público sobre as Fundações e Associações, a Promotora de Justiça solicitou as providências cabíveis.

A Resolução nº 05/94 do CREMESE, anexa ao expediente, sob a justificativa de defender o sigilo profissional, invoca o art. 107 do Código de Ética Médica e os art. 153 e 154 do Código Penal para proibir aos diretores de hospitais o encaminhamento de prontuários de pacientes para fora das dependências do estabelecimento hospitalar, sob pena de infração do Código de Ética Médica. No seu art. 4º a resolução diz que o Diretor deve “declinar de atender solicitações da Justiça sugerindo-se que o Meritíssimo Juiz designe um médico-perito, o qual terá acesso ao prontuário na instituição e dele poderá retirar as informações necessárias para o atendimento a solicitação judicial”.

A Resolução acima citada não trata especificamente das requisições do Ministério Público e a Ilustre Promotora de Lagarto não informou a ocorrência de caso concreto de desatendimento a requisição de membro do “parquet”.

Assim, podemos examinar duas possibilidades diversas de requisição pelo Ministério Público: com a autorização do paciente e sua família ou sem tal autorização.

A primeira hipótese não oferece maiores dificuldades. O Código de Ética Médica é bastante claro:

“art. 11 — O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, **exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.**”

“É vedado ao médico: art. 70 — Negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias a sua compreensão, **salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros.**”

“É vedado ao médico: art. 102 — Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, **salvo por justa causa, dever legal ou autorização legal do paciente.**

Permanece essa proibição:

a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido. b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento”.

“É vedado ao médico: art. 103 — Revelar segredo profissional referente ao paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, **desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.**”

“É vedado ao médico: Art. 105 — Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.”

“É vedado ao médico: Art. 106 — Prestar a empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por expressa autorização do responsável legal ou sucessor.”

“É vedado ao médico: Art. 108 — Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.”

Os dispositivos reproduzidos deixam evidentes dois fatos:
1 — O sigilo das informações médicas existe em benefício do paciente e não do médico. O paciente ou seus responsáveis legais podem dispensar o médico do sigilo e mesmo exigir o acesso ao seu prontuário médico. 2 — O direito do paciente ao sigilo médico não prevalece sobre os interesses maiores da comunidade e da própria segurança do paciente e de terceiros. Isto é visível nas várias ressalvas que grifamos em dispositivos que tratam da obrigação de guardar segredo.

O Dr. E. Christian Gauderer, no seu livro “Os Direitos do Paciente” (fls. 77), explica:

“A razão de existir o segredo ou sigilo médico é óbvia, mas convém repetir: ele serve para garantir privacidade, honestidade, confiança e abertura na relação médico paciente. Existem porém, situações em que o interesse da sociedade, da coletividade ou do indivíduo supera o do paciente. Se um cliente, por exemplo, planejar destruir a própria vida ou a de outra pessoa ou

ameaçar alguém com um estupro ou desejar ter relações sexuais diretas sendo portador de AIDS ou planejar um ato criminoso como um sequestro, o médico e sua equipe têm o direito de romper esse sigilo ou silêncio. “...” Existem casos e situações em que o médico tem obrigação de informar ou denunciar algo ou alguém para preservar uma pessoa ou a sociedade.”

Ao tratar dos arts. 153 e 154 do Código Penal, invocados pela Resolução do CREMESE, já dizia **Nelson Hungria** (Comentários ao Código Penal, ED. 1980, pag. 265):

“O dever de sigilo profissional não é absoluto. Depara toda uma série de exceções declaradas na lei, explícita ou implicitamente, ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses mais relevantes. Há deveres jurídicos que superam o dever de sigilo, do mesmo modo que há interesses jurídicos ou de alta importância moral com primazia sobre o direito ao segredo. Em tais casos, a violação deste funda-se em justa causa, excluída a ilicitude penal. No próprio Código (art. 269) encontramos um caso expresse de obrigatoriedade de quebra do sigilo profissional, incriminado o fato de “deixar o médico de denunciar a autoridade pública doença cuja notificação é compulsória . . .”. “Várias outras dispensas da obrigação de sigilo resultam de leis extrapenais, mas que se entrosam com o art. 19 nº III (hoje art. 22, III) do Código. Assim, por exemplo, não estão adstritos ao silêncio (a parte os médicos militares, os médicos sanitários) os médicos designados para exames periciais, desde que tal silêncio represente infidelidade a sua missão”. ... “Outra exceção ao preceito do art. 154 o ‘estado de necessidade’, que também figura entre as discriminantes genéricas do art. 19 (atual art.22). A revelação do segredo profissional não constitui crime quando motivada pela necessidade de salvação de um interesse contrário, ainda que de maior relevância, mas cujo sacrifício, nas circunstâncias do caso concreto, não seja razoavelmente exigível.”

Diante dos argumentos acima, e amparados nas assertivas iniciais de que **o sigilo é estabelecido em benefício do paciente; pode ser renunciado pelo beneficiário; e não é um dever absoluto, podendo ser rompido por justa causa**, vejamos a posição do Ministério Público diante do sigilo profissional do médico.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No inciso XII do mesmo art. 5º, diz o texto constitucional que: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, e dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, na hipótese e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou processual penal.

Vemos, portanto, um caso onde a quebra do sigilo por determinação judicial é expressamente contemplada, o que não aconteceu com o sigilo profissional.

O art. 207 do Código de Processo Penal diz que “são proibidas de depor as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte, interessada, quiserem dar seu testemunho.”

Assim, se o médico está proibido de depor como testemunha em processo penal, a menos que seja liberado do dever de guardar segredo pelo seu paciente, encontramos algum fundamento para a determinação do CREMESE aos Diretores de Hospitais no sentido de que recusem a entrega de prontuários médicos, mesmo sob determinação judicial, facultando o acesso apenas aos peritos médicos.

Neste sentido decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em 10 de novembro de 1981, no Recurso Extraordinário nº 91.218-5 - SP. (Revista Forense nº 283 - pág. 284).

Eis a ementa do V. Acórdão:

— “A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso.

— A revelação do segredo médico em caso de investigação de possível abortamento criminoso faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente.

— Recurso extraordinário conhecido em face da divergência jurisprudencial, e provido. Decisão tomada por maioria de votos.”

Neste caso, a recorrente Santa Casa de Misericórdia de São Paulo apelou extraordinariamente de acórdão que lhe denegou Mandado de Segurança impetrado contra ato do juiz de Direito do 2º Tribunal do Júri, o qual determinara a apresentação do prontuário de uma paciente indiciada por suposto aborto comedido.

Com dois votos vencidos, a segunda Turma assegurou a Santa Casa o direito subjetivo a abstenção de exibir a ficha médica da paciente indiciada no inquérito policial.

Como bem assinalou o dissídio jurisprudencial, a questão não é pacífica.

A Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assegura em seu art. 26, inciso I alínea “b”, que o Ministério Público poderá, para instruir inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, “requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios”; e na alínea “c”, “Promover inspeções e diligências investi-gatórias junto as autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior. No inciso II, afirma que o Ministério Público poderá também requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie. No parágrafo 2º do mesmo art. 26, o dispositivo declara que “o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, **inclusive nas hipóteses legais de sigilo.**”

A norma em questão permite o entendimento de que o Ministério Público pode requisitar e ter acesso as informações sigilosas, ficando responsável pelo seu uso indevido. O mesmo se depreende do § 4º, do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante de tudo o que foi exposto, entendemos que o aresto citado foi feliz quando afirmou que “a matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento, diante das particularidades de cada caso.”

O sigilo médico não absoluto, mas em cada caso terá de haver um cotejo entre o bem que ele tutela, qual seja, a privacidade

do paciente e a confiança entre ele e seu médico, e outros bens que estão a exigir a quebra de sigilo para sua garantia.

O direito a vida, a incolumidade, a saúde de outras pessoas ou da sociedade evidentemente sobreleva o direito a privacidade de um paciente. Em outros casos, a escolha não será tão óbvia, e a existência da justa causa para quebra do sigilo terá de ser cuidadosamente ponderada.

No caso do Ministério Público, na maior parte das vezes não encontrará dificuldade na obtenção de prontuários e fichas médicas, pois a vítima ou sua família, tanto no caso de processo criminal como na investigação da imperícia médica e prestação deficiente de serviços médicos, autorizará por escrito a entrega das informações ao Promotor. Neste sentido, é certo que o sigilo médico não pode ser invocado em benefício exclusivo do médico ou do Hospital, visando dificultar a coleta de provas que serão utilizadas contra os mesmos.

Quando estiver investigando, por exemplo, irregularidades administrativas em fundação ou outro estabelecimento que utilize verbas públicas, igualmente não haverá possibilidade de dano para os pacientes, não podendo ser invocado o sigilo médico. Para melhor proteção da privacidade dos pacientes, poderá ser requerido que o eventual processo corra em segredo de justiça.

No caso de processo criminal, onde o paciente beneficiário do sigilo médico seja o réu, a melhor solução será a designação de perito médico para ter acesso aos documentos que se encontrem no hospital, através dos quais elaborará seu laudo.

Em conclusão, os Promotores deverão, em cada caso concreto de recusa na apresentação de documentos médicos sob alegação de sigilo profissional, adotar as medidas cabíveis contra os recalcitrantes, nos termos do art. 330 do Código Penal ou do Art. 10 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 8º inciso VI da Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio aos Portadores de Deficiência).

É o parecer, sub censura.

Aracaju, 17 de junho de 1994.

Maria Cristina G. S. Foz Mendonça
Promotora de Justiça

Ementa: Taxa de iluminação pública. Inconstitucionalidade. Requisitos de Especificidade e Divisibilidade não identificados. Observância obrigatória. Inteligência do Art. 145, II, da Constituição Federal e do Art. 79, II e III do Código Tributário Nacional. Serviço Público "Uti Universi". Despesa geral a ser custeada com a arrecadação de impostos. Precedentes Judiciais.

Trata-se de estudo requisitado pelo Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Manoel Pascoal Nabuco D'Ávila, vazio nos seguintes termos.

QUESTÃO:

Os senhores Prefeitos da Região Centro-Sul do Estado de Sergipe, cujos Municípios se inserem na área de concessão da Companhia Sul Sergipana de Eletricidade — SULGIPE, expressaram o desejo de criação da TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, nos moldes de Leis existentes em outras Comunas supridas pela Empresa Energética de Sergipe S.A. — ENERGEIPE.

A SULGIPE posicionou-se de forma contrária, alegando violação do ordenamento jurídico.

CONSULTA:

Solicita estudo aprofundado, doutrinário e jurisprudencial, pertinente à matéria, em face de di-

vergências relacionadas à possível inconstitucionalidade da instituição da TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA e a sua posterior cobrança efetivada pela Empresa Concessionária de Energia Elétrica (na própria fatura de energia, emitida mensalmente e autorizada mediante convênio, celebrado com a Prefeitura Municipal).

MANIFESTAÇÃO:

A análise suscitada obriga-nos a uma abordagem inicial, mesmo que breve, a respeito da natureza jurídica da espécie tributária “TAXA” e dos seus requisitos básicos, para, em seguida, procedermos de forma mais direta à elucidação do questionamento apresentado.

O Sistema Tributário Nacional tem o seu arcabouço, a sua base principiológica, na Constituição Federal. Encontramos na “Lex Maxima” a enumeração das espécies tributárias clássicas, distribuídas em três categorias (**IMPOSTOS, TAXAS E CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA**), consoante disposição do seu art. 145.

E será exatamente do dispositivo constitucional invocado que passamos à investigação propriamente dita, enfocando aspectos referentes ao FATO GERADOR do tributo “sub examine”, pois imprescindível ao atingimento das conclusões desejadas.

O legislador constituinte, já na Lei das Leis, de forma objetiva, consagrou o fato gerador da TAXA, como sendo:

“o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (art. 145, II - CF).

Ora, como bem assinala **HUGO DE BRITO MACHADO** no seu valioso estudo “Taxa — II” (Verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 72, pág. 98), para uma correta delimitação do tema e verificação da real e possível incidência do Tributo estudado, importa, preliminarmente, o exame dos conceitos de PODER DE POLÍCIA e de SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO e DIVISÍVEL, expressões referidas no art. 145, II — CF.

E para a elucidação do conteúdo relativo à expressão “**PODER DE POLÍCIA**” socorremo-nos da interpretação autênti-

ca, aquela trazida à baila pelo próprio legislador, ao construir o art. 78 do Código Tributário Nacional, “verbis”:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina de produção e do mercado, ao exercício das atividades econômicas dependentes da concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade pública e aos direitos individuais ou coletivos”.

A inteligência do dispositivo colacionado permite-nos aferir, sem maiores questionamentos o primeiro fato gerador que poderia inspirar o legislador municipal para a instituição da **TAXA**. Determinados valores, como se percebe, em nome do interesse público, passaram a ser tutelados pelo Estado que dispõe do poder de limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade.

Por outro lado, situação diversa poderá se apresentar.

Inobstante não ter o legislador fornecido um entendimento preciso relacionado à expressão “SERVIÇO PÚBLICO”, a doutrina, cumprindo o seu mister, é pródiga na apresentação de conceitos, apesar de nem sempre unívocos. No entanto, valemo-nos das lúcidas e sempre abalizadas lições do administrativista, cuja obra é de consulta obrigatória para todos aqueles que militam na área, **HELIO LOPES MEIRELLES**, que assim se posiciona:

“Serviços públicos, propriamente ditos são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer que a sua utilização é uma necessidade coletiva e perene”.

(Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 6ª edição, 1993, pág. 258).

O conceito de “**Serviços Públicos**”, como podemos observar, é extremamente genérico e se confunde com a própria atuação do Estado.

Entretanto, especificamente para a possibilidade da cobrança de **TAXA**, não é qualquer serviço público que autorizaria a sua instituição. Determinados requisitos são de observância obrigatória.

Averbe-se que a TAXA é tributo diretamente vinculado a uma atuação estatal, diferente, por exemplo, do imposto. E essa vinculação se evidencia com os requisitos de ESPECIFICIDADE e DIVISIBILIDADE do serviço prestado, utilizado pelo contribuinte: efetiva ou potencialmente.

O que se constata é que referentemente à utilização pelo contribuinte do serviço público, poderemos detectar uma variação:

1º) Se o serviço não é de utilização compulsória, só a utilização efetiva ensejará a cobrança da taxa (serviço usufruído a qualquer título);

2º) Se a utilização é compulsória, ainda que ocorra efetivamente essa utilização, a taxa poderá ser cobrada desde que a atividade estatal se encontre em efetivo funcionamento.

Neste sentido as lições de **HUGO DE BRITO MACHADO** (op. cit., pág. 99), quando da exegese do art. 79, I, "a" e "b", do CTN.

Quanto aos demais requisitos, estes sim, terão que ser efetivamente detectados, em conjunto. Não se trata de uma situação disjuntiva: os serviços terão que ser necessariamente **ESPECÍFICOS e DIVISÍVEIS**.

E em que consistem tais serviços? Como caracterizá-los?

O legislador, sabiamente, consciente da possível divergência doutrinária que adviria caso existisse lacuna normativa, precisou o entendimento nos seguintes termos (art. 79, II e III — CTN).

a) Consideram-se **ESPECÍFICOS** os serviços públicos quando passam a ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; e

b) Entendem-se **DIVISÍVEIS**, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários.

A propósito do tema, o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, em acórdão prolatado nos autos da RE nº 72.374, que teve como Relator o Ministro Luiz Galloti, manifestou-se, nesta linha de entendimento, pela necessidade de verificação do critério de **mensurabilidade** do benefício, como consequência de ser o serviço público específico e divisível.

Eis a ementa:

“O benefício especial objetivo, mensurável é condição essencial para que o tributo seja conceituado como taxa”.

(RDA 110/212).

Endossando a conclusão da Corte Suprema, **RUY BARBOSA NOGUEIRA**, com a segurança de suas lições expressadas no festejado Curso de Direito Tributário (10ª edição, Saraiva, 1990, pág. 166), enfatiza as características referentes à TAXA, cotejando, genericamente, com a prestação de serviços remunerados via IMPOSTO:

“O Estado na sua missão de atender ao bem comum, já presta serviços gerais à coletividade, cujos gastos são cobertos sobretudo pela receita dos impostos”.

E complementa:

“Serviço específico, necessário para instituição de Taxa, é o suscetível de utilização individual pelo contribuinte e divisível é o destacável em unidade autônoma”.

Como se pode notar, o renomado Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo (USP) destaca a necessidade de verificação dos requisitos essenciais à caracterização do tributo em tela, sob pena de ser confundido com outro, enquadrado na categoria de não vinculado (**IMPOSTO**).

Deflui do presente entendimento que não é qualquer serviço público que poderá ser tributado, constituindo fato gerador da TAXA. Um serviço público de caráter geral e não específico, consoante acentuado retro, por se tratar de benefício genérico, terá que ser suportado por toda a comunidade.

Vencida a primeira dificuldade referente à natureza jurídica do tributo objeto do nosso estudo, passemos, nesta segunda parte, a verificar se a TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA atende aos requisitos coligidos, enquadrando-se na moldura Constitucional e legal.

No Estado de Sergipe apenas 16 (dezesseis) municípios instituíram a TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - TIP. E objetivando operacionalizar a arrecadação respectiva, os municípios celebraram convênios com a Empresa Energética de Sergipe S.A. - ENERGEPI para que, quando da emissão das faturas mensais,

incluisse no valor total a ser cobrado dos consumidores o “quantum” referente à Taxa.

O FATO GERADOR da TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA é a prestação de serviços de iluminação em ruas e logradouros públicos, tendo como **CONTRIBUINTE** o proprietário ou possuidor a qualquer título de imóveis lindeiros a ruas e logradouros que possuem iluminação pública. Não se trata de POLICE POWER e, por via de consequência, a Casa de Representantes do Povo da Urbe somente poderia justificar a instituição do Tributo objetivo desta análise, sua cobrança, **pela utilização de serviço público específico e divisível**. É a segunda hipótese de fato gerador prevista constitucionalmente.

A sistemática consubstanciada nas leis municipais seguem uma linha mais ou menos uniforme, variando tão somente quanto à base de cálculo e a alíquota aplicada.

Ao nos debruçarmos sobre a legislação dos **municípios** sergipanos que instituíram a TIP verificamos que, tendo como critério a base de cálculo, 05 (cinco) situações se apresentam:

1ª) TIP calculada (percentual) sobre o valor da ORTN:

— **ITAPORANGA** - Lei nº 038, de 29.22.83.

— **PIRAMBU** - Lei nº 093, de 12.11.84

— **ILHA DAS FLORES** - Lei nº 034, de 15.09.84

2ª) Percentual sobre o valor do consumo de Energia Elétrica (valor do imposto)

— **JAPARATUBA** - Lei nº 130, de 17.12.92

— **N. SENHORA DO SOCORRO** - Lei nº 305, de 27.11.89

— **SÃO CRISTOVÃO** - Lei nº 08, de 27.05.90

— **CARMÓPOLIS** - Lei nº 444, de 18.12.89

— **MARUIM** - Lei nº 50, de 29.12.89

(*) O valor em cruzeiros do consumo mais a demanda e o valor de ajuste pelo baixo fator de potência.

3ª) Percentual do Módulo da Tarifa de Iluminação Pública (vinculado à faixa de consumo):

— **ITABAIANA** - Lei nº 723, de 10.12.92

— **CARIRA** - Lei nº 310, de 30.12.92

— **BARRA DOS COQUEIROS** - Lei nº 24, de 15.12.93

— **AREIA BRANCA** - Lei nº 13, de 23.12.93

— **SANTO AMARO DAS BROTAS** - Lei nº 155, de 22.12.92

— **CAPELA** - Lei nº 07, de 26.11.92

4ª) Percentual sobre a Taxa Mínima de Energia Elétrica:

— **RIBEIRÓPOLIS** - Lei nº 293, de 10.12.91.

5ª) Percentual sobre o valor da UFM por metro linear de testada do imóvel ou vinculado a faixa de consumo em KW:

— **ARACAJU** - Lei Complementar nº 02, 30.12.91.

Em todas as situações (1ª a 5ª) percebe-se que há uma estrita vinculação com as unidades de imóveis ligados à rede de distribuição de Energia Elétrica. Vale dizer: o benefício de iluminação pública é suportado **exclusivamente** pelos proprietários de imóveis ou mesmo possuidores, desde que estejam cadastrados como consumidores de Energia Elétrica.

A “Vexata quaestio” compreende dois aspectos a serem considerados: O **primeiro**, diz respeito à possibilidade de enquadramento de TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA na hipótese constitucional que consagra os requisitos essenciais de tal espécie tributária, desenvolvidos posteriormente pelo CTN. O **segundo**, ligado ao primeiro, e talvez consequência deste, relaciona-se à verificação se o serviço em foco constitui-se despesa geral e, por conseguinte, teria que ser custeado pela receita de impostos.

Do estudo empreendido ressaí, de pronto, uma primeira e irrefutável conclusão, com forte respaldo doutrinário e jurisprudencial: IMPOSSIBILIDADE DE SE QUANTIFICAR O CONSUMO INDIVIDUAL DE CADA CONTRIBUINTE DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

E por quê?

As lições de **HELY LOPES MEIRELLES**, relacionadas aos serviços públicos municipais e a sua remuneração (ob. cit., pág. 259/260), são, como de ordinário, bastante úteis ao deslinde da questão.

Devemos diferenciar, como preleciona o Mestre, SERVIÇOS “UTI UNIVERSI” de SERVIÇOS “UTI SINGULI”:

“Serviços gerais ou ‘uti universi’ são os que atendem a toda a coletividade, sem usuários determinados, como os de polícia, **iluminação pública** ... Esses serviços destinam-se indiscriminadamente a toda a população ... Daí por que tais serviços devem ser mantidos por impostos (tributo geral) ... ” (grifo nosso). São serviços insuscetíveis de utilização individual e mensurável.

Os chamados serviços “uti singuli”, estes sim, são os específicos, prestados a usuários determinados, de utilização mensurável, separadamente para cada um, devendo portanto, ser

remunerados, desde que serviço compulsório, por taxa. Não é o caso da Iluminação Pública.

A ILUMINAÇÃO PÚBLICA é um serviço prestado “UTI UNIVERSI”. E a melhor doutrina tem se posicionado neste passo, corroborando o aqui expressado, como veremos a seguir.

Antes porém, necessário se torna registrar que o simples fato de existirem consumos diferenciados de energia elétrica não autoriza a constatação do requisito de especificidade da taxa. O que se questiona é a possibilidade de se quantificar o consumo de iluminação pública e não o de energia elétrica. Tal critério inexistente.

Recordemos, inicialmente, as conclusões de REGIS FERNANDES OLIVEIRA:

“A só circunstância de um imóvel consumir maior energia que outro não tem o condão de seguir a afirmativa de que é melhor beneficiado que outro, em termos de especificidade do tributo. Imagine-se que imóvel que mantenha para a vida pública apenas o portão de entrada e localiza-se integralmente nos fundos de outros dois. Como medir o benefício recebido individualmente, embora possa consumir mais energia que os imóveis lindeiros à vida pública? E o imóvel sediado de frente a logradouro público? tem maiores benefícios? Difícil dizer, porque a praça é de uso comum do povo e todos beneficiam-se dos serviços de iluminação pública” (grifo nosso)

(RDP 79 — pág. 197).

Consoante asseverado, as ruas e praças são bens públicos de uso comum do povo, tais como os mares, rios e estradas. Esta é a dicção do art. 66, I, do Código Civil Brasileiro. E por serem bens de uso comum, o serviço de iluminação pública, por sua vez, que tem por objetivo iluminar os logradouros mencionados, também é um serviço de uso comum, geral e “uti universi”.

No mesmo diapasão manifesta-se RUY BARBOSA NOGUEIRA, com clareza meridiana:

“É evidente, pois, que tendo todos, indistinta ou indivisivelmente, como ‘povo’, o direito ao uso comum das ruas e praças sejam iluminadas ou não, a manutenção do serviço público de iluminação não é serviço específico nem tampouco divisí-

vel, destacável em unidades autônomas da sua utilidade ou utilização. Se é, por natureza (ontologia) comum (iluminação pública ou do povo), e por sua finalidade (teleologia) a todos, indistintamente (iluminação pública ou para o povo), de acordo com a própria *qualificação jurídico-normativa*, constitucional e da legislação nacional ou complementar sobre o *factum*, isto é, do serviço público suscetível de ser pressuposto fático da taxa (relação fática, 'sacheverhalt'), vê-se que esta é insuscetível de ser 'fato gerador' de taxa, porque não é serviço ou prestação de serviço específico, nem destacável em *unidades autônomas de utilidade*, nem prestado individualmente *ao contribuinte* (mas a todos), nem individualmente por ele usufruído (mas indistintamente por todos). Em resumo é serviço de *uso comum* (uti universi).

(Contribuição de Melhoria e Taxa de Iluminação Pública" in Rev. de Inf. Legislativa — Brasília — a.19 — nº 73 — jan/março 1982, pág. 271).

Ainda na esteira do entendimento esposado, **RIOSHI HARADA**, em não menos valioso trabalho, refere:

"Pelo princípio da atributividade o contribuinte da TIP, necessariamente, deveria ser a população como um todo, abarcando, não só, as pessoas que andam, à noite, pelas ruas e logradouros públicos iluminados (uso efetivo), como também, aquelas condições de se locomover pelas vias públicas iluminadas (uso potencial). Assim, é fácil de compreender a impossibilidade de vinculação dessa taxa aos indetermináveis usuários, pois, não haveria meios para a instauração de processo de fiscalização e arrecadação tributária exequível".

(*"Taxa de Iluminação Pública"* in JACSP — maio, junho 1990, pág. 24).

E conclui:

"Por isso, as legislações existentes a respeito vinculam essa exação a certas e determinadas pessoas, que ostentam, por exemplo, a qualidade de contribuinte de IPTU, incorrendo numa *prática legislativa abusiva e Inconstitucional, ferindo os*

princípios da isonomia fiscal e da generalidade da tributação, na medida em que colocam na condição de sujeito passivo apenas uma parte da população vinculada ao fato gerador, escolhida unicamente para viabilizar a cobrança dessa taxa de iluminação pública, inviável por natureza”

(Idem — grifo nosso).

Analizando o problema, JOSÉ NILO DE CASTRO, Mestre em Direito Público pela UFMG e Doutor em Direito Administrativo pela Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris, também se manifestou contrariamente à instituição da Taxa de Iluminação Pública pela impossibilidade de observância dos requisitos básicos do tributo, constitucionalmente assegurados:

“É fundamental para a caracterização do Tributo — Taxa de Serviços —, a satisfação desses elementos configuradores de seu conceito. Por exemplo, encontra-se em muitos Municípios a cobrança de Taxa de *iluminação pública*. Com efeito, o fato gerador da taxa de iluminação pública, assim instituída, é a prestação de serviço de iluminação de ruas e logradouros públicos. Inegavelmente, tais serviços são genéricos, não específicos e divisíveis, prestados à coletividade em geral e não apenas aos moradores da área. Foge, por conseguinte, do núcleo do conceito de taxa de serviços a de iluminação pública. Taxa é, repete-se, tributo instituído para remunerar determinado serviço ou atividade especial do Estado, cobrado somente dos contribuintes que de fato se utilizem desse serviço ou atividade ou que os tenham à disposição, obrigatoriamente.”

(Direito Municipal Positivo 2ª edição, Del Rey, 1992, pág. 188).

Após exaustivo respaldo doutrinário da posição acolhida, mister se faz buscarmos em posicionamentos pretorianos o “referendum” do entendimento.

Os Tribunais pátrios têm se manifestado na mesma linha defendida pela doutrina, pelo fato de os doutos julgadores não detectarem os requisitos de ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE, imprescindíveis à caracterização do TRIBUTO — TAXA.

Sobremais, os Tribunais têm deferido inclusive, a pretensão dos requerentes relacionados à obrigação do Poder Público Municipal (Fisco) de restituir o que foi pago, devidamente corrigido (Repetição de Indébito).

Releve-se que tal entendimento vem sendo firmado ao longo do tempo, desde a Constituição de 1967 (E.C. nº 01, de 1969), porquanto consagrava dispositivo de idêntica dicção.

Eis os acórdãos:

“TAXA - Iluminação Pública — cobrança inadmissível — Prestação de Serviço indivisível e medição impossível — Inteligência dos arts. 77 e 79 do CTN.

A Taxa só pode ser imposta quando presentes os requisitos da especificidade e divisibilidade do serviço prestado”.

(1ª TACiv. SP — Ap 331.989 — 5ª C — j. em 09.05.85 — Rel. Juiz Paulo Bonito — RT. 598).

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — COBRANÇA ILEGAL — REPETIÇÃO DE INDÉBITO

As características de especificidade e divisibilidade são essenciais para justificar a cobrança das taxas destinadas ao custeio dos serviços. Se os serviços prestados são genéricos e indivisíveis, não há que se falar em taxa, pois ausentes estarão os requisitos do art. 18, I, da Constituição, que definem tal espécie do tributo. Sendo nula a obrigação e evidente a coação na sua cobrança, resta iludida a presunção de liberdade, a que alude o art. 965 do Código Civil”

(TACiv. — RJ — Ap. 71095 — 2ª C — reg. em 25.05.88 — Rel. Juiz Carlos Motta).

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — INEXIGIBILIDADE

“ . . . a taxa de iluminação pública é inexigível porque constitui serviço público genérico e que não se divide, destinada ao benefício geral e indistinto dos integrantes da coletividade cujo custeio, antes, deve ser obtido pela municipalidade através dos imposto. A taxa, ao invés, proporciona vantagem particular, não universal (‘uti singuli’), e por tal razão somente é cobrada de quem se utiliza pessoal e diretamente do

serviço público divisível, ainda que posto potencialmente à sua disposição”

(1^oTAC SP - Ac. “ex-officio” 397.396/2 — 3^a C. em 06.03.89 — Rel. Juiz Ricardo Arcoverde Credie — ementa IOB, por transcrição parcial).

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — SERVIÇO NÃO INDIVIDUALIZADO — REPETIÇÃO — JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

Embora o fato gerador da taxa de iluminação seja a utilização efetiva ou potencial de energia elétrica, falta, como complemento, a sua qualificação como serviço público específico e divisível prestado a cada município. Serviço não individualizado, porque impossível de ser especificado o ‘quantum’ de energia elétrica consumido pelo contribuinte. Ilegalidade da cobrança, por ofensa ao art. 145, II, da CF vigente e art. 77 do CTN. Obrigação do Fisco de restituir o que foi pago acrescido de correção monetária, a partir da data de cada recolhimento indevido. Juros de mora de um por cento ao mês, computados desde o trânsito em julgado da decisão. Procedimento de recurso”.

(TACiv — RJ — Ap. 8.347/88 — 6^a C. — reg. em 05.04.90 — Rel. Juiz Clarindo de Brito).

ILUMINAÇÃO PÚBLICA — REQUISITOS DO ART. 145 DA CF NÃO OBSERVADOS

“A iluminação pública é posta à disposição da coletividade, não se enquadrando como serviço dirigido unicamente a um contribuinte, dotado de especificidade e divisibilidade, requisitos expressamente exigidos pelo art. 145, inciso II, da atual Carta, e que já constavam da anterior, bem como do CTN, em seu art. 77. A iluminação pública não é cobrada exclusivamente em favor do proprietário do imóvel lindeiro à via pública em que instalada: ao contrário, favorece todos os que passam pela mencionada via, a coletividade como um todo. Não caracteriza serviço mensurável, específico. Assim, por beneficiar a todos, por todos deve ser suportado o seu custo, cobrável através de imposto e não de taxa. O serviço de iluminação está

dentre os denominados serviços públicos gerais prestados ao povo, ou colocados à sua disposição: devem ser suportados pelos impostos pagos pelos contribuintes inclusive os proprietários de imóveis (IPTU). Mas, não podem ser indenizáveis por meio de taxas, pois não contêm as características de especificidade e divisibilidade”,

(1ª TAC SP — AC 450.678 — 1-8ª C. — Rel. Juiz Adenir Benedito — j. 18.12.91 — Ementa IOB (transcrição parcial — nº 08/92 — pág. 132).

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — EXAÇÃO LEGAL — REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

A taxa de iluminação, por não possuir os requisitos de especificidade e divisibilidade, exigidos nas Constituição Federal e Estadual, é inconstitucional. Antes, porém, é ilegal por violar os arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional. Paga a taxa, e sendo ela ilegal, a repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal, é medida de justiça. Apelação improvida”,

(TA - RS — Ap. 193.149.408 — 1ª C — j. em 08.02.94 — Rel. Juiz Juracy Vilela).

Sem embargo de todos os argumentos aqui delineados, com reflexos tanto na convergente doutrina, como na pacífica jurisprudência, outra relevante questão merece ser referida. As leis municipais que instituíram a TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA via de regra utilizam como base de cálculo o consumo de energia elétrica, já tributado pelo ICMS. Incidem, portanto, em flagrante violação ao § 2º, do art. 145, da Lei Maior, que assim se expressa:

“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

Urge asseverar que desde a Constituição passada, em cujo texto encontramos similar proibição, também gravada no Código Tributário Nacional (art. 77), Cortes de Justiça Estaduais têm concluído pela falta de respaldo jurídico da TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, neste particular.

Vejamos:

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — FATO GERADOR IGUAL A IMPOSTO — INADMISSIBILIDADE.

Tendo a Taxa de Iluminação Pública por fato gerador o consumo de energia elétrica, confunde-se com o imposto — Lei 2.308/54 —, ferindo, em consequência, os art. 77, parágrafo único, do CTN e 18, § 2º, da CF”

(TA - RS — Reex. Nec. 186085239 — 1ª Câmara Cív. — j. em 21.04.87 — Rel. Juiz Alceu Binato de Moraes — COAD - Verbete nº 119662).

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — ILEGALIDADE.

Padece de ilegalidade, dando azo à repetição do indébito, a taxa de iluminação pública cobrada pelo município do Rio de Janeiro, porquanto, desvestidas dos predicativos de especificidade e divisibilidade, ainda apresenta base de cálculo idêntica ao imposto único sobre energia elétrica (Constituição anterior, art. 18, § 2º. Constituição atual, art. 145, § 2º, CTN, art. 77, e parágrafo único). Confirmação do acórdão recorrido. Rejeição dos embargos)”.
(TACiv. RJ — EAp. 86133 — 1º Gr. Câmara — reg. em 21.08.90 — Rel. Juiz Laerson Moura — COAD — Verbete nº 50957).

Somente-se às presentes conclusões a restrição imposta pelo legislador constituinte quanto à possibilidade de tributação de operações relativas a energia elétrica, visto que limitou a atividade estatal ao permitir, exclusivamente, os impostos abaixo relacionados:

- ICMS;
- Imposto de Importação; e
- Imposto de Exportação.

Este o desejo da Lei Maior, expressado nos seguintes termos:

“Art. 155.

.....

§ 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do Caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo federal incide sobre operações relativas a energia elétrica, ...

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993).

Por fim, como derradeiro argumento, não se pode olvidar que dentre os requisitos necessários à instituição do IPTU, elencados no art. 32, § 1º, do Código Tributário Nacional, um deles é exatamente a existência de rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar (inciso IV).

CONCLUSÕES:

Após análise do tema proposto, desincumbimo-nos do mister confiado e passamos a responder à consulta formulada, de forma objetiva, abordando todos os aspectos que consideramos relevantes:

1º) A instituição da Taxa de Iluminação Pública é inconstitucional e ilegal, pois viola frontalmente os art. 145, II, da Constituição Federal e art. 73, II e III, do Código Tributário Nacional, porquanto, por se tratar de tributo na modalidade "TAXA", teria obrigatoriamente que observar os requisitos de **ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE**;

2º) A Iluminação Pública é serviço público "UTI UNIVERSI", de natureza genérica, prestado indiscriminadamente, sem possibilidade de mensurabilidade devendo, por conseguinte, ser suportado pela receita de impostos;

3º) Na hipótese de utilização da base de cálculo como sendo o custo do serviço ou valor da operação (consumo de energia elétrica), o legislador municipal desrespeita, ainda, a proibição insculpida no § 2º, do art. 145 da Constituição Federal e Parágrafo único do art. 77 do Código Tributário Nacional.

É o parecer.

À consideração do Sr. Diretor do Centro de Apoio Operacional.

Aracaju, 05 de maio de 1994.

Carlos Augusto Alcântara Machado
Promotor de Justiça
Núcleo de Defesa da Cidadania

Ementa: Juizados Especiais de Pequenas Causas. Lei 7.244, de 07.11.84. Competência concorrente entre a União com as normas gerais e os Estados Membros com as normas complementares. Exclusão pela Lei 7.244/84 das causas de natureza alimentar. Norma Geral. Impossibilidade de Dispositivo em contrário na Legislação Estadual. Resolução não é ato idôneo para disciplinar procedimentos de pequenas causas, sendo admissível entretanto para organizar os juizados informais, que não tem poder decisório. Juizados informais-competência abrangente das causas de qualquer natureza ou valor, inclusive as excluídas dos Juizados de Pequenas Causas. Possibilidade de homologação judicial, nos juizados informais, de acordo sobre alimentos devidos a incapazes, desde que assistidos ou representados por quem de direito. Juizados de Pequenas Causas não podem executar acordos homologados judicialmente sobre matérias vedadas ao seu conhecimento. Inteligência da Lei 8.640, de 31.03.93. Necessidade de instituir juizados informais que funcionem junto às varas privativas de assistência judiciária, onde os acordos poderiam ser executados, desde que pelo menos uma das partes fosse carente. Para agilização dos feitos há conveniência de que o serviço de assistência ju-

diciária ou defensoria pública seja estimulado a adotar formulários a serem aplicados em especial às causas de alimentos.

Trata-se de consulta formulado pela Promotoria de Justiça do 1º Juizado de Pequenas Causas, através de uma de suas titulares, vazada nos seguintes termos:

QUESTÃO:

Há um grande número de demandas de natureza alimentar nos Juizados de Pequenas Causas do nosso Estado, apesar da exclusão dessas causas previstas no § 1º do art. 3º da Lei 7.244, de 07.11.84, que dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

CONSULTA:

Tendo em vista o disposto no art. 8º, I, da Resolução nº 011/90, do Tribunal de Justiça de Sergipe, pergunta-se:

1 - Seria possível por resolução modificar dispositivo insito em lei federal?

2 - Qual o verdadeiro alcance da Resolução nº 011/90, do Tribunal de Justiça de Sergipe?

3 - Em sendo inadmissíveis processamento e julgamento de causas de natureza alimentar pelos Juizados de Pequenas Causas, qual a alternativa que se disporia, haja vista a falta de estrutura do serviço de assistência judiciária em nosso Estado e a necessidade de atender com presteza e segurança os pedidos de alimentos formulados, em sua maioria, por hiposuficientes econômicos?

MANIFESTAÇÃO:

A questão cinge-se à possibilidade ou impossibilidade de as causas de natureza alimentar serem processadas e julgadas pelos Juizados de Pequenas Causas.

A Lei federal nº 7.244, de 07.11.84, editada antes da Constituição em 1988, e por ela recepcionada, tinha como objetivo institucionalizar nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios,

para o processo de julgamento das causas de reduzido valor econômico, os Juizados Especiais de Pequenas Causas, como órgãos de Justiça Ordinária.

Com o advento da atual Constituição, a par dos Juizados de Pequenas Causas, foram previstas no art. 98, I, Juizados Especiais, nos seguintes termos:

“Art. 98. A União, do Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I—juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial intensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de 1º grau;

.....”

Embora o legislador constituinte se aproprie de princípios inerentes aos Juizados de Pequenas Causas, de logo conclui-se, pela redação da norma constitucional em tela, que sua intenção é dar luz no Poder Judiciário a novos e inéditos órgãos de jurisdição.

Na conceituada Revista de Direito Processual, em artigo sob o título “A Constituição Federal de 1988, os Juizados Especiais e os Juizados Especiais de Pequenas Causas, Álvaro Lazzarino ensina “ex-cathedra”:

“Pequena causa, no entanto, diz respeito a uma expressão econômica reduzida, ou seja, que não ultrapasse, à data do ajuizamento, 20 (vinte) vezes o salário mínimo.

Em outras palavras, causa cível de menor complexidade refere-se à matéria jurídica em discussão, independentemente do seu valor econômico, isto é, do valor da causa. Se este for inferior a 20 (vinte) vezes o salário mínimo, à data do ajuizamento, embora seja causa que possa apresentar uma grande complexidade, há possibilidade de buscar-se o Juizado de Pequenas Causas, desde que seja da competência sua”.

Sendo assim, vamos encontrar a sede constitucional dos Juizados de Pequenas Causas no art. 24, X, da CF, a saber:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar corretamente sobre:

.....
X - criação, funcionamento e processo do Juizado de Pequenas causas;

.....
Ora, em termos de competência concorrente, a União limita-se a fixar as normas gerais, não podendo excluir a competência suplementar dos Estados.

A Lei 7.244/84, no seu art. 3º, § 1º, dispõe “in verbis”:

“Art. 3º. Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto:

.....
§ 1º. Esta Lei não se aplica às causas de natureza **alimentar**, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, nem às relativas a acidentes do trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial”.

Já os Juizados Especiais de Pequenas causas foram criados em nosso Estado pela Lei nº 2.900, de 23/11/90, em que nada se lê sobre as questões de competência e procedimentos.

Foi a Resolução nº 011/90 do Tribunal de Justiça de Sergipe que organizou, estruturou e definiu a competência e os procedimentos dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e Informais de Conciliação.

E no art. 8º, I, dispôs:

“Art. 8º. Compete ao Juizado de Pequenas Causas e Informal de Conciliação processar e julgar as causas de pequeno valor econômico, assim entendidas as que versarem sobre direitos patrimoniais, cujo valor, na data de ajuizamento, não ultrapassar a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País, e que sejam referentes a:

I - obrigação em geral, inclusive **ALIMENTAR**, esta até a fase da conciliação;

.....

Ora, não há conflito entre o art. 8º, I da Resolução nº 11/90, e o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 7.244, de 07.11.84.

Se os Juizados Especiais de Pequenas Causas estão processando, julgando e executando obrigações de natureza alimentar, tal se deve iniludivelmente à confusão entre Juizado de pequenas Causas e Juizado Informal, confusão, diga-se EN PASSANT, estimulada pela letra do art. 8º, da Resolução 11/90, ao reunir no “caput” dois órgãos com atribuições inconfundíveis, e pela redação do art. 1º, da Lei estadual nº 2.900, de 23.12.90, que reza:

“Art. 1º. Ficam criados, no Estado de Sergipe, Juizados Especiais de Pequenas Causas, na forma prevista no art. 98, inciso I da Constituição Federal, bem como na Lei Federal nº 7.244, de 07 de novembro de 1984”.

Como se vê, o legislador trata os Juizados Especiais que a Constituição do Brasil previu com o objetivo de conciliar, julgar e executar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, ainda não regulamentados em lei federal, da mesma forma que os Juizados de pequenas Causas a que se refere a Lei 7.244/84.

A essa altura, cumpre analisar se a competência dos Juizados de Pequenas Causas se inseriria entre as normas gerais da responsabilidade da União quando legisla concorrentemente, ou se estaria dentro da competência suplementar dos Estados.

Ora, desde que o monopólio da justiça foi entregue ao Poder Público, tem-se entendido competência como critério de repartir as atribuições pertinentes ao mister jurisdicional entre os diversos órgãos judiciários.

Essa tarefa é da alçada da Constituição e das leis, sem embargo do elevado apreço que o Colendo Tribunal de Justiça de Sergipe merece.

De ver-se também que o papel das leis de organização judiciária é tão somente o de distribuir a competência das **justiças locais**, dentro dos limites fixados pela legislação da União.

Acrescente-se que os Estados somente exercem a competência legislativa plena, em sede de competência concorrente, quando inexistente lei federal sobre normas gerais, o que não é em absoluto o presente caso.

Portanto, ainda que a inclusão das causas de natureza alimentar estivesse prevista na Lei Estadual nº 2.900, de 23.11.90, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas e Informais de Conciliação em nosso Estado, o direito federal seria de qualquer forma violado.

Em virtude disso, o Estado de Santa Catarina, ao editar a Lei 1.141, de 26.03.93 (COAD/ADV nº 14/93 — Informativo Semanal), disciplinando as causas cíveis de menor complexidade, teve o cuidado de manter afastadas da competência dos juizados de pequenas causas e especiais as demandas de natureza alimentar.

Álvaro Lazzarini, “opus cit.”, preleciona:

“Nítida, portanto, a distinção entre o Juizado Informal de Conciliação e o Juizado de Pequenas Causas. Ela está, com efeito, na competência de um ou de outro órgão, podendo acrescentar-se, para os não leigos, que não há processo no Juizado Informal de Conciliação, enquanto o há no Juizado de Pequenas Causas. Cabe, no entanto, salientar que o acordo firmado em um ou outro desses órgãos, desde que homologado pelo juiz, é considerado título executivo judicial, com as consequências disso resultantes”.

E mais:

“Para as Causas não abrangidas por essa competência (competência do Juizado de Pequenas Causas — ADENDO NOSSO), o art. 56, I, da Lei Federal 7.244, de 1984, tornou possível a conciliação, conforme dispuseram as normas de organização judiciária local que, no Estado de São Paulo, previu o Juizado Informal de Conciliação, que tem a sua disciplina própria, conforme os indicados atos dos órgãos competentes do Tribunal de Justiça”.

Destarte, como o Juizado Informal de Conciliação não julga, só concilia, o legislador estabeleceu no art. 56, I, da Lei nº 7.244/84:

“Art. 56. As normas de organização judiciária local poderão:

I - estender a conciliação prevista nos arts. 22 e 23 a causas não abrangidas nesta Lei”.

Portanto, dada a sua natureza meramente conciliatória, os Juizados Informais, vez que previstos em lei, tanto podem ser organizados através de ato administrativo, como uma resolução, quanto podem admitir causas de natureza alimentar, desde que formulados por pessoas legalmente habilitadas.

Aliás, entendo que a competência dos Juizados Informais, segundo se infere no art. 56, I, c/c o “caput” do art. 55, da Lei 7.244/84, pode abranger **causas de qualquer natureza ou valor**, nada impedindo a atuação de incapazes, assistidos ou representados por quem de direito já que os acordos serão homologados judicialmente.

O advento da Lei nº 8.640, de 31.03.93, que modificou o art. 40 da Lei 7.244/84, para viabilizar a execução da sentença no Juizado de Pequenas Causas, em nada altera o raciocínio.

Evidentemente que não é a simples homologação judicial de acordo sobre alimentos ou qualquer outra causa no Juizado Informal que credencia os interessados à sua execução no Juizado de Pequenas Causas, pois a regra estabelecida na Lei 8.640, de 31.03.93, é a de que o Juizado de Pequenas Causas não é competente para conhecer as causas como as de natureza alimentar não é também competente para executar decisões que lhes sejam relativas ou acautelá-las.

Todavia, à vista das peculiaridades de nossa organização judiciária, melhor seria:

a) instituir por lei junto às Varas Privativas de assistência judiciária Juizados Informais titularizados pelo mesmo juiz, a exemplo dos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

b) para os casos de descumprimento ou impossibilidade de acordo, estimular a adoção pelo serviço de assistência judiciária de formulário pré-impresso em que o interessado solicitará diretamente os benefícios da justiça gratuita, inclusive a designação de assistente judicial ou defensor, e pedirá alimentos, com base no título executivo ou provas que se propõe a exhibir, em juízo, devendo o advogado defensor ou assistente subscrever a inicial.

Quanto aos quesitos da consulta, passamos a respondê-los de “per si”:

1 - Seria possível por resolução modificar dispositivo ínsito em lei federal?

A par das razões expostas, podemos aduzir que, no tocante aos Juizados de Pequenas Causas, a Constituição atribui à União competência para estabelecer as regras gerais, reservando aos Estados a competência suplementar.

Portanto, uma vez a Lei Federal nº 7.244, de 07.11.84, tendo excluído da competência desses Juizados as causas de natureza alimentar, no nosso entender, jamais a lei estadual poderia dispor em contrário.

É verdade contudo que, quanto aos Juizados Informais de Conciliação, os Estados poderão atribuir a esses órgãos, entre outras coisas, competência para conciliar causas de natureza alimentar ou outras de seu interesse.

2 - Qual o verdadeiro alcance da Resolução nº 011/90 do Tribunal de Justiça de Sergipe?

Como já foi dito, não é tarefa de ato administrativo disciplinar a competência e os procedimentos dos Juizados de Pequenas Causas.

Assim, melhor será manter a resolução nº 011/90 no tocante aos Juizados Informais de Conciliação, e no tocante aos Juizados de Pequenas Causas, editar lei onde estejam previstas normas de natureza procedimental.

3 - Em sendo inadmissíveis o processamento e julgamento de causas de natureza alimentar pelos Juizados de Pequenas Causas, qual a alternativa que se disporia, haja vista a falta de estrutura do serviço de assistência judiciária em nosso Estado e a necessidade de atender com presteza os pedidos de alimentos formulados, em sua maioria, por hipossuficientes econômicas?

A saída apontada consiste em:

a) instituir por lei junto às Varas Privativas de Assistência Judiciária Juizados Informais titularizados pelo mesmo juiz, a exemplo do que sucede nos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

b) para os casos de descumprimento ou impossibilidade de acordo, estimular a adoção pelo serviço de assistência judiciária de formulários pré-impressos em que o interessado solicitará diretamente os benefícios da justiça gratuita, inclusive a designação de assistente judicial ou defensor, e pedirá alimentos, com

base no título executivo, se houver, ou nas provas que se propõe a exibir em juízo, devendo o advogado defensor ou assistente subscrever a inicial.

De ver-se ainda que:

1 - conforme o § 4º do art. 2º, da lei 8.560, de 29.12.92, c/ c o art. 7º, do mesmo diploma, na falta de advogado e de iniciativa da parte, o Ministério Público goza de legitimidade para propor ação de investigação de paternidade cumulada com ALIMENTOS;

2 - e se a criança ou adolescente estiver com os seus direitos ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua conduta, poderá o Ministério Público, nos termos do art. 2º, III, da Lei 8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), através do seu representante no Juizado da Infância e Juventude, promover ação de alimentos.

É o Parecer.

À consideração do Diretor do Centro de Apoio Operacional.

Aracaju (SE), 01 de agosto de 1994.

Luis Cláudio Almeida Santos
Núcleo de Apoio às Atividades Cíveis e Criminais

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 8.930, DE 6 DE SETEMBRO DE 1994

Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados ao Decreto-Lei nº 2,848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

Parágrafo único - Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.”

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 6 de setembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO
Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

Diário Oficial da União, 7/9/1994

**RESOLUÇÃO Nº 007/94 - CPJ
DE 24 DE AGOSTO DE 1994**

**Regulamenta a eleição da lista tríplice de
Procuradores de Justiça para nomeação do
Procurador-Geral de Justiça.**

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais,

RESOLVE:

Art. 1º - A eleição da lista tríplice para Procurador Geral de Justiça será realizada no dia 31 de outubro de 1994, mediante voto secreto, obrigatório e plurinominal de todos os membros do Ministério Público de Sergipe, do quadro ativo da carreira.

Parágrafo único - Somente concorrerão à eleição os Procuradores de Justiça que se inscreverem quinze dias antes da data da eleição, mediante requerimento dirigido ao Colégio de Procuradores de Justiça, através do seu Presidente.

Art. 2º - O Colégio de Procuradores de Justiça publicará, dez dias antes da eleição, no Quadro de Avisos e no Boletim de Serviço da Procuradoria Geral de Justiça, a relação dos Procuradores inscritos.

Art. 3º - Fica adotada a célula única, contendo os nomes dos Procuradores de Justiça inscritos, pela ordem alfabética de seus prenomes.

Art. 4º - A eleição realizar-se-á no período das 13:00 às 17:00 horas.

Art. 5º - Cada eleitor assinalará na cédula o quadro correspondente ao nome de até 3 (três) Procuradores de Justiça, assinando a lista de votação, ao depositá-la na urna.

Art. 6º - Concluída a votação proceder-se-á, imediatamente, à apuração pelo Presidente do Colégio de Procuradores de Justiça, servindo de escrutinadores o Procurador de Justiça e o Promotor de Justiça mais antigos, dentre os presentes.

Art. 7º - É nulo o voto constante de cédula em mais de três nomes assinalados ou destinado a Procurador de Justiça, não constante da cédula.

Parágrafo único - Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, é igualmente nulo o voto do qual conste qualquer sinal ou grafia susceptível de identificá-lo.

Art. 8º - Considerar-se-ão integrantes da lista tríple os três (3) Procuradores de Justiça mais votados, observada, em caso de empate, a ordem de preferência do § 2º, do art. 68, da Lei Complementar nº 02/90.

Art. 9º - Será lavrada pelo Secretário do Colégio de Procuradores de Justiça ata circunstanciada do pleito, publicandose extrato no Diário Oficial do Estado.

Art. 10 - Na lista tríple, os nomes dos Procuradores de Justiça constarão pela ordem de votos obtidos, registrando-se o número destes.

Art. 11 - Organizada a lista, esta será remetida, em 24 horas, ao Chefe do Executivo Estadual.

Art. 12 - Esta Resolução estará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, 24 de agosto de 1994; 173ª da Independência e 106ª da República.

**Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila
PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA E
PRESIDENTE DO COLÉGIO DE PROCURADORES**

**Eduardo de Cabral Meneses
José Jorge Santos Mesquita
Maria Eugenia da Silva Ribeiro
José Gomes de Andrade
José Costa Cavalcante
Fernando Ferreira de Matos
Darcilo Melo Costa
Gilberto Vila Nova de Carvalho
Carlos Waldemar Rezende Machado
José Sérgio Monte Alegre
Guilhermino Resende neto
Pedro Iroito Dória Leó
Heli Soares Henrique Nascimento
Moacir Soares da Mota
José Renato Lima Sampaio
José Carlos de Oliveira Melo**

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — MENSALIDADES ESCOLARES LEGITIMIDADE ATIVA DO MP

Ex vi do art. 129, item III, da Magna Carta, pode o Ministério Público deflagrar ação civil em face de interesses coletivos, configurados quando o bem jurídico objeto da tutela atinge grupo determinado ou determinável de pessoas. Evidenciado que, efetivamente, a parte dispõe de direito ao processo principal, há o *fumus boni iuris*, ocorrendo o mesmo com o *periculum in mora*, à vista de fundado receio de dano, analisado diante de causas suscetíveis de realizar o efeito temido. Satisfeitos esses pressupostos, inarredável é a concessão da liminar (TJ-SC — Ac. unân. da 1ª Câm. Vic. — AI 6.369 — Rel. Des. Francisco Oliveira.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — MENSALIDADE ESCOLAR ILEGALIDADE DA COBRANÇA — LEGITIMIDADE DO MP

Cabível o ajuizamento da ação civil pública, visando à suspensão da cobrança ilegal ou abusiva de mensalidades escolares, porquanto atua o Ministério Público em defesa de um grupo de pessoas determináveis, ligadas por uma relação jurídica base, circunstâncias caracterizadoras do interesse coletivo a que se refere o art. 81, parágrafo único, II, da Lei 8.078 de 1990. As atividades desenvolvidas por estabelecimento particular de ensino inserem-se na categoria dos interesses defensáveis por via da ação mencionado no art. 129 da Constituição Federal, visto envolverem relação jurídica de natureza pública, exercida mediante delegação (TA-MG — Ac. unân. da 1ª Câm. Civ. — Ap. 136.429-0 — Rel. Juiz Páris Pena.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — DESVIO DE VERBA MUNICIPAL RESTITUIÇÃO DO DINHEIRO — AÇÃO POPULAR

A via processual adequada para se obter a restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal é a ação popular, e não a ação civil pública, porquanto aquela pressupõe a anulação do ato administrativo por sua lesividade, e esta visa a proteger certos interesses difusos previstos em lei própria (TJ-MG — Ac. unân. da 2ª Câm. Civ. — Ap. 88. 156/2 — Rel. Des. Bernardino Godinho).

AÇÃO CÍVIL PÚBLICA — POLUIÇÃO SONORA — IGREJA

A submissão à fiscalização da CETESB não impede o exercício do direito constitucionalmente assegurado, mas, simplesmente, evita o abuso de direito, caracterizado pela maneira inconseqüente com que se realiza o culto, colocando em risco a saúde dos fiéis e de terceiros, submetidos a altíssimo grau de poluição sonora (TJ SP — Ac. unân. da 4ª Câm. Civ., publ. na RJTJSP nº 142/176 — AI 174.983-1 — Rel. Des. Lobo Júnior).

MINISTÉRIO PÚBLICO — ARQUIVAMENTO PEÇAS DE INFORMAÇÃO

Quando requerido pelo Ministério Público, o arquivamento de peças de informação deve ser deferido pelo Tribunal, sem que este possa lhes graduar o conteúdo para aferir se tem um mínimo de relevância. Ressalva dos votos vencidos, entre os quais o do Relator, proferidos em questão de ordem incidente, a cujo teor somente as peças de informação que exijam valoração do Tribunal estão sujeitas ao arquivamento aludido no art. 28 do CP; não aquelas que, a **primo oculi** e a salvo de qualquer controvérsia, noticiam fatos rotineiros sem implicações penais. Pedido de arquivamento deferido (TRF 4ª R. — Ac. unân. em Ses. Plen. — Pet. 93.04.41899-2-RS — Rel. Juiz Ari Pargendler).

RESPONSABILIDADE CIVIL — FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO — DEVER DE GUARDA

Ainda que inexistir contrato de depósito entre o supermercado e o cliente, mas desde que o estacionamento funciona como

fator de atração para a clientela, com o conseqüente aumento do faturamento, estando o preço da utilização da vaga embutido nas mercadorias, não há que cogitar de gratuidade, pelo que incumbe à referida empresa responder pelo furto de veículo do cliente, por ter falhado no seu dever de vigilância. Procedência do pedido condenatório. Apelação desprovida (TJ-PR — Ac. unân. da 2ª Câm. Civ. — Ap. 26.493-5 — Rel. Des. Sydney Zappa.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — SÍMBOLOS DE CAMPANHA ELEITORAL — PREJUÍZOS AOS COFRES PÚBLICOS

A competência da Justiça Eleitoral se exaure com a diplomação dos eleitos. Compete à Justiça Comum Estadual julgar ação civil pública, visando a responsabilizar Prefeito Municipal por prejuízos aos cofres públicos pelo uso de símbolos pessoais no exercício do mandato. Conflito conhecido e provido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado, o suscitado (STJ — Ac. unân. da 1ª Seç., Confl. Comp. 5.286-6 - CE - Rel. Min. Garcia Vieira.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — MENSALIDADE ESCOLAR DESCONTO — VIGÊNCIA DO DL Nº 3.200/41

Encontra-se em vigor o disposto no art. 24 do Decreto-lei nº 3.200/41 que prevê redução das mensalidades escolares de acordo com o número de filhos matriculados no mesmo estabelecimento de ensino, não havendo que se invocar a inconstitucionalidade daquele dispositivo, sob o argumento do caráter não-intervencionista do Estado, uma vez que o interesse da coletividade, resguardado pela Carta Magna, deve sobrepor-se à livre iniciativa (TA-MG — Ac. da 4ª Câm. Civ. — EAp 140.388-3-01 — Rel. Juiz Enéas Allevato.

MINISTÉRIO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA – CAPACIDADE POSTULATÓRIA — JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança no âmbito de sua atuação e em defesa de suas atribuições institucionais. A Constituição — art. 103, § 1º — dispõe

que tem competência privativa para officiar perante o STF, exclusiva e unicamente, o Procurador-Geral da República, seja como *custos legis*, seja como parte. Perante este STJ atuam o Procurador-Geral ou os Subprocuradores-Gerais, com proibição de outro representante do Ministério Público. Assim, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer as suas atribuições junto aos Tribunais de Justiça, podendo delegá-las aos Procuradores de Justiça. Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos Tribunais e, pois, para requerer em mandado de segurança perante órgão superior de jurisdição. Incensurável a decisão recorrida, entendendo carecer ao representante do Ministério Público, no primeiro grau, legitimação ativa *ad causam* para postular, via mandado de segurança, na segunda instância, no resguardo de competência decorrente da aplicação do Estatuto da Criação e do Adolescente (STJ — Ac. unân. da 5ª T., RMS 1.456-0-SP — Rel. Min. Costa Lima.

RESPONSABILIDADE CIVIL — ACIDENTE DE TRÂNSITO — FALECIMENTO DE MENOR — LIMITES DA INDENIZAÇÃO

A questão em debate tem suscitado sérias controvérsias, embora, cumpre assinalar, às vezes mais aparentes que reais, posto que decorrentes de peculiaridades dos casos concretos. Na doutrina, com inevitáveis reflexos jurisprudenciais, já surge o dissenso na própria conceituação dos alimentos, contida no art. 1.537, II do Código Civil. Sustentam alguns que a expressão há de ser entendida no mesmo sentido em que empregada no Direito de Família. Outros, que se trata tão só de uma referência, sem prejuízo de nítidas distinções que dizem com a natureza da prestação derivada do ilícito. No Direito de Família, a par do vínculo de parentesco ou matrimonial, constituem elementos decisivos as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Tratando-se de responsabilidade civil, está-se diante de obrigação de indenizar. Cogita-se de reparação, de reposição, tanto possível, no estado anterior. Assim é que as necessidades do alimentando podem, consoante as circunstâncias, não relevar para o arbitramento da pensão, importando o prejuízo que decorreu do delito. Se a viúva da vítima tem apreciável patrimônio, de que se pode valer para sua manutenção, nem por isso se exclui a possibilidade de que lhe seja devida pensão, por parte do responsável pela morte de seu marido, na medida em que ele provia a seu

sustento. Deve-se, pois, examinar a matéria em função desses e não simplesmente da consideração de um suposto dever alimentar. Outro ponto a salientar é o de que se tem tomado como base a expectativa de vida do brasileiro como sendo de 65 anos. Isso é exato, como uma média, sem considerar o sexo — as mulheres têm maior esperança de vida que os homens — e não levando em conta que se trata de uma probabilidade que se tem quando do nascimento. Cumpre assinalar, colocando-se em relevo apenas um dos dados importantes, que é grande a mortalidade infantil entre nós, circunstância que faz menor a expectativa de vida do recém-nascido mas que não tem, obviamente, qualquer influência quando se calcula a de um adulto. Por isso os órgãos próprios elaboram tabelas de esperanças de vida, consoante as faixas de idade. Tem-se tido como confiável a da Divisão de Estatística da Previdência Social que se vale de dados fornecidos pelo IBGE. Com base nessa, e desprezando-se outras variáveis, como a região do país, mais ou menos desenvolvida, a esperança de vida de uma pessoa do sexo masculino, de idade da vítima — 19 anos — seria de aproximadamente mais cinquenta anos. Deveria atingir alguns anos além dos 65 aposentados. Se a diferença não é aqui muito significativa, será, entretanto, se mais avançada a idade. Assim, por exemplo, a expectativa de uma mulher de 55 anos é de alcançar os 75. Esses dados não têm sido sopesados, o que pode levar a resultados inaceitáveis como negar-se qualquer indenização pela morte de alguém que, ainda válido e produtivo, sustente a esposa mas já tenha atingido os 65 anos. Mais das vezes, entretanto, cumpre reconhecer, o fato não tem maior importância, para os fins ora em exame. É que, sendo aquele limite inaplicável, na maioria dos casos, como esperança de vida, pode reputar-se razoável como um termo provável para a vida economicamente útil da média da população brasileira. De qualquer sorte, no caso em exame, eleito pelo acórdão o critério indicado — 65 anos — não haverá cogitar de elastecê-lo no julgamento de recurso do réu. Ficam apenas as observações. A matéria que mais diretamente se coloca para decisão prende-se a um outro tema. Questiona-se quanto a dever-se ou não presumir que o filho, uma vez chegando aos vinte e cinco anos, provavelmente constituiria família própria, deixando de contribuir para o sustento daquela de que originário. Implicando juízo de probabilidade, em que muitas as variáveis possíveis, é difícil estabelecer regra única. As circunstâncias do caso concreto poderão influir muitíssimo. Apenas parâmetros

bastante genéricos poderão ser adotados. Parece-me, de qualquer sorte, que uma observação há de ser logo feita. Costuma-se argumentar com a circunstância de que o filho atingir 25 anos e casar-se não o exime do dever legal de prestar alimentos a seus familiares. Aí se omite que aquela obrigação condiciona-se às possibilidades do alimentante e o que se afirma, como juízo de probabilidade, é que, assumindo as responsabilidades próprias, não teria condições de ajudar também no sustento de seus pais. Não haveria, pois, o dever jurídico e não seria razoável admitir-se que, espontaneamente, continuasse a contribuição por parte do filho. Pondere-se, ainda, que, em se cuidando de morte de menor que não exerce atividade remunerada, muitas vezes a fixação de pensão significa, em verdade, um modo de reparar o dano moral. Assim é que, em famílias de maiores recursos, não é de se supor, por não corresponder ao que comumente ocorre, venha um adolescente a ajudar financeiramente seus pais. Em regra, o contrário é que sucede, provendo esses últimos às despesas de sustento e educação do filho. Nas famílias mais modestas, entretanto, a situação é diversa. Vale notar, porém, que, a toda evidência, se se trata de uma criança, o pagamento de pensão só teria razão de ser, a esse título, quando atingisse idade em que pudesse vir a trabalhar. Condenar ao pagamento de pensão, a partir da morte, assim como impor tal obrigação quando se cuide de pessoa que não propiciava amparo financeiro e, com toda probabilidade, não o faria, representa modo disfarçado de reparação de dano moral, artifício que não se recomenda, em vista da atual orientação jurisprudencial que o admite amplamente. O Relator, no caso em exame, propõe distinção. Quando o filho, em vista de sua idade, não presta auxílio aos pais, jogando-se apenas com a simples possibilidade de que o faça de adotar-se o limite de vinte anos. Não assim, sendo tal assistência efetivamente prestada ao se verificar a morte. Não seria, então, de se supor viesse o auxílio a ser suspenso. Cumpre verificar se justificável a diversidade de tratamento. No primeiro caso, duas possibilidades se colocam. Uma, de que a vítima realmente viesse a trabalhar e ajudar os pais; a outra, de que esse amparo persistisse após a constituição de família própria, o que, em média, ocorre aos vinte e cinco anos. Na segunda hipótese, já sendo certo que a vítima prestava auxílio, a dúvida seria apenas quanto ao último ponto. As circunstâncias em exame não afetam o fundamental: a probabilidade do casamento e suspensão do auxílio. Se a vítima for criança

de tenra idade, admitido que viesse a trabalhar, a probabilidade de que, chegando aos vinte e cinco anos, se casasse e sustasse sua contribuição é exatamente a mesma daquele que morreu em idade mais avançada e já auxiliava os pais. A diferença está no início da prestação do amparo, em um caso certo e no outro apenas provável, e não com o seu possível término. E desse é que aqui se cogita. Do exposto, vê-se que tudo se resume a uma indagação. Trata-se de saber se o que comumente ocorre é o filho deixar de ajudar os pais, ao se casar, o que sói acontecer aos vinte e cinco anos. Longe, embora, de pretender estabelecer regra invariável, inclino-me pela resposta afirmativa. Tenho que é a resultante da experiência e observação dos fatos da vida. Li algures a objeção de que seria arbitrário falar-se em casamento aos vinte e cinco anos, o que pode dar-se em outras épocas ou mesmo não se verificar. Não vejo, *data venia*, consistência na observação. Está-se diante de uma média, de uma probabilidade. A morte também, embora inevitável, pode ocorrer nas mais variadas idades. A referência a 65 anos é igualmente resultante de uma média. Bem poderia acontecer que, ainda não tivesse havido o acidente, a vítima viesse a falecer pouco depois, por qualquer outra causa. Em um e outro caso, tem-se em conta aquilo que mais provavelmente ocorreria. As situações concretas poderão, muitas vezes, indicar outra solução. É importante que sejam ponderadas, não se aplicando critério único ao que não é uniforme. Em um dado caso, ocorrerá se apresente como provável que a assistência do filho persista, ainda após seu casamento. Assim, por exemplo, tratando-se de pessoa incapacitada para o trabalho e que não disponha de rendas, é de supor-se que o filho encontrará modos de socorrê-la, ainda que com sacrifício próprio. Como orientação geral, entretanto, adoto a exposta. Não havendo razões peculiares, entendo corresponder ao normal que a contribuição do filho cesse ao constituir família própria (STJ — Ac. unân. da 3ª T., — RESP 23579-4-MG — Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

ALIMENTOS — PROVISIONAIS E DEFINITIVOS — PRISÃO CIVIL

A medida coercitiva extrema da prisão civil do alimentante por descumprimento de obrigação alimentar, é cabível tanto quando se trate de alimentos provisionais, como definitivos.

RTJ 86/126-129; RT 477/115, 514/92, 542/314, 545/347, 561/103; RJTJESP — vol. 55/304, 67/16, 72/214.

**ALIMENTOS — COABITAÇÃO DOS CÔNJUGES — PEDIDO
FORMULADO PELA MULHER — ADMISSIBILIDADE — OMISSÃO
NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO — RECURSO
EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO**

“Pensão alimentícia devida pelo marido à mulher. A circunstância de os cônjuges residirem na mesma casa não impede que entre eles se verifique a separação de fato, com o correlato direito, conforme as circunstâncias, de a mulher exigir alimentos do marido se este se omite no cumprimento da obrigação de prover o sustento da família. Recurso Extraordinário não conhecido”. STF - RT 574/271-2.

**NULIDADE — PROCESSO DE ADOÇÃO — SENTENÇA
PROFERIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO — OCORRÊNCIA**

“Indispensável a precedente manifestação do Ministério Público sobre o pedido (ECA, artigo 168), cuja falta acarreta a nulidade do feito (artigo 204).” (Ap. nº 14.034-0/2 - Câmara Especial TJSP - Relator Des. Sabino Neto).

**CITAÇÃO — AÇÃO DE ADOÇÃO — DESNECESSIDADE DE
CITAÇÃO DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO QUE NÃO
RECONHECEU A FILHA**

“E o que se supõe seja o pai biológico não reconheceu N. como filha, o que dispensa o seu chamamento judicial.” (Ap. nº 14.259-0/1 - Câmara Especial TJSP - Relator Des. Sabino Neto).

**PRAZO DA MEDIDA DEFINITIVA DE INTERNAÇÃO — EMENTA
“HABEAS-CORPUS”. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**

Aplicação da medida sócio-educativa de internação, privativa de liberdade, ao menor. Não há prazo fixado de internação, a teor do § 2º do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

devendo a medida ser reavaliada a cada 6 meses. O rito especial e sumário do “Habeas-Corpus” não permite o reexame profundo nem a valoração das provas. “Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.” (HC nº 69.480-2-SP - Supremo Tribunal Federal - relator ministro Paulo Brossard.

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO — CITAÇÃO FICTA — INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

“No procedimento sumaríssimo, a revelia se verifica na audiência. Citado o réu fictamente, em se tornando revel o juiz deverá nomear curador especial (art. 9º, nº II, CPC), adiando a audiência, pois somente nesta é que se caracterizará a revelia, não antes”. JTACviSP 48/307, 37/204.

ATO ILÍCITO — RESPONSABILIDADE

A absolvição do réu no crime ou mesmo o arquivamento do inquérito policial não obsta a procedência da ação de responsabilidade civil por ato ilícito. No crime a apuração tem de ser mais rigorosa, pois está em jogo a liberdade do indivíduo. No crime a culpa não admite gradações, ao passo que no cível a existência de **culpa leve** admite a procedência da ação.

RT 347/172, 335/151, 332/325, 413/17, 427/87, 417/133, 412/162, 419/165, 503/100, 503/212, 512/116 e 515/74.

MINISTÉRIO PÚBLICO PRAZO PARA RECORRER (ART. 188, DO CPC)

“Prazo para recorrer, fiscal obrigatório da lei. Não há distinguir, na hipótese, entre os casos nos quais funciona como parte e os em que atua como *custos legis*, se nestes sua função é tão importante, senão mais, do que naqueles. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, 1ª Turma, RE nº 93.531 - 2 - SP, Rel. Min. OSCAR CORRÊA.

MINISTÉRIO PÚBLICO — PRAZO PARA RECORRER

O Ministério Público tem sempre o prazo em dobro para recorrer, quer como parte, quer como fiscal da lei.

“Se o art. 499, § 2º, do CPC, confere ao Ministério Público legitimidade para recorrer, assim nos processos em que é parte, como naqueles em que oficia como fiscal da lei, não é possível, na exegese do art. 188 do CPC, estabelecer distinção, quanto ao prazo em dobro, que nesse dispositivo se garante do Ministério Público, conforme seja parte ou assuma a posição de fiscal da lei. Recurso conhecido e provido, para afastar a intempestividade do apelo e determinar que o Tribunal ‘a quo’ julgue o mérito da apelação.” (STF, 1ª Turma, RE nº 94.064-2 — SP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

PRESENÇA DO RÉU PRESO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

— Se o réu teve sua revelia bem decretada e, posteriormente, foi preso por outro processo, sem que essa circunstância chegasse ao conhecimento do Juízo, sua ausência à audiência de instrução não constitui nulidade.

JULTACRIM 36/81, 83/39,84, 45/149, 47/152, 52/59, 53/304, 466, 54/803, 55/413, 56/392, 58/350; RT 510/461, 526/395, 528/386, 533/369, 534/375; RTJ 80/37, 83/189, 89/806, 93/529, 95/561; RJTJSP 52/304.

— Se o réu revel estiver preso em outro Estado da Federação, sua ausência à audiência de instrução não constitui nulidade.

JULTACRIM 46/317; RT 519/385; RTJ 80/37, 95/561.

— A ausência do réu preso à audiência de instrução só constituirá nulidade se houver efetivo prejuízo à defesa.

JULTACRIM 41/76, 45/245, 49/118, 53/331, 55/429, 57/396, 69/171, 71/123; RT 498/393, 519/385, 528/392, 544/438, 545/461, 547/407, 550/407, 551/415, 564/395; RTJ 79/863, 80/703, 84/994, 95/561, 1050, 97/690; RJTJSP 77/372.

— A ausência do réu preso à audiência de instrução realizada por precatória não constitui nulidade.

JULTACRIM 35/358, 38/87, 41/132, 136, 45/192, 46/317, 342, 55/429, 65/197, 69/179, 70/130; RT 519/385, 528/392, 543/317, 550/407, 551/415, 560/301, 564/395, 427; RTJ 89/806, 97/690; RJTJSP 71/279, 77/383.

DISCURSOS

Ministério Público. Como expressar o agradecimento pelo apoio dos diletos colegas mais experiente, que com o espírito sensorial, souberam entender as nossas incipientes dificuldades. A ELES DEDICAMOS TAMBÉM AS ALEGRIAS DESSE DIA!!!!

Somente acreditando que a vida nos escolheu para uma missão de honrar o nome da Instituição do Ministério Público, com o serviço oferecido ao povo, missão que de fato nos coloca em situação de privilégio, fazendo com que até mesmo, conseguíssemos entender o nosso ideal sonhado, fato que por si só expressa sabedoria, porque: "SONHO NÃO SONHADO É COMO CARTA FECHADA". Felizes somos nós que conseguimos decifrar o nosso sonho. Felizes somos nós — fizemos opção pela vida, através de ações voluntárias, governadas pelo nosso ideal de MINISTÉRIO PÚBLICO.

Falamos de propósitos, metas seguidas e prioridades, entretanto, gostaríamos de registrar que não encontramos campos semeados, não ficamos simplesmente aguardando a grande explosão das sementes e esta realidade não pode nos olvidar, porquanto, indigitamos, nesta oportunidade, mais com mensagem de esperança do que expressão materializada de melancolia, especialmente porque é o próprio tempo que se incumbe de depositar em nossas mãos o fruto da semente que plantamos em nossa vida e, com este propósito, externamos a nossa preocupação quando sentimos os ensaios para recebimento do ano 2.000 com intensas revoluções tecnológicas, sem que o próprio tempo tivesse ensinado o caminho da paz e o respeito à liberdade dos homens.

Neste diapasão, diante das grandes conquistas que fizemos nestes dois anos de Ministério Público, conseguimos cativar a sociedade, o nosso ideal passou a ser o combate aos dias intensos de crise, a repulsa a pletora de milhares de leis que são editadas, fazendo com que o cidadão comum já nem se lembre da regra que repele a sua ignorância como causa escusativa legítima, encontramos senhores, um grande fosso entre a realidade da vida e a realidade da norma, nas palavras de Rui Tourinho. Anciamos por reformas, reformas que seguem a passos lentos, como o projeto de realinhamento do Código de Processo Civil, destinado a facilitar o acesso do povo à Justiça, enfrentamos o grave quadro de conflito social que se alastra, notadamente nas Comarcas do Sertão do Estado, onde falta até esperança do povo e a violência

urbana, onde o princípio da autoridade foi proscrito das preocupações do cidadão.

Perdoem-me senhores porque em momento de alegria trouxe a realidade tão próxima de nós, refletindo sobre o risco do caos social, miséria e abandono, realidades enfrentadas no campo de luta diária do Promotor de Justiça, mas é porque não sabemos desatrelar este liame que fortalece o nosso ideal, exatamente porque preferimos demonstrar o nosso desejo de mudança, de transformação de reversão do quadro, buscando lapidar o nosso verdadeiro sentido de Ministério Público, tornando-o resistente às pedras do caminho, que falam de impossibilidade de reversão da miséria e condições indignas de vida do povo. Esquecer este ideal, manifesto em juramento que fizemos há dois anos atrás, significa negar a vida que escolhemos.

O nosso real compromisso foi durante estes dois anos e será sempre com os valores de transformação social, interpretando o direito dos oprimidos, dos que clamam por educação, saúde e moradia, como forma de diminuir as desigualdades sociais e ausência de proteção aos hipossuficientes, mesmo porque a vida se tornaria insuportável se não nos proporcionasse mudanças. O que nos conforta é que a sociedade reconheceu as modificações ressaídas do nosso novo perfil, com a intensificação do labor de atendimento ao público, com a propalação das regras revolucionárias do Código de Defesa do Consumidor, com a luta pelo pagamento do SALÁRIO MÍNIMO, ainda que não justo ao labor do homem simples e o combate a criminalidade. Na verdade soube-mos reconhecer que a JUSTIÇA é o pão desejado pelo POVO.

Gostaríamos de, em espaço em destaque, e com asserções sinceras, em conteúdo de nossas palavras de agradecimentos, registrar o espírito de luta do nosso Procurador-Geral de Justiça — Dr. MANUEL PASCOAL NABUCO d'ÁVILA — paradigma que seguimos. Quando nesta casa ingressamos, Dr. PASCOAL, ouvimos dos diletos colegas expressões uníssonas, atinentes a grande administração realizada por Vossa Excelência e, ao longo dos dois anos sentimos o forte sentido expresso na frase. O senhor conseguiu também decifrar o sonho de ideal, entendeu que a vida o escolheu para uma missão de efeito: PROJETER O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE —desejar instalações dignas para os Promotores de Justiça, com espaços amplos para receber o público; reciclar os colegas com eventos patrocinados nesta casa

e em outros Estados e, concretizando, no mais puro sentido de democracia, os dois ENCONTROS ESTADUAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, onde os próprios colegas reunidos, atendendo a realidade das comunidades, traçaram o plano anual da Instituição, estabelecendo prioridades e metas para defesa da sociedade. Por tudo isso tenho certeza que o senhor, assim como nós é um conquistador, porque não esqueceu de sonhar e NO IMPÉRIO DOS SONHOS TODOS SOMOS REIS E CONQUISTADORES. Na figura do Dr. Pascoal, agradecemos a todos os Procuradores de Justiça, pelo apoio oferecido e palavras de amizade. AOS SENHORES DEDICAMOS AS HONRAS DESSE DIA!

Não poderíamos olvidar o registro especial de agradecimento a figura, não do nosso Corregedor-Geral, mas do nosso Orientador Vocacional, Dr. FERNANDO FERREIRA DE MATOS, que com o seu labor proporcionou dias de mudança com a valorização do aperfeiçoamento dos Promotores de Justiça em estágio, promovendo reuniões, palestras e eventos destinados ao ensino da vida do novo Ministério Público. O senhor nos ensinou que o prazer está atrelado ao processo de aprendizagem e que só faremos o melhor se tivermos absoluto prazer em fazê-lo, porque a “felicidade é aprender a ultrapassar a si mesmo a cada dia” (M. Valentina). Confesso que sentiremos saudades do convívio com Vossa Excelência e das confraternizações proporcionadas, sempre pregando a união entre os colegas. Aqui estamos nós Dr. Fernando, unidos em solenidade de vitaliciamento, o senhor conseguiu completar a sua nobre missão e na pessoa do Dr. Fernando, agradecemos aos nossos também Corregedores Dra. Maria Eugênia da Silva Ribeiro e Dr. Pedro Iroito Dória Leó.

Agora, no momento dos agradecimentos finais, onde todos temos o dever indeclinável de indigitar as pessoas responsáveis pela realização de nosso sonho, são pessoas que também entenderam que a vida nos coloca em frente a várias opções, a escolha é livre, mas depois de realizada, cessam as nossas angústias, passamos a ser guiados pela força suprema do Criador. Nosso agradecimento a DEUS, pela força oferecida quando nos posicionamos no campo de luta em defesa da sociedade e pelo conforto quando perdemos alguma etapa da batalha, nos oferecendo metas alternativas para vencermos a luta, pulsando o nosso ideal de vida, que abra o caminho maravilhoso do sonho e que nos faz acreditar firmemente no tema desse singelo agradecimento —

A vida nos escolheu — e estamos certos de que este é o caminho da nossa felicidade, porque decidimos trilhar a estrada do Ministério Público. Encerramos, neste sentido, com o pensamento de Luiz Antônio Gaspareto:

“O HOMEM ACREDITA NUMA GRANDE ILUSÃO: QUE A VIDA SEJA ALGO SEPARADO DELE, MAS A REALIDADE MOSTRA QUE CADA UM É A PRÓPRIA VIDA SE TORNANDO GENTE. PORTANTO QUANDO VOCÊ ESCOLHE É A VIDA ESCOLHENDO EM VOCÊ.

A VIDA JAMAIS ERRA.

ASSIM, SEJA QUAL FOI A DECISÃO QUE VOCÊ VENHA A TOMAR, NO FIM PERCEBERÁ QUE TODOS OS CAMINHOS ESTAVAM CERTOS.”

AOS NOSSOS PARENTES E AMIGOS DEDICAMOS O NOSSO MELHOR MOMENTO DE FELICIDADE, O NOSSO VITALICIAMENTO NA AVENTURA INIMITÁVEL DO VERDADEIRO MINISTÉRIO DE SERVIÇO AO PÚBLICO.

* Pronunciamento quando da solenidade de vitaliciamento dos Promotores de Justiça Maria Eugênia Déda, Antonio Carlos Nascimento Santos, Alonso Gomes Campos Filho, Euza Maria Gentil Missano, Ana Paula Machado Costa, Augusto Cesar Lobão Moreira, Maria Lillian Mendes Carvalhos e Antonio Cesar Leite de Carvalho.

NOTICIÁRIO

O TRABALHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO É RECONHECIDO PELA IMPRENSA SERGIPANA:

Durante solenidade ocorrida no dia 10 de setembro deste ano, no salão de festas do Iate Clube de Aracaju, em comemoração ao Dia da Imprensa, o Ministério Público do Estado de Sergipe, foi homenageado pela Associação Sergipana de Imprensa, com a outorga do Troféu Destaque Imprensa/93, na área de Desempenho Público.

Em nome da instituição, o Procurador Geral de Justiça do Estado, recebeu a honraria das mãos do Comandante Geral da Polícia Militar de Sergipe, Joseluze Ramos Prudente. Ao agradecer, Pascoal Nabuco, ressaltou o trabalho do Ministério Público sergipano, em defesa da ordem jurídica e da sociedade em geral, tendo sido reconhecido pela classe dos jornalistas sergipanos, através da ASI.

Concomitantemente à festa, ainda no hall do Iate Clube de Aracaju, foi montada uma exposição sobre o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público em Sergipe, através de suas publicações, enquanto que todo o material foi distribuído gratuitamente ao público presente. Compareceram ao evento, além do Procurador Geral de Justiça - Pascoal Nabuco e sua esposa Isabel Nabuco D'Ávila, o Procurador de Justiça Pedro Iroito Dória Leó e sua esposa Vilma Rego Leó, e o Promotor de Justiça aposentado Gilson Santos.

O Troféu Destaque Imprensa foi criado pela Associação Sergipana de Imprensa (ASI) — entidade máter do jornalismo sergipano, em 1990, justamente para homenagear personalidades, entidades e instituições que desenvolvem relevantes servi-

ços à sociedade em vários segmentos, desde a área de jornalismo, saúde, cultura, Interior, até Desempenho Público. A escolha do Troféu é feita através de eleições quando participam sócios e não sócios da entidade.



Após receber o Troféu, o Procurador-Geral da Justiça, Pascoal Nabuco, agradece a homenagem.

PARÁ PROMOVE II ENCONTRO NACIONAL DOS CORREGEDORES GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Conselho Nacional dos Corregedores do Ministério Público promoveu em Belém do Pará, no período de 25 a 28 de agosto do corrente ano, o II Congresso Nacional dos Corregedores Gerais do Ministério Público, participando do evento os titulares de 21 Estados da Federação Brasileira.

Sergipe esteve representado pelo Corregedor Geral do Ministério Público Fernando Ferreira de Matos e do seu substituto Procurador de Justiça Pedro Iroito Dória Leó.

Na ocasião foram debatidos vários assuntos atinentes ao **parquet**, que tem recebido os aplausos da comunidade, face ao seu trabalho em defesa da cidadania e ao combate a corrupção e a criminalidade. Também foi aprovado o Estatuto do mencionado Conselho e eleita e empossada a sua primeira diretoria, constituída dos Corregedores Gerais do Ministério Público do Paraná, da Bahia, de Minas Gerais, de Pernambuco e do Pará.

JUSTIÇA MAIS DINÂMICA

Falando à reportagem o Procurador de Justiça Iroito Leó ressaltou que o Ministério Público Brasileiro tem se destacado no combate a criminalidade e sua consequente punição, por entender que a impunidade estimula o crime. É inadmissível que a justiça continue tardigrada nos julgamentos dos processos, pois essa demora estimula a impunidade e acrescenta que “a função das Corregedorias Gerais é orientar os integrantes da Instituição e, principalmente, estimular a dinamização dos feitos para que a comunidade sinta, de imediato, a presença da Justiça e consequentemente a punição dos culpados”.

O Procurador de Justiça Iroito Leó, também afirmou que é favorável a alteração da menoridade, isto é, com relação ao menor delinqüente, e que ela deve ser reduzida para 16 anos, por quanto com o avanço das comunicações, esse menor tem consciência dos seus atos. É um absurdo um menor de 18 anos, praticar um crime hediondo e não ser penalizado, pois se encontra protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

DECLARAÇÃO DE BELÉM

OS CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO dos Estados abaixo nominados, reunidos na cidade de Belém do Pará, no período de 25 a 28 de Agosto de 1994, por ocasião do II ENCONTRO NACIONAL DE CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, após ampla discussão, resolveram aprovar, à unanimidade, o ESTATUTO do Conselho Nacional respectivo, que fica fazendo parte integrante desta

Declaração conjunta e que será levado a registro para os efeitos legais. DELIBERARAM outrossim eleger e empossar a Primeira Diretoria com mandato de um ano para o anuênio 1994/1995, e que ficou assim constituída:

PRESIDENTE: DR. NILTON MARCOS CARIAS DE OLIVEIRA (PARANÁ)

1º VICE-PRESIDENTE: DR. SOLON FIGUEIREDO (BAHIA)

2º VICE-PRESIDENTE: DR. JOAQUIM CABRAL NETO (MINAS GERAIS)

SECRETÁRIO: DRª ANAMARIA CAMPOS TORRES (PERNAMBUCO)

TESOUREIRO: DR. BENEDITO DE MIRANDA ALVARENGA (PARÁ)

Por derradeiro, os CORREGEDORES-GERAIS resolveram manter o firme propósito de uniformizar a orientação e a fiscalização funcional dos membros da nobre Instituição, pugnando pelo fortalecimento das Corregedorias-Gerais, um dos órgãos de Administração Superior do Ministério Público, bem como permanecer atentos no resguardo da autonomia, independência e manutenção das funções institucionais preconizadas na Constituição Federal, objetivando o bem estar da sociedade brasileira.

Belém, Pa, 26 de agosto de 1994

PROGRAMAÇÃO TURÍSTICA E SOCIAL

A coordenação do Encontro tendo à frente o Corregedor Benedito Alvarenga, elaborou uma vasta programação turística e social, destacando-se a visita a Praia de Atalaia, em Salinópolis, ocasião em que o Prefeito daquela estância hidromineral homenageou os participantes com um jantar e apresentação de grupos folclóricos, tais como, danças do macaco, do massariquinho, do peru e, a mais tradicional, do carimbó, bem como visita a ilha do Mosqueiro.

Por outro lado, a Procuradora Geral de Justiça do Estado do Pará, dra. Marília Maria Crespo homenageou os Corregedores

Gerais, com um jantar no edifício-sede da Procuradoria Geral de Justiça do Pará, com exibição de grupos regionais, inclusive presenteando os participantes com peças de cerâmica de Marajó.

De Sergipe, também, participaram da programação turística e social as Sras. Maria José Lima de Matos e Vilma Menezes Rêgo Leó.

PUNJANÇA E APRIMORAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

O Procurador de Justiça Iroito Leó recebeu do Defensor Público do Estado do Rio e ex Presidente da Associação de Assistência Judiciária do Rio de Janeiro, dr. Erthal Rocha a seguinte correspondência:

“Meu caro Iroito Leó

Apraz-me comunicar-lhe o recebimento do 6º nº da Revista do MP do Estado de Sergipe, ao qual o MP e a Defensoria Pública do Estado do Rio se ligam por laços de indestrutível amizade, profunda identificação de propósitos e consideração mútua. Já estava sentindo falta de notícias dos colegas de Sergipe. Recordo, sempre, a participação brilhante de sua delegação em memoráveis Congressos.

Pela Revista posso avaliar a punjança e o aprimoramento do MP daí. Excelente apresentação gráfica. Valioso conteúdo doutrinário. Pareceres elucidativos e noticiário de interesse. Parabéns ao Diretor Eduardo de Cabral Menezes e ao Conselho Editorial. Não devemos, entretanto esquecer nossas lutas iniciais. O nosso pioneirismo com os boletins mimeografados sob o seu comando em Sergipe e aqui, no Estado do Rio, por este seu modesto colega. Nós lançamos a semente. Hoje, a árvore está frondosa e produzindo frutos opimos. As Revistas dos nossos Estados aí estão para prová-los.

Abraços afetuosos para você e para os demais companheiros de Sergipe, aos quais espero rever em futuro próximo.

Do seu admirador e amigo,

ERTHAL ROCHA

Defensor Público de 2º grau de Jurisdição-RJ.”.

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No período de 29 de agosto a 01 de setembro de 1994, aconteceu em Belém o X Congresso Nacional do Ministério Público.

O Evento foi bastante concorrido, reunindo Promotores e Procuradores de Justiça de todos Ministérios Públicos, tendo como tema central a violência e a corrupção.

Os conferencistas, Damásio de Jesus, Edmundo Oliveira, Rodrigo Janot, Ministro Marino Barrero e Joaquim Falcão empolgaram o auditório e possibilitaram calorosos debates.

As Comissões Técnicas e os Grupos de Trabalhos discutiram sub-temas ligados ao tema central, sendo objeto de apresentação mais de 50 teses e diversas conclusões, destacando-se o Grupo de Trabalho Eleitoral, que teve a participação do Procurador Eleitoral Dr. Antônio Fernando.

A Associação Sergipana do Ministério Público montou um estande com publicações do Ministério Público de Sergipe e divulgação do I Congresso do Ministério Público do Nordeste que será realizado neste Estado de 28 a 30 de novembro de 1994.

O Procurador de Justiça, José Gomes de Andrade, apresentou no Colégio de Procuradores, voto de louvor que foi aprovado por unanimidade, ao Presidente da Associação Sergipana do Ministério Público, Dr. Eduardo Matos pela instalação do espaço de Sergipe durante o X Congresso Nacional do Ministério Público.

A confraternização de encerramento ocorreu no Clube Assembléia Paraense, num clima descontraído, ao som do tradicional carimbó.

A Delegação Sergipana teve participação destacada, estando presentes os Procuradores Eduardo Cabral, José Gomes de Andrade, Fernando Matos, Pedro Iroito Leó e Eugênia Ribeiro e Promotores Eduardo Matos (Presidente da Associação), Macílio Pinto, Maria Helena Sanches Lisboa, Antônio Cezar Leite de Carvalho, Deijaniro Jonas Filho, Maria Anamira Batalha Neta e Ricardo Sobral Souza.

I CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO NORDESTE

As Associações dos Ministérios Públicos do Nordeste e a Confederação Nacional do Ministério Público realizarão o I Con-

gresso do Ministério Público do Nordeste no período de 28 a 30 de novembro de 1994.

O evento acontecerá em Aracaju, numa realização da Associação Sergipana do Ministério Público, com o apoio de todas as Associações da região.

Encontro pioneiro, visa proporcionar o intercâmbio de todos os Ministérios Públicos do Nordeste, visando um melhor cumprimento das atribuições institucionais na região.

Virão a Sergipe, conferencistas de escol, tais como: Sérgio Ferraz, Geraldo Ataliba, Edis Milaré, Cláudio Barros, Socorro França, Rodrigo Janot, Antônio Herman, além dos integrantes do **parquet** local Carlos Brito e Sérgio Monte Alegre.

Grupos de Trabalho e Comissões Técnicas apreciarão temas e conclusões apresentadas pelos Congressistas. Cabe destacar que o Código Brasileiro Ambiental no seu anteprojeto será avaliado numa das Comissões Técnicas.

Este encontro regional está sedimentado, pois vários Estados já disputam o II Congresso do Ministério Público do Nordeste, que será decidido no encerramento do conclave que acontecerá na Casa de Espetáculos Augustu's.

CULTURA SERGIPANA

Junot Silveira

Hermes Fontes, tristonho e talentoso, lírico e inspirado, longe de sua terra, não a esquecia. E como a conservava na memória e no coração, escreveu, dentre outros, um lindo livro de versos intitulado *Fonte da Mata*, naturalmente de sua cidade Buquim. E não olvidava o pedaço de chão onde nasceu, o mesmo fazia com todo o seu povo. Uma gente que o enchia de amor e entusiasmo, de orgulho e simpatia. E o entusiasmava, embora ele se tivesse deslocado para o Rio de Janeiro. Esse seu entusiasmo era tamanho que afirmou: *"Se Minas Gerais exporta ferro e São Paulo exporta café, Sergipe exporta talentos"*.

E não estava exagerando muito, porque os pobres contrerrôneos seus viviam sem escolas superiores e mercado de trabalho. Esses dois fatores levavam muito jovens, inteligentes e esforçados, a buscar as portas de um futuro promissor, inclusive o autor da frase acima citada, bem como outras expressivas personalidades. Lá fora, em outros centros, revelavam a sua capacidade intelectual e os seus méritos pessoais.

De alguns anos para cá, o relativo desenvolvimento de Sergipe criou chances para os seus filhos não abandonarem a terra-berço. Um desses motivos estimulantes foi a criação da Universidade Federal, localizada em um vasto e significativo campus entre Aracaju e São Cristovão, e o aparecimento de escolas universitárias particulares.

Na Revista do Ministério Público do Estado, cujos cinco números o meu grande amigo promotor Pedro Iroito Dória Leó gentilmente ofereceu-me, há numerosas e preciosas colaborações dos integrantes da classe. Classe à qual pertence a bonita morena Maria Luiza Cruz Alves, que junta à sua inteligência o título de ex-miss Sergipe. E se agora, seguidamente, publicam-se esses volumes com valiosos trabalhos, paralelamente vêm a lume várias outras obras de valor. Valor literário e valor histórico e valor jurídico e valor político, o que revela que muitos talentos já não vão, nem precisam de ir-se embora.

São muitos os livros recentemente editados em Aracaju e que merecem elogios pelo esforço, pelo trabalho de pesquisa de numerosos autores. Lamento não ter senso crítico e condição de mencionar e analisar todas as obras de conterrâneos elaboradas e divulgadas na capital do seu Estado. Mas, convém lembrar o valor da *História Política de Sergipe*, do bacharel em Direito e agrônomo Ariosvaldo Figueiredo; *História da Literatura Sergipana* e *Esparsos Inéditos*, do pesquisador e historiador Jackson Silva Lima; *Um Novo Atendimento do Folclore*, Tobias Barreto, *Cultura*; *Um Roteiro de Alusões*, esses três valiosos trabalhos do jornalista, escritor e pesquisador Luis Antônio Barreto. Nascido em Lagarto, criado em Campos e que pesquisa, interessado e incansável, assídua e minuciosamente a obra de Tobias Barreto de Menezes. Outros autores que merecem destaque são Giselda Moraes, grande educadora, poeta e romancista, e Maria Thetis, pesquisadora, historiadora e professora; Núbia Marques, estudiosa e também poeta e ficcionista.

Vale ressaltar a figura do senador Francisco Rollemberg que há alguns anos escreveu um livro sobre Fausto Cardoso, um dos mais talentosos, preparados e queridos alunos de Tobias Barreto. Ultimamente, o senador nascido na histórica cidade de Laranjeiras está cuidando de uma coleção muito útil à cultura sergipana: é a *Coleção de Garimpos* e dela já existem três volu-

mes: *Variações em Fá Sustenido*, de Zózimo Lima, *História da Independência e Diário de Chica Chaves*, de autoria de Francisco Nobre de Lacerda, nos quais se encontram, em leitura leve e agradável, acontecimentos históricos. Os autores dos livros dessa coleção também nasceram e viveram em Sergipe. Esses “garimpos” constituem a cata e a mostra de ouro da história sergipana e do Brasil. E, como os demais livros acima mencionados, revelam e mostram talento, sensibilidade e cultura, já não é preciso buscar outras plagas para demonstrar competência.

Junot Silveira é professor, jornalista e editor geral de A TARDE dominical.

A TARDE - Domingo - 17/7/1994

PARQUET ELEGE LISTA TRÍPLICE PARA ESCOLHA DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

O **parquet** sergipano elegeu no dia 31 de outubro do corrente ano, a lista tríplice para escolha de Procurador Geral de Justiça pelo Chefe do Executivo Estadual. Esta é a primeira vez que uma lista tríplice para Procurador-Geral é escolhida através de eleição direta e secreta, com a participação de todos os membros do Ministério Público Sergipano. O Colégio Eleitoral constituído de 88 votantes, apenas dois não compareceram, por se encontrarem fora do Estado, em tratamento de saúde.

De acordo com o resultado do pleito, os eleitos foram os Procuradores de Justiça **JOSÉ GOMES DE ANDRADE** - 77 votos; **EDUARDO DE CABRAL MENEZES** - 59 votos e **HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO** - 55 votos. Além dos eleitos para a lista tríplice, concorreu, também, a Procuradora de Justiça **MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO**, que obteve 32 votos. Votos em branco foram computados 35.

O Procurador-Geral de Justiça, **MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA**, entregou ao Governador **JOÃO ALVES FILHO**, a lista tríplice e após a sua apreciação, o Chefe do Poder Executivo indicou o nome do Procurador **JOSÉ GOMES DE ANDRADE** à Assembléia Legislativa de Sergipe, e este foi sabatinado pelos Deputados Estaduais na Comissão Especial e após

o parecer do Relator Deputado Nicodemos Correia Falcão, o Plenário aprovou a sua indicação por unanimidade, e consequentemente nomeado pelo Governador do Estado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça. A posse do novo Procurador-Geral deverá ocorrer durante solenidade prevista para o dia 14 de dezembro, data consagrada ao Ministério Público.

O mandato do nável Procurador Geral de Justiça é de dois anos, conforme prevê a Lei Complementar Estadual nº 2190.

UM AGRADECIMENTO MUITO ESPECIAL

A **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe** quer, nesta edição, expressar um agradecimento muito especial ao seu maior benfeitor, o Procurador Geral de Justiça, **Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila**, que, após uma profícua administração, está deixando a Chefia da Instituição.

Esta **Revista** nasceu da inspiração do Procurador **Pascoal Nabuco**, que não poupou esforços para que ela fosse editada com regularidades e, assim, alcançasse o seu maior objetivo, que é estimular o aperfeiçoamento cultural e intelectual da comunidade do Ministério Público Sergipano.

Neste momento importante de mudanças na administração do Parquet, os que fazem esta Revista expressam o seu mais profundo reconhecimento ao Procurador Pascoal Nabuco e renovam a confiança no futuro Chefe da Instituição, Procurador José Gomes de Andrade, esperando que a publicação deste periódico, que tão relevantes serviços presta ao Ministério Público Sergipano, não sofra solução de continuidade.

Procurador **Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila**, o **Parquet** Sergipano lhe é profundamente agradecido e deseja que seu amor pela Instituição seja um exemplo vivo que impulse todos nós a participar, com dedicação e trabalho, desta grande luta pela construção de um novo **Ministério Público**.

MISSÃO CUMPRIDA

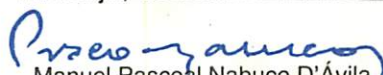
Em todos esses anos que estivemos à frente do Ministério Público em nosso Estado, uma das realizações que mais nos gratificou foi, sem dúvida nenhuma, a edição de nossa **Revista**, pelo muito que representa para a Instituição. Afinal, o empreendimento ensejou aos nossos colegas demonstrarem o atual estágio cultural dos Membros do **parquet** em Sergipe.

A **Revista do Ministério Público de Sergipe** chega à sua 7ª edição em 4 anos de existência, num esforço editorial sobremaneira significativo para uma Instituição, como o é a nossa, dotada de parcos recursos financeiros e orçamentários. É bem o exemplo do quanto se pode realizar quando se está dominado pela vontade de fazer, criar, empreender. É a concretização de mais um sonho acalentado por tantos anos pelos que têm escrito a história institucional em nossa terra.

Mas, não fora o empenho, o entusiasmo e a perseverança do Diretor do Centro de Estudos, Procurador de Justiça **Eduardo de Cabral Menezes** e do Conselho Editorial, constituído pelos Procuradores **Pedro Iroito Dória Leó, José Renato Lima Sampaio, José Carlos de Oliveira Filho e José Sérgio Monte Alegre**, a **Revista** não circularia. A eles os nossos parabéns. Parabéns também a todos os Procuradores e Promotores de Justiça, cujos trabalhos tornaram o nosso periódico merecedor de encômios e admiração de colegas e juristas pelo Brasil a fora.

Publicando a 7ª edição, damos aqui também a nossa missão por encerrada, augurando que não sofra solução de continuidade ao circular normalmente nos próximos anos. É o nosso desejo e a nossa confiança nos futuros dirigentes do nosso **Parquet**.

Aracaju, novembro de 1994


Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

