

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



DO ESTADO DE SERGIPE

ANO VII

1997

Nº 12



PERFIL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

O Promotor de Justiça é agente do Estado junto ao Poder Judiciário, cumprindo-lhe pugnar pelo cumprimento das leis, no interesse da ordem pública e de respeito aos direitos individuais. Sua missão é de relevante alcance para a harmonia do convívio humano numa sociedade política e juridicamente organizada.

Para o bom desempenho de sua função é indispensável que reúna o Promotor os atributos de uma **inteligência arguta**, em que personalidade dotada de **sentimento de justiça** e de **independência moral**.

Do ponto de vista psicológico, é desejável que o Promotor não seja sujeito a impulsividade descontrolada, mas, ao contrário, tenha satisfatória **maturidade psíquica e estabilidade emocional**. Isso sem prejuízo de um **temperamento afirmativo e dinâmico**.

Não deve dispensar o exato **senso de medida**, pois dele se espera **lúcida percepção da realidade dos fatos e equilíbrio no aferir sua valorização ética**.

Por derradeiro, no tocante a atributos morais, é exigível que o Promotor tenha um **carácter bem formado**, profunda **consciência do dever e grande espírito público**.

Sergipe, Ministério Público

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

Ano VII
Aracaju, 1991

Nº 12

1997

1. Direito - Periódico - Brasil, I - Título, II
Leó, Pedro Iroito Dória, diretor (interino)

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

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

ANO VII	1997	Nº 12
---------	------	-------

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
José Gomes de Andrade

DIRETOR
Pedro Iroito Dória Leó (Interino)

CONSELHO EDITORIAL
Pedro Iroito Dória Leó
José Carlos de Oliveira Filho
Carlos Augusto Alcântara Machado

REVISÃO
Alberto Lima Freire Júnior

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de
seus autores.

Pede permuta.
On demande l'échange.

We ask for exchange.
Um austausch wir gebeten.

Endereço:
Praça Fausto Cardoso, s/nº – Edifício Walter Franco – Pavimento
“Procurador de Justiça Manuel Pascoal Nabuco D’Ávila”
ARACAJU – SERGIPE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE

Corregedor-Geral do Ministério Público

Procurador de Justiça HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO

Suplente

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Coordenador-Geral

Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

Secretário-Geral da Procuradoria Geral de Justiça

Promotor de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Presidente
Secretário
Suplente
Membros

Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE

Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE

Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES

Procurador de Justiça JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA

Procuradora de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO

Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA

Procurador de Justiça GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO

Procurador de Justiça FERNANDO FERREIRA DE MATOS

Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

Procurador de Justiça HELI SOARES H. NASCIMENTO

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO

Procurador de Justiça PAULO MOURA

COMISSÕES PERMANENTES

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Presidente Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
Membros Procurador de Justiça GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO

ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Presidente Procurador de Justiça JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
Membros Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça PAULO MOURA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Membros Procurador de Justiça HELI SOARES H. NASCIMENTO
Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Procurador de Justiça GILBERTO VILA-NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
Secretário Promotor de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

ASSESSORIA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procuradores de Justiça
EDUARDO DE CABRAL MENEZES
DARCILO MELO COSTA
GILBERTO VILA-NOVA DE CARVALHO
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

ASSESSORIA DA CORREGEDORIA-GERAL

Promotor de Justiça
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENO

Procurador de Justiça

JOSÉ GOMES DE ANDRADE

CÂMARA CÍVEL

Procurador de Justiça
Procurador de Justiça
Procurador de Justiça
Procurador de Justiça
Procurador de Justiça
Procurador de Justiça
Procurador de Justiça

**EDUARDO DE CABRAL MENEZES
FERNANDO FERRERA DE MATOS
DARCILO MELO COSTA
GILBERTO VILA-NOVA DE CARVALHO
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
MOACYR SOARES DA MOTTA
PAULO MOURA**

CÂMARA CRIMINAL

Procurador de Justiça
Procuradora de Justiça
Procurador de Justiça

**JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
JOSÉ COSTA CAVALCANTE**

COORDENADORIA GERAL

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diretor

Procurador de Justiça **JOSÉ COSTA CAVALCANTE**

Núcleo de Apoio Operacional das Atividades Cíveis e Criminais
Promotora de Justiça **ADÉLIA MOREIRA PESSOA**

Núcleo de Apoio Operacional da Infância e da Adolescência
Promotora de Justiça **MARIA ISABEL SANTANA DE ABREU**

Núcleo de Apoio Operacional de Defesa Comunitária
Promotora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

Núcleo de Apoio Operacional de Defesa da Cidadania
Promotor de Justiça CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

**PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS NA
COMARCA DE ARACAJU**

Promotoria de Justiça dos Direitos do Cidadão
Promotor de Justiça AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor
Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA
Promotora de Justiça MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA MENEZES

Promotoria de Justiça do Patrimônio Público, Social, Cultural e Natural
Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

COMARCA DE ARACAJU

1º Promotor de Justiça
LUIZ ANTÔNIO DE ARAÚJO MENDONÇA

2º Promotor de Justiça
MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO

3º Promotor de Justiça
MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ ALVES

4º Promotor de Justiça
LUIZ ALBERTO MOURA ARAÚJO
5º Promotor de Justiça
MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

6º Promotor de Justiça
EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

7º Promotor de Justiça
WILTON ARAÚJO 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 de Família e Sucessões
ERNESTO ANÍSIO DE AZEVEDO MELO

3º Promotor de Justiça da Curadoria de 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
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

3º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

4º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

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

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência
EDJILDA REZENDE DE LIMA GUERRA

1º Promotor de Justiça Distrital
CARMEM LÚCIA BUARQUE GUSMÃO

2º Promotor de Justiça Distrital
ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO

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

Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor
MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

1º Promotor de Justiça Criminal
CELSO LUÍS 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
GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS**

**1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri
ADÉLIA MOREIRA PESSOA**

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

**Promotor de Justiça Militar
ODIL SILVA OLIVEIRA**

**Promotor de Justiça das Execuções Criminais
ANA CRISTINA SOUZA BRANDI**

COMARCAS DO INTERIOR DE 2ª ENTRÂNCIA

**BOQUIM
HELENO ÁVILA DOS SANTOS SILVA**

**ESTÂNCIA
Promotor de Justiça Criminal
RAUL JOSÉ VIEIRA NETO**

**Promotor de Justiça
JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO**

**ITABAIANA
Promotor de Justiça Criminal
GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA**

**Promotor de Justiça
PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS**

**LAGARTO
Promotor de Justiça Criminal
(VAGO)**

Promotor de Justiça
PORFÍRIO MARTINS FÉLIX

NOSSA SENHORA DO SOCORRO
Promotor de Justiça Criminal
EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

Promotor de Justiça
LUIZ CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

PROPRIÁ
EDUARDO FRANKLIN MIRANDA DE OLIVEIRA

SÃO CRISTÓVÃO
ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS (SUBSTITUTO)

TOBIAS BARRETO
RICARDO SOBRAL SOUZA

COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA

AQUIDABÃ
ANTONIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

CAMPO DO BRITO
PAULO VIEIRA MESSIAS

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO
(VAGO)

CAPELA
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

CARIRA
VICENTE CABRAL LEÃO

CEDRO DE SÃO JOÃO
VALDIR DE FREITAS DANTAS

CRISTINÁPOLIS
JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

FREI PAULO
ALDO DE SOUZA ARAGÃO

GARARU
(VAGO)

ITABAIANINHA
(VAGO)

ITAPORANGA D'AJUDA
ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

JAPARATUBA
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

LARANJEIRAS
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

MARUIM
ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

NEÓPOLIS
MARIA JOSÉ PIZZI DE MENEZES MOREIRA

NOSSA SENHORA DAS DORES
DEIJANIRO JONAS FILHO

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA
(VAGO)

PACATUBA
(VAGO)

POÇO VERDE
ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO

POÇO REDONDO
(VAGO)

PORTO DA FOLHA
(VAGO)

RIACHUELO
MARIA EUGÊNIA DEDA

RIBEIRÓPOLIS
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

SIMÃO DIAS
CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES

UMBAÚBA
MARIA HELENA SANCHES LISBOA

ARACAJU

1ª Promotoria de Justiça Especial Cível
EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

2ª Promotoria de Justiça Especial Cível
MARIA LILIAN MENDES CARVALHO

3ª Promotoria de Justiça Especial Cível
ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES

1ª Promotoria de Justiça Especial Criminal
SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

2ª Promotoria de Justiça Especial Criminal
(Vago)

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Estância
(Vago)

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Itabaiana
(Vago)

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Lagarto
(Vago)

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Nossa Senhora do Socorro
(Vago)

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de São Cristóvão
(Vago)

1º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

2º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

3º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

4º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

5º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

6º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

7º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

8º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

9º Promotor de Justiça Auxiliar
(Vago)

APOSENTADOS

Procuradores de Justiça

CARLOS GOMES DE CARVALHO LEITE
FERNANDO BARRETO NUNES
JUGURTA LIMA BARRETO

Promotores de Justiça

ADERBAL OLIVEIRA
AVANTE AMARAL DE OLIVEIRA
EDIVALDO VIEIRA MESSIAS
ENID SANTOS OLIVEIRA
FLAMARION D'AVILA FONTES
JOSÉ GILTON DOS SANTOS
JOSÉ MAGALHÃES DE SANTANA
LUIZ DANTAS TAVARES
LUIZ GARCIA
MARIA CONCEIÇÃO CARDOSO RIBEIRO
MARIA ESTHER AZEVEDO ANDRADE
MARIA ZITA PIRES
MARILEIDE DE MELO BARRETO
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:
Desembargador MANUEL PASCOAL NABUCO D'AVILA

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

Conselho

Procurador-Geral de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Corregedor-Geral do Ministério Público HELI SOARES H. NASCIMENTO
Presidente da ASMP LUIZ ALBERTO MOURA ARAÚJO
Procurador de Justiça FERNANDO FERREIRA DE MATOS
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Diretor

(VAGO)

Sumário

DOCTRINA

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO - Tutela dos Interesses Difusos	21
VERÔNICA LAZAR AMADO - Considerações Sobre a Pena de Morte	32
EDUARDO LIMA DE MATOS - O Concurso Vestibular e o Princípio de Igualdade	36
MARIA DE FÁTIMA VAQUERO RAMALHO LEYSER - Competência nas Ações Coletivas	43
PEDRO ROBERTO DECOMAIN - Crimes Eleitorais e Transação Eleitoral	51
DAMÁSIO E. DE JESUS - Fruto, Roubo e Receptação na Lei nº 9.426/96	60
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO - Ações Coletivas: Legitimidade do Ministério Público Reconhecida por Votação Unânime em Decisão Pioneira e Histórica do STF	84
NETÔNIO B. MACHADO - Depositário por Equiparação - Inadmissibilidade - Prisão do Depositário Infiel	88
WALDO FAZZIO JÚNIOR - O Ministério Público e o Dever Constitucional do Controle Externo - da Atividade Policial	100
PARECERES (2ª Instância)	
Formulação de Notitia Criminis - Instauração de Inquérito - Responsabilidade Civil do Estado por Ato Judiciário - GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO	105
Ação Civil Pública para anulação de cláusula abusiva. Mensalidade cobrada antes de vencido o mês - DARCILO MELO COSTA	109
Mandado de Segurança - Arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual - EDUARDO DE CABRAL MENEZES	115
Responsabilidade civil. Estacionamento de veículos em supermercado. Controle de entrada e saída dos veículos mediante "ticket" por propositos do demandado - DARCILO MELO COSTA	125
Ação de Recisão de Contrato de Compra e Venda de Veículos - Terceiro de Boa-Fé-Tradição - Efeitos - GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO	132
PROMOÇÕES (1ª Instância)	
Ação Declaratória para averbação de Tempo de Serviço. - Possibilidade jurídica do pedido - SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO	139

Pedido incidental de reconhecimento da inconstitucionalidade de lei municipal - ANA PAULA MACHADO COSTA	147
Ação Civil Pública não se confunde com Ação Direta de Inconstitucionalidade - CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES	155

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ação Civil Pública com pedido liminar c/c dissolução de sociedade contra o CONACID - MARIA LILIAN MENDES CARVALHO	173
Ação Declaratória de Ato de Improbidade Administrativa e de Recepção de Danos Causados ao Patrimônio Público - ALONSO GOMES CAMPOS FILHO	185
Não há sociedade de consumo sem publicidade - ANA PAULA MACHADO COSTA MENEZES.	193

LEGISLAÇÃO	201
-----------------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA	211
---------------------------------	-----

ESTUDOS E CONSULTAS	225
--------------------------------------	-----

O Ministério Público, função essencial à administração da Justiça, não atua em ato conduzido por Conciliador, mero auxiliar da Justiça - MARIA CRISTINA FOZ MENDONÇA	227
--	-----

Apreensão de Documento de Habilitação de Condutores de Veículos utilizados para transporte ilegal - Necessidade de Defesa e do devido processo legal - LUIZ CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS	235
--	-----

FLAGRANTES DAS SOLENIDADES DE POSSE DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR	241
--	-----

NOTICIÁRIO	247
-----------------------------	-----

DISCURSOS

Ministério Público não constitui Órgão Ancilar do Governo - CELSO DE MELLO	265
--	-----

É Tempo de Banir a Idéia de Velho e do Novo Ministério Público - GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO	275
---	-----

Não podemos decepcionar esse povo - HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO	280
--	-----

Figura Humana - JOÃO ROBERTO ANDRADE DE ARAGÃO	286
--	-----

QUADRO DE ANTIGUIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	287
--	-----

DOCTRINA

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS*

*Carlos Augusto Alcântara Machado
2º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública*

O homem é um ser gregário por sua própria natureza. É essencialmente coexistência, como destaca VAN ACKER. E ninguém pode negar que desde os primórdios, quando o homem passou a se organizar em sociedade, como condição do viver e conviver, a sua existência é condicionada — e somente possível — dentro de um contexto convivencial. Inserida nesse contexto, “a existência torna-se compartilhada”, porquanto a “a conduta de cada um interfere com a dos demais”¹.

Como decorrência do agir e interagir, conflitos de interesses aparecem indefectivelmente. A interferência das condutas, por conseguinte, gera situações de antagonismos de interesses.

Neste momento surge a primeira indagação: Em que se constitui o interesse?

A experiência não nos fornece um conceito unívoco. O próprio termo guarda uma tremenda carga de equivocidade, considerando o seu sentido denotativo.

Etimologicamente a palavra interesse significa “estar entre”. Vem do latim “inter esse”, o que nos permite concluir ser o interesse sempre uma relação entre uma pessoa e um bem ou valor, como nos ensina ANTÔNIO AUGUSTO MELLO CAMARGO FERRAZ².

Procurando explicitar o real conteúdo de “interesse”, registra a doutrina que, tradicionalmente, tendo em vista a relação já referida, costuma-se distinguir entre INTERESSE PÚBLICO, de que é titular o Estado, e INTERESSE PRIVADO, de que é titular o cidadão.

Tal dicotomia passou a sofrer severas críticas de MAURO CAPPELLETTI³, pois defendia o mestre processualista, com muita propriedade, a existência de uma categoria intermediária na qual se compreendia os chamados interesses coletivos.

Impende asseverar, nesse passo, que mesmo no seio da categoria intermediária retromencionada, como adverte HUGO NIGRO MAZZILLI⁴, seria possível estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem um grupo determinado ou determinável de pessoas e outros que dizem respeito a um grupo indeterminado de indivíduos.

Os primeiros, INTERESSES COLETIVOS PROPRIAMENTE DITOS, como os dos condôminos de um edifício ou os dos sócios de uma instituição. Os últimos, que se convencionou chamar de INTERESSES DIFUSOS, objeto específico de nossa análise.

O que nos parece importante registrar, em que pese a inovação doutrinária trazida por CAPPELLETI, é que tanto o interesse coletivo quanto o difuso, nascem de um desdobramento e da perquirição do conteúdo do interesse público, explicitado por RENATO ALESSI⁵ ao demonstrar, nas suas riquíssimas lições, que a expressão alcança situações que permitem identificar o INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO ou o INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO.

A distinção apresentada por ALESSI parte da premissa da existência de um interesse relacionado a um bem geral, o PRIMÁRIO, e de um modo pelo qual os órgãos da Pública Administração vêem o interesse público.

Denominou o administrativista, essa derradeira situação, de INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO.

A classificação pode parecer meramente acadêmica, porém se revela muito importante, visto que nem sempre há coincidência entre o interesse público primário e o secundário.

Preocupa-nos sobremaneira o INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO, já que, como averba HUGO NIGRO MAZZILLI, “o verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade”⁶.

Inserem-se no conceito do interesse público primário os interesses COLETIVOS e DIFUSOS, ou, em outras palavras, todos aqueles de natureza transindividual, metaindividual ou supraindividual.

Ressalte-se que, sem embargo de ser tal construção doutrinária relativamente recente, sempre existiram determinados interesses que são da comunidade como um todo, os quais não se pode reconhecer como propriamente direitos subjetivos, situação que traz sérias dificuldades de ordem processual, visto que, não

havendo titulares definidos, teremos, forçosamente, que nos deparar com um questionamento similar ao do Enigma da Esfinge: “Decifra-me ou devoro-te”.

E isto em razão do problema da legitimidade para a defesa de um direito, a rigor não personificado, o que levou CAPPELLETTI a buscar resposta para uma indagação que reputou dramática: “A chi appartiene l’aria che respiro?”.

Trilhando os longos e, por vezes, tortuosos caminhos da história do direito, refere a doutrina que a tutela jurisdicional dos interesses gerais da comunidade, havidos como difusos, embrionariamente, eram agasalhados pelo Direito Romano, com as chamadas Ações Populares Romanas, as “ACTIONES POPULARES”.

Entendiam os romanos que difusos eram os direitos públicos que “não concentram no povo considerado como entidade, mas que têm por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade”⁷.

Difusos eram os direitos relacionados ao culto à divindade, o direito à liberdade, direito ao meio ambiente, por exemplo. E como modalidades das “acciones populares” destacamos a “ALBA CORRUPTO”, que se destinava a punir civilmente quem alterasse o escrito do pretor, e a ação de “SEPULCHRO VIOLATO”, cujo objetivo era proteger o direito comum de não ter violada a sepultura.

Entretanto, apesar da contribuição do direito romano, foi a partir do séc. XVI, no Direito Escandinavo, notadamente na Suécia, que se buscou uma instituição devidamente legitimada para a defesa da sociedade, em face de eventuais arbítrios da Administração Pública.

Surgiu, assim, o OMBUDSMAN, cujo mister era exercer o controle da administração, decidindo a respeito de interesses difusos.

Demonstrada estava a preocupação do legislador sueco no sentido de elaborar novos instrumentos voltados para a “tutela de direitos violados em ‘massa’, onde o cidadão sozinho, pouco ou nada podia fazer em defesa de seu direito comprometido pela atuação ilegal de diferentes pessoas, inclusive do próprio Estado”, consoante destaca CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO⁸.

A experiência sueca fez escola, criando-se, posteriormente, a figura do OMBUDSMAN na Finlândia, Dinamarca e Noruega,

como também na Inglaterra, Nova Zelândia, Irlanda do Norte, Canadá e Israel, mas somente no séc. XX.

Outros países também adotaram instituições semelhantes ao OMBUDSMAN, como a antiga Alemanha Ocidental. A França, mais recentemente, em 1973, com a criação da figura do MÉDIATEUR. Na Espanha, o DEFENSOR DEL PUEBLO e em Portugal o PROVIDOR DE JUSTIÇA, desta feita já a nível constitucional (Constituição de 1978 e Constituição de 1976, respectivamente).

Afigura-nos relevante destacar que todos esses institutos, sem retirar a nobreza das funções que desempenham e o grande avanço que proporcionaram para a defesa dos interesses transindividuais ou metaindividuais, não dispõem de legitimidade para, junto ao Poder Judiciário, pleitear a tutela dos interesses difusos.

A defesa é exclusivamente administrativa.

Especificamente em relação ao OMBUDSMAN escandinavo, por ser eleito pelo Parlamento, não possui atividade jurisdicional e não tem competência para anular atos da administração⁹.

A função tem efeito puramente moral, podendo emitir Recomendações e tomar, quando entender conveniente, providências administrativas.

Como se percebe, o direito alienígena não apresenta soluções concretas e satisfatórias para o problema da legitimação processual.

Outras experiências estrangeiras, em termos de tutela jurisdicional dos interesses difusos, detectamos no sistema da common law: são as *relator actions* e as *class actions*¹⁰.

As *relator actions*, encontradas na Grã-Bretanha e Austrália, podem ser utilizadas pelos indivíduos ou associações, sempre que a conduta de alguém “possa lesar a saúde ou o bem estar da coletividade”. Entretanto, sempre com a autorização do Ministério Público e controlada por ele. Os efeitos do provimento jurisdicional, como destaca ADA PELLEGRINI GRINOVER¹¹, “estendem-se a toda a coletividade, para além do autor”.

Nas *class actions*, próprias no direito norte-americano, “o autor não necessita de autorização para agir. A titularidade da ação é atribuída a qualquer membro da classe que demonstre ser seu adequado representante”, estendendo-se os efeitos da decisão a toda a categoria. Via de regra referem-se à litígios versando

sobre direito do consumidor, defesa do meio ambiente e controle de atividades econômicas¹².

No nosso meio, a doutrina despertou interesse para a TUTELA JURISDICIONAL DOS INTERESSES DIFUSOS a partir de três trabalhos pioneiros sobre a matéria.

O primeiro deles coube ao mestre dos mestres, no campo do direito processual, PROF. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. O trabalho foi preparado em Florença e publicado no Brasil, em 1977: “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos chamados Interesses Difusos” (in Temas de Direito Processual, Saraiva, 1977).

Em seguida dois outros trabalhos, quase contemporâneos: “Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos” (in Tutela dos Interesses Difusos, Max Limonad, 1984, págs. 09/28), da lavra de WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR e, com o mesmo título, apresentado na VII Conferência Nacional da OAB, em abril de 1978, um valioso trabalho de ADA PELLEGRINI GRINOVER.

A partir do esforço hercúleo dos renomados juristas, simpósios foram realizados e a idéia passou a tomar corpo

E não sem razão, visto que, como ponderou ADA PELLEGRINI GRINOVER em um dos seus primeiros trabalhos sobre o tema, diante do conflito evidente entre lides intersubjetivas e demandas metaindividuais, tipicamente de natureza pública, problemas surgiam no plano processual¹³, merecendo uma superação do modelo tradicional do processo, notadamente no que pertine à legitimação, interesse de agir, além da representação e substituição processual.

Fixando os contornos da matéria, à época, advertia a processualista do Estado de São Paulo, com a clareza que lhe é peculiar, que “no Estado Social de Direito (WELFARE STATE), não basta fornecer o Estado meios de defesa da ordem pública, e ao indivíduo, as salvaguardas indispensáveis ao exercício de suas liberdades. Novos conflitos de interesses de caráter metaindividual aguardam solução”¹⁴. Em seguida, concluía: “a antiga concepção da iniciativa processual nas mãos do titular do ‘direito subjetivo’ revela sua impotência e sua inadequação frente a interesses que são, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém” (destacamos).

A inquietação dos doutos se justificava pois os conflitos clamavam por solução e a sociedade não poderia ficar desamparada. Os interesses de tal categoria caracterizavam-se, fundamen-

talmente, pela sua metaindividualidade, e na linguagem de CAPPELLETTI, por uma grande área de “conflituosidade”.

E o que fazer diante da insuficiência de instrumentos processuais, no nosso ordenamento jurídico, aptos a resolver o problema? Essa a indagação que angustiava a processualista.

Naquela oportunidade, primeiros meses do ano de 1978, constatava a existência de órgãos governamentais como o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, Conselhos de Defesa dos Consumidores e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Contudo, o problema persistia. Sempre e sempre no plano processual, já que não dispunham os órgãos colegiados mencionados de legitimidade processual.

Mas os direitos difusos existiam. Ninguém podia negar. E, normalmente, de origem constitucional. Promanavam da Carta Magna, como o direito à saúde, o direito ao meio ambiente e o direito à informação, somente para exemplificar.

O único instrumento processual colocado à disposição do sistema jurídico era a Ação Popular, que legitimava somente o cidadão, classicamente concebido como o nacional que goza de direitos políticos.

O Prof. BARBOSA MOREIRA, com as suas lúcidas considerações, contribuiu, sobremaneira, para o avanço do tema, construindo um conceito e delimitando o campo específico dos interesses difusos, como sendo “aqueles que não repousam necessariamente sobre uma relação jurídica-base, sobre um vínculo jurídico bem definido, que congregue seus titulares, pois o conjunto apresenta contornos tão móveis e imprecisos, que torna praticamente impossível a individualização de seus componentes”¹⁵.

Todavia, afora a Ação Popular, com legitimidade discretíssima, como sabemos, quais as alternativas que teríamos para resolver o problema da legitimidade?

Três caminhos se apresentaram:

- a) atribuir-se legitimidade a todos os membros da coletividade, separadamente;
- b) atribuir-se legitimidade exclusivamente aos representantes de grupos e associações com fins institucionais relacionados à tutela de interesses metaindividuais;
ou
- c) conferir legitimidade ao Ministério Público.

As soluções indicadas foram consideradas pela doutrina como insuficientes¹⁶.

Conferir legitimidade a qualquer membro da coletividade traz conseqüências graves, pois na hipótese de o indivíduo buscar a tutela jurisdicional, objetivando a defesa de um direito seu, em face de um prejuízo sofrido singularmente, não resolve o problema, porquanto o que se deseja é a legitimação de alguém para a defesa, junto ao Poder Judiciário, de interesses de todo um grupo. Mesmo nesse caso dificuldades poderão advir, notadamente quando nos depararmos com interesses inconciliáveis entre os co-legitimados ou, ainda, quando a decisão judicial for desfavorável ao autor, o que, por certo vai prejudicar toda a categoria.

A segunda alternativa entra em linha de choque com os sistemas jurídicos que não consagram legitimação para agir às Associações, salvo para a defesa de suas atividades institucionais. Assim, o problema continua, porquanto o que preocupava era a defesa dos interesses coletivos em geral.

Por fim, a terceira solução apresentada: conferir legitimidade ao Ministério Público. A doutrina apresentava algumas vantagens em tal legitimação e os seus argumentos estão fundamentados em três pontos básicos e tem como um dos seus defensores CAPPELLETI¹⁷.

Justificavam a inadequação da solução que atribui ao Ministério Público legitimidade para a defesa dos interesses difusos, com os seguintes argumentos: o *parquet* tem uma atuação reduzidíssima no Processo Civil; guarda uma estreita ligação com o Poder Executivo; e, por fim, a falta de especialização.

Não nos parece razoável a argumentação de CAPPELLETTI, mormente considerando que partiu de uma apreciação do Ministério Público italiano, com perfil institucional totalmente diverso do nosso Ministério Público.

Entretanto, se dúvidas existiam, foram totalmente dissipadas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. E mesmo antes do surgimento da Lei das Leis referida, a própria legislação infraconstitucional se encarregou de decifrar o enigma, conferindo legitimidade às pessoas políticas estatais, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, às associações e, como não poderia deixar de ser, ao Ministério Público, posteriormente erigido à condição de PALADINO DOS DIREITOS DIFUSOS.

Registre-se, no entanto, por honestidade intelectual, que antes do surgimento da legislação mencionada, o problema fun-

damental da tutela jurisdicional dos interesses difusos estava sempre na legitimação para agir, já que o Código de Processo Civil estabelecia, como efetivamente estabelece no seu art. 6º, que ninguém pode, em nome próprio, defender direito alheio, a menos que exista disposição legal conferindo expressamente a legitimação extraordinária.

E como se sabe, pois cristalizado na doutrina e jurisprudência, dá-se a figura da substituição processual quando alguém está legitimado para agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. Quem litiga, como autor ou réu, é o substituto processual; fá-lo em nome próprio, na defesa de direito de outrem, que é o substituído (RTFR 121/18).

Até então, como explicitado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o único instrumento processual que teríamos era a Ação Popular, legitimando, extraordinariamente, o cidadão, para a defesa de determinados interesses difusos, previamente enumerados na Lei nº 4.717, de 29.06.65.

Com o advento da LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, no campo dos interesses difusos, rompia-se com a clássica maneira de defender interesses em juízo, ou seja a legitimação ordinária, quando o lesado defende seu próprio interesse, e se consagrava a excepcional legitimação extraordinária.

A indigitada Lei surgiu em decorrência da necessidade dos tempos modernos. Como refere FERNANDO GRELLA VIEIRA, em inteligente trabalho publicado na Revista JUSTITIA, vol. 161, pág. 41, “a evolução social indicou a necessidade de se identificar a titularidade de certos bens em favor de categorias de pessoas ou mesmo da própria coletividade como um todo e não singelamente do indivíduo que as integra, surgindo daí, em decorrência, a concepção doutrinária dos direitos coletivos e difusos”.

Como vimos inicialmente, coube à doutrina fixar os seus conceitos.

A Lei da Ação Civil Pública, tal como concebida originariamente, utilizou um critério de taxatividade, indicando o objeto da sua utilização: a defesa do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na época da sanção, o Presidente da República vetou o inciso IV do art. 1º, retirando do campo de atuação da Lei de Ação Civil Pública, a expressão “interesses difusos”.

O veto representou um obstáculo ao avanço pretendido, maculando a Lei de Responsabilidade por danos a Interesses Difusos.

Mas a sociedade exigia a evolução interrompida pelo braço forte do Poder Executivo.

Instalou-se o processo constituinte e com a promulgação da Constituição-Cidadã foi restabelecida e consagrada a expressão, ao considerar no art. 129, III, da “Lex Legum” ser função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Consolidando o desejo do legislador maior, adveio a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, que elidiu por completo o alcance do veto anteriormente sofrido pela Lei da Ação Civil Pública, consubstanciando no seu art. 110 o retorno do inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347 de 1985. A Ação Civil Pública, com o acréscimo, poderia ser utilizada para a defesa de qualquer outro interesse coletivo ou difuso.

Além da valiosa e esperada inovação, o Código de Defesa do Consumidor construiu um conceito normativo de INTERESSES DIFUSOS, assim gravando no inciso I do Parágrafo único do art. 81: “Interesses ou direitos difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O conceito de Interesses Difusos, normatizado, positivou a construção doutrinária a cargo do Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁸.

A partir daí a doutrina se ocupou em desenvolvê-lo, desta feita “de lege lata”. Não mais “de lege ferenda”.

E, apesar da legitimação extraordinária concorrente consagrada na Lei de Ação Civil Pública, foi o Ministério Público, transcorridos oito anos da promulgação da Constituição Federal, que assumiu, de forma intransigente, a defesa dos interesses difusos.

Com o advento da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, mais uma vez restou registrado a sua nobre função, no art. 25, IV, “a”¹⁹.

Outros diplomas legais também cuidaram da defesa judicial dos interesses difusos, como a Lei nº 7.853 de 24.10.89, a Lei nº 7.913 de 07.12.89 e a Lei nº 8.069 de 1990 (pessoas portadoras de deficiência, investidores no mercado de valores mobiliários e Estatuto da Criança e do Adolescente).

Por fim, concluímos:

Consoante registrado, o Código do Consumidor delimitou, de forma inequívoca, o tipo de interesse definido como difuso²⁰:

- a) São interesses transindividuais, interesses que *“depassam a esfera da atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”*, como nos ensina RODOLFO CAMARGO MANCUSO²¹;
- b) São de natureza indivisível, *“uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ‘ipso facto’, lesão da inteira coletividade”*, conforme lições de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²²; e
- c) São titulares dos direitos pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato, o que seria no escólio de CELSO RIBEIRO BASTOS a descoincidência do interesse difuso com o interesse de uma determinada pessoa, abrangendo, na verdade, *“toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um denominador fático qualquer em comum”*²³.

Esses os interesses difusos, cuja expressão preferimos utilizar ao invés de direitos difusos, pois, segundo definição originária de IHERING, direito é o interesse juridicamente protegido. É o direito subjetivo protegido pelo direito objetivo, como adverte HUGO NIGRO MAZZILLI.

As considerações singelas que trouxemos para esse importante conclave não tiveram a pretensão de esgotar o tema ou mesmo apresentar teses inéditas. Serviram muita mais para despertar o interesse pela matéria e fomentar a reflexão.

NOTAS

- * Conferência ministrada em 08.11.96 no Seminário “Terceiro Milênio – Um Desafio para a Justiça”, no Auditório do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em Aracaju.
- ¹ “Conceito de Norma Jurídica com Problema de Essência”. Maria Helena Diniz, RT, 1979, p. 18/19.
- ² “Interesse Público, Interesse Difuso e Defesa do Consumidor”. In JUSTITIA, vol. 137, p. 49/50.
- ³ “Formazione Socioli e Interesse di Gruppo Davanti alla Giustizia Civile”. In Rivista de Diritto Processuale, nº 30, p. 367.
- ⁴ “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, RT, 1993, p. 21.
- ⁵ “Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano”, 1960, p. 197/198.
- ⁶ Idem, p. 20.
- ⁷ Sobre o tema, ver “A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos” – Antônio Augusto Mello Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior – Saraiva, 1984, p. 48/49.
- ⁸ “Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Brasileiro”, RT, 1995, p. 56.
- ⁹ Antonio Augusto Mello Camargo Ferraz e outros, ob. cit., p. 52.
- ¹⁰ “A Tutela Jurisdicional dos Direitos Difusos no Direito Comparado”. Ada Pellegrini Grinover, in “A Tutela dos Interesses Difusos”, Max Limonad, 1984, p. 78/84.
- ¹¹ Idem.
- ¹² Idem.
- ¹³ “Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”, 1978, RF 268.
- ¹⁴ Idem, p. 71.
- ¹⁵ Idem, p. 73/74.
- ¹⁶ “A Problemática dos Interesses Difusos”. Ada Pellegrini Grinover, in “A Tutela dos Interesses Difusos”, Max Limonad, 1984, p. 38/39.
- ¹⁷ Idem, p. 41/43.
- ¹⁸ “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Difusos”, in “A Tutela dos Interesses Difusos”, Max Limonad, 1984, p. 98/106.
- ¹⁹ “Art. 25 — Além das funções previstas na Constituição Federal e Constituição Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: IV — promover o Inquérito Civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos, coletivos e individuais, indisponíveis e homogêneos.”
- ²⁰ Ver as lições de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ob. cit., p. 93.
- ²¹ “Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor”. Saraiva, 1991, p. 275.
- ²² “A Legitimação Para Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro”. In Revista Forense nº 276, p. 1.
- ²³ “A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro”. Vox Legis, 1981, v. 152.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA DE MORTE

Verônica Lazar Amado
Promotora de Justiça – Laranjeiras

Alguns delitos violentos ultimamente cometidos, como o assassinato de uma jovem atriz da Rede Globo, entre outros seqüestros seguidos de morte, divulgados com intenso sensacionalismo por toda a imprensa, sobretudo pelos canais de televisão, trazem novamente à tona o debate da questão da legalização da pena de morte no país.

Falamos em legalização, porque a pena de morte extralegal já se encontra, desde há muito, institucionalizada na sociedade brasileira, onde a polícia e as organizações para-policiais — os esquadrões da morte e os justiceiros — matam impunemente nas cidades e nos campos.

A rádio e a televisão multiplicam os fatos, que penetram em nossas casas, como se estivessem sendo praticados naquele momento, diante de nossos olhos. É sabido que a violência sempre existiu e isto não é de hoje. Quem se der ao trabalho de pesquisar o noticiário de décadas passadas, irá encontrar os mesmos crimes que hoje acontecem. Entretanto, esses delitos não tinham a divulgação que hoje têm. Hoje, um crime cometido onde quer que seja, repercute imediatamente em todo o país, até fora dele, mediante os meios de comunicação à cata do sensacionalismo que aumenta os índices de audiência com reflexos econômicos importantes para as empresas de rádio e televisão.

Quer dizer que o povo passa a acreditar num nível de violência que é, sem dúvida, elevado, mas que é apresentado como de uma intensidade insuportável e irremediável, cuja contenção encontra na violência maior, que é a pena de morte, o único antídoto possível.

No Brasil, diante das péssimas condições de vida da maioria da população brasileira, onde os meninos e meninas de rua são as grandes vítimas do pauperismo que toma conta do país, exploradas, violentadas e repelidas pela população, porque se transformam em “trombadinhas”, como equacionar, nesse quadro,

a problemática da violência? Como, realmente, nesse quadro, falar-se em pena de morte?

A verdade, senhores, é que a questão não pode ser encarada como um problema que a lei possa resolver, impondo a pena capital.

A pena de morte não resolveu o problema da criminalidade violenta nem sequer nos países que a adotaram ou que ainda a adotam. Nos Estados Unidos verifica-se que a pena de morte utilizada há dezenas de anos não inibiu o crescimento da criminalidade.

Então, se não serve para diminuir a criminalidade, para que serve a pena capital?

Serve, segundo, o advogado americano Bryan Stevenson, para punir os pobres, os negros e os hispânicos, dentro da paródia da opção preferencial pelos pobres, da Justiça Penal.

O crime é um fenômeno social complexo, segundo Pablos de Molina, um problema social e comunitário que nasce na sociedade e é dentro dela que as soluções devem ser encontradas.

Somente investindo-se no homem, de modo especial na educação e na saúde, diminuindo-se o desemprego, melhorando-se a distribuição de renda e a qualidade de vida poderemos contribuir para uma efetiva diminuição da criminalidade.

Quem desconhece essas verdades busca fugir de 45 milhões de menores carentes, testemunhas de acusação de uma sociedade injusta e cruel que, hipocritamente, se esconde na pena de morte para não enfrentar suas mazelas sociais.

Aqueles que a defendem alegam que é melhor sacrificar a vida de um criminoso irrecuperável para poupar a vida de um inocente. Desde Platão que a pena de morte é vista como um mal necessário, segundo a qual a função da pena é simplesmente fazer justiça, ou seja, se ele matou deve morrer. Outros ainda aduzem o alto custo que representa para o Estado se manter um criminoso nos cárceres, em detrimento da sociedade que clama por seus direitos elementares. Então, é possível admitir a pergunta sobre a eliminação dos doentes terminais, dos portadores de doenças contagiosas, dos loucos incuráveis, dos deficientes inúteis e assim por diante. A sociedade tem de conviver com as suas desgraças, as suas chagas, as suas enfermidades, as suas mazelas, entre as quais a criminalidade, que ela deve prevenir, sobretudo, dando a todos condições de vida digna e feliz.

Efetivamente, a pena de morte moderna não é um homicídio qualquer, mas um homicídio premeditado com longa antecedência e levado a efeito com requintes de minúcia e precisão. É como se o homicida avisasse a sua vítima do momento em que a mataria e, a partir desse aviso, a mantivesse encarcerada à espera do desenlace. Um tal monstro, como disse Albert Camus em sua obra “Reflexões Sobre a Pena Capital”, não se encontra na vida privada.

A contradição, como sublinhou Beccaria há mais de duzentos anos, é insuperável: “Parece -me um absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, a qual detesta e pune o homicídio, venham elas próprias a cometê-lo, e que para afastar os cidadãos do assassinio, ordene-se publicamente o seu cometimento”.

Que autoridade teria a Justiça para condenar quem matou aquele que ela, mais adiante, também irá matar?

Na verdade somos todos embalados na histeria coletiva da vingança, a sede de sangue, que ao fim e ao cabo, vai constituir mais um instrumento de opressão do próprio povo.

Fico a refletir sobre o significado da vida, que ninguém consegue explicar, e constato, com tristeza, que a humanidade fica a desperdiçar o seu tempo precioso discutindo formas e maneiras de se matar o semelhante, embasada na lei de Talião do “olho por olho e dente por dente”. Será que é menos cruel executar por envenenamento endovenoso ou por eletrocução? Conviria pré-anestesiá-lo para evitar a ansiedade da morte? Doravante a execução à morte pode ser programada por computador e levada a efeito impessoalmente por meio de comandos eletrônicos. Tudo muito moderno e decente.

Falta, porém, um simples pormenor: onde fica a ética social em tudo isso?

Onde vamos parar neste final de século?

É preciso voltar os olhos para outra direção, é preciso reprimir os sentimentos de ódio e vingança herdados dos nossos primitivos ancestrais, pois a violência chama a violência.

Acreditamos firmemente que o desaparecimento total da pena de morte no teatro da história estará a representar um sinal indiscutível do progresso civil e, como assevera Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos”, “se me perguntarem quando se cumprirá esse destino, direi que não sei. Sei apenas que o seu cumprimento será um sinal do progresso moral”.

Senhores, a lição final desse debate constrangedor nos foi dada por Sócrates há vinte e cinco séculos: “Pior do que viver num país sem leis é submeter-se aos mandamentos de um Estado sem ética”.

O CONCURSO VESTIBULAR E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

*Eduardo Lima de Matos
10º Promotor de Justiça - Aracaju*

A Constituição de 1988 consagrou, no artigo 5º, caput — Dos Direitos e Garantias Individuais — a igualdade como corolário a ser aplicado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

O princípio da igualdade, bandeira da revolução francesa, tem por escopo evitar desequilíbrios dentro do Estado, procurando garantir a todos, indistintamente, o acesso aos serviços e atividades públicas.

A maioria da comunidade internacional consagra em suas normas este extraordinário alicerce do direito contemporâneo, donde o homem é detentor de garantias e direitos, não por possuir títulos nobiliárquicos, mas em virtude de existir, pensar, enfim, ser cidadão.

No direito alienígena coletamos o Magistério de Inácio Burgoa, “in verbis”:

“JURIDICAMENTE IGUALDAD SE TRADUCE EN QUE VARIAS PERSONAS, EN NÚMERO INDETERMINADO, QUE SE ENCUENTREN EN UNA DETERMINADA SITUACIÓN, TENGAN LA POSSIBILIDAD Y CALIDAD DE SU TITULARES CUALITATIVAMENTE DE LOS MISMOS DERECHOS E DE CONTRAER LAS MISMAS OBRIGACIONES QUE EMANAM DE DICHO ESTADO. EN OTRAS PALABRAS, LA IGUALDAD, DESDE UN PUENTO DE VISTA JURÍDICO, SE MANIFESTA EN LA POSSIBILIDAD Y CAPACIDAD DE QUE VARIAS PERSONAS NUMERICAMENTE INDETERMINADAS, ADQUIRAM LOS DERECHOS E CONTRAIGAN LAS OBRIGACIONES DERIVADOS DE UNA CIERTA Y

DETERMINADA SITUACION EN QUE SE ENCUENTRAN.”

Assim, claro está que a sociedade moderna busca a igualdade, como fator de JUSTIÇA SOCIAL, e na comunidade internacional situações de desigualdade são causas de protestos, pois as nações se observam permanentemente.

No caso em tela, queremos confrontar o concurso vestibular com à aplicação do princípio constitucional da igualdade.

O Estado, impossibilitado de proporcionar o ensino superior indistintamente, efetiva um concurso, verdadeiro ato de admissão.

Nesta oportunidade são selecionados aqueles detentores das melhores médias ponderadas, por área específica, sendo estes os beneficiários do serviço de educação. O concurso vestibular é a forma que o Estado adotou para efetivar a seleção dos interessados, sendo festejada como um ato igualitário, que de forma justa possibilita a todos ter acesso à Universidade pública e gratuita. Na verdade, trata-se de um ato administrativo unilateral e vinculado, pelo qual a administração seleciona candidatas.

O artigo 206 e seus incisos, da Constituição Federal, estabelece alguns princípios aplicáveis ao ensino público. Interessamos, neste momento, o do inciso I, in verbis: “IGUALDADE DE CONDIÇÕES PARA O ACESSO E PERMANÊNCIA NA ESCOLA”. Esta norma constitucional obriga o poder público a exercer o princípio da igualdade no momento do ingresso do cidadão no serviço público de educação.

As Universidades Públicas deverão realizar concursos vestibulares com aplicação do princípio da igualdade, pois do contrário estarão ocorrendo na transgressão de um princípio constitucional expresso.

Ora, o ponto crucial do debate é verificar se as Universidades Públicas estão cumprindo o princípio da igualdade, quanto ao acesso dos administrados no serviço educacional.

É fato público e notório, demonstrado a todo momento pela imprensa, através de diversas reportagens, o estado precário e de dificuldade do ensino público no Brasil. Escolas fechadas, disciplinas sem professores, reforma de escolas em período letivo, número insuficiente de vagas, são, dentre outros tantos, os problemas enfrentados pelo ensino público no país.

Em verdade, nos últimos trinta anos assistimos à decadência da escola pública e o crescimento em progressão geométrica da escola privada, que cresceu em todos os níveis, estando presente nos bairros de classe alta, média e baixa, enquanto a escola pública começa a ficar no segundo plano.

A carreira do Magistério está esquecida pela Administração Pública e o professor tem condições inadequadas de trabalho, inclusive um salário que praticamente só permite custear as necessidades básicas da família. Escola deteriorada, professor desmotivado, ingredientes de um prestação de serviço fora do padrão desejado.

O problema se apresenta da seguinte forma: será que existe igualdade de condições na disputa de uma vaga na Universidade Pública, quando temos a consciência e comprovação da preparação díspar do aluno oriundo da escola pública e o aluno advindo da escola particular.

Isto posto, evidente que estamos diante de uma falsa igualdade, quando se divulga que todos competem nas mesmas condições. No entanto, escancarado está o fato de que na verdade a disparidade de preparação nos coloca diante de uma flagrante desigualdade. Destarte, ocorrerá a competição entre o aluno da escola pública, que estuda e trabalha, vindo de uma entidade com problemas estruturais, com o aluno da escola privada, que normalmente só estuda, e teve uma preparação específica para o certame, posto que as escolas privadas estão se especializando e disputando, cada dia que passa, o número de aprovados por concurso, bastando para tanto observar a propaganda espalhada em toda cidade.

Analisemos, os estudantes advindos das escolas privadas disputam as vagas com seus colegas de instituições privadas, pois a preparação é do mesmo nível, os estudantes da escola pública, estão no segundo degrau, disputando a sobra das vagas, no entanto, cabe ressaltar que, quebrando a regra, existem estudantes esforçados, vencedores das desigualdades, logrando êxito no concurso, mas este fato não é a regra. O importante é reconhecer a disparidade de preparação e uma situação de desigualdade social.

No seu preclaro “Magistério”, Eros Roberto Grau assim se expressa, “in verbis”:

“UMA NORMA JURÍDICA ISOLADA, DESTACADA, DESPRENDIDA DO SISTEMA JURÍDICO, NÃO EXPRESSA SIGNIFICADO NORMATIVO NENHUM. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SEMPRE HÁ DE SER DESENVOLVIDA NO ÂMBITO DE TRÊS DISTINTOS CONTEXTOS — O LINGUÍSTICO, O SISTÊMICO E O FUNCIONAL.”

Desta forma, temos que realizar uma interpretação, nos moldes preconizados pelo festejado Professor Eros Roberto Grau, acerca do princípio da igualdade e às Universidades Públicas. Ademais, não podemos esquecer a lição de Rui Barbosa, que na “Oração aos Moços” prega que igualdade significa desigualar os desiguais na medida que se desigalam.

A questão jurídica é a igualdade, mandamento constitucional, que deve ser acatado como forma de garantia do bem estar social. O fato, cidadãos em condições de desigualdade comprovada, e a consequência, o Estado equilibrar o desnível social, reduzindo as desigualdades.

O princípio constitucional da igualdade é de aplicação permanente, com o fito de consagrar a JUSTIÇA SOCIAL, evitando, destarte, que as desigualdades sejam causas da exclusão dos cidadãos dos serviços públicos.

A análise do artigo 5º, combinado com o artigo 206, ambos da CF, propicia a conclusão de que o acesso às Universidades Públicas deve respeitar o princípio da igualdade. A observação do concurso demonstra a total desigualdade na competição, posto que os economicamente fortes pagam cursos especializados e logram êxito, e os economicamente fracos estão a mercê da má prestação do serviço público, sendo excluídos sistematicamente da prestação do ensino público gratuito.

A Constituição Cidadã, pregada pelo Saudoso Ulisses Guimarães, enfatiza a construção de uma sociedade democrática, aonde a igualdade deve ser um princípio fundamental. Assim, a Administração Pública tem que velar pela aplicação deste princípio, garantindo desta maneira o direito do cidadão.

O Poder Público não pode se omitir, deve acabar com uma ostensiva desigualdade no concurso vestibular, que é a competição entre estudantes advindos de estabelecimentos privados e públicos, pelas razões expostas anteriormente. A solução é sim-

ples, utilizando o princípio da proporcionalidade, estabelecer um percentual de reserva de vagas.

A reserva de vagas significa a retomada do princípio da igualdade, pois os estudantes da escola pública estarão competindo com colegas de escola pública, ou seja, pessoas igualmente preparadas disputando um certo número de vagas. Estaremos eliminando um fator de exclusão do serviço público e propiciando, destarte, um tratamento verdadeiramente igualitário.

As estatísticas são claras, as Universidades Públicas têm maioria de alunos com poder aquisitivo alto e Faculdades particulares passam a receber o contingente excluído do ensino público, muitas vezes levando a um sacrifício pessoal, pela dificuldade para pagamento das mensalidades e aquisição de livros.

No sistema normativo brasileiro, já existe um exemplo de reserva de vagas, é o previsto para o acesso de portadores de deficiência física nos quadros do serviço público (CF, 37, inciso VIII, e lei 8.112/90). Os dispositivos relacionados encerraram com uma desigualdade e os portadores de deficiência passaram a ter acesso aos quadros do serviço público. Iguais disputando com iguais, este foi o objetivo da norma, pois dantes estava instalada uma situação de competição desigual, pois eram portadores de deficiência competindo com não portadores.

No presente momento vivemos um instante em que a escola pública está decadente e enfrentando diversos problemas já destacados, estabelecendo uma desigualdade flagrante entre os oriundos da escola pública e da escola privada.

No entanto, ocorrendo a correção destas dificuldades e se o ensino público preparatório para o concurso vestibular alcançar o mesmo patamar da escola privada, instalando-se uma total igualdade entre o ensino público e o privado, evitando que somente os detentores do poder econômico tenham acesso ao bom ensino, então concordaremos com a extinção da reserva de vagas; todavia, enquanto persistir a atual situação, incumbe a aplicação da reserva como concretização do princípio da igualdade.

O problema se situa no fato de que todos são cidadãos e devem ser tratados isonomicamente, não podendo existir cidadãos de primeira e de segunda categorias, além do mais, o serviço público prestado tem que ser de boa qualidade.

O brilhante Rui Barbosa, deixou a seguinte lição, in verbis:

“A REGRA DA IGUALDADE NÃO CONSISTE EM QUINHOAR DESIGUALMENTE AOS DESIGUAIS NA MEDIDA EM QUE SE DESIGUALAM. NESTA DESIGUALDADE SOCIAL, PROPORCIONADA A DESIGUALDADE NATURAL, É QUE SE ACHA A VERDADEIRA LEI DA IGUALDADE. O MAIS SÃO DESVARIOS DA INVEJA, DO ORGULHO OU DA LOUCURA. TRATAR COM DESIGUALDADE A IGUAIS, OU A DESIGUAIS COM IGUALDADE, SERIA DESIGUALDADE FLAGRANTE E NÃO IGUALDADE REAL. OS APETITES HUMANOS CONCEBERAM INVERTER A NORMA UNIVERSAL DA CRIAÇÃO, PRETENDENDO, NÃO DAR A CADA UM NA RAZÃO DO QUE VALE, MAS ATRIBUIR O MESMO A TODOS, COMO SE TODOS SE EQUIVALESSEM.”

Concluímos defendendo a reserva de vagas para alunos oriundos da escola pública na disputa do concurso vestibular, pois desta forma estaremos aplicando a verdadeira igualdade e concretizando um mandamento constitucional.

BIBLIOGRAFIA:

1. BARBOSA, Rui. Escritos e Discursos Seletos. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1960.
2. GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1991.
3. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
4. ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1993.
5. GASPARIM, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995.
6. BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1996.
7. SANTAMARIA PASTOR, Juan Afonso. Principio de Derecho Administrativo. Madri: Editorial, 1994.
8. PONDÉ, Lafaeyette. Estudos de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Del Rei, 1996.
9. LAURIA TUCCI, Rogério. Direitos e Garantias Individuais. São Paulo: Saraiva, 1991.
10. BASTOS, Celso. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994.
11. CRETELA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1990

12. MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1990.
13. FIGUEREIDO, Lúcia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1995.
14. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
15. BISPO, Luiz. *Direito Constitucional*. Aracaju: J. Andrade, 1996.

COMPETÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser
Promotora de Justiça em São Paulo

1. *Jurisdição e competência; 1.1. Distribuição da competência; 1.2. Critérios determinantes da competência; 1.3. Competência da Justiça Federal; 1.4. Competência absoluta e relativa.*
2. *Foro competente para a propositura da ação civil pública e ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor; 2.1. Competência objetiva em razão da matéria; 2.2. A determinação do foro competente: dano de âmbito local; 2.3. A determinação do foro competente: dano de âmbito regional ou nacional; 2.4. Interesses difusos e coletivos propriamente ditos; 2.5. Interesses individuais homogêneos.*
3. *Conclusões.*

1. Jurisdição e competência

Os conceitos de jurisdição e competência não se confundem, embora, às vezes, encontrem-se em uma “zona cinzenta”.

Tecnicamente, a distinção é clara. No dizer de DINAMARCO, GRINOVER e CINTRA¹, “a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o completo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete”.

Através da jurisdição, o Estado concretiza uma de suas finalidades, na medida em que se proíbe a autotutela dos interesses individuais.

A jurisdição é informada por alguns princípios fundamentais, ou seja, a investidura, a aderência do território, a indelegabilidade, a inevitabilidade, a inafastabilidade, o juiz natural e a inércia².

A competência, por sua vez, “é a atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto em decorrência de sua atividade jurisdicional específica dentro do Poder Judiciário, normalmente excluída a legitimidade simultânea de qualquer outro órgão com o mesmo poder”³.

Em verdade, a competência é apenas a medida da jurisdição. Isto significa que se todos os juizes têm jurisdição, nem todos, porém, se apresentam com competência para conhecer e julgar determinada lide.

1.1. Distribuição da competência

A competência encontra-se definida na Constituição Federal, nas leis processuais civis e de organização judiciária.

Na Constituição Federal está estabelecida a estrutura do Poder Judiciário, com as atribuições do Supremo Tribunal Federal (art. 102), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e da Justiça Federal (arts. 108 e 109), bem como das Justiças Especiais (Eleitoral, Militar e Trabalhista; arts. 114, 121 e 124).

Dessa forma, a distribuição da competência, obedecidos os limites da Carta Magna, é matéria de legislação ordinária: da União, quanto à Justiça Federal e às Justiças Especiais; e dos Estados, no que concerne às justiças locais.

1.2. Critérios determinantes da competência

A partir das doutrinas de Wach e Chiovenda, a competência leva em conta os seguintes critérios: objetivo⁴, funcional⁵ e territorial⁶.

O Código de Processo Civil adota o seguinte sistema de definição da competência interna: competência em razão do valor da causa e da matéria (art. 91); competência funcional (art. 93) e competência territorial (arts. 94 a 101).

1.3. Competência da Justiça Federal

A Constituição Federal determina a competência da Justiça Federal sobre os critérios objetivos: a) em razão da matéria (*ratione materiae*)⁷ e b) em razão da pessoa (*ratione personae*)⁸.

O Estado não tem um foro comum ou geral, mas, sim especial, levando em conta ora a qualidade das pessoas, ora a qualidade da causa.

1.4. Competência absoluta e relativa

A competência é absoluta “quando não pode ser modificada pelas partes ou por fatos processuais como a conexão ou a continência de causas. A competência absoluta pode ser reconhecida pelo juízo, de ofício, independentemente da arguição da parte, gerando, em sentido contrário, se violada, a nulidade do processo”⁹.

A competência relativa “refere-se aos casos em que é possível a sua prorrogação ou derrogação por meio de cláusula contratual firmada pelas partes, de inércia da parte, no caso do réu que deixa de opor a exceção, chamada declinatória de foro, ou por fatos processuais como a conexão ou a continência”¹⁰.

As competências material e funcional são de natureza absoluta, enquanto as competências territorial e pelo valor da causa são relativas, porque aquelas são ditadas pelo interesse público e, estas últimas, pelo interesse privado.

2. Foro competente para a propositura da ação civil pública e das ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor

2.1. Competência objetiva em razão da matéria

Ressalvada a competência da Justiça Federal — aquela disciplinada na Constituição Federal, que prevalece sobre as regras do Código de Defesa do Consumidor, a competência objetiva em razão da matéria é atribuída à justiça local (Justiça comum dos Estados ou do Distrito Federal).

Essa competência é absoluta¹¹, significando que não poderá ser prorrogada ou modificada.

ADA PELLEGRINI GRINOVER¹² ressalta que “a competência objetiva em razão da matéria, mesmo havendo interesse da União, é da Justiça Estadual, nas comarcas que não forem sede de vara do juízo federal, cabendo recurso para o TRF na área de jurisdição do juiz de primeiro grau (§§ 3º e 4º do art. 109, CF)”.

2.2. A determinação do foro competente: dano de âmbito local

A determinação do foro competente verifica-se em razão da extensão do dano. Quando o dano for de âmbito local, a competência é do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano¹³, nos termos do inciso I do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴.

De outro lado, o artigo 2º da Lei nº 7.347/85 estabelece que “as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano¹⁵, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”¹⁶.

Quando esses dois diplomas legais referem-se à competência determinada pelo lugar do dano ocorrido ou pelo local em que este possa vir a ocorrer, “isto quer dizer que a competência poderá vir a fixar-se em qualquer comarca de Estado federado respectivo, ou na do Distrito Federal, se o caso desta hipótese”¹⁷.

2.3. A determinação do foro competente: dano de âmbito regional ou nacional

O foro será o da capital do Estado ou do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, consoante o inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸, o que significa, neste último caso, que o dano deve transcender à área estadual, ou seja, além dos limites de um Estado.

Se o dano transcender a uma determinada circunscrição judiciária, mas, dentro de um mesmo Estado federado ou no Distrito Federal, tratar-se-á de dano regional. Quando o dano transcender a área territorial de um Estado federado ou do Distrito Federal tratar-se-á dano de âmbito nacional. Nas duas hipóteses, a competência para a causa é do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

Interpretando, de forma lúcida e precisa, esse dispositivo legal, assim pontificou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

“A análise perfunctória da redação do inciso II do prefalado art. 93 do CDC poderia levar o aplicador da lei a interpretá-la como se existentes duas situações

distintas, ou seja: quando o dano for 'regional', o foro competente é o da capital do Estado; quando for 'nacional', é o do Distrito Federal. Mas a leitura mais atenta do dispositivo desautoriza tal exegese, como se verá adiante. Primeiramente, se quisesse realmente o legislador criar três critérios de fixação de competência, tê-los-ia inserido em incisos distintos. Ao revés, optou por dividir o art. 93 em apenas dois, ou seja, um (art. 93, I) para os danos de âmbito local (foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano) e outro (art. 93, II) para os danos de âmbito regional ou nacional (foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal). Isto significa que o inciso II, para duas situações distintas (danos regionais e danos nacionais), deu solução idêntica, qual seja, 'foro da Capital do Estado', tendo apenas se referido ao Distrito Federal em face da sua natureza sui generis de cidade-estado. Obviamente, em se tratando de dano nacional, todas as capitais do país, e o Distrito Federal, seriam em tese competentes para o aforamento da presente ação, sendo de se aplicar o critério da prevenção em caso de eventual conflito, ficando prevento aquele que primeiro despachar"¹⁹.

A mesma Egrégia Câmara, ao tratar de matéria idêntica, assim decidiu:

"O mencionado inciso II do art. 93 refere-se, laconicamente, ao foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, sem adiantar qualquer critério distintivo. Cabe, portanto, ao intérprete buscá-lo. A referência destacada a Distrito Federal no inciso II deveu-se a um rigor técnico do legislador. É que o Distrito Federal, elevado pela Carta de 1988 à condição de ente estadual autônomo, integrante da Federação (art. 18), aproxima-se mas não se equipara ao Estado-membro. Com efeito, embora nele existam os três Poderes — inclusive o Judiciário que falta aos Municípios — sua autonomia é mais restrita que a dos Estados, notadamente por sofrer a interferência da União em

áreas diversas (...). Na feliz síntese de Hely Lopes Meirelles, o Distrito Federal é um Estado membro anômalo". Por esta razão, o legislador terá achado conveniente a menção expressa, e tecnicamente mais precisa, a Distrito Federal, a demonstrar que ele não se confunde com o Estado. Mas o Poder Judiciário do Distrito Federal, embora formalmente organizado e mantido pela União (art. 21, XIII), tem o mesmo status do Poder Judiciário Estadual, não integrando o sistema da Justiça Federal, quer comum, quer especializada. Alguém poderá cogitar que, em caso de interesse regional, a competência seria do foro da Capital do Estado e, em caso de interesse nacional, seria do foro do Distrito Federal. Mas também esta interpretação não se sustenta. É que o dispositivo menciona primeiro: Capital do Estado e âmbito nacional e depois Distrito Federal e âmbito regional. De modo que o critério da respectividade levaria à incongruência de que as ações de âmbito nacional devam ser propostas no foro da Capital do Estado e as de âmbito regional no foro do Distrito Federal. E isso não faria sentido²⁰.

2.4. Interesses difusos e coletivos propriamente ditos

Em se tratando de interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, cujo dano é de âmbito local, qual o juízo competente para esta ação? A questão se resolve pelo lugar onde se verificou o dano. Assim, se o dano se verificou na cidade de Campinas, a ação deverá ser proposta no foro da Comarca de Campinas e a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor), valendo para todo o território nacional.

Em se tratando de interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, cujo dano é de âmbito nacional, qual o juízo competente para esta ação? A questão se resolve pela prevenção²¹. Assim, se a extensão do dano atingir todo o território nacional e a ação for proposta, em primeiro lugar, na capital do Estado do Ceará, este juízo torna-se preventivo e a sentença fará coisa julgada

erga omnes (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor), valendo para todo o território nacional.

2.5. Interesses individuais homogêneos

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, cujo dano é de âmbito local, qual o foro competente para esta ação? Se o dano ocorreu na cidade de Campinas, a ação deverá ser proposta no foro da Comarca de Campinas e a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* somente para beneficiar aqueles titulares de interesses e direitos individuais homogêneos, ou seus sucessores (art. 103, inciso III do Código de Defesa do Consumidor), ou seja, essa decisão não surtirá efeitos em todo o país.

Em se tratando de individuais homogêneos, cujo dano é de âmbito nacional, qual o juízo competente para esta ação? A questão se resolve pela prevenção²². Assim, se a extensão do dano atingir todo o território nacional e a ação for proposta, em primeiro lugar, na capital do Estado do Ceará, este juízo torna-se preventivo e a sentença fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor), valendo para todo o território nacional.

3. Conclusões:

- 3.1. Ressalvada a competência da Justiça Federal, a competência objetiva em razão da matéria é atribuída à justiça local (Justiça dos Estados ou do Distrito Federal).
- 3.2. Quando o dano for de âmbito local, a competência é do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.
- 3.3. Quando o dano for de âmbito regional ou nacional, o foro competente será o da capital do Estado ou do Distrito Federal.
- 3.4. Em se tratando de interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, cujo dano é de âmbito local, a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103, inciso I do Código de Defesa do Consumidor) em todo o território nacional.
- 3.5. Em se tratando de interesses individuais homogêneos, cujo dano é de âmbito local, a sentença de proce-

dência fará coisa julgada *erga omnes* somente para beneficiar aqueles titulares de interesses e direitos individuais homogêneos, ou seus sucessores (art. 103, inciso III do Código de Defesa do Consumidor), não surtindo efeitos em todo o país.

- 3.6. Em se tratando de interesses difusos. coletivos propriamente ditos ou individuais homogêneos, cujo dano é de âmbito regional ou nacional e a ação foi proposta, em primeiro lugar, na capital do Estado do Ceará, este juízo torna-se prevento e a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103, inciso I do Código de Defesa do Consumidor) em todo o território nacional.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de – Código do Consumidor Comentado, 2ª edição revista e ampliada, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- . Manual de Direito Processual Civil, volume I, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – Teoria Geral do Processo. 11ª edição revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente – Direito Processual Civil Brasileiro, 1ª volume, 10ª edição atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo – Ação Civil Pública. 4ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro – A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – Curso de Direito Processual Civil, 18ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

CRIMES ELEITORAIS E TRANSAÇÃO PENAL

Pedro Roberto Decomain

Promotor de Justiça – SC

A recente Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em vigor a partir de 27 de setembro daquele ano, trouxe uma série de inovações no Direito e no Processo Penal brasileiros.

De modo geral, inovações de excelente qualidade, as quais, em relação aos crimes de menor gravidade, alvo daquela legislação, tornaram a respectiva apuração, processamento e punição muito mais ágeis e prontos.

Dentre elas ressalta a figura da transação penal.

Impossível, na sistemática anterior à lei, qualquer alternativa à instauração do processo penal, ao menos em tema de infrações apuradas mediante ação penal pública, e que constituíam, como ainda constituem, a franca maioria dos ilícitos penais. A ação penal privada, com efeito, e em relação à qual vige o princípio da disponibilidade, surge como exceção.

Pois bem.

Na sistemática vigente antes da mencionada lei, o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pelo Ministério Público (titular exclusivo daquela modalidade de ação, no atual quadro constitucional) era absoluto.

Com aquela lei, ao menos no tocante às infrações penais que admitem a transação penal, passou referido princípio a ser mitigado.

Hoje, quando se cuide de infrações daquelas que admitem a aplicação do instituto da transação penal, possui o Ministério Público, em se cuidando de ilícitos penais de ação penal pública, da alternativa da transação penal.

Efetivamente, alternativa ao exercício da ação penal é do que se cuida.

Daí porque inarredável a conclusão, inclusive já enfatizada pela Confederação Nacional do Ministério Público, de que a transação penal não pode ser proposta ao autor do fato por qualquer outra autoridade, que não o próprio Ministério Público.

Restou dito que a transação penal é alternativa ao exercício da ação penal, nos ilícitos que a admitem.

Quais são esses ilícitos?

Essa a temática resumidamente discutida a seguir.

A transação penal vem prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95. De acordo com aquele dispositivo, havendo representação, ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. O parágrafo 2º daquele artigo elenca os casos em que a transação é inadmissível.

Essa regra tem a sua aplicação condicionada a que se cuide de infração penal de menor potencial ofensivo.

De conceituar tais infrações cuida, a seu turno, o artigo 61 da mesma lei. Aquele dispositivo as define do seguinte modo:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

O que resulta aparentemente do dispositivo é que não serão considerados ilícitos penais de menor potencial ofensivo, os crimes a serem apurados através de procedimento especial.

Baseando-se o intérprete nesse primeiro entendimento, estariam excluídos da possibilidade da transação penal todos aqueles crimes que, embora apenados com pena máxima não superior a um ano, tivessem a sua apuração realizada através de procedimento diverso do procedimento comum, ordinário ou sumário, previsto pelo Código de Processo Penal.

Dentre os crimes que, a utilizar-se essa exegese, ficariam excluídos da transação penal, estariam, por exemplo, os crimes eleitorais, eis que o procedimento para sua apuração, previsto nos artigos 355 a 364 do Código Eleitoral, é diverso tanto do procedimento ordinário, quanto do procedimento sumário, ambas espécies do gênero “procedimento comum”, do CPP. Deve-se ressaltar, porém, que a Lei 9.099/95 tem seu

fundamento no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal, que diz o seguinte:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I. juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipótese prevista em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.”

Bem de ver, portanto, que é de central importância, nessa matéria, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

Qual o critério através do qual se pode afirmar que uma infração é de menor potencial ofensivo?

O único critério juridicamente válido para tanto, quer-me parecer, é o da pena abstratamente cominada pelo legislador à infração.

O legislador é livre para cominar penas aos ilícitos penais que cria, assim como é livre para definir qual o limite de pena abaixo do qual a infração será considerada de menor potencial ofensivo.

Outro critério, porém, qualquer que seja ele, que se pretenda utilizar para definir o que é uma infração dessa natureza, terá sabor de nítida inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio do tratamento isonômico, insculpido no próprio caput do artigo 5º da Constituição Federal.

Ocorre que a Lei 9.099/95 aparentemente excluiu do rol das infrações penais de menor potencial ofensivo, os crimes apurados através de procedimento especial.

De indagar-se, então, se tal regra, de definição do maior ou menor potencial ofensivo, através do procedimento destinado à sua apuração em juízo, é ou não logicamente correlata com a maior ou menor gravidade da infração, de sorte a validar-se como critério aceitável de discriminação entre umas e outras.

Como já se salientou, a pena é o instrumento para se avaliar se uma infração penal tem maior ou menor potencial ofensivo.

O único critério constitucional aceitável para separar essas duas categorias de infrações, de tal sorte a permitir para elas tratamento penal diferenciado, é o do montante da pena abstratamente cominada.

A propósito, lembre-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, assim versado:

“O ponto modular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.”

E acrescenta, logo depois:

“Com efeito, há espontânea e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.

De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.” (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 1ª ed., São Paulo, RT, 1978, págs. 47/48).

O que se passa no terreno das infrações penais de menor potencial ofensivo é exatamente a situação focada do último parágrafo da lição transcrita. Por incongruente, do ponto de vista lógico, com a disparidade de tratamento disposta na lei, o critério de excluir da transação penal os crimes apurados através de procedimento especial, mesmo quando tenham pena máxima não superior a um ano, é ilógico.

Para que se perceba essa circunstância com maior clareza, basta atentar para crimes eleitorais previstos na Lei 9.100/95, que regula as eleições de 1996.

Em seu artigo 67, inciso IX, a lei em questão criminaliza a conduta da distribuição de brindes e outros materiais de propa-

ganda eleitoral no dia da eleição. A pena para tais condutas e exclusivamente de multa.

Já em seu inciso XI, o mesmo artigo pune a conduta de causar ou tentar causar dano à máquina de votação ou a qualquer de seus componentes.

Aí, a pena mínima já passa a ser de detenção de dois anos.

As duas infrações, todavia, serão processadas segundo o mesmo procedimento, previsto no Código Eleitoral.

Alguém, em sã consciência, dirá, porém, que ambas possuem o mesmo potencial ofensivo.

Curial que o potencial de dano da infração consistente na distribuição do material de propaganda, é bem inferior ao da dani-ficação ou destruição da urna eletrônica ou qualquer de suas partes. E essa diferença de gravidade é denunciada imediatamente pela disparidade na pena cominada pelo legislador a ambas as infrações.

Resta claro que o único critério válido de discriminação é a pena. Resta claro, também, que o procedimento, comum ou especial, rigorosamente não interfere com a gravidade da infração.

Aliás, é até logicamente possível a existência de procedimento especial mais abreviado, para apuração de crimes com pena mais severa, e procedimento especial mais abrangente, com maior complexidade, para infrações com pena menor.

Tudo a evidenciar que o critério do procedimento especial fere o princípio da igualdade de tratamento, insculpido na Constituição.

Infrações penais compreendidas dentro de idênticos limites de pena, devem ter o mesmo tratamento, em termos de aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, pouco importando qual o procedimento pelo qual devam ser apuradas tais infrações.

Em conclusão, qualquer que seja o procedimento destinado à apuração judicial do crime com pena máxima não superior a um ano, a referido crime será aplicável o instituto da transação penal, previsto pelo art. 76 da Lei 9.099/95.

Vale registrar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão recente, a propósito de crime de abuso de autoridade, o qual, pelo critério da pena privativa de liberdade, admite a suspensão condicional do processo, mas também tem procedimento especial, admitiu a transação. A ementa do acórdão é a seguinte:

“Apelação criminal, Abuso de Autoridade (arts. 3º, “a” e “j”, e 4º, “a”, “b” e “c”, ambos da lei nº 4.898/65. Inteligência do art. 76, da Lei nº 9.099/95. Norma que, embora de Direito Processual, tem efeito penal. Denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Possibilidade da transação. Retorno do feito à origem que se impõe, para possibilitar ao Ministério Público a oportunidade para propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multas. Não conhecimento do recurso. (...). (Apelação criminal nº 96.002249-0, da Capital, rel. Des. Jorge Mussi, DJ 22.07.96, pág. 10)”

Registre-se que também o Prof. Damásio de Jesus, ao cuidar das infrações para as quais tem cabimento a transação penal, nelas inclui as contravenções e os crimes com pena máxima abstrata não superior a um ano, sem a restrição do procedimento especial (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada; 1ª ed.; São Paulo; Saraiva; 1995; pág. 64).

O que se deve compreender, no pertinente à cláusula de exclusão do procedimento especial, é não que tal cláusula impeça a incidência da transação penal, mas sim que, em sendo infrutífera ou descabida esta por qualquer circunstância, o procedimento para apuração da infração penal, será o procedimento específico, correspondente à natureza da infração de que se cuida.

Nesse caso, a competência para o processo e julgamento de tais infrações, também não será do Juizado Especial Criminal, mas sim do Juízo criminal próprio, de acordo com a natureza da infração. Especificamente em tema de crimes eleitorais, frustrada a transação penal, por qualquer motivo, o processo correrá perante o Juízo Eleitoral, e não perante o Juizado Especial Criminal.

Aliás, a própria discussão da transação penal não acontecerá perante o Juizado Especial Criminal, mas sim perante o Juízo Eleitoral.

A conclusão, portanto, é de que os crimes eleitorais, assim como quaisquer outros crimes a serem apurados mediante procedimento especial, admitem a transação penal, quando não lhes seja cominada pena privativa de liberdade em limite máximo superior a um ano.

De outra banda, ainda em tema de crimes eleitorais, impossível que se mostre a transação, no caso concreto, por qualquer circunstância, mesmo que se cuide de crime com pena máxima não superior a um ano, o procedimento judicial para apuração do ilícito será o do Código Eleitoral, e não o procedimento sumaríssimo previsto na própria Lei 9.099/95.

NOTAS

- ¹ “Teoria Geral do Processo”, p. 125.
- ² “O princípio da investidura corresponde à idéia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. No princípio da aderência ao território manifesta-se, em primeiro lugar, a limitação da própria soberania nacional ao território do país: assim como os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado. O princípio da indelegabilidade é, em primeiro lugar, expresso através do princípio constitucional segundo o qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. O princípio da inevitabilidade significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo; a situação de ambas as partes perante o Estado-Juiz é de sujeição. O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. O princípio do juiz natural, relacionado com o anterior, assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais. O princípio da inércia significa que o titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir a prolação de um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação” (DINAMARCO, GRINOVER e CINTRA, Teoria Geral do Processo, pp. 129-34).
- ³ José Manoel de ARRUDA ALVIM NETTO, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. I, pp. 219-20.
- ⁴ “Critério objetivo: que se funda no valor da causa, na natureza da causa ou na qualidade das partes” (Humberto THEODORO JÚNIOR, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, p. 162).
- ⁵ “Critério funcional: que atende às normas que regulam as atribuições dos diversos órgãos e de seus componentes, que devam funcionar em um determinado processo, como se dá nas sucessivas fases do procedimento em primeiro e segundo grau de jurisdição” (Ibid., p. 162).
- ⁶ “Critério territorial: que se reporta aos limites territoriais em que cada órgão julgante pode exercer sua atividade jurisdicional. Sua aplicação

decorre da necessidade de definir, entre os vários juizes do país, de igual competência, em razão da matéria ou em razão do valor, qual o que poderá conhecer de determinada causa. Baseando-se ora no domicílio da parte, ora na situação da coisa, ou ainda no local em que ocorreu o fato jurídico, o legislador atribui a competência da respectiva circunscrição territorial” (Ibid., p. 162).

- 7 Competência *ratione materiae* da Justiça Federal: I — as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF/88, art. 109, III); II — a disputa sobre direitos indígenas (CF/88, art. 109, XI); e III — os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “*exequatur*”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (CF/88, art. 109, X).
- 8 Competência *ratione personae* da Justiça Federal: I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (CF/88, art. 109, I); II — as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no país (CF/88, art. 109, II) e III — os mandados de segurança e os “*habeas data*” contra ato de autoridade federal, exceto os casos de competência dos tribunais federais (CF/88, art. 109, VIII).
- 9 Vicente GRECO FILHO, “Direito Processual Civil Brasileiro”, 1ª vol., p. 208.
- 10 Ibid., p. 208.
- 11 Ada Pellegrini GRINOVER, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, p. 550.
- 12 Ada Pellegrini GRINOVER, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, p. 550.
- 13 “É plenamente justificável que assim seja: é claro que é o juízo ‘do local onde ocorrer o dano’ o mais indicado, mais habilitado na espécie, pela proximidade física com o evento. Demais disso, a ação é de índole reparatória, condenatória; o objeto prelevante é o dano produzido e a recondução das coisas ao *statu quo ante*. O mesmo raciocínio é de se aplicar às hipóteses em que o dano é iminente, exigindo tutela cautelar (art. 4º da Lei 7.347/85). Embora se possa falar numa lide cautelar, com pressupostos e finalidades distintos da lide principal, o fato é que ambas apresentam, na espécie, um núcleo comum: o dano a certos interesses difusos, podendo ser efetivo ou potencial” (Rodolfo de Camargo MANCUSO, “Ação Civil Pública”, p. 50).
- 14 “Art. 93 do CDC: Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I — no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local”.
- 15 Conquanto o aludido dispositivo da Lei da Ação Civil Pública mencione apenas “o local onde ocorrer o dano”, “a norma deve ser entendida como igualmente aplicável ao foro do local onde o dano possa ou deva ocorrer” (Hugo Nigro MAZZILLI, “A defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, p. 210).
- 16 Preleciona Rodolfo de Camargo MANCUSO que “já da leitura desse dispositivo se percebe que o legislador atrelou dois critérios fixadores de competência que, ordinariamente, aparecem separados, porque um — o local do fato —

conduz à chamada competência 'relativa', prorrogável, porque estabelecida em função do interesse das partes ou da facilidade para a colheita da prova; outro — competência funcional — leva à chamada competência 'absoluta', improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, de interesse do processo" (Ação Civil Pública, p. 48).

¹⁷ ARRUDA ALVIM, "Código do Consumidor Comentado", p. 425.

¹⁸ "Art. 93 — Ressalva a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local; II — o foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente".

¹⁹ Agravo de instrumento nº 10.335, 2ª Câmara, Rel. Des. Gaspar Rubik, v.u., j. em 02.04.96.

²⁰ Agravo de instrumento nº 8.131, de Blumenau-SC, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 25.10.94.

²¹ "O juiz que conhecer da causa em primeiro lugar, terá sua jurisdição preventa. Ele, que era cumulativamente competente com outros juízes, igualmente competentes, para conhecer de determinada causa, pelo fato de haver tomado conhecimento dela em primeiro lugar passou a ser o único competente. A prevenção, portanto, firma, assegura a competência de um juiz, já competente" (Moacyr AMARAL SANTOS, apud Rodolfo de Camargo MANCUSO, "Ação Civil Pública", p. 56).

²² "O juiz que conhecer da causa em primeiro lugar, terá sua jurisdição preventa. Ele, que era cumulativamente competente com outros juízes, igualmente competentes, para conhecer de determinada causa, pelo fato de haver tomado conhecimento dela em primeiro lugar passou a ser o único competente. A prevenção, portanto, firma, assegura a competência de um juiz, já competente" (Moacyr AMARAL SANTOS, apud Rodolfo de Camargo MANCUSO, "Ação Civil Pública", p. 56).

FURTO, ROUBO E RECEPÇÃO NA LEI Nº 9.426/96

Damásio E. de Jesus

FURTO

“Art. 155.

.....
§ 5º. *A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.”*

1. Origem da Lei nº 9.426/96

A Presidência da República, em julho de 1995, por intermédio da Mensagem nº 784, enviou ao Congresso Nacional Projeto de Lei alterando dispositivos da Parte Especial do Código Penal. A Exposição de Motivos afirmava que o Projeto visava “a combater uma crescente e inquietante forma de criminalidade de nossos dias”, referindo-se ao furto, roubo e recepção de veículos. As alterações, rezava o texto, *“criminalizam novas formas de conduta com a inclusão no Código de novas figuras penais, atualizam a redação de determinados tipos e agravam as penas” em certas situações (nº 2), com o que se esperava “dar aos órgãos de persecução penal os instrumentos legais adequados à repressão de uma grave e crescente forma de criminalidade” (nº 12).*

2. Nova figura típica de furto qualificado

Não se trata de causa de aumento de pena e sim de forma típica qualificada, à semelhança das tradicionais figuras do § 4º do art. 155 do CP, uma vez que a norma comina o mínimo e o máximo da pena detentiva.

3. Requisitos

- 1º. Que o objeto material subtraído seja “veículo automotor”;
- 2º. que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

4. Veículo automotor

Abrange aeronaves, automóveis, caminhões, lanchas, jet-skies, motocicletas, etc.

5. Componentes

O transporte, nos moldes do tipo, de partes de veículo, não qualifica o delito. O Projeto de Lei nº 73, de 1993, de iniciativa do Presidente da República, que agravava as penas da receptação na hipótese de “veículo motorizado”, estendia a incriminação a seus “componentes” (art. 180, § 1º, I, “d”).

6. Significado da qualificadora “que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”

Haverá, no mínimo, duas posições:

- 1ª. qualifica-se o crime quando o objeto material, durante a fase de execução da subtração ou depois da consumação, esteja sendo ou tenha sido conduzido na direção de outro Estado ou para o exterior, não se exigindo que haja transposto os limites estaduais ou nacionais;
- 2ª. a incidência da circunstância exige que o veículo tenha transposto os limites do Estado ou do território nacional. De acordo com essa orientação, a pena não é agravada se, v.g., o sujeito vem a ser surpreendido, tendo a subtração ocorrido no Estado de São Paulo, nas proximidades da fronteira paulista da divisa com Minas Gerais, para onde se dirigia; ou perto da fronteira brasileira com o Paraguai, para onde pretendia levar o automóvel.

Preferimos a segunda orientação. A presença da qualificadora, de natureza objetiva, agrava a pena mesmo depois de consumado o furto, como acontece com outras circunstâncias que incidem após a realização do crime, como, v.g., a incapacidade para as ocupações habituais na lesão corporal (art. 129, § 1º, I), a duração da privação da liberdade da vítima na extorsão mediante seqüestro (art. 159, § 1º), a morte de pessoa depois de consumado o incêndio (art. 258 do CP) etc. Convém observar que não devemos confundir a consumação do furto com a concretização do fim visado pelo agente, i.e., o efetivo transporte do veículo para outro Estado ou para o exterior, que qualifica o crime. Dessa forma, o momento consumativo do delito não está condicionado à consecução da finalidade pretendida. Assim, podem ocorrer duas hipóteses:

- 1ª. o sujeito consuma o furto durante o transporte do veículo para outro Estado ou para o exterior;
- 2ª. já ultrapassada a fase da consumação, o automóvel vem a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

A qualificadora incide nos dois casos, desde que o objeto material tenha transposto os limites do Estado de origem ou do território nacional. É a orientação do Ministério da Justiça em comunicado à Divisão de Prevenção do Crime Justiça Criminal das Nações Unidas (Viena), assinado pela Secretária de Justiça Sandra Valle, datado de 29 de janeiro de 1997: a pena é especialmente agravada “if the vehicle is taken to another state ou another country” (... “se o veículo é levado para outro Estado ou para outro País”; sublinhado nosso).

O verbo vir, seguido da preposição a, mais o infinitivo impessoal (ser, escrever, dar, traduzir, conhecer, falecer, saber, casar, etc.), indica o resultado final da ação. Assim, “isto vem a traduzir a minha idéia” significa “traduz a minha idéia”; “vir a ser famoso” quer dizer “tornar-se famoso” (EVANILDO BECHARA, Moderna Gramática Portuguesa, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 35ª ed., 1994, p. 112); “vim a conhecê-lo” indica que realmente o sujeito veio a ser conhecido (CELSO FERREIRA DA CUNHA, Gramática da Língua Portuguesa, MEC-FENAME, 1976, p. 381); “veio a falecer” informa que alguém efetivamente “faleceu” (LUIZ ANTONIO SACCONI, Nossa Gramática, São Paulo, Ed. Atual, 18ª ed., 1994, p. 195); “viemos a saber” tem o significa-

do de “soubemos” (MARIA APARECIDA RYAN, *Conjugação dos Verbos em Português*, São Paulo, Ed. Ática, 1988, p. 29); “veio a casar” exprime a idéia de que a pessoa “casou-se” (CELSO PEDRO LUFT, *Dicionário Prático de Regência Verbal*, São Paulo, Ed. Ática, 1987, p, 553). A locução expressa, pois, o “aspecto terminativo ou resultado” contido no infinitivo (CELSO PEDRO LUFT, *op. cit.*). Realmente, a presença do verbo vir já tem o sentido de conseqüência, finalidade, razão pela qual alguns teóricos consideram redundante a locução (“vir a” + infinitivo). Na lei, a expressão “ser transportado”, tratando-se de veículo automotor, contribui para a existência de progressão espacial, conduzindo os léxicos à afirmação unânime de exigência de conseqüência, consecução da finalidade. Como diz LUIZ ANTONIO SACCONI, “a ação traduz um resultado” (*op. cit.*).

7. Elemento subjetivo

É necessário que o autor da subtração (co-autor ou partícipe) saiba que o veículo está sendo transportado para outro Estado ou para o exterior.

8. Concurso de pessoas

Quem concorre para o transporte extra-limites, seja executor, co-autor ou partícipe, responde pela qualificadora, desde que essa circunstância tenha ingressado na esfera de seu conhecimento (CP, art. 30). Quem intervém no fato, psicológica e materialmente, somente depois de consumada a subtração, responde por receptação (art. 180, caput).

9. Concurso do novo tipo (§ 5º) com a tradicional forma do furto qualificado (§ 4º)

A pena mínima do furto qualificado clássico continua sendo de 2 anos de reclusão (§ 4º). Em face do novo § 5º, impõe-se ao furto de veículo, presente a circunstância modal, a pena mínima de 3 anos de reclusão. Suponha-se que, após subtrair um veículo sem nenhuma qualificadora prevista no § 4º, o agente venha a ser surpreendido transportando-o para outro Estado. A pena mínima é de 3 anos de reclusão. Se, porém, furta um automóvel para ficar

nos limites de sua comunidade, incidentes várias qualificadoras do § 4º (exs.: ligação direta, concurso de pessoas, rompimento da porta da garagem e do quebra-vento), a pena mínima abstrata é de 2 anos de reclusão. O segundo delito, de maior gravidade quanto à maneira de execução, é apenado menos severamente. O acréscimo de 1 ano na pena privativa de liberdade resulta da natureza do objeto material e da circunstância do transporte.

10. Contrato exclusivo de transporte

E se o sujeito é contratado somente para transportar o veículo, que sabe furtado, para outro Estado ou para o exterior? Responde por receptação dolosa (art. 180, caput).

11. Repouso noturno

A qualificadora do § 5º exclui a do § 1º (furto de veículo durante o período de repouso noturno).

12. Pena pecuniária

Ao criar o § 5º, a lei nova esqueceu-se de cominar a pena de multa. E não se diga que a agravação ocorre somente em relação à reclusão, subsistindo a multa do caput. Note-se que a lei não diz que “a pena de reclusão é de três anos” e sim que “a pena é de três anos de reclusão”. Não houve esse esquecimento em outros dispositivos com nova redação (arts. 157, § 3º e 180, caput e § 1º). De modo que o crime de furto de veículo automotor não enseja a aplicação de multa. A norma, de conteúdo benéfico, é retroativa em relação aos furtos de veículos, nas condições da nova figura típica, anteriores à vigência da Lei nº 9.426/96.

13. Irretroatividade

O dispositivo do § 5º, por ser mais gravoso do que a lei anterior, é irretroativo, não atingindo os furtos de veículos, cometidos com a circunstância do transporte, anteriores à vigência da lei nova.

ROUBO

“Art. 157.

§ 2º.

IV. se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;”

1. Quando incide a circunstância especial

São aplicáveis os mesmos princípios do furto qualificado de veículo (art. 155, § 5º).

2. Veículo automotor

A norma é aplicável à subtração de automóveis, caminhões, aeronaves, lanchas, jet-skis, motocicletas, etc.

3. Componentes

O roubo e transporte de partes de veículo automotor não agravam as penas.

4. Concurso de causas de aumento de pena

É tranqüilo o entendimento de que, ocorrendo pluralidade de causas de aumento de pena previstas na Parte Especial, o juiz aplica somente uma, funcionando as demais como circunstâncias agravantes genéricas ou simplesmente judiciais. Ora, o crime de roubo de veículo automotor, geralmente automóvel, ainda que para transporte para outro Estado ou para o exterior, normalmente é cometido com emprego de arma e mediante concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II). Diante disso, o novo tipo surtirá pouco efeito prático, uma vez que esse delito, na maioria das vezes, já terá a pena especialmente agravada pela natureza do instrumento utilizado (arma) ou pela forma de execução (concurso de pessoas), atuando a espécie do objeto material (veículo automotor) e o transporte como meras circunstâncias judiciais, uma vez que não estão descritas no art. 61 do CP, sem a importância que a lei lhes pretendeu emprestar.

5. Irretroatividade

A circunstância, não prevista na legislação anterior, é de projeção irretroativa, não alcançando os fatos praticados antes da vigência da Lei nº 9.426/96.

“V. se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.”

1. Restrição da liberdade do sujeito passivo

A lei nova acrescenta ao roubo uma causa de aumento de pena na hipótese de o agente manter “a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade”. Exs.: o assaltante constrange a vítima a retirar dinheiro de várias caixas automáticas de bancos; mantém-na seqüestrada por várias horas depois de consumado o roubo com a finalidade de assegurar o proveito do delito. O tipo admitirá várias interpretações, uma vez que a jurisprudência tem entendido haver um só crime quando o seqüestro funciona como meio de execução do roubo, absorvido por este (RT, 637:287), ou quando o agente mantém o sujeito passivo em seu poder contra a ação policial (RT, 640:299). No caso em que a privação da liberdade da vítima ocorre após a subtração, há duas orientações no sentido da pluralidade de crimes:

1ª. existem dois delitos em concurso material (RT, 676:284);

2ª. Há concurso formal (RJTJSP, 78:401).

Como a Lei nº 9.426/96 não faz distinção quanto à presença de seqüestro na fase de execução ou após a consumação do roubo, poderá haver caso em que incida só a causa de aumento da pena, quando o correto seria a responsabilidade do agente por dois crimes em concurso.

É a hipótese, v.g., de o sujeito, após a subtração, tendo empregado arma, manter a vítima em seu poder por vários dias. De acordo com a lei nova, literalmente interpretada, a pena mínima é de 5 anos e 4 meses de reclusão, a mesma abstratamente cominada para o roubo com emprego de arma. O seqüestro fica quase impune, uma vez que funcionará como simples circunstância judicial de exasperação das penas. Realmente, o roubo, em regra, é cometido com emprego de arma e concurso de pesso-

as, causas de aumento de pena. De modo que a existência de mais uma circunstância, qual seja, o seqüestro da vítima, apresenta-se como mera circunstância judicial (art. 59 do CP), tendo em vista que a privação da liberdade do sujeito passivo não se encontra legalmente prevista como agravante genérica (art. 61). Em suma, a interpretação simplesmente literal do texto conduz, em certos casos, à quase impunidade do seqüestro. Daí entendermos que a nova circunstância deve ser aplicada da seguinte maneira:

- a) seqüestro cometido como meio de execução do roubo ou contra a ação policial: incide o art. 157, § 2º, afastado o concurso de crimes;
- b) seqüestro praticado depois da subtração (sem conexão com a execução ou com a ação policial): concurso de crimes.

“§ 3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.”

– Agravação da pena do roubo qualificado pela lesão corporal grave.

A pena cominada antes da Lei nº 9.426/96 era de 5 a 15 anos de reclusão. Questionava-se a possibilidade de as causas de aumento de pena do § 2º recaírem sobre o roubo com lesão corporal grave e o latrocínio. Prevalencia o entendimento de que não incidiam, recaindo somente sobre as formas simples do roubo previstas no caput e no § 1º. Não se aplicando, tínhamos a seguinte situação:

- 1ª. Se o agente, empregando arma, ferisse gravemente a vítima, não configurando o fato tentativa de homicídio, sofria a pena mínima de 5 anos de reclusão (§ 3º, 1ª, parte);
- 2ª. se, entretanto, utilizasse arma somente para infundir temor, sem lhe causar ferimentos, a pena mínima era de 5 anos e 4 meses de reclusão, i.e., 4 anos pelo roubo próprio ou impróprio e 1 ano e 4 meses pelo emprego de arma (§ 2º).

O fato de maior gravidade (roubo com lesão corporal de natureza grave) era apenado menos severamente

do que o de menor lesividade (roubo com emprego de arma). A Lei nº 9.426/96, elevando a pena mínima do roubo com lesão corporal grave para 7 anos sanou a falha da legislação. Assim, hoje, as penas são as seguintes:

1º. roubo com emprego de arma, concurso de pessoas, etc.: reclusão, no mínimo, de 5 anos e 4 meses, além da multa (art. 157, § 2º);

2º. roubo com lesão corporal de natureza grave: reclusão, no mínimo, de 7 anos, além da multa.

O § 2º continua impedido de ser aplicado ao § 3º. Não há, entretanto, a falha da lei anterior.

RECEPTAÇÃO

“Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

1. A receptação e a criminalidade contemporânea

A antiga doutrina considerava a receptação delito de menor gravidade de que o seu pressuposto, qual seja, o crime antecedente. Por isso, abandonando a idéia da cumplicidade posterior, nossa legislação a erigiu à categoria de infração autônoma, com sanção própria, desvinculada do delito precedente. Assim, MAGALHÃES NORONHA dizia que o crime do art. 180 do Código Penal consistia numa “cooperação de menor vulto do que a do autor ou co-autor” do crime antecedente (Direito Penal, São Paulo, Editora Saraiva, 1980, II: 506, nº 688). Essa tendência de considerar a receptação delito de menor ofensa lesiva em confronto com outras infrações contra o patrimônio persistiu no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1987), que, no art. 193, previa pena de um a três anos de reclusão para o tipo simples, reduzindo o máximo legal em confronto com a legislação vigente.

Nos dias de hoje, entretanto, a receptação não pode mais ser tratada com benevolência. Realmente, do antigo joalheiro ou

dono de ferro-velho, passamos a enfrentar grupos organizados para a receptação de ouro e jóias subtraídos e o desmanche de automóveis, caminhões, aeronaves, lanchas, jet-skis e motocicletas, empregando documentos falsos para encobrir a criminalidade e corrompendo menores e desocupados, muitas vezes ligados ao tráfico de drogas. Em outros casos, armas e munições subtraídas são vendidas e cedidas entre os delinqüentes, propiciando e facilitando novos delitos. Não raro, armas e munição das próprias autoridades e instituições públicas, incluindo o Exército Nacional, são furtadas e roubadas, vindo a ser vendidas a alto preço para contumazes receptadores. No plano de coisas de valor histórico, arqueológico, etc., há uma indústria de subtração e venda a colecionadores menos honestos. Peças valiosas são furtadas de nossos museus e igrejas e exportadas criminosamente. Delito parasitário, sustenta uma extensa rede de ladrões, assaltantes, falsários, traficantes e delinqüentes juvenis. Não esquecendo que a receptação atinge também de forma secundária a própria Administração da Justiça, uma vez que prejudica a ação da autoridade na apuração do crime antecedente. É por isso que na Argentina e no Uruguai está incluída no Capítulo dos delitos contra a Administração da Justiça. Na verdade, tornando mais difícil a apreensão de bens patrimoniais subtraídos, exige da autoridade esforço maior, com intensas diligências, o que eleva o custo social do delito.

A Lei nº 9.426/96 pretende, nesse compasso, além de introduzir novos verbos nos tipos, cominar pena de maior gravidade nos casos críticos de receptação, em que o objeto material consiste em veículos e o sujeito age no exercício de atividade comercial. Resulta de antiga tendência de agravar a pena da receptação de automóvel. Em 1989 já havia o Projeto de Lei nº 4.393/89, originário de uma proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária endereçada ao Ministério da Justiça, que o encaminhou, juntamente com exposição de motivos, ao Senhor Presidente da República. Este, pela Mensagem 891, de 11 de dezembro de 1989, remeteu-o ao Congresso Nacional. Na exposição de motivos, dizia o então Ministro Saulo Ramos: *“O art. 180 do Código Penal dispõe sobre o crime de receptação em suas formas dolosa e culposa. A alteração consiste na exacerbação da pena cominada, até o triplo, se a coisa recebida, adquirida ou ocultada for arma de fogo ou munição, bem de valor histórico,*

arqueológico ou artístico, jóia, veículo motorizado ou qualquer de seus componentes. Trata-se de proposição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária baseada nas seguintes razões: justifica-se a medida considerando-se que a receptação é a matriz estimuladora da prática de delitos contra o patrimônio, como o furto, o roubo e a apropriação indébita e de delitos contra a Administração Pública, alvo da criminalidade organizada e motivadora de registros de ocorrências policiais em número superlativo, tendo recebido até agora, inexplicavelmente, tratamento extremamente brando. Ganha corpo na população a idéia de que o receptor é o empresário do crime e de que o ladrão é sua mão-de-obra barata e desqualificada. A proposta é uma resposta aos anseios do povo de medidas mais adequadas de prevenção geral. Evidente, portanto, a importância da alteração proposta, como medida de prevenção e repressão da criminalidade”.

2. Novos verbos típicos

Na receptação dolosa própria foram introduzidos os verbos “transportar” e “conduzir” (CP, art. 180, caput, 1ª parte), mas na dolosa imprópria (2ª parte), permaneceram as condutas tradicionais de adquirir, receber e ocultar. De modo que influir para que terceiro, de boa-fé, transporte ou conduza o objeto material, não está descrito na incriminação, permanecendo dúvida a respeito da tipicidade do fato.

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

Pena — reclusão, de três a oito anos, e multa.”

1. Tipo autônomo

O dispositivo não descreve causa de aumento de pena ou qualificadora. Não contém meras circunstâncias. Cuida-se de figura típica autônoma: menciona seis verbos que não se encon-

tram no caput, repete cinco condutas e apresenta dois elementos subjetivos do tipo. Não é um simples acréscimo à figura reitora da receptação.

2. Sujeito ativo qualificado

O fato descrito no § 1º só pode ser praticado por comerciante ou industrial (crime próprio), observada a norma de extensão do § 2º.

3. Crime de formulação típica elástica

A utilização do objeto material admite “qualquer forma” de execução, o que estende demasiadamente a incriminação, em prejuízo dos princípios de reserva legal e da segurança jurídica.

4. Elementos subjetivos do tipo

O primeiro está contido na cláusula “em proveito próprio ou alheio”. O segundo, na locução “que deve saber”. A ausência de qualquer deles causa a atipicidade do fato à luz do parágrafo.

5. Conceito das elementares “sabe” e “deve saber”

A doutrina, apreciando as diversas normas incriminadoras que empregam elementos subjetivos do tipo, é tranqüila no sentido de que a elemental “sabe” é indicativa de dolo direto. Quanto à expressão “deve saber”, existem duas posições:

- 1ª. trata-se de dolo eventual (CELSO DELMANTO e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR);
- 2ª. Significa culpa (NELSON HUNGRIA, MAGALHÃES NORONHA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO).

Consideramos que as expressões “sabe” e “deve saber” são, na verdade, elementos subjetivos do tipo distintos do dolo e da culpa. Dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, inserindo-se no plano da volição. Na receptação, v.g., corresponde à vontade de adquirir, receber ou ocultar o objeto material. Algumas vezes, entretanto, para haver crime, o legislador acrescenta no tipo um especial estado anímico do autor: que saiba ou deva saber, referindo-se ao conhecimento pleno ou par-

cial da situação de fato (certeza e incerteza). Esses elementos típicos não estão situados no plano da vontade, pertencendo ao intelecto. Nada têm a ver, pois, com o dolo, seja direto ou eventual, ou com a culpa.

Sob o aspecto da exigência de dolo, culpa e elemento subjetivo do tipo, o crime de receptação, antes da reforma de 1996, de acordo com a nossa posição, era classificado em três formas:

- 1ª. dolosa, acrescida do elemento subjetivo do tipo “sabe”, que a doutrina introduzia no dolo direto (caput do art. 180). O receptador “sabia” que a coisa era produto de crime. Corresponde ao “a sabiendas” dos estatutos penais ibero-americanos (“com pleno conhecimento”);
- 2ª. dolosa, com o elemento subjetivo do tipo “deve saber”, que os doutrinadores ligavam ao dolo eventual (ou à culpa). Incluía-se na receptação culposa (§ 1º da antiga redação do art. 180), de acordo com a jurisprudência prevalente, tendo em vista que inexistia descrição de figura com a elementar “deve saber” (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, São Paulo, 1978, 2:173, nº 541; CELSO DELMANTO, Código Penal Comentado, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª. ed., atualizada por ROBERTO DELMANTO, 1991, p. 330; SILVA FRANCO, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 2.278, nº 3.00). O receptador “devia saber” que o objeto material advinha de crime. Agia na dúvida, não tendo certeza de que a coisa tinha origem delituosa;
- 3ª. culposa (§ 1º): o agente adquiria ou recebia coisa que, diante de certas circunstâncias, “devia presumir-se obtida por meio criminoso”. Note-se que a lei fala em “devia presumir-se” (critério normativo) e não “devia presumir”, o que conduziria a um critério psicológico, subjetivo, mais condizente com o dolo.

Os três casos eram e são, para nós, bem distintos.

No primeiro (“sabe”), há plena certeza da origem delituosa da coisa (BENTO DE FARIA, GALDINO SIQUEIRA, NELSON HUNGRIA, MAGALHÃES NORONHA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO). Nessa hipótese, diz a jurisprudência, *“entende-se não uma vaga noção que oscila entre a suspeita e a certeza,*

mas, sim, a plena certeza da origem ilícita das coisas receptadas. A suspeita e a dúvida não bastam” (SILVA FRANCO, Julgados do TACrimSP, 81:541). Empregando a interpretação gramatical, a expressão sabe, na literatura, leva ao pleno conhecimento: “sabe fiscalizar todo o serviço” (ALVES REDOL, Anúncio, Lisboa, Portugália Ed., 1994, p. 177), “ele sabe manejar garrucha” (TAUNAY, Inocência, São Paulo, Melhoramentos, 31ª ed., p. 203), “Augusto sabia construir corsários” (GUSTAVO CORÇÃO, Lições de Abismo, Rio de Janeiro, Agir, 1952, p. 199), significando pleno conhecimento da fiscalização, do manejo de arma e da construção de navios (JOÃO DE ALMEIDA, Introdução ao estudo das perífrases verbais de infinitivo, Assis, São Paulo, ILHPA-HUCITEC, 1978, p. 176).

No segundo (“deve saber”), a origem ilícita do objeto material passa pela mente do sujeito, porém subsistem dúvida, incerteza, insegurança. Para nós, o deve saber é interpretado em sentido estrito, como convém ao processo de adequação típica, não envolvendo pleno conhecimento e sim probabilidade. Como ensina JOÃO DE ALMEIDA, a construção com o verbo dever mais infinitivo, “quando serve à categoria modal da possibilidade”, “traduz essencialmente a noção da probabilidade” (op. cit., p. 173). Ele deve saber quer dizer “é provável que ele saiba”, mas não conduz à crença de seu conhecimento, como na elementar “sabe”. A consciência de a coisa ser produto de crime sai do plano do dever, obrigação, para revestir-se de característica hipotética: “*em face das circunstâncias, ele devia ter pleno conhecimento da proveniência ilícita do objeto material*”, mas não se sabe com certeza se tinha ou não. Utilizando-se a interpretação gramatical, a literatura traduz essa probabilidade: “*Prenda o primeiro que encontrar, se possível os três. Já devem estar bêbados*” (FERNANDO SABINO, O encontro marcado, Rio de Janeiro, Ed. Sabiá, 1968, p. 59), “*achei que deviam ser ricos*” (LÚCIA FAGUNDES TELLES, O Cacto Vermelho, Rio de Janeiro, Ed. Mérito, 1949, p. 74), “*Devia pois estar pronta para sair*” (CLARICE LISPECTOR, Laços de Família, São Paulo, Livraria Francisco Alves, 1960, p. 52). “*Para vir na companhia de Augusto, que deve passar o dia conosco*” (JOAQUIM MANUEL DE MACEDO, A Moreninha, São Paulo, Ed. Melhoramentos, 7ª ed., p. 157), Nas quatro situações, não se tem certeza de que as pessoas efetivamente estejam bêbadas, estavam prontas para sair, sejam ricas ou que Augusto realmente pas-

sará o dia inteiro conosco: parece que sim, tudo leva a crer que sim. Não há, porém, certeza absoluta.

No terceiro, na forma culposa, a ilicitude da proveniência da coisa não passa pela mente do receptor. Ele, entretanto, a adquire, recebe ou oculta sem o devido dever de diligência.

Nesse contexto, em face das inovações na descrição do crime de receptação introduzidas pela Lei nº 9.426/96, entendemos que:

1. o “sabe” do caput indica conhecimento pleno da origem ilícita da coisa;
2. o “deve saber” (§ 1º) indica incerteza: o receptor não “sabe”, não tem certeza de que o objeto material é produto de crime, agindo na dúvida. Para ele, pouco importa que a coisa tenha ou não origem ilícita. É por isso que a doutrina liga a expressão ao dolo eventual;
3. a cláusula coisa “que deve presumir-se obtida por meio criminoso” (§ 3º) contém modalidade culposa.

Os três casos, tratando de elementos do tipo (os dois primeiros, subjetivos; o terceiro, normativo), apresentam uma gradação de censura da conduta (escala normativa), partindo da forma típica mais grave (“sabe”), passando pela intermediária (“deve saber”) e descendo à menos reprovável (culpa). Nas duas primeiras hipóteses, quando o legislador reúne em tipo único o “sabe” e o “deve saber”, o juiz considera, para fixar a pena concreta, ter o sujeito agido com conhecimento pleno ou parcial da situação de fato ou jurídica (“sabendo” ou “devendo saber”) ou com simples culpa (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, coment. ao art. 130 do Código Penal).

O § 1º do art. 180 do Código Penal, com redação da lei nova, descrevendo crime próprio, pune o comerciante ou industrial que comete receptação, empregando a expressão “que deve saber ser produto de crime”. Como o caput prevê o conhecimento pleno (“coisa que sabe ser produto de crime”), que a doutrina e a jurisprudência conectam ao dolo direto, e o § 3º descreve a forma culposa, o § 1º só pode tratar de crime doloso com o chamado conhecimento parcial da origem ilícita da coisa (dúvida, insegurança, incerteza), que a doutrina liga ao dolo eventual (ou à culpa). Se o § 1º definisse modalidade culposa, a figura típica nele contida não teria sentido em face do § 3º, que enuncia o crime

culposo. Dessa forma, de acordo com a lei nova, se o comerciante devia saber que a coisa era produto de crime (dúvida, incerteza, desconfiança, dolo eventual), a pena é de 3 a 8 anos de reclusão (§ 1º). E se sabia, i.e., se tinha pleno conhecimento? O fato não se encontra especificamente descrito no caput e nem no § 1º.

Haverá, no mínimo, cinco orientações:

- 1ª. se o comerciante ou industrial, presentes as elementares do tipo, sabia que o objeto material era produto de crime, responde por receptação dolosa própria (caput do art. 180), levando-se em conta que o § 1º só prevê o ***devia saber***. Se sabia, o fato é atípico diante do § 1º, que exige o elemento subjetivo do tipo ***deve saber*** (princípio da legalidade ou de reserva legal). Se não sabia, embora devendo saber, aplica-se o § 1º;
- 2ª. o fato é absolutamente atípico, uma vez que o crime próprio de receptação de comerciante ou industrial se encontra descrito no § 1º, que não prevê o elemento subjetivo do tipo “sabe”. Assim, o fato não se enquadra no caput e nem no § 1º;
- 3ª. o fato adequa-se ao § 1º, que abrange o sabe (dolo direto para a doutrina) e o deve saber (dolo indireto eventual): se a lei pune o fato menos grave com o mínimo de 3 anos de reclusão (deve saber), não seria crível que o de maior gravidade (sabe) fosse atípico ou punido com pena menor (1 ano de reclusão). O deve saber não pode ser entendido como indicativo somente de dolo eventual, de dúvida ou incerteza, significando que a origem criminosa do objeto material ingressou na esfera de consciência do receptor, abrangendo o conhecimento pleno (sabe) e o parcial (dúvida; desconfiança);
- 4ª. o tipo do § 1º deve ser totalmente desconsiderado porque ofende o princípio constitucional da proporcionalidade: se aplicado, “sabendo” o comerciante ou industrial que a coisa origina-se de crime (delito mais grave), a pena é de 1 a 4 anos de reclusão (caput do art. 180); “devendo saber” (infração de menor gravidade), de 3 a 8 anos (§ 1º). De modo que, consciente

da origem delituosa do objeto material, responde por receptação dolosa própria (caput do art. 180); se devia saber, aplica-se a forma culposa (§ 3º), conforme pacífica jurisprudência anterior à lei;

- 5ª. concorda com a posição anterior, desconsiderando, contudo, somente o preceito secundário do § 1º do art. 180, permanecendo a definição do crime próprio do comerciante (preceito primário). Se “sabia”, aplica-se o caput; se “devia saber”, adequa-se o fato ao § 1º, com a pena do caput, cortando-se o excesso. A diferenciação pessoal e subjetiva é considerada pelo juiz na fixação da pena concreta.

A primeira orientação não pode ser aceita. Se o comerciante sabia, a pena é de 1 a 4 anos de reclusão; se devia saber, de 3 a 8 anos. O fato menos grave é apenado mais severamente.

A segunda posição carece de fundamento. A afirmação de que a conduta, consciente o comerciante ou industrial da origem ilícita do objeto material, é absolutamente atípica, despreza o processo de atipicidade relativa: é atípica em face do § 1º (delito próprio), porém a incriminação subsiste diante da redação prevista no caput (crime comum). A ausência da elementar desloca a adequação típica para outra figura.

O terceiro posicionamento desrespeita o princípio da tipicidade, uma vez que não distingue o sabe do deve saber. O deve saber, para essa orientação, inclui o sabe, o que é de todo improcedente, uma vez que constitui tradição de nossa doutrina, como vimos, ligar o deve saber ao dolo eventual ou à culpa, categorias psicológico-normativas de censurabilidade menor.

A quarta orientação somente peca porque desconsidera totalmente o § 1º.

Preferimos a quinta orientação, para nós a menos pior, tendo em vista que a lei nova veio para confundir, não para esclarecer: o preceito secundário do § 1º deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Realmente, nos termos das novas redações, literalmente interpretadas, se o comerciante devia saber da proveniência ilícita do objeto material, a pena é de reclusão, de 3 a 8 anos (§ 1º); se sabia, só pode subsistir o caput, reclusão de 1 a 4 anos. A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade.

A Constituição Federal, no art. 5º, XLII e XLIV, determina que a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, constituem crimes inafiançáveis e de pretensão punitiva e executória imprescritível, impondo-se reclusão. São também inafiançáveis e insuscetíveis de indulgência soberana a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos (XLIII). No art. 227, § 4º, a Carta Magna impõe o dever de a lei punir severamente o abuso, a violência e a exploração da criança e do adolescente. Arrolando as proibidas (XLVII), apresenta uma relação de penas criminais permitidas, das mais graves às mais leves (XLVI), determinando sua individualização legislativa, judicial e executória (XLVI). E no art. 98, I, prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais, permitindo a transação penal nos casos de “infrações de menor potencial ofensivo”. Vigora, pois, como princípio expresso, o da individualização da resposta penal, determinando uma graduação de severidade da pena em face da prática do crime. Do contexto, extrai-se a regra da proporcionalidade: para os crimes mais graves, penas e conseqüências severas; para as infrações penais de menor potencial ofensivo, respostas mais brandas. E esse princípio conduz a outro, o da harmonia legislativa: na descrição das infrações penais e na cominação das sanções o legislador deve guardar o sentido da concordância, da conformidade e da igualdade. “Concebida como expressão de poder”, observa JUAREZ TAVARES, “a pena deve guardar uma relação proporcional com o dano produzido pelo delito, devendo o legislador imprimir “congruência nas cominações” (*Crítérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas*, Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, nº de lançamento, p. 84, nº 6). Como dizia HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “o legislador é obrigado a manter a lógica interna do sistema que ele estabelece na cominação das penas” (*A Cominação das Penas no Novo Código Penal*, em co-autoria com LÍDIA SEQUEIRA, Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, 1975, 17/18:24). Devem, pois, ser respeitadas a “harmonia valorativa e a racionalidade”, na palavra de RAQUEL DENIZE STUMM, obedecidos “parâmetros limitadores” que refletem “a unidade de sentido da ordem jurídica” (*Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 72).

Considera-se, na individualização legislativa ou legal da pena, princípio expresso na Carta Magna, especialmente o desvalor da ação e não do resultado. O homicídio doloso é apenado mais severamente do que o culposo não por causa do resultado, que é o mesmo nos dois tipos, mas em face do desvalor da ação: a conduta dolosa é mais censurável do que a culposa. Eleva-se a vontade como elemento norteador da cominação quantitativa das sanções penais. E não só a vontade, como também eventuais elementos subjetivos do tipo. Assim, no delito de rapto (Código Penal, art. 219) é cominada pena maior do que a imposta ao seqüestro (art. 148) em face da presença do elemento subjetivo do tipo “para fim libidinoso”, que não se insere no terreno do dolo. Assim, como diz JOSÉ CEREZO MIR o desvalor da ação nos delitos dolosos também vem determinado pela presença de eventuais elementos subjetivos do injusto (*O Finalismo, Hoje*, Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, 12:41, nº 2). Na verdade, como diz SILVA FRANCO, o princípio da reserva legal, que comanda os cânones constitucionais, encerra todos os elementos da conduta, vinculando-se à exigência da responsabilidade subjetiva (Crimes Hediondos, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1994, p. 273, nº 1). Além disso, leva-se em conta a gravidade objetiva do fato, razão pela qual o estupro é delito hediondo, considerado de extrema gravidade e sujeitando o autor a acentuadas conseqüências, enquanto a importunação ofensiva ao pudor configura simples contravenção, ensejando sanções alternativas e composição penal. As duas hipóteses são dolosas. A gravidade do fato, entretanto, é diversa. Assim, como observa NICOLAS GONZALEZ CUELLAR SERRANO, são conjugados o “conteúdo do injusto”, que corresponde “à gravidade do delito cometido”, e “a maior ou menor reprovabilidade de seu autor” (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madri, Colex, 1990, p. 29). E essa censurabilidade do sujeito ativo do crime é considerada não somente na fase da imposição concreta da pena. O legislador, na elaboração da descrição do delito, leva em conta, muitas vezes, a qualidade do autor, como são as hipóteses de causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes relacionadas com a função, profissão, atividade etc. (exs.: ser médico, funcionário público, etc.).

A elaboração da norma penal incriminadora não pode subtrair-se à obediência aos preceitos constitucionais. Cumpria, pois,

à Lei nº 9.426/96, ter como parâmetro o princípio da proporcionalidade entre o fato cometido e a gravidade da resposta penal, pois é nesse momento, o da individualização legislativa da pena (Constituição Federal, art. 5º, XLVI), que a proporcionalidade apresenta fundamentalmente a sua eficácia (NICOLAS GONZALEZ CUELLAR SERRANO, op. cit., ps. 29 e 30).

A legislação penal brasileira tem empregado as elementares “sabe” (ou “sabendo”) e “deve saber” (ou “devendo saber”) em várias disposições: no Código Penal, nos arts. 130, caput; 138, § 1º; 174; 245; 316, § 1º; 324; 334, § 1º, “c” e “d”, 339 e 340; na Lei de Imprensa, no art. 20, § 1º; no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 67, 68 e 73; na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (art. 1º, IV, da lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990) e assim por diante. Qual é a conduta mais censurável: de quem sabe ou de quem deve saber? Inegavelmente, de quem sabe, uma vez que tem conhecimento perfeito da situação de fato. Na receptação, tem plena consciência do elemento normativo (produto) “de crime”. Já quem deve saber não tem certeza a respeito da situação típica. Tanto que, para alguns, age com culpa. Na receptação, é incerto, duvidoso o seu conhecimento a respeito da origem delituosa do objeto material, ou o adquire, como entende parte da doutrina, com falta de cuidado. Em face disso, quando a norma insere as duas expressões em tipo unitário, como ocorre no art. 130, caput, do Código Penal, embora a pena abstrata seja a mesma, compete ao juiz, em face do desvalor da ação, fixá-la concretamente considerando ter o sujeito agido “conhecendo” (“sabendo”) a situação de fato ou “devendo conhecê-la” (“devendo saber”). Se, em crimes conexos cometidos em concurso, um réu “sabia” e o outro “devia saber”, a pena concreta do primeiro deve ser maior do que a do segundo.

Se a pena, abstrata ou concreta, de quem “sabe”, é mais censurável do que a do sujeito que “devia saber”, sendo comum no sistema da legislação penal brasileira descrever as duas situações subjetivas no mesmo tipo, não podia a Lei nº 9.426/96, ferindo o princípio da proporcionalidade, inserir o “devia saber”, de menor censurabilidade, em figura autônoma (§ 1º), com pena de 3 a 8 anos de reclusão, subsistindo o “sabia”, de menor reprovabilidade, no caput, com pena de 1 a 4 anos. A proporcionalidade, que indica equilíbrio, foi ferida. Não se observou, na

palavra de SUZANA DE TOLEDO BARROS, a idéia “de relação harmônica entre dois valores” (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Editora, 1996, p. 71). Se a lei nova, fugindo do sistema, desvinculou o “deve saber” do “sabe”, colocando-os em dois tipos autônomos, a pena abstrata do “deve saber” não podia ser mais grave do que a do “sabe”. Como diz ASSIS TOLEDO, “a questão do tamanho de uma pena criminal não pode ser solucionada de modo empírico, isolado, em desacordo com o sistema de penas adotado” (*Crimes Hediondos, Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, 5:68, nº 2).

O dolo e a culpa, na reforma penal de 1984, passaram a integrar o tipo, retirados da culpabilidade. Por isso, o art. 59 do Código Penal, ao prever os critérios diretivos do juiz na fixação da reprimenda, não faz referência à “intensidade do dolo” e ao “grau da culpa” (DAMÁSIO). Se fizesse, esses dados atuariam duas vezes na cominação da resposta penal:

- 1ª. na fase da individualização legislativa da pena abstrata;
- 2ª. na individualização judicial da pena concreta.

O mesmo ocorre com outros elementos subjetivos do tipo. Como ensina MUÑOZ CONDE, “o que não se pode fazer é querer introduzir” um mesmo dado “em duas categorias sistemáticas distintas, pois, então, para que servem as classificações e disposições sistemáticas?” (introdução da *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal de ROXIN*, p. 14). Em alguns casos, entretanto, quando o legislador insere na mesma figura típica incriminadora elementos subjetivos de valores desiguais, a solução foge à regra: é imperativo, na fixação da pena, analisar “a intenção que emerge do fato”, como recomenda o art. 46, § 2º, do Código Penal alemão. Se a lei insere as elementares sabe e deve saber em tipo incriminador unitário, como o faz no art. 130, caput, do Código Penal, comina a mesma pena abstrata nas duas hipóteses, cumprindo ao juiz diversificar as diferenças subjetivas na sentença. Então, embora esses elementos subjetivos estejam contidos no tipo, o juiz não pode fugir ao dever de verificar a presença de um ou de outro para dosar a pena, noção que se aproxima da doutrina de LUIZ FLÁVIO GOMES, para quem o dolo, que também é um elemento subjetivo do tipo, cumpre dupla função: integra o tipo e atua na censura da culpabilidade (*Erro de Tipo e Erro de Proibi-*

ção, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1996, p. 121, nº 40). Se, contudo, o legislador pretende descrever um daqueles elementos em figura típica autônoma, não pode deixar observar o princípio da harmonia na cominação das penas, devendo impor em abstrato quantidades diferentes para situações psicológicas diversas, em função da maior ou menor censurabilidade da conduta subjetiva.

A situação mostra-se mais absurda para quem entende que a expressão “deve saber” indica culpa. Estaria o legislador cominando pena de 3 a 8 anos de reclusão no caso de crime culposo, e de 1 a 4 na hipótese dolosa.

Dir-se-á que o tipo do § 1º é próprio do comerciante ou industrial: por isso a pena é maior. Sim, desde que a disposição contivesse a cláusula “sabe”.

Se o fato de menor gravidade subjetiva, em face da redução da censurabilidade da conduta, é apenado mais severamente do que o de maior reprovabilidade, cumpre ao intérprete cortar o excesso (“teoria da proibição do excesso” ou da “redução teleológica”). Como vimos, o sistema criminal, sob o comando dos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade, impõe harmonia na dosimetria abstrata e concreta da pena. E, como diz RAQUEL DENIZE STUMM, “uma lei infra-constitucional que contradiga um princípio constitucional é inválida” (op. cit., p. 71), cabendo ao exegeta e ao aplicador da lei, na lição de SILVA FRANCO, “tanto quanto e precedentemente ao legislador, obviar o absurdo, afastar o paradoxo” (*Crimes Hediondos* cit., p. 274, nota 1). O juiz, ensina RAUL CERVINI, “*deve prescindir da pena ou impô-la abaixo do limite legal quando ela se mostra manifestamente excessiva. Cabe-lhe — prossegue — “aplicar pena inferior à estabelecida para determinado delito se do contexto geral do corpo normativo resultar o entendimento inequívoco de que a mesma conduta é castigada em outro lugar com uma penalidade menor”* (Os Processos de Discriminação, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 114).

Sugerimos que o preceito secundário do § 1º do art. 180 seja desconsiderado, permanecendo, entretanto, a figura do crime próprio (preceito primário). De modo que:

- 1º. se o comerciante sabia da origem criminosa do objeto material, aplica-se o caput do art. 180 (preceitos primário e secundário);

- 2º. se devia saber, o fato se enquadra no § 1º (preceito primário), com a pena do caput (preceito secundário). Não nos socorremos da forma culposa, uma vez que o “deve saber” está descrito e contém conduta subjetiva mais grave do que a simples inobservância do cuidado objetivo necessário.

Corta-se o excesso (de 3 a 8 anos de reclusão), reduzida a pena à cominação mais grave subsistente (de 1 a 4 anos de reclusão).

A pena abstrata é a mesma nos dois casos. Na individualização concreta, entretanto, o juiz deve considerar a diferença subjetiva, como faz nas hipóteses dos arts. 130, 174, 334, etc., do Código Penal, e a qualificação especial do sujeito ativo (comerciante ou industrial).

Aguarda-se que o legislador, para compor a harmonia típica, altere a redação § 1º, inserindo a cláusula “que sabe ou deve saber”. Enquanto isso não ocorre, cumpre-nos a missão a que se refere RAQUEL DENIZE STUMM: “O intérprete exerce a função de esclarecedor do conteúdo da lei em conformidade com a Constituição” (op. cit., p. 71).

“Receptação qualificada

§ 2º. Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.”

1. “Nomen juris” incorreto

A lei atribui ao parágrafo a denominação “receptação qualificada”. Ocorre que o dispositivo contém uma norma de ampliação. Além disso, o crime de receptação, mesmo com a nova redação, não possui nenhum tipo qualificado. E o § 1º, a que se refere o § 2º, não define figura típica qualificada. Trata-se de um tipo independente: contém verbos que não estão previstos no caput, repete outros e exige elementos subjetivos do tipo.

2. Norma complementar

O tipo explica o que se deve entender por “atividade comercial”.

3. Atividade comercial por equiparação

A disposição, em face da expressão “qualquer forma” de comércio irregular ou clandestino, descreve um tipo elástico, pre-judicial ao princípio da tipicidade, alargando exageradamente a incriminação.

“§ 3º. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

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

“§ 4º. A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.”

“§ 5º. Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.”

“§ 6º. Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro.”

1. Causa de aumento de pena

De aplicação obrigatória.

2. Cominação da pena

O tipo menciona que a pena (no singular) do art. 180, caput, é aplicada em dobro em determinadas circunstâncias. Ocorre que o caput do dispositivo citado comina duas penas e não uma.

AÇÕES COLETIVAS: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA POR VOTAÇÃO UNÂNIME EM DECISÃO PIONEIRA E HISTÓRICA DO STF

José Geraldo Brito Filomeno
Procurador de Justiça – SP

Depois de longos debates, pelo menos desde 1990, recursos, razões, manifestações contrárias à legitimação do Ministério Público com vistas à propositura de ações civis públicas, mais particularmente no que toca aos chamados “interesses e direitos coletivos dos consumidores”, pais e alunos matriculados em escolas particulares, sobreveio relevante decisão a respeito, ao nosso ver sepultando de vez a polêmica.

Com efeito, mediante histórica decisão, o STF, no Rec. Extr. nº 163.231-3/SP, sessão de 26.02.97, tendo como relator o Ministro **MAURÍCIO CORRÊA**, por unanimidade (9 votos a 0), conheceu e deu provimento a recurso interposto pelo Ministério Público de São Paulo, em que figura como recorrida a “**Associação Notre Dame de Educação e Cultura**”, de São Vicente, arrazoado pelo ilustre Procurador de Justiça Dr. Osni de Souza, hoje juiz do 1º T.ª Civ., com memorial ao Pretório Excelso preparado pelo Coordenador do CENACON, o Procurador de Justiça José Geraldo Brito Filomeno, no sentido de, “**afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação**”.

Na hipótese, cuidava-se de ação civil pública proposta pelo digno Promotor de Justiça do Consumidor de S. Vicente, Dr. Ivan da Silva, em face da referida escola particular, com vistas a obrigá-la a adequar suas mensalidades aos parâmetros legais. Deferida liminar “*initio litis*”, e tendo sobrevindo sentença de primeiro grau julgando inteiramente procedente o pedido formulado, sobreveio acórdão do TJSP, que, em acolhendo preliminar de ilegitimidade de parte, e entendendo cuidaram-se, na hipótese, de interesses manifestamente individuais, julgou extinto o feito.

Em seu brilhante e perspicaz voto, o ilustre relator, Min. MAURÍCIO CORRÊA destacou que:

“19. Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa enquanto integrante desse grupo. Vejo, desta forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso, agiu o Parquet em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (artigo 81, incisos II e III), e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo artigo 25, inciso IV, letra “a”, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. 20. E a respeito dessa nota que caracteriza os interesses difusos e coletivos, a transindividualidade e indivisibilidade, anotou J. C. Barbosa Moreira que os interessados nessa relação, tal qual a dos autos, ‘se põem numa mesma espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade’ (A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro, Revista Ajuris 32/82), aduzindo, a propósito, Ada Pellegrini Grinover, acerca dos interesses coletivos, no círculo protegido pela tutela estatal, que ‘a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação

de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade' (A Problemática dos Interesses Difusos, Ed. Max Limonad, pg. 31). 21. Tal é a hipótese que não pressinto inconstitucionalidade da parte final do dispositivo, como chegou a dizê-lo Ives Gandra da Silva Martins, em artigo que escreveu para a revista Ciência Jurídica, nº 62, páginas 10 e 22, tendo-a como afrontadora ao inciso III, do artigo 129 de Carta da República, pois em verdade o Ministério Público está por esse mecanismo credenciado a defender os interesses coletivos, interesses esses que são os dos autos e consignados no preceito constitucional e regulamentados pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (artigo 25, IV, 'a'), e pelo Código do Consumidor (artigo 81, II e III). (...) 23. **Procurado o Ministério Público de São Vicente, por alguns pais que tinham dificuldade em arcar com os ônus do aumento, optou o representante do Parquet pela propositura da ação civil pública. 24. Estaria o MPE extrapolando as atribuições? Parece-me que não, pois dessa forma procedendo o fez com base no dispositivo constitucional do artigo 129, inciso III, da Carta Política, que a ele assegura a proteção de outros interesses difusos e coletivos, e fundamentadamente assim estava legitimado não só pela norma constitucional, senão também pelo próprio Código do Consumidor e por sua Lei Orgânica, que ao MP cometeram, dentre outros, o dever de proteger os direitos coletivos. 25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como 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. E é exatamente o que ocorre nestes**

autos, em que há um objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária, no caso a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base. (...) 28. Ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a 'outros interesses difusos e coletivos' outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o Parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados, como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado, e obrigação de todos (CF, art. 205)...).

DEPOSITÁRIO POR EQUIPARAÇÃO — INADMISSIBILIDADE — PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

Netônio B. Machado
Juiz de Direito — SE

INTRODUÇÃO

A consciência de que a análise vale pela substância que encerra e não pelo fato de ser desenvolvida por quem quer que seja, anima meu espírito, instiga-me a levar a cabo este trabalho, e me gratificará se ao seu final, efetivamente for reconhecido algum conteúdo jurídico nos argumentos aqui delineados.

De qualquer sorte alinho-me entre os que vêem como saudável o exercício de perturbar algumas versões quase dogmatizadas do Direito de “utilidade” em detrimento do Direito ciência.

É sempre recomendável o cuidado para não “sacralizar idéias nem figuras”, inibindo por vezes a visualização de horizontes também verdadeiros oferecendo nova configuração a um mesmo fenômeno.

Vale sempre a pena incrementar a polêmica, na tentativa ao menos, da melhor compreensão dos Institutos.

CAPÍTULO I

1. Conceito de depósito. 2. Generalidades.
3. Finalidade do Depósito. 4. Desnaturamento do depósito.

1. O contrato de depósito, gratuito ou não, está definido no artigo 1.265 do Código Civil.

Um dos seus melhores conceitos deve-se, sem dúvida, a CLÓVIS BEVILÁQUA, para quem “Depósito é o contrato pelo qual uma pessoa recebe um objeto móvel alheio, com a obrigação de guardá-lo e restituí-lo em seguida”¹.

Dessa mesma concepção partilham ORLANDO GOMES², WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³, ARNOLD WALD⁴, SÍLVIO RODRIGUES⁵, PONTES DE MIRANDA⁶ e tantos outros.

2. O depósito pode ser voluntário ou obrigatório, revestindo-se este último das características de depósito legal e depósito necessário.

O depósito voluntário é o resultante da livre vontade das partes: depositante e depositário (art. 1.265, C. Civil).

O obrigatório ou necessário resulta do cumprimento da norma legal (depósito legal) ou de circunstâncias calamitosas (depósito miserável) conforme art. 1.282 do C. Civil.

Em razão da coisa depositada pode ser o depósito regular ou irregular, sendo regular o de coisa não consumível, devidamente individuada, infungível, portanto. É irregular o depósito de coisa que possa ser substituída por outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade — depósito de coisa fungível.

Alguns estudiosos increpam a figura jurídica do depósito alegando faltar-lhe elemento específico, uma vez que a “guarda” era encontrada nos contratos de locação, de mútuo, de comodato, de mandato e outros.

Com a proficiência de sempre, rechaça PONTES esse argumento ao fundamento de que não é de “guarda” que se cuida na locação: “ou há dação, pelo locador, de espaço para a coisa, ou transferência da posse imediata sobre a coisa para uso e gozo do locatário”⁶.

E, quanto ao mútuo, é este feito no interesse do que recebe a coisa, enquanto o depósito é feito “no interesse de quem deposita”⁷.

“No ato de se guardar, põe-se a coberto de ofensas de origem estranha o bem depositado; no ato de conservar, protege-se a integridade do bem depositado, contra o intrínseco e o que se pode tornar intrínseco. Por isso mesmo, a conservação pode ser conteúdo de dever, fora do dever da guarda. Presta-se o que é necessário à integridade, à eficiência e à utilização do bem. Quem se encarrega da conservação do cavalo pode não ser quem o guarda. O depositário responde pelas causas estranhas evitáveis. Tem a guarda. Responde pelas coisas intrínsecas, ou que se possam fazer intrínsecas, se é possível tal atividade protetiva”, como observa PONTES⁷.

3. A finalidade e elemento específico do depósito em todas as suas modalidades é a custódia da coisa, a sua guarda, pouco importando tratar-se do depósito voluntário do artigo 1.265 ou do depósito necessário do artigo 1.282 do Código Civil.

Se no primeiro caso ele decorre de um contrato e no segundo em se tratando da espécie legal resulta de incumbência atribuída por lei, em ambas as hipóteses a sua finalidade é a custódia da coisa depositada, recebendo o depositário o bem para guardar, “porque esse é o fim que tem o depositante”, como observa PONTES DE MIRANDA³.

4. Sendo o depósito feito sempre no interesse de quem deposita, a inversão desse interesse ou o deslocamento da maior carga de interesse para o depositário o desnatura, já que a guarda da coisa não seria o seu fim precípua.

Se a coisa já é de propriedade do indigitado depositário ou se este já a possuía como se sua fosse, não é de depósito que se cuida. Pode tratar-se de mútuo, de comodato, de locação, de venda sob condição suspensiva, etc., e, nesses casos, embora presente o interesse do depositante, a carga maior é do interesse do indevidamente chamado depositário.

Haveria, assim, um desvio da finalidade essencial do depósito, desnaturando-o.

Neste caso, não é de depósito que se cuida.

CAPITULO II

1. A Súmula 619 do STF e a Constituição de 1988: afronta ao princípio do devido processo legal. 2. Inviabilidade da ampla defesa. 3. A ação do depósito prevista no atual CPC.

1. É de outubro de 1984 a Súmula 619 do STF, com a seguinte redação: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independente da propositura da ação de depósito”.

Os princípios democráticos e saudáveis do devido processo legal e da ampla defesa são proclamados, respectivamente, nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Lei Fundamental, assim expressos:

“Art. 5º

LIV — *Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

LV — *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”*

Embora implicitamente existente nos textos constitucionais anteriores, o constituinte de 1988 preocupou-se em ser expresso no asseguramento do devido processo, balizando a elaboração da lei a ser editada de modo a impedir qualquer tentativa legal de postergar tal princípio.

Essa garantia constitucional transcende o mero interesse subjetivo do indivíduo, num amplexo auspicioso com o elevado sentimento de justiça a animar a sociedade.

ADA PELLEGRINI GRINOVER sintetiza essa conjugação de interesses:

“Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperativa, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”⁹.

Mas o devido processo legal só alcança o fim colimado de satisfação de justiça se assegurada às partes o contraditório e a ampla defesa. E ampla defesa supõe tratamento paritário a nível de possibilidade entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica processual.

Este último terá, com a ampla defesa, a oportunidade de contradizer o autor, de argumentar, de produzir prova, de influ-

enciar igualmente o processo, fornecendo elementos de convicção ao julgador proporcionando-lhe concluir pela procedência de sua tese, ou não.

O processo forra-se desse caráter dialético, confrontando tese e antítese com vista à participação do conflito pelo juiz, na sentença.

Sem a ampla defesa o alcance da decisão justa será obra do acaso, da sorte, da eventualidade, não da análise dos elementos de convicção colhidos no processo.

2. A prisão do depositário decretada “no próprio processo em que se constitui o encargo”, como admitiu a Súmula 619, briga com a Constituição, uma vez que não se instaurou, sequer, o devido processo legal onde o depositário teria assegurados o contraditório e ampla defesa (incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Carta).

Nem se venha dizer que o devido processo legal seria o processo de execução, posto não ser este processo de conhecimento, não comportando qualquer defesa.

Nem, tampouco, que a defesa do depositário poderia concentrar-se no processo dos embargos à execução, por várias razões: primeiro a alegada infidelidade do depositário poderá ser argüida antes mesmo de escoado o prazo para os embargos; segundo, porque esses embargos podem até não ser opostos pelo devedor; terceiro porque, ainda havendo oposição dos embargos, estes dizem com as partes — devedor-embargante e exequente-embargado — não com o depositário se este não for o próprio executado; quarto, porque, ainda em se tratando de embargante e depositário na mesma pessoa, a matéria de defesa do suposto depositário infiel não se compadece com a matéria da defesa admitida nos embargos. A rejeição destes até será liminar quando inobservada essa regra (art. 739, II, combinado com o artigo 745, ambos do CPC).

Embora o artigo 745 — embargos à execução fundada em título extrajudicial — admita ao embargante alegar, “além das matérias previstas nos arts. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”, trata-se da defesa relativamente ao débito objeto da execução.

A matéria pertinente à infidelidade de depositário é estranha aos embargos.

3. Aliás, a ação de depósito contemplada hoje nos artigos 901 a 906 do Código de Processo de 1973 tem escopo diverso do previsto no artigo 369 do Código anterior.

Enquanto este impunha ao réu na ação de depósito o dever de, nas 48 horas seguintes à citação entregar ou consignar o bem depositado ou seu valor equivalente em dinheiro, sob pena de prisão, se requerida pelo autor, sem o que não seria admitida a contestação, o Código atual, em seu artigo 902 disciplina que o réu será citado para: "I — entregar a coisa, depositária em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; II — contestar a ação".

E, só após o julgamento da ação — ordenada então a expedição de mandado para entrega, em 24 horas, da coisa ou seu equivalente em dinheiro, sem atendimento pelo depositário — será decretada sua prisão (art. 904 e seu parágrafo único).

Por outro lado, a vigente lei processual, no tangente à ação de depósito, baniu a disposição antes contida no parágrafo único do artigo 367 do Código de 1939 que permitia, quando se tratasse de depósito judicial, fosse requerida, nos próprios autos de execução, a entrega do objeto depositado.

Não há dispositivo similar no atual regramento da ação de depósito.

Por isso ADROALDO FURTADO FABRÍCIO preleciona:

"Como quer que seja, há um depósito classificável como necessário, pois feito ex vi legis. Dele não cogita o atual Código, ao regular a ação de depósito: não há neste nenhum dispositivo equivalente ao artigo 367, parágrafo único, do Estatuto revogado que, mesmo de passagem, aludia ao depósito judicial para fixar a competência do juízo da execução (como se a apreensão de bens só pudesse ter lugar na execução)"⁷⁰.

E, mais adiante, adverte o festejado processualista:

*"Proscreeva-se pois, por desnecessária quando não por arbitrária, a decretação administrativa da prisão nos próprios autos em que se faz o depósito. De resto, quando assim não fosse, a impossibilidade da **actio depositi** deveria conduzir à inaplicabilidade, em tais casos, da sanção pessoal. O que de modo algum se*

aceita é a imposição desta sem as garantias de defesa explicitamente asseguradas por lei.

“Não importa isso em condenar-se a praxe, salutar e útil de fazerem os juízes intimar o depositário judicial a apresentar ou entregar a coisa depositada, quando se descubra ou suspeite de infidelidade. Mas aí mesmo se deve deter a iniciativa judicial, na simples intimação: nenhuma cominação da prisão deve acompanhar essa interpelação, e a desobediência, à parte as repercussões na área penal e na área administrativa de que aqui não cabe cuidar, apenas poderá ensejar a ação de depósito, a ser intentada pela parte prejudicada, se lhe interessar.”

“Compreende-se facilmente a resistência dos juízes a essa idéia: o interesse em assegurar a pronta e efetiva responsabilidade do depositário faltoso, inclusive a bem da preservação da dignidade e seriedade da função jurisdicional, parece apontar a apreciação nos próprios autos, sumária e severa, como a solução preferível. Mas o que realmente resguarda o prestígio e a responsabilidade do Poder Judiciário é a rigorosa e exata aplicação da lei e, sobretudo, o escrupuloso respaldo, a desvelada proteção às liberdades e garantias individuais. É assim que se impõe respeito, sem necessidade de infundir temor”¹⁰.

CAPÍTULO III

1. Anterior previsão legal da extensão do conceito de depositário. 2. A figura constitucional do depositário infiel. 3. Vedação constitucional do depositário por equiparação.

1. Na vigência da Constituição anterior, dada a redação do parágrafo 17, do seu artigo 153, permitia-se que a norma infraconstitucional criasse novas situações de depósito, resultando legalmente aceita a possibilidade de infidelidade de depositários subjacentes dessas hipóteses legais.

E o próprio Código de Processo Civil de 1939, cuidando, então, da ação de depósito, permitia seu exercício “contra o depositário ou pessoa que lhe seja por lei equiparada” (art. 366).

Mas, mesmo antes da Constituição de 1988, ainda em janeiro de 1973, quando se iniciou a vigência do atual Código de Processo Civil este, ao disciplinar em seus artigos 901 a 906 a ação de depósito, não mais perfilhou o caminho do Estatuto revogado. Preferiu o legislador considerar a ação de depósito o instrumento eficaz para exigir “a restituição da coisa depositada” (art. 901).

2. A lei fundamental vigente, em seu artigo 5º, LXVII, é expressa no sentido de que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Foi excluída desse dispositivo a expressão “na forma da lei”, que constava do artigo 153, parágrafo 17 da Carta anterior.

Com essa supressão evidenciou-se a vontade constitucional de cingir-se apenas aos depósitos clássicos elencados no Código Civil.

Esse entendimento vem sendo adotado pelos Pretórios nacionais, inclusive pelo STJ, que em abril de 1991, por sua 4ª Turma, tendo como relator o Ministro Athos Carneiro, sufragou a tese de que o artigo 5º, LXVII da Constituição “pertine tão-somente aos depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem possíveis aplicações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral”¹.

Temos pois, que quando a Constituição trata de depositário infiel, o faz com relação apenas aos depósitos previstos nos artigos 1.265 e 1.282 do Código Civil.

Neste último artigo inscreve-se, sem dúvida, o depósito judicial, por ser considerado depósito legal resultante de cumprimento de norma legal.

3. Em boa hora a Lei Maior suprimiu, como já foi dito anteriormente, a expressão “na forma da lei”, que fechava o parágrafo 17 do artigo 153 da Carta anterior.

Com essa conduta do constituinte de 1988 materializada no art. 5º, LXVII, vedou-se a possibilidade da lei ordinária ir criando figuras de depositários por equiparação em detrimento da segurança jurídica e da liberdade dos cidadãos.

Oportuno o magistério de ALFREDO BUZAID, segundo o qual “a doutrina e a jurisprudência devem opor-se a desnaturação dos conceitos jurídicos, recusando-se a ceder com demasiada facilidade às pretendidas necessidades do comércio que, com frequência, quando se examina atentamente, resultam motivadas pela comodidade das partes, ou pela falta voluntária de clareza de suas convenções”¹¹.

Os tribunais nacionais vêm firmando posição no sentido da inconstitucionalidade de leis ordinárias criarem a figura do depositário por equiparação.

Assim, o Tribunal de Alçada de São Paulo, em acórdão sobre a matéria, enfocando o multicitado artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, decidiu: “Esse dispositivo, ao excluir a expressão ‘na forma da lei’, constante do art. 153, § 17, da antiga Carta, vedou a ampliação dos casos em que cabe o constrangimento através da lei ordinária”.

E, mais adiante, no mesmo acórdão: “Na verdade, cuidando-se de norma constitucional de exceção, que deve ser interpretada como tal, deixou claro o legislador, ao suprimir a mencionada expressão, a absoluta impossibilidade do depositário infiel ser prevista na legislação ordinária”¹².

Só haverá depositário infiel onde houver depósito clássico previsto nos artigos 1.265 e 1.282 do Código Civil, sendo que o seu elemento específico e sua finalidade é a custódia da coisa depositada.

Inadmissível a figura do depositário por equiparação.

CAPÍTULO IV

1. Devedor fiduciante insusceptível da sanção individual. 2. Devedor executado não tem a custódia do bem que lhe foi cons-tritado. 3. Impossibilidade de ação de depósito em tal caso e, em consequência, de sanção pessoal.

1. Conquanto o artigo 1º, do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, tenha alterado o artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, equiparando o devedor fiduciante a depositário

do bem fiduciariamente alienado, tal disposição não foi recepcionada pelo artigo 5º LXVII da Constituição Federal vigente, que excluiu a expressão “na forma da lei” existente no § 17, do art. 153 da Carta anterior.

Vedou, assim, o novo Texto Constitucional a possibilidade da lei ordinária criar equiparação do depositário infiel circunscrita a hipótese de infidelidade apenas aos casos de depósitos clássicos previstos nos artigos 1.265 e 1.282 do Código Civil, como já dissemos.

Incompatível a ação de depósito na alienação fiduciária já que, como assinala ORLANDO GOMES, “Por sua finalidade, não é idônea a proporcioná-la, visto que se destina à recuperação da coisa depositada, e na alienação fiduciária em garantia, esse propósito não tem a significação própria apenas expressa na ação em que a pretensão do depositante se funda em contrato de depósito. O devedor fiduciante não é a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-a quando não mais lhe interesse a custódia alheia. A lei o equipara ao depositário para lhe impor os encargos e responsabilidades inerentes ao exercício dessa função”¹².

A ação própria a ser ajuizada pelo credor fiduciário se o devedor fiduciante se nega a devolver o bem alienado (já que aquele é detentor do domínio) é, como ministra PONTES DE MIRANDA, de “vindicação da posse, ou ação de esbulho ou de turbação, conforme a espécie”¹³.

Esta solução mostrada por PONTES, embora anterior à vigência do art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69, admitindo tal dispositivo a ação de depósito é, sempre foi e continua sendo a de rigor técnico preciso, posto enfrentar a análise da figura jurídica do depósito conferindo-lhe as características específicas da guarda e conservação, elementos que lhe são finalísticos.

Importa, pois, a essência das coisas e não a aparência que se lhes pretenderam atribuir.

Isso tudo, sem embargos ao ajuizamento da ação penal própria para a espécie com respaldo no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

2. Quando o devedor-executado e o alegado depositário são a mesma pessoa, igualmente não concebo hipótese de depósito, por faltar-lhe o caráter finalístico da custódia.

Na verdade o devedor possui a coisa supostamente depositada não por ser seu depositário, mas por ser seu proprietário e possuidor anteriormente à constrição.

Ele não tem apenas a guarda, porque revestido da condição de proprietário, com o status do artigo 524 do Código Civil.

Logo, apesar da aparência do depositário, essencialmente, depositário não o é. Ele não recebe a coisa para guardar e conservar. Aliás, ele nem a recebe, porque já a possuía, como proprietário.

Não é, portanto, depositário.

3. Se não há depósito, não prospera a ação respectiva.

Mutatis mutandis, a lição de ORLANDO GOMES¹² transcrita no item 1 deste Capítulo, aplica-se aos casos da espécie.

Seria incongruente um raciocínio que levasse a admitir que o detentor do domínio e posse de um bem se convertesse em mero depositário do mesmo bem, sem que tivesse perdido esses dois atributos: de proprietário e possuidor.

CONCLUSÃO

- I — A Constituição Federal vedou a criação legal do depositário por equiparação.
- II — Os depósitos admitidos pela Carta Magna são somente os depósitos clássicos previstos nos artigos 1.265 e 1.282 do Código Civil, preenchidos os respectivos requisitos.
- III — No ordenamento jurídico vigente jamais se admitirá prisão de depositário fora da ação de depósito e antes do seu trânsito em julgado.
- IV — Carece de ação de depósito, o credor fiduciário contra o devedor fiduciante.
- V — Igualmente carece de ação de depósito o exequente contra o executado tido como depositário.

BIBLIOGRAFIA – Jurisprudência

1. Revista do STJ, nº 23, pág. 379
2. RT, vol. 665, fls. 107.

BIBLIOGRAFIA – Doutrina

- ¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. 5, fls. 6, 3ª ed., Livraria Francisco Alves.
- ² GOMES, Orlando. Contratos, fls.378, nº 268, 11ª ed., Forense.
- ³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 5ª vol., Direito das Obrigações, 2ª parte, pg. 231, 3ª ed., Saraiva.
- ⁴ WALD, Arnold. Direito Civil Brasileiro, vol. 4, Direito das Obrigações, pg. 305, 1962, Editora Lux Ltda.
- ⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, vol. III, fls. 285, nº 113.
- ⁶ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, vol. 42, fls. 317, 3ª ed., Editor Bossoi.
- ⁷ MIRANDA, Pontes. Idem, pg. 318.
- ⁸ MIRANDA, Pontes. Idem, pg. 349.
- ⁹ PELLEGRINI, Ada Grinover. Processo Constitucional em Marcha, fls. 8, item 2, apud CELSO RIBEIRO BASTOS, Comentários à Constituição do Brasil, 2ª vol., fls. 264, Saraiva, 1989.
- ¹⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, fls. 211 e 220, Forense, 1ª edição, 1980.
- ¹¹ BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre Alienação Fiduciária em Garantia, publicação no RT, vol. 401, fls. 10.
- ¹² GOMES, Orlando. Alienação Fiduciária em Garantia, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1975, fls. 130.
- ¹³ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, vol. 52, fls. 367.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DEVER CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Waldo Fazzio Júnior
Promotor de Justiça – SP

Quando o constituinte de 1988 atribuiu ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII), não lhe conferiu uma autorização ou um poder (*Kann-Formulierung*) mas uma determinação de dever (*Muss-Bestimmungen*).

Como se sabe, as imposições constitucionais não são meras remissões de autorização; são tarefas de concretização. Tais diretrizes que amarram permanentemente o legislador ordinário à sua realização, também são determinações materiais no sentido de que vinculam os órgãos incumbidos de sua materialização e justificam a possibilidade de sancionamento das normas e atos que, eventualmente, as desobedeçam, por ação ou omissão.

A atribuição do controle externo da atividade policial ao Ministério Público não é simples programação constitucional abstrata. Trata-se da imposição concreta de um dever material que não comporta juízos discricionários de oportunidade e conveniência.

Fica mais claro dizer que a inobservância de referido dever caracteriza inobservância de uma ordem maior, cujas raízes estão ligadas aos próprios princípios estruturantes do sistema jurídico-constitucional positivo.

Segue-se que, regulamentada pela legislação orgânica do Ministério Público, a atividade de controle, aqui enfocada, necessitava de uma medida administrativa destinada a complementar o processo de densificação da norma constitucional, para que se passasse do plano necessário, porém insuficiente, da atualização geral e abstrata, para a dimensão final da concretização.

O Ato CPJ nº 98/96 rompeu um silêncio administrativo juridicamente injustificável. Sem o risco dos equívocos conceituais, é lícito afirmar que a não concretização do controle externo da atividade policial caracterizava omissão, não apenas no sentido de “não fazer”, mas, isto sim, de não fazer aquilo a que, de forma expressa, estava obrigado pela Constituição Federal e pela legislação ordinária. Vale dizer, omissão inconstitucional e ilegal.

Avançando no elenco dos misteres constitucionais do Ministério Público verifica-se que, à míngua de um controle externo da atividade policial, também a titularidade da ação penal pública restava materialmente comprometida, ainda que formalmente reconhecida.

Com efeito, a plenitude do exercício da legitimação ativa para a ação penal pública não se satisfaz com o mero repasse de elementos probatórios ao órgão jurisdicional. O exercício material pleno da legitimação ativa na ação penal pública reclama o controle da investigação como antecedente lógico e necessário para viabilizar a dedução da pretensão punitiva. Titular é o que detém o título, é o *dominus*, sendo natural que controle os atos preparatórios que instruirão sua postulação, tanto sob o aspecto extrínseco da legalidade, como no plano substancial da eficácia e da objetividade.

Ora, o inteiro cumprimento de uma imposição constitucional não se contenta com o simples desempenho formal de uma atividade; reclama exercício suficiente.

De tal arte que, para a correta e completa observância do dever de promover a ação penal pública, não pode o Ministério Público prescindir de um controle sobre a legalidade e a eficácia das medidas administrativas que lhe proporcionarão, ou não, os subsídios capazes de convencer o Poder Judiciário.

Não se trata, em regra, de presumir a improbidade e a ineficiência das atitudes policiais nos procedimentos investigatórios (embora suscetíveis de ocorrer, como em qualquer outra atividade humana), mas de supervisioná-las, no sentido de sua subsunção à legalidade e aos direitos fundamentais e, do ponto de vista pragmático, de sua maior ou menor produtividade para os fins colimados na persecução penal.

À polícia incumbe investigar fatos passíveis de adequação típica na esfera penal, suas circunstâncias, autoria e extensão juridicamente relevante. Ao Ministério Público, como condição para o exercício pleno da titularidade penal pública, compete controlar aquela atividade sindicatória, tendo em vista a dedução da pretensão punitiva ou o arquivamento do inquérito policial. Mesmo porque, o Ministério Público só necessitará da atividade policial se não tiver os subsídios probatórios de que carece.

Vale lembrar que o controle externo da atividade policial se situa numa linha lógica de atuação fiscalizatória a que o

próprio Ministério Público, no âmbito da ação penal pública, também está sujeito, por parte do Poder Judiciário.

Por derradeiro, ao imperativo constitucional de controlar a atividade policial, imposto ao Ministério Público, corresponde o direito subjetivo pessoal, cujo titular é qualquer cidadão, de exigir que o “parquet” o faça.

Não teria nenhum sentido, a instituição encarregada de fiscalizar o cumprimento das leis deixar de cumpri-las, no caso a Lei Maior e a sua própria lei orgânica.

PARECERES
2ª Instância

FORMULAÇÃO DE “NOTITIA CRIMINIS” –
A comunicação de fato delituoso à Polícia Judiciária constitui ato lícito, consistente no exercício regular de direito.

INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL –
O Delegado, ao conhecer de crime de ação penal pública, tem o dever de instaurar o inquérito policial, sob pena de prevaricação. Hipótese configuradora de estrito cumprimento de dever legal.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JUDICIÁRIO –
A pretensão de ressarcimento resulta de erro judiciário, segundo provisão do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal. Inverificado o erro do órgão jurisdicional, não há cuidar-se de obrigação de satisfação de dano.

SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA –
A absolvição fundada no art. 386, inciso VI, não cria para sujeito passivo da relação material o dever de indenizar, nem isenta o imputado (no caso o Autor-Apelante) da obrigação de reparar o dano.

Reconhecendo a r. sentença impugnada que as condutas imputadas aos Demandados estão forradas por causa excludente de ilicitude, é de se lhe preservar o dispositivo de improcedência da pretensão.

Gilberto Vila Nova de Carvalho
Procurador de Justiça

1. João Francisco de Santana Filho ajuizou contra a Energipe ação de indenização, objetivando se lhe reconheça procedente a pretensão de ressarcimento, em virtude de ter sido contra si instaurado inquérito policial e promovida ação penal, sob a imputação de haver cometido o delito descrito no art. 155 do Código Penal, em concurso com terceiro.

2. A ***persecutio criminis*** foi provocada através de requerimento da ofendida – a Energipe – em decorrência de furtos praticados contra o seu patrimônio. Atenta para o seu dever constitucional (art. 144, § 4º), a Polícia Judiciária, através de seus agentes, diligencia na descoberta dos autores, flagrando o Autor e um terceiro na prática de ato delituoso, ou, ao menos, de aparência delituosa.

2.a A ***notitia criminis*** mediata cede à ***notitia criminis coercitiva***, face à coincidência da descoberta de um elo da cadeia da continuidade com a ciência da autoria, resultando a custódia provisória flagrancial. O Inquérito foi instaurado na via do auto de flagrante delito, subsumindo-se o procedimento da autoridade policial no modelo do art. 8º do Código de Processo Penal.

3. Encerrada a fase da investigação, seguiu a ***persecutio*** com a fase da ação, presentes as condições genéricas de procedibilidade, legitimadoras do exercício do direito de ação.

É que provada a existência do fato e conhecida a autoria, esta confessada no auto de flagrante pelo ora Apelante (f. 45), outro caminho não restava ao Ministério Público, senão o de ajuizar a ação pública. Inverificada qualquer das hipóteses do art. 43 do CPP, recepcionou o Juízo competente a denunciatória, instaurando-se a instância penal, que culminou com a absolvição do Recorrente, tendo por fundamento a insuficiência da prova. Esta a provisão do 386, inciso VI, do Diploma adjetivo referido.

4. Em consequência do constrangimento a que foi submetido, reclamou o Autor-Apelante o ressarcimento de danos materiais e a reparação dos danos morais derivados, quantificando-os na exordial. Coligidas as provas na instrução e após a apresentação dos memoriais, proferiu a ilustrada Juíza a ***quo*** a r. sentença combatida, expendendo, ***in expressis verbis***: “*pelo que se verifica dos autos não agiu com culpa nem a ENERGIPE, quando solicitou à 4ª Delegacia providências no sentido de coibir os furtos, nem o ESTADO DE SERGIPE, quando seus agentes lavraram o flagrante corretamente, apesar de na fase judicial o autor ter sido absolvido por falta de prova. Se houve prejuízo causado ao autor em decorrência da prisão, não caberia aos réus o dever de indenizar, uma vez que não ficou provado o nexo de causalidade havido entre a prisão e o prejuízo financeiro que o autor diz ter sofrido*”. Conclui a douta sentenciante por reconhecer ter a ENERGIPE exercitado regularmente direito

protegido em lei, fazendo-o nos limites da lei. Não houve, em suma, abuso de direito.

5. Seguem-se o recurso e as respostas dos litisconsortes passivos, reiterados naquele e nestas os fundamentos que informaram a inicial e as contestações.

Examino, neste passo, o tema da controvérsia.

6. A sentença, ressalvada a diligência e o esforço do Recorrente, se me afigura incensurável. Procedeu sua eminente Prolatora à diagnose adequada das normas incidentes na espécie, procedendo a uma avaliação criteriosa da natureza das condutas imputadas aos Promovidos.

6.a A postura da ENERGIPE, em noticiar a prática de furtos importa no exercício regular de direito, tal como previsto no art. 5º, inciso II, 2ª parte, do Código de Processo Penal. Ainda que não lhe pertencessem os objetos subtraídos, estaria no exercício regular de um direito, tendo em vista que é assegurado a qualquer pessoa, que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública, a faculdade de proceder a comunicação à autoridade policial. É o instituto da *delatio criminis*, disciplinado no § 3º do mandamento antevisto.

6.a.1 Se de causa excludente de ilicitude se cuida, evidente que inibida fica a pretensão de ressarcimento, máxime em se considerando o que preceituam os arts. 23 do Código Penal e 160 do Código Civil. A antinomia é gritante entre o ato lícito e a obrigação de reparar o dano dele resultante. O dano reparável é o injusto, salvante as hipóteses de indenização, porque esta consiste na satisfação do dano provocado por ato lícito do Estado, lesivo de direito subjetivo do cidadão (art. 5º, incisos XXIV e LXXV, da Constituição Federal; art. 630 do CPP).

6.b De igual maneira, não há cuidar-se de responsabilidade civil do Estado, no exercício de sua atividade de polícia judiciária, se inocorreu violação de direito de terceiro. O flagrante delito, na situação revelada nos autos, está coberto pela legalidade. A conclusão deriva da análise do preceito que moldura o art. 302 do Estatuto processual declinado.

6.b.1 Ainda que se considere a privação da liberdade, nenhuma pretensão nasceu para o Apelante, tendo em vista que a custódia provisória, de par com o princípio da inocência, tem matriz constitucional. A respeito o inciso LXI do art. 5º, da Lei Maior. Se qualquer dos motivos que informam a preventiva (art.

312) se configurou, a limitação da liberdade se reveste de legitimidade.

6.b.2 Por outro lado, a perseguição, na sua fase investigatória, por alguns denominada de fase primária da Justiça Penal, constitui dever inarredável do Estado. É o que vem estampado no art. 144, § 4º, da Constituição Federal e nos art. 4º e 5º, inciso I, do CPP. A não-instauração do inquérito importa na prática de infração disciplinar e na consumação do delito de Prevaricação (art. 319, CP). E esse dever é pertinente ao Estado, em virtude de dispor do monopólio da jurisdição e ter vetado a justiça privada (art. 345, CP). Desses dois pressupostos assumiu o Estado o dever de garantir a justiça, ao qual corresponde o direito do cidadão à garantia da justiça.

Se assim é, ter-se-á de concluir que os agentes da Polícia Judiciária se encontravam no estrito cumprimento de um dever legal, o que afasta o dever de indenizar e a correspondente à pretensão de exigir indenização.

6.c Por derradeiro, a absolvição na jurisdição penal, com fundamento na insuficiência da prova, não significa o reconhecimento da inocência do imputado. Representa uma manifestação de respeito ao *status libertatis*, como corolário do princípio do *favor rei*. Na dúvida, na insegurança, na ausência ou na insuficiência da prova, deve a prestação jurisdicional tender para a não-responsabilidade do acusado. Nada mais que isso. E tanto é verdade, que a ENERGIPE, sujeito passivo específico da infração penal investigada, poderia, se o quisesse, aforar contra o ora Apelante ação Indenizatória. E não o fez, porque a satisfação do dano se deu na via da restituição, consoante se infere da análise dos termos de fls. 62 a 64. Vale considerar, que auto de apreensão correspondente anota que os bens foram encontrados em poder do Autor-recorrente.

É o bastante.

7. Diante do exposto, somos porque se conheça do recurso, mas para lhe negar provimento, mantendo-se a sentença de primeiro grau, em todos os seus termos e por seus próprios fundamentos.

Este, o parecer.

Aracaju, 10 de outubro de 1996

Ação Civil Pública para anulação de cláusula abusiva. Mensalidade cobrada antes de vencido o mês. Caracterizado o abuso, à luz de determinação legal (Código de Defesa do Consumidor), não merece reforma a sentença apelada. Pelo improvimento do apelo é o parecer.

Darcilo Melo Costa
Procurador de Justiça

Grêmios Escolares Graccho Cardoso e demais estabelecimentos de ensino, devidamente relacionados nos autos, irrisignados com a douta sentença do Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Capital, que decidiu pela procedência da ação requerida pelo Ministério Público, por seu Promotor de Justiça na qualidade de Curador do consumidor, interpõe a presente apelação no prazo legal.

I. Tratam os autos da ação civil pública para nulidade de cláusula contratual abusiva ao consumidor, no caso, a cláusula de contrato de adesão celebrado entre os réus — Colégios, Grêmios, Escolas, Institutos — que são os estabelecimentos de ensino nominados na Inicial e seus respectivos alunos, quase sempre, por serem menores, representados por seus pais. Disse o autor, a Doutora Promotora de Justiça, na qualidade de Curadora ou defensora do consumidor — nos termos da Lei nº 8.078, de 11.09.90, “Código de Proteção ao Consumidor” — que os réus inseriram nos contratos de prestação de serviços de ensino cláusula para que as cobranças pudessem ser efetuadas no início do mês. Entendendo que somente é justo que a cobrança da mensalidade seja no fim do mês, depois dos serviços prestados, a Curadoria de Defesa do consumidor — órgão do Ministério Público de Sergipe, na forma de sua lei orgânica — atendendo a reclamações de centenas de alunos — e da Associação de Pais de Alunos do Estado e após instaurar inquérito civil, requereu a presente ação, depois de infrutíferas as gestões formalizadas ante os Colégios demandados.

II. Sustenta o autor, ora apelado, que a contraprestação dos alunos — anualmente ou por semestre ou mensal — somente deve ser cobrada após efetuada a contraprestação das Escolas. Conquanto possam prever os contratos que o pagamento seja anual, semestral ou mensal, a respectiva cobrança e pagamento somente devem ser efetuados após os serviços prestados, como é da natureza dos contratos comutativos. Destarte, abusiva é a cláusula contratual — relembre-se que os contratos são sempre de “adesão”, com redação integralmente efetuada pela Escola — que autoriza o prestador ou locador dos serviços, antes de vencido o mês (em meados ou início do mês) a cobrar a mensalidade dos locatários (os alunos ou seus pais). Este, o ponto central da controvérsia; o *punctum saliens* da lide. Atendendo ao pedido, o douto Magistrado deu provimento liminar (fls. 50).

III. Respondendo à citação, os Colégios demandados oferecem contestação (fls. 80 a 101), pedindo decisão de improcedência da ação. Preliminarmente argüíram ilegitimidade de parte do Ministério Público, por entenderem que não se trata de direitos e pretensões “transindividuais”, ou seja, de “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica” — fls. 82. Dizem tratar-se apenas de relação jurídica da Escola com o aluno, ou seu pai, havendo diversas relações contratuais desta natureza, repetidas ou pluralizadas; mas nunca uma relação jurídica contratual entre a escola e um “grupo” de pessoas (que seriam os alunos, reunidos em um determinado contrato, esclarecendo). Destarte, concluem os contestantes, não se trata de direitos coletivos ou de grupos, que autorizem o Ministério Público, como substituto processual, a ajuizar a ação pública. Juntaram subsídios jurisprudenciais em abono à tese defendida.

IV. No mérito, pleiteiam a improcedência do pedido pois os serviços prestados no ano letivo podem ser cobrados anualmente, semestral ou mensalmente, sendo lícito a cobrança em qualquer dia, como previsto no contrato, lei entre as partes, pois as “mensalidades” não passam de “parcelas” da anuidade. Sustentam, em conclusão, que sendo a cobrança de trinta a trinta dias, respeitado está o sentido mensal da cobrança. Em resumo, apertada síntese dos arrazoados, como de nosso costume, esta, a postulação das partes.

V. Muito meditamos, Egrégia Câmara, sobre os arrazoados e douta sentença recorrida, diante da relevância da causa, que envolve a questão do ensino, que, público ou particular, constitui matéria de mais alta relevância social. Com efeito, não há DEMOCRACIA sem prestação do ensino básico para o povo. O exercício da cidadania, ínsito no conceito de vida democrática — seja na concepção antiga dos gregos, como no conceito atual — é inseparável da forma democrática dos governos, obrigação primeira do Estado — juntamente com a Justiça e a Segurança — o ensino público é prioridade no Estado democrático moderno, e se se tolera o ensino particular, é porque estamos no Estado Capitalista. Melhor seria que apenas houvesse ensino público, como ocorre na Inglaterra e na França, exemplos de democracias capitalistas, onde mínima, ou inexpressiva, é a contribuição particular ao ensino. Do exposto, porque a questão da educação escolar é matéria de ordem pública, que no Brasil é desenvolvida paralelamente pelo Estado como pelo particular, impõe-se normas legais de controle e fiscalização do ensino, que não se limitam às questões dos currículos, mas se introduzem nas relações contratuais entre o Colégio e o aluno, como vemos das diversas leis que regem a matéria (Lei nº 8.170/91, dentre outras, muitas delas precedidas de “Medidas Provisórias”). Ressalte-se, ainda, que dentre as relações contratuais previstas no Código de Defesa do Consumidor, avultam de importância, precisamente, os contratos celebrados entre estabelecimentos de ensino e seus alunos, como vemos da prática dos Tribunais, que aplicam suas disposições a lides desta natureza.

VI. Preliminarmente enfrentemos a questão da ilegitimidade de parte, por ordem de importância. Reconhecemos que inicialmente lavrava certa incerteza nos Tribunais sobre a legitimidade das Promotorias de Justiça, como Curadoras do consumidor, serem parte autora em ações civis públicas para defesa de alunos, contra mensalidades escolares consideradas abusivas. Os arestos citados pelos demandados e apelantes são exemplos da alegação. Todavia, aos poucos, foi se firmando jurisprudência em sentido contrário, competindo-nos aceitar a tese que melhor atende à lei e reclamamos das comunidades de alunos. Não vacilamos em que somente atende à regra legal e aos sentimentos de justiça social a tese contrária aos apelantes, sustentada pelo autor e

apelado, abraçada pela douda sentença recorrida. Neste sentido são exemplos os arestos citados pelo demandante e recorrido, consignados às fls. 10, 11, 228, 229 e 594.

VII. Na verdade, eminentes Desembargadores, não sabemos porque aquela inicial vacilação da jurisprudência, pois claro é o texto legal, ao tratar de direitos individuais homogêneos ou seja, direito de pessoas — individualmente determinadas — em situações análogas ou semelhantes pela origem comum e conseqüências; pela causa *petendi e petitum*, para usarmos da terminologia processual, como expressamente disposto no art. 81 e seu inciso III da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor). Nestes casos há legitimação concorrente: da pessoa diretamente interessada, como igualmente das Curadorias (Ministério Público), como substituto processual: art. 51, § 4º. O fato ocorre na defesa de interesses decorrentes do meio ambiente, como do consumidor (conforme demonstrado por Nelson Luiz Sampaio de Andrade, Promotor do Estado de São Paulo, em excelente artigo publicado na Revista da APMP — nº 2, janeiro/1997). É a tese dos arestos supra citados pelo apelado, repetimos (às folhas indicadas no item anterior). Pela rejeição da preliminar, nos pronunciamos.

VIII. A segunda preliminar é o julgamento antecipado. Dizem os apelantes que não era caso de antecipação do julgamento por terem pedido prova, na contestação (fls. 569). A alegação é inteiramente improcedente. Lícito é ao Juiz, reconhecendo que a lide está madura para a decisão — através da prova documental constante dos autos — concluir como dispensável a instrução; a produção de outras provas (testemunhos, perícias, etc.). Mais do que arbítrio judicial, é dever do Magistrado, ante o princípio da celeridade processual e disposições expressas da lei (CPC, art. 330), que determina o julgamento antecipado da lide sempre que “NÃO HOVER NECESSIDADE DE PRODUIR PROVA EM AUDIÊNCIA”. A quem endereça o legislador a recomendação legal? Evidente é que ao juiz, que dirige e preside o processo, detentor da atribuição de avaliar quais as provas que precisam ser produzidas. Daí aquela outra disposição legal, que com esta se harmoniza e complementa, o art. 130:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do pro-

cesso, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

IX. O aresto citado pelos apelantes pressupõe que a prova seja “necessária ao real esclarecimento da questão”, como se constata às fls. 569. Ora, se o Juiz, que tem poderes de direção do processo, como acima exposto, entende que a questão já se encontra esclarecida, sem necessidade de outras provas, o julgamento antecipado (neste processo) atendeu às prescrições jurisprudenciais citadas; é o óbvio. Conclui esta Procuradoria que o aresto reforça alegações do apelado; não, do apelante. Pela rejeição desta preliminar, opina a Procuradoria de Justiça.

X. Passemos ao mérito. Muito foi dito para lide tão simples. Tudo se resume no seguinte: é lícito ou justo que as mensalidades sejam cobradas antes de vencido o mês? A esta questão é irrelevante que a contraprestação dos alunos possa ser paga anualmente, semestralmente ou mensalmente. Se paga anualmente, somente vencido o ano a cobrança e pagamento devem ser realizados; se semestralmente, após vencido o semestre; se mensalmente, pelas mesmas razões, após vencido o mês. Sobre tão simples questão, se resume a lide, sendo profundamente lamentável que os Colégios demandados, por seus ilustres Diretores, não tenham tido sensibilidade para chegarem a uma composição com seus alunos.

XI. Tanto isto é a verdade, que seria de indagarmos se os réus — ou qualquer outro estabelecimento de ensino — pagam a seus professores antes de vencido o mês! A contraprestação, por exemplo, do mês de março devida ao professor, o Colégio paga antes de vencido o mês?! Certamente, como de todos sabido, o pagamento é efetuado nos últimos dias do mês (dia 30, ou 29 ou 28), ou mesmo nos primeiros dias do mês subsequente, a exemplo do que se faz com aluguéis (de imóveis dados em locação). Será que existe alguma escola que paga a seu professor no dia cinco, ou seis (nos primeiros dias do mês)?! Pois a esta situação absurda pretendem os apelantes. Repetimos aqui o expendido em precedente ação (Ap. nº 297/96, Relator o eminente Des. Aloísio de Abreu Lima): primeiro, os serviços locados; depois, a contraprestação pecuniária do locatário, regra que rege as loca-

ções ou contratos de prestação de serviços, como disposto no art. 1.219 do Código Civil; trata-se de regra especial das locações, em harmonia com a disposição geral dos “contratos bilaterais”, do art. 1.092.

XII. Estabelece aquela disposição que “A RETRIBUIÇÃO PAGAR-SE-Á DEPOIS DE PRESTADO O SERVIÇO” (art. 1.219). Em seguida complementa ou esclarece: “SE POR CONVENÇÃO OU COSTUME NÃO HOUVER DE SER ADIANTADA OU PAGA EM PRESTAÇÕES”. Então, se o contrato é de um ano, nada impõe que o pagamento seja após decorridos doze meses; mas que poderá e é o que ocorre em todo contrato — ser efetuado em prestações mensais e neste caso, a toda evidência, a prestação somente é devida após consumados os trinta dias; após vencido o mês. É de estarrecer que coisa tão simples seja negada pelos apelantes! Daí a lúcida sentença do eminente titular da 1ª Vara Cível, pela procedência da ação. Destarte, dispensamo-nos de maiores considerações.

Do exposto, pelo improvimento do apelo nos pronunciamos, com o que às partes a E. Câmara Cível fará JUSTIÇA.

Este, o parecer, sub censura.

Aracaju, 24 de fevereiro de 1997.

Obs.:

Poucos dias depois de exarado o parecer foi noticiado que o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Rec. Extr. Nº 163.231/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, decidiu pela rejeição da ilegitimidade de parte do Ministério Público, argüida em ação civil pública atinente à mensalidades escolares.

Mandado de Segurança — Arguição de Inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual — Questão prejudicial repelida — Afronta a direito líquido e certo dos impetrantes, servidores estaduais que pretenderam se submeter a concurso público sem pagamento da taxa de inscrição — Inteligência do art. 6º. III, “d”, da Lei nº 2.778/89.

Eduardo de Cabral Menezes
Procurador de Justiça

Impetraram Adileide Nascimento Santana e outros, todos se dizendo servidores públicos estaduais ativos, o presente mandado de segurança visando, por essa via, atacar ato emanado do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e do Presidente da Comissão Especial de concursos daquele órgão administrativo, os quais, um e outro, deixaram de acatar pedidos formulados pelos impetrantes no sentido de efetivarem suas inscrições para os concursos que seriam realizados para preenchimento de cargos diversos, anunciados através de Edital publicado no Diário Oficial do Estado de Sergipe, de 14 de outubro de 1996.

Na sua petição, pugnam os mesmos porque lhes seja deferida:

“1. a concessão de medida liminar inaudita altera parte, com fundamento no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, determinando as Autoridades coatoras a procederem as suas inscrições, independentemente do pagamento da taxa exigida, não praticando qualquer ato que lhes cause empecilho à prestação do concurso, até decisão final;

2. a notificação das Autoridades Coatoras, no endereço informado no preâmbulo, para, querendo, no prazo legal, prestarem as informações de estilo, ouvindo-se, em seguida, o ilustre Representante do Ministério Público; e

3. *ao final, a concessão da segurança, garantindo definitivamente o direito dos Impetrantes de terem suas inscrições permitidas e efetivadas para prestar o concurso público de que trata o Edital S/N, de 11 de outubro de 1996 (D.O.E. de 14.10.96), em razão da isenção legal prevista artigo 6º, alínea 'd', da Lei Estadual nº 2.778/89, e acaso já tenha transcorrido a data de realização do concurso, sejam validadas as suas participações.*" (fls. 7 e 8).

De acordo com o que se lê na postulação, a causa de pedir residiria no disposto no art. 6º, inciso III, alínea "d", da Lei Estadual nº 2.778, de 28 de dezembro de 1989, cuja redação é a seguinte:

"Art. 6º. São também excluídas do campo de incidência das taxas estaduais, por isenção:

(...)

III. a prática de atos e expedição de documentos relativos:

(...)

d) à inscrição de servidores públicos da administração direta e indireta em qualquer concurso público promovido por entidade pública estadual de qualquer dos poderes.

(...)"

Foi concedida a liminar pleiteada, assegurando-se aos impetrantes que demonstraram ser efetivamente servidores públicos estaduais ativos e terem outorgado poderes ao advogado que subscreve a exordial a prestação do concurso por meio de sua imediata inscrição, sem pagamento da taxa exigida, em razão mesmo do reconhecimento na espécie da existência do **fumus boni juris** e do **periculum in mora** (fls. 300 e 301).

Nas informações que presta, entretanto, uma das autoridades apontadas como coatoras, em manifestação de imediato endossada pela outra, refuta a existência de direito líquido e certo dos impetrantes, concluindo por rogar a essa Augusta Corte de Justiça:

*"a) a reconsideração do despacho liminar concedido **in altera pars**, porque inexistente o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**;*

b) *juízo de improcedência do **mandamus**, por inexistir direito líquido e certo, revogando-se a liminar deferida caso já tenha sido feita;*

c) *o reconhecimento da inconstitucionalidade **incidenter tantum**, do art. 6º, III, 'd', da Lei Estadual nº 2.778/89;*

d) *condenação dos impetrantes em custas processuais, dispensando-lhes dos honorários advocatícios, em respeito ao contido nas Súmulas 512 e 105, respectivamente, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça" (fls. 402).*

Vamos começar a dissecação da matéria observando que a má disposição topográfica das preliminares prejudica o bom entendimento daquilo que está a pretenderem os informantes.

É que, na realidade, há três preliminares a exigirem a nossa atenção antes do exame do **mandamus**.

A primeira, porém, a merecer consideração — embora não seja ela apresentada como prejudicial das demais — é aquela que diz respeito à pretensa inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Estadual nº 2.778 já mencionada e está enfocada pelos informantes como matéria de mérito.

Em verdade, o controle da constitucionalidade das leis em nosso país pode ser feito por via direta ou por via incidental.

O controle direto é aquele atribuído ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça do Estado-membro, sempre mediante representação do Chefe do Ministério Público competente, seja no concernente a qualquer lei ou ato normativo da União ou de Estado-membro em face da Lei Maior, seja no que tange a norma jurídica municipal apontada como incompatível com alguns dos princípios elencados na Constituição Estadual.

Já o controle incidental é aquele exercitável por qualquer órgão judicial, no julgamento de causa que lhe incumba, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade, assim configurada como prejudicial.

O primeiro é o sistema concentrado, o segundo o difuso.

É este o que temos na espécie.

Ora, se é isso que ocorre, o primeiro passo é atentar para o que rezam os arts. 480 e seguintes do Código de Processo Civil, notadamente quanto ao que estipula o art. 481.

Impende, igualmente ressaltar que, como se trata de argüição de inconstitucionalidade procedida em feito da competência do próprio Tribunal Pleno, dever-se-á proceder na conformidade do ordenamento insculpido no art. 126 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Obviamente que, como o caso principal já está sob apreciação do Pleno, e não de Câmara ou Turma, não haverá necessidade de qualquer protelação do julgamento, devendo a preliminar ser decidida na mesma sessão de julgamento do feito.

Não é por outra razão, portanto, que emitiremos conjuntamente a nossa opinião sobre a argüição de inconstitucionalidade e sobre as demais questões suscitadas na ação mandamental.

Feito, então, esse prolegómeno, comecemos por apreciar a argüição de inconstitucionalidade.

Não deve ela ser acolhida, ao que pensamos.

O art. 24, inciso I, da Carta Magna atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre direito tributário, entre outros ramos do direito.

Por assim ocorrer é que o Estado de Sergipe editou a Lei nº 2.778, que criou taxas diversas como a de poder de polícia e a de serviço público.

Sustentam os informantes que *“existe lei federal que traça normas gerais sobre o assunto (Lei nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional) com enumeração taxativa (numerus clausus), o que significa dizer, somente podem existir os tributos fixados na lei. E nela inexistente a taxa de inscrição para concurso público. E sendo inexistente, pior ainda se falar em isenção dela. Afinal só se isenta (dispensa, exime) aquilo que existe”* (fls. 400).

Ora, o primeiro dos equívocos cometidos pelas referidas autoridades é não perceberem a contradição em que estão incorrendo.

Se na enumeração, a seu ver exaustiva, dos tributos elencados no Código Tributário Nacional não se encontra a taxa de inscrição para concurso público, como pretender cobrá-la, não só dos que já são servidores, como de todos os que nele se inscreveram?

A conduta mais coerente seria, obviamente, dispensar o seu pagamento de todos quanto no concurso se inscrevessem já que, como dizem elas mesmas, *“somente podem existir os tributos fixados na lei e nela inexistente a taxa de inscrição para concurso público”*.

Mas será, realmente, que a cobrança de tal taxa estaria vedada em lei?

Ora, a Constituição Federal estabelece, no seu art. 145, inciso II, que:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

- I.*
- II. taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.*

Tal regra é repetida pela Constituição Estadual, que no seu art. 134, inciso II, institui que:

“Art. 134. Observados os limites estabelecidos na Constituição e na legislação complementar federal, o Estado e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

- I.*
- II. taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos divisíveis e específicos, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.*

Ainda sobre o tema, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66) se manifesta, assentando que:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

Como se vê, em nenhuma das disposições se elenca um **numerus clausus** de serviços públicos que, ao lado do poder de polícia, figuram como fato gerador de cobrança do tributo.

Recepcionando tais disposições constitucionais e legais, a Lei Estadual nº 2.778, de 28 de dezembro de 1989, estabeleceu que:

“Art. 1º. São instituídas as seguintes taxas estaduais:

I. Taxa de Poder de Polícia, que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, incidente sobre os casos especificados no Anexo I desta Lei;

II. Taxa de Serviço Público, que tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, nas hipóteses previstas no Anexo II desta Lei”.

E lá, no Anexo II, se encontra relacionada a inscrição em concurso público como fato gerador de cobrança da taxa relativa à atividade desenvolvida pela Administração Pública.

É certo que quando se fala em serviço público vêm-nos imediatamente à memória serviços como o fornecimento de água, luz, transportes, telefones e coleta de lixo, dentre outros. Isso, todavia, não afasta do conceito os serviços prestados pela Administração Pública quando realiza concurso para provimento de cargos do seu quadro. Com efeito, e nos termos do disposto no art. 79 do mesmo Código Tributário Nacional:

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I. utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento”.

Como negar que os serviços prestados pela Comissão Examinadora são serviços de utilização compulsória (posto que só pode ingressar no serviço público quem se submeter a concur-

so), potencialmente postos à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa?

Ainda, porém, que se queira negar tal evidência, nem assim se poderia dizer, ao que pensamos, que há antinomia entre a regra de isenção do art. 6º, inciso III, alínea "d", da já citada Lei Estadual nº 2.778, de 28 de dezembro de 1989 e o texto constitucional.

É que se admitirmos, como querem os informantes, que a taxa de inscrição em concurso público não poderia ser criada, a regra de exclusão do campo de sua incidência contida no dispositivo acima mencionado apenas vem a dizer o que é óbvio, ou seja, que ela não pode ser cobrada, pecando tão somente por não isentar do seu pagamento todos quantos viessem a se submeter a concursos públicos...

Sendo assim, por qualquer ângulo através do qual se enfoque a questão, ressalta a inexistência de choque entre o texto constitucional e a regra do art. 6º, inciso III, alínea "d", da tantas vezes referida Lei nº 2.778.

Pela rejeição, portanto, da preliminar.

Repelida a preliminar de inconstitucionalidade, e devendo prosseguir o julgamento, impende-nos opinar sobre as outras preliminares igualmente levantadas pelos informantes.

Uma delas se reporta à inconsistência do pedido autoral em razão de terem sido relacionadas "nada menos que cento e dez (110) pessoas e quase a metade delas não outorgaram ao subscritor do writ instrumento procuratório que o autorizasse a peticionar em seus nomes" (fls. 395).

O tema, é bem de ver, já foi devidamente sopesado quando da concessão da liminar pelo digno Desembargador Relator, tendo ficado excluídas de contemplação aquelas pessoas que não demonstraram haver outorgado instrumento de mandato ao profissional da advocacia que subscreve a inicial.

A preliminar perde, consequentemente, a sua oportunidade já que a decisão final, se favorável aos impetrantes, irá forçosamente acompanhar o que ficou assentado liminarmente.

Já a outra preliminar tem por base a alegada impossibilidade de inscrever os impetrantes em razão da liminar por existirem cargos diferentes a serem preenchidos.

A questão, igualmente, perdeu a sua oportunidade, uma vez que o concurso objeto da presente segurança, de uma forma ou de outra, já se realizou.

Resta-nos, então, ocuparmo-nos do mérito.

No particular, é de se observar que as autoridades informantes limitam-se a sustentar que *“inexiste direito líquido e certo a ser protegido pelo writ of mandamus”* (fls. 400).

E por que inexistiria o direito líquido e certo a ser protegido pela via escolhida?

Porque *“o servidor público da administração direta e indireta está isento do pagamento da taxa de serviço público, se inscrito em qualquer concurso oficial, promovido por entidade pública estadual de qualquer dos poderes”* (fls. 397), mas *“acontece Senhor Desembargador Relator, que no concurso público promovido pelo Tribunal de Contas do Estado não foi cobrada nenhuma taxa de inscrição, nem o Estado de Sergipe prestou a qualquer dos impetrantes serviço público específico e divisível ou o pôs à sua disposição”* (ibidem).

Assim, dentro do raciocínio das mesmas autoridades, “se não o fez, não se pode falar em taxa de serviço público ou isenção dela” (fls. 398).

Chega a ser surpreendente que tais autoridades, dignas e competentes como soem ser, compareçam perante o Tribunal de Justiça com afirmações de tal quilate.

Qualquer um que ler o Boletim Informativo cuja cópia é juntada pelas próprias autoridades ditas coatoras às informações que prestam (documento de fls. 413), lá irá encontrar que o *“O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE através da Comissão Especial de Concurso instituída pela Portaria nº 386/96, faz saber que irá realizar em locais, datas e horários a serem oportunamente divulgados, Concurso Público para provimento de cargos do seu Quadro Permanente...”* (grifos à nossa conta).

Ainda no mesmo Boletim iremos encontrar que *“para inscrever-se o candidato deverá, no período de inscrições... pagar a importância indicada no Anexo I, correspondente à opção do cargo, a título de ressarcimento de despesas com material e serviços”*.

Como negar que o mesmo órgão está cobrando taxa de inscrição e que essa taxa se destina a cobrir despesas com a prestação de serviços?

O fato de haver terceirizado a tarefa de organização e realização do concurso — como está na cláusula primeira do contrato nº 028/96, firmado entre o Tribunal de Contas e a Fundação

Carlos Chagas (fls. 405) — não significa que o concurso não seja promovido pelo primeiro, nem o fato de a contratada ter-se responsabilizado pelo recebimento das inscrições, como está na cláusula quinta do mesmo contrato, elide a responsabilidade do contratante pela cobrança das taxas correspondentes.

Destarte, se cobrou tais taxas aos servidores públicos estaduais que procuraram se inscrever para submeterem-se ao concurso, infringiram as autoridades indicadas como coatoras a regra contida no art. 6º, inciso III, alínea “d”, da tantas vezes referida Lei nº 2.778, violando conseqüentemente direito líquido e certo dos impetrantes.

Em vista do exposto, estamos em que é caso de se conceder o **writ** pretendido para validar a participação dos candidatos relacionados no despacho concessivo da liminar.

É o nosso parecer, s. m. j.

Aracaju, 12 de março de 1997.

Responsabilidade civil. Estacionamento de veículos em supermercado. Controle de entrada e saída dos veículos mediante "ticket por prepostos do demandado. Caracterizado o contrato inominado de "guarda", impõe-se a indenização, sob os princípios da responsabilidade contratual. Danos morais não comprovados. Provados os danos materiais, pelo provimento parcial é o parecer.

Darcilo Melo Costa
Procurador de Justiça

Mehujael Colaço Rodrigues irrisignado com a respeitável sentença do Meritíssimo Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Capital, que decidiu pela improcedência da presente ação requerida contra Bompreço S.A. Supermercados do Mordeste, ora apelado, interpõe apelação no prazo legal.

A POSTULAÇÃO

I. Trata-se de uma ação de indenização por danos sofridos pelo autor, em seu automóvel deixado no estacionamento do Bompreço S.A. (loja da Avenida Gonçalo Prado, nesta Capital) , no dia 07 de julho de 1994, conforme narração da petição inicial. Disse o autor que deixou seu veículo (devidamente descrito nos autos) no estacionamento para fazer compras e ao retornar encontrou o mesmo amassado. Reclamou perante os vigilantes e a gerência do Estabelecimento e, além de não ser atendido, diz ter sido ofendido pela maneira grosseira como foi tratado. Conta todas as peripécias sofridas, que o compeliram a dar "queixa" na Polícia e requerer e obter do Doutor Juiz Plantonista na 2ª Vara Criminal liberação do veículo, pois os prepostos do réu somente o liberariam com assinatura de termo de responsabilidade pelo qual o autor declarava o Supermercado isento de obrigações. Pede reparação por danos materiais (valor do conserto do veículo) e

danos morais, pelas grosserias e humilhações à sua pessoa e familiares (que o acompanhavam naquela tarde onde ocorreram os fatos danosos que motivam a ação), perpetradas por prepostos do réu.

II. Contestando a ação, o réu, preliminarmente, argüiu ilegitimidade de parte, pois o autor pediu citação do “Hipermercado Bompreço Ltda.”, empresa “inexistente” quando deveria ser “Bompreço S.A. Supermercado do Nordeste”. No mérito, opõe-se ao pedido, alegando que não provou o autor que os danos foram cometidos no seu estacionamento (o veículo poderia já ter nele penetrado com o estrago alegado); que o autor não foi destrutado por seus funcionários ou prepostos; que os mesmos não podiam entregar o veículo sem a devolução do “ticket” ou termo de responsabilidade e que pela discordância do autor poderia o mesmo assiná-lo com ressalvas; que o fato, mesmo que verdadeiro, não autoriza reparação moral, aduzindo, afinal, que o autor colocou um “veículo de fabricação 1982 no estacionamento do contestante e quer sair por conta de sua “estória” com dez Mercedes Bens, zero quilômetro” (alusão ao elevado valor pedido pelo dano moral).

III. O Meritíssimo Juiz rejeitou a argüição de ilegitimidade e conseqüente nulidade de citação, pois apesar do erro na denominação há identidade da pessoa jurídica citada, e não houve prejuízo à sua defesa pela contestação apresentada. No mérito, decidiu pela improcedência do pedido, considerando que não há prova de que os danos ocorreram no estacionamento do réu, que não há demonstração nos autos de “violação a direito de personalidade do autor causada por prepostos da empresa, configurando dano moral”, pois os mesmos agiram sob o amparo das disposições do art. 160, inciso I do Código Civil (exercício regular do direito).

Tudo devidamente examinado, passamos à apreciação dos fatos e alegações tendentes à conclusão do parecer.

IV. Tratam os autos de uma lide envolvendo a questão da responsabilidade civil, por estacionamento de veículos, à luz dos princípios da responsabilidade contratual. De logo, conseqüentemente, ressaltamos os equívocos da douda decisão, data vênha, que assim não considerou o litígio a julgamento. Sobre os fatos podem incidir, concomitantemente, regras de responsabilidade civil por culpa “aquiliana”, fundada diretamente na norma legal; mas

apenas de forma indireta ou complementar, na relação entre o réu, na qualidade de “empregador”, e seus empregados que controlam o estacionamento (Código Civil, art. 1.521, inciso III).

OS FATOS E A PROVA PRODUZIDA

V. Dos autos vemos que no dia 7 de julho de 1994, o autor, Doutor Mehujael com sua mulher e filho dirigiram-se ao Hiper Bompreço da Av. Gonçalo Prado para fazer compras, deixando seu veículo no estacionamento da Empresa. Retornando das compras, verifica que o mesmo estava danificado: teria levado um “chute” ou fora abalroado na porta, do lado direito, sofrendo os danos descritos no laudo, de exame do Instituto de Criminalística (fls. 26 a 28), que motivaram as despesas de concerto (fls. 22). Dos fatos, o autor se desincumbiu do ônus da prova, demonstrando que entregou seu veículo para estacionamento, através do recibo ou “ticket”; assim, caracterizado está o contrato de “guarda”. A alegação de que o automóvel poderia ter sido entregue já com os estragos, constitui “fato modificativo” do direito do autor, cujo ônus da prova é dele, réu, na conformidade do disposto no art. 333, inciso II do Código de Processo civil. Com efeito, há presunção de recebimento do veículo em perfeito estado, pois não é crível que o “guardador” (nestas circunstâncias equiparado ao “depositário”) receba a coisa para guardar (como para ser depositada) com estragos sem consignar, expressamente, ressalvas. Tratando-se de presunção *juris tantum*, compete ao interessado — no caso, aquele incumbido da guarda — fazer a prova em contrário. As providências do autor — interpellando funcionários do Supermercado; dando queixa na Polícia; requerendo devolução do veículo através providências judiciais junto ao Juízo da 2ª Vara Criminal; o talão de compras, e sobretudo o bilhete ou “ticket”, provam à saciedade as alegações do autor.

A DOUTRINA

VI. O fato do estacionamento de veículos desafiou os estudiosos do direito a caracterizá-lo juridicamente pela existência ou não de uma relação contratual. Com o passar do tempo, foi amadurecendo na doutrina como na jurisprudência o reconhecimento das seguintes modalidades de estacionamento: 1ª) aquela

em que o veículo é dado para depósito, com entrega das chaves; 2ª) aquela em que o condutor conserva as chaves consigo, mas recebe um comprovante (bilhete, recibo, ticket); 3ª) uma outra modalidade, quando não há comprovante algum. Para cada uma das situações fáticas, corresponde uma denominação jurídica com as respectivas conseqüências de reparação dos danos, à luz dos princípios da responsabilidade civil contratual.

VII. Naquela primeira modalidade, há indiscutivelmente, contrato de depósito, que pode ser escrito ou verbal (como é da natureza deste tipo de contrato). Mas há sempre (mesmo que não haja todo um instrumento de contrato redigido e assinado pelas partes) um comprovante, para segurança das partes, com vistas à prova do contrato. É o que ocorre nos depósitos dos aeroportos, estações rodoviárias, bancos (guarda de jóias e documentos de valor). Nestes casos as relações das partes são regidas pelas disposições atinentes ao contrato de depósito, dos arts. 1.266 e seguintes do Código Civil. Acessoriamente, dá-se contrato de depósito quando levamos nosso carro à oficina para consertar (ao contrato principal de prestação de serviço, adere o acessório de depósito); quando nos hospedamos em hotéis ou similares (ao contrato principal de hospedagem agrega-se o acessório de depósito das malas do hóspede).

VIII. Na segunda modalidade de estacionamento, não deixamos as chaves com o encarregado; assim, como não há a entrega da coisa — o veículo — ou melhor, a real disponibilidade da coisa dada em guarda, alguns doutrinadores entendem que não se caracteriza contrato de depósito, pois uma de suas características é a posse por parte do depositário. Não dispondo das chaves, não se pode dizer, rigorosamente que o guarda tenha a posse do veículo e assim não se investe o mesmo na qualidade de “depositário”, pois depósito é contrato “real” (cfr. Orlando Gomes, Contratos, pág. 382, 4ª ed.). Criou-se, destarte por “direito pretoriano”, conforme reiteradas decisões dos Tribunais, e apoio na doutrina, a figura do contrato de guarda — mais um dentre os contratos inominados do Direito Brasileiro. Todavia, há jurisprudência identificando o “guarda” ao “depositário”. Tanto no contrato de depósito como no contrato de guarda há responsabilidade civil do “depositário” como do “guarda” (=guardador, chamam alguns autores), aquele que recebeu a coisa para depósito ou guarda.

IX. Finalmente, na terceira e última modalidade não há controle da entrada do veículo, não se fornecendo ticket de comprovação do estacionamento; assim, não há contrato algum, não se podendo atribuir responsabilidade a quem não se comprometeu em guardar ou vigiar o veículo, e por isso mesmo o dono da coisa não lhe cobrou comprovante algum. No caso sub judice estamos diante de fato que se adequa aquele segundo tipo ou modalidade de estacionamento, que caracteriza, sem sombras de dúvidas, contrato de guarda. Nesta modalidade de estacionamento há controle de entrada e saída do veículo, com entrega de ticket (bilhete ou similar) ao motorista. Deste tipo, precisamente, é o estacionamento do Supermercado Bompreço, réu e apelado. Nestas duas modalidades — contrato de depósito ou contrato de guarda — há responsabilidade do depositário ao qual se equipara o responsável do estacionamento: aquele se compromete a guardar ou vigiar o veículo estacionado.

X. Em processos precedentes, Ap. 221/92, Acórdão 704/92 e Ap. 115/93, Acórdão 586/93, envolvendo esta questão de responsabilidade por danos em veículo no estacionamento, em que foi demandado o Shopping “Riomar”, opinamos pela improcedência da ação porque ali ocorria aquela terceira modalidade de estacionamento: a céu aberto, sem controle da entrega dos veículos através de ticket. Tempos depois, a Administração do Riomar passou a controlar a entrada e saída dos veículos, cercando o estacionamento, com entrega de ticket, como no caso a julgamento. Já agora, em situação análoga, aquele Shopping Center pode ser responsabilizado por danos nos veículos deixados em seu estacionamento.

XI. Invocou-se na demanda as disposições do art. 1.521, inciso III do Código Civil. Data vênua, pensamos não ser caso de sua aplicação para o fato a julgamento, pois o autor não atribuiu a empregados ou prepostos do réu o cometimento do dano em seu automóvel. irrelevante é que o autor do estrago do mesmo, seja empregado ou terceira pessoa (um cliente do Supermercado). Reiteramos observação inicial: o caso é de responsabilidade contratual: não cumpriu o réu seu dever (contratual) de guardar o veículo do autor, faltando às suas obrigações de vigilância (guarda, proteção) da coisa recebida. O citado art. 1.521, III da lei civil somente é aplicável se o autor atribuisse a preposto do réu a autoria do dano; não é o caso, como vemos da petição inicial

A JURISPRUDÊNCIA

XII. Após algumas vacilações, aos poucos os Tribunais foram firmando jurisprudência no sentido da responsabilidade dos administradores de estacionamento, no sentido que vimos expor. Além dos arestos citados pelo autor (fls. 76), invocamos:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Estacionamento próprio de supermercado — Furto de veículo — Indenização — De acordo com a orientação da 3ª Turma existe, em casos dessa espécie, contrato de depósito, ainda que gratuito o estacionamento, respondendo o depositário, em consequência, pelos prejuízos causados ao depositante (R. Esp. 4.582). ‘Serviço prestado no interesse do próprio incremento do comércio’, daí ‘o dever de vigilância e guarda’ (R. Esp. 5.886). Recurso provido, declarada a procedência da ação — 3ª T. R. Esp. 8.069-PR, Rel. Ministro NILSOM NAVES”.

*“Civil — Indenização — Contrato de depósito para guarda de veículo — Estacionamento — Furto. I. Comprovada a existência de depósito, ainda que não exigido por escrito, o depositário é responsável por eventuais danos à coisa. II. Depositado o bem móvel (veículo), mesmo que gratuito o estacionamento, se este se danifica ou é furtado, responde o depositário pelos prejuízos causados ao depositante, por ter aquele agido com culpa **in vigilando**, eis que é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence (art. 1.266, 1ª parte, do CC). III. Recurso conhecido a que se nega provimento — 3ª T. R. Esp. 6.517-RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER” — in DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR e outros, Código Civil nos Tribunais, pág. 7.636 e 7.637, 1ª ed., Editora Jurídica Brasileira, 1993.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ:

“Responsabilidade civil. Furto de automóvel. Estacionamento. Responsabilidade do proprietário e seu preposto. Ação procedente. Recurso não provido, Apelação Cível nº 533/82, Rel. Desembargador MARINO BRAGA”. — DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR e outros, Código Civil nos Tribunais, pág. 1.332, Ed. Jurídica Brasileira, 1ª ed., 1993.

No mesmo sentido, entre outros, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Rec. Esp. nº 32.826-SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO — Obr. cit. Anuário de 1994, pág. 1.025.

Com efeito, esta a jurisprudência predominante, seja no caso de dano parcial — estragos ou avarias no veículo — seja no dano total — furto — identificando-se os contratos de depósito e guarda para efeito de responsabilidade civil.

CONCLUSÕES

- 1ª) Provou o autor ter deixado seu veículo no estacionamento do réu, com o ticket exibido nos autos;
- 2ª) o estacionamento é daqueles controlados por prepostos do mesmo, o “Supermercado Bompreço”;
- 3ª) não provou o contrário o réu (que o veículo já se encontrasse danificado);
- 4ª) o fato caracteriza contrato de “guarda”, equiparado, para efeitos jurídicos, ao contrato de depósito (arts. 1.265 e 1.266 do Código Civil);
- 5ª) conquanto possamos admitir que o autor tenha passado por uma série de vexames com os fatos que motivam a ação, acolhemos as objeções do réu e apelado, quanto à alegação de não caracterização de danos morais.

Do exposto, pelo provimento em parte do apelo nos pronunciamos, para reforma da douda sentença e decisão de procedência parcial da ação, excluindo-se da condenação o pedido de reparação por danos morais, limitada a indenização aos danos materiais e consectários de direito (correção, honorários de advogado, etc.), com o que às partes a E. Câmara Cível fará JUSTIÇA.

Sub censura, este o parecer.

Aracaju, 11 de março de 1996.

1. **AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO – EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS (ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL)** – Satisfeita a obrigação pelo alienante, não há cuidar-se da aplicação da exceção do contrato não cumprido.
2. **TERCEIRO DE BOA-FÉ** – a rescisão de contrato não pode refletir na esfera de interesses de terceiro, que dele não tenha participado. **TRADIÇÃO – EFEITOS** – Realizada a tradição, opera-se, de logo, a aquisição da propriedade, refletindo, ainda, na perda da posse.

Gilberto Vila Nova de Carvalho
Procurador de Justiça

1. Versam os autos sobre ação resolutória de contrato de compra e venda, cujo objeto é coisa móvel. A ação foi proposta contra o adquirente, que não mais se encontrava titularizado no domínio e na posse do bem. Funda o Autor sua pretensão no art. 1.092 do Código Civil, onde se encontra estampada a ***exceptio non adimpleti contractus***.

1.a Citada por edital, a Promovida deixou de acudir ao chamamento judicial. Verificada a revelia, nomeou-lhe o Juízo de primeiro grau curador, observando a norma do art. 9º, inciso II, 2ª parte, do Código de Processo Civil.

2. Louvando-se no acervo probatório coligido n'outras ações conexas – embargos de terceiro e cautelar de busca e apreensão – proferiu a douta Juíza da 13ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, em julgamento antecipado, a r. sentença de fls. 62 ***usque ad*** 66, declarando a improcedência da propositura. Editou

a ínclita Magistrada que, *“comprovado se encontra nos autos, que a compra e venda realizada com pagamento mediante títulos pro soluto, se aperfeiçoou, não havendo o que se falar em desfazimento ou perdas e danos, cabendo ao ‘demandante a obtenção de seu crédito através da via processual adequada’.*” (sic).

3. Irresignado, interpôs o Demandante o presente recurso, aduzindo que há contradição entre a sentença e outra proferida nos embargos de terceiro, estes ajuizados por José Antônio dos Santos, último adquirente do veículo que serviu de objeto ao contrato rescindendo

4. É o que se contém nos autos. Passamos à análise do inconformismo nos tópicos que subseguem.

5. **EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS**

Inaplicável na **fattispecie** a exceção do contrato não cumprido, abraçada pelo nosso Ordenamento Jurídico na forma do art. 1.092 do Código Civil.

*“A exata reciprocidade é a essência dos contratos bilaterais. A prestação de uma das partes depende tão intimamente da de outra, que, se uma delas quiser acionar seu co-contratante, deve, antes de tudo, não ser passível da arguição de ter faltado à obrigação que assumiu sob pena de ser repellido pela **“exceptio non adimpleti contractus”** (exceção do contrato não cumprido).”*

*“A execução deve, pois, ser simultânea, ‘**donnant donnant**’, como dizem os franceses, ‘**zug um zug**’, como ensinam os alemães”.*

“Nos contratos bilaterais é, portanto, uma regra inflexível que nenhuma das partes pode exigir da outra o cumprimento da obrigação sem que tenha cumprido a sua”.

“De outro modo pode sempre a outra parte, até que isto se realize, recusar-se a executar, salvo se cláusula contrária impuser regra diversa.” (CARVALHO MENDONÇA, in Doutrina e Prática, nº 640).

5.a Se o réu se encontrava em mora e idêntica não era a situação do autor, evidente que não poderia invocar a **exceptio**

non adimpleti contractus. Assim decidiu o TJMG. Por outro lado, segundo aresto do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso, “*a parte que cumpriu a sua prestação em contrato bilateral tem direito de exigir que a outra cumpra a contraprestação, ou haver perdas e danos*” (in RT, 503/180).

5.b A lógica orienta nesse sentido. Cumprida a obrigação pelo contratante, não há lugar para resolver ou recusá-la, com fulcro na exceção sob comento. Indaga-se: num contrato bilateral, a exemplo do contrato de compra e venda, é possível a rescisão, se o objeto já foi transferido a terceiro de boa-fé? Ainda, aperfeiçoado o negócio e pago o preço através de títulos de crédito **pro soluto**, pode o alienante pleitear a rescisão?

5.b.1 A resposta a tais indagações permitirá definir a solução adequada da lide. Em primeiro lugar, sabendo-se que a tradição opera a transmissão de propriedade móvel, nos termos do art. 620 do Código Civil, é evidente que transferido o domínio, poderia dele dispor o adquirente, segundo disposição do art. 524 do mesmo Estatuto. Demais disso, a tradição, ao tempo em que opera a transferência da propriedade do bem móvel, importa na perda da posse pelo tradente (art. 520, II, Código Civil). E o terceiro que vem a adquirir o bem transmitido, não pode ser alcançado pelas exceções pessoais possíveis de serem opostas pelo primitivo proprietário contra quem lhe alienou. “*O vendedor vítima de estelionato praticado pelo comprador, que pagou com cheques sem fundos, não tem ação para reaver a coisa já em poder de terceiro de boa-fé*” (RT 448/115, apud DARCY ARRUDA MIRANDA, in “*Anotações ao Código Civil Brasileiro*”, vol. 2º, pág. 37, Saraiva, 5ª Edição, 1995).

Impende considerar que, no caso dos autos não se pode cogitar, sequer, da prática do estelionato na modalidade de emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, e que, em se tratando de cheque pré-datado desfigurada fica a fraude, por não-mais se tratar de ordem de pagamento à vista. Convertido o cheque em garantia de pagamento, equipara-se a uma promissória, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal. Garantia de pagamento, desvinculada do negócio originário – **pro soluto** – os cheques utilizados para tal fim, adquirem autonomia, não mais se podendo cogitar do preço, mas da exigibilidade do título representativo do pagamento.

Com razão a douta sentenciante, com a resposta à segunda indagação.

6. LIMITE SUBJETIVO DA COISA JULGADA

Um outro ângulo de análise exsurge para o exame acurado da lide. A rescisão pretendida pelo Autor se dirige apenas à adquirente, a empresa que com ele celebrou o contrato de compra e venda. Os terceiros por ele nominados no corpo da inicial não foram convocados a integrar a relação processual. Nessa situação, reclamou prestação jurisdicional insuscetível de execução, ante o princípio do limite subjetivo da coisa julgada, preconizado no art. 472 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

6.a Para que pudesse refletir na esfera patrimonial dos terceiros e sucessivos adquirentes, indispensável seria que fossem chamados a integrar a lide, provando-se, ademais, a má fé na aquisição.

A sentença, portanto, deu à causa a solução adequada, conformando-se ao Direito

Diante do exposto, somos porque se conheça do apelo, por ser caso, mas para lhe negar provimento, preservada a r. sentença combatida por seus próprios fundamentos.

Este, o parecer.

Aracaju, 30 de agosto de 1996

PROMOÇÕES
1ª Instância

AÇÃO DECLARATÓRIA PARA AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. O FATO OBJETO DA CONTROVÉRSIA É RELAÇÃO JURÍDICA ADMITIDA (ART. 55, §2º da LEI Nº 8.213/91). INEXIS-TÊNCIA DE HIERARQUIA OU TARIFAÇÃO DE PROVAS, MAS RESTRIÇÃO LEGAL AO USO DE MEIO EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. LIMITAÇÃO JÁ EXISTENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE NÃO CARACTERIZA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO (AD EXEMPLUM, ARTS. 141, DO CÓDIGO CIVIL, 401, 402, E 1.102a, DO CÓD. DE PROCESSO CIVIL).

Sílvio Roberto Matos Euzébio
Promotor de Justiça

ELIZEU FARIAS, qualificado às fls. 02, requereu a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA**, processo registrado sob o nº 44/95, contra o INSS e o MUNICÍPIO DE ARACAJU com o objetivo de ver reconhecido e averbado tempo de serviço como trabalhador rural desenvolvido no imóvel denominado "Serra dos Homens", de propriedade do Sr. Ednaldo Alves Argolo e sua esposa, situado neste Município, no período entre janeiro de 1965 a março de 1985, sendo que posteriormente, em 1979, passou a ser proprietário do mesmo.

Com a inicial acostou procuração e cópia de ação de justificação de tempo de serviço processada neste mesmo juízo, processo nº 58/94.

Citados os réus, o segundo, o MUNICÍPIO DE ARACAJU, aduziu a incompetência do Juízo e o autor pretende de forma descabida obter aposentadoria precoce, cf. fls. 89; e juntou documentos funcionais. Já o primeiro, o INSS, apresentou como razões de

defesa, a improcedência do pedido face à ausência de início de prova material como exigem os arts. 108 e 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, e 179, do Decreto nº 611/92; e citou jurisprudência sobre a improcedência da ação.

Com vista das contestações o autor, às fls. 102 requereu o prosseguimento e sustentou a competência do Juízo.

Em despacho às fls. 104, o próprio Juízo se deu por competente ao fundamento de se tratar de competência relativa (art. 100, do CPC), e designou audiência de instrução para a colheita de prova testemunhal, realizada cf. termo de fls. 120.

Em memoriais, as partes apenas ratificaram suas posições, fls. 132 e segs. Finalmente os autos foram apresentados com vistas para o Ministério Público para manifestação.

É O RELATÓRIO.

A disposição lógica das questões postas é *conditio sine qua* para a resolução adequada do feito.

Antes das preliminares suscitadas, os exames da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica devem ser tidos como fundamentais.

O MUNICÍPIO DE ARACAJU figura indevidamente como parte passiva na ação. Seria apenas o destinatário de outra pretensão do autor, caso tivesse reconhecido o tempo de serviço como trabalhador rural, nada mais. Apenas, na possibilidade de ver o alegado tempo de serviço como trabalhador rural reconhecido, no caso por decisão judicial, e recusado pela Administração Municipal de Aracaju, é que então passaria a ter pretensão legítima contra o réu.

Diz o art. 3º, do CPC, que, para propor ou CONTESTAR ação é necessário ter interesse e legitimidade. Portanto o parecer é pela exclusão do MUNICÍPIO DE ARACAJU, por ilegitimidade passiva e falta de interesse, *ex vi* do teor normativo do art. 267, VI. Caso contrário, seja reconhecida a incompetência do Juízo, *ratione materiae*, na forma do arts. 76, I, "a", da Lei Estadual nº 2.246/76, c/c 113, do CPC.

Sobre a carência da ação por falta de possibilidade jurídica, art. 267, VI, *idem*, primeiro, é importante registrar que a jurisprudência nos nossos Tribunais, é vacilante, inclusive nos próprios órgãos internos.

Vejam os:

“Processo civil. Previdência Social. Tempo de Serviço. Atividade rural anterior à Lei nº 8.213, de 1991. Ação Declaratória. Carência. 1. A ação Declaratória — salvo em relação à autenticidade ou falsidade de documento — só pode ter por objeto a existência ou inexistência de relação jurídica, sendo incabível para obter mera declaração de fato (art. 4º, do CPC). 2. A ‘Declaração de Tempo de Serviço’, para ser objeto de Ação Declaratória, há de estar reverenciada a uma relação jurídica previdenciária, atual ou pretérita. Em se tratando, como no caso, de ‘tempo de serviço rural’ que, à época de sua alegada prestação, não importava relação jurídica de filiação previdenciária, nem obrigatória nem sequer facultativa, o seu reconhecimento puro e simples, nada mais significa do que o reconhecimento da existência de uma situação fática e, como tal, é incabível em Ação Declaratória (...)” Ac. Un. Da 5ª T, do TFR da 4ª R., AC. 94.04.31757-8/rs, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, j. em 14.09.95, DJU 2, 18.10.95, pg. 71.584, pub. IOB RJ, ementa nº 2/10647, nº 22/95.

“Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Ação Declaratória. Possibilidade. Recurso provido. I – É possível utilizar-se da ação Declaratória para a veiculação da pretensão contida na exordial, não havendo que se falar, na espécie, em falta de interesse processual. II – Apelação provida, para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem para que outra seja prolatada.” Ac. un. da 1ª T, do TFR da 3ª R., AC. 94.03.083375-0/SP/209599, Rel. Juiz Theotonio Costa, j. em 22.11.94, DJU 2, 25.04.95, pg. 23.622, pub. IOB RJ, ementa nº 2/10108.”

Assim é mister fazer uso de outras fontes de interpretação sobre a matéria.

Conforme corrente, a tutela jurisdicional admite as espécies declaratória, condenatória, constitutiva e ainda mandamental, para alguns, conforme a relação jurídica ou objeto de direito material em lide.

Acontece que o CPC estabeleceu no seu art. 4º, os lineamentos da tutela declaratória. Diz:

“Art. 4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I. da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II. da autenticidade ou falsidade de documento;

Parágrafo único. É admissível a Ação Declaratória, ainda que tenha ocorrido violação do direito.”

Em interpretação ao texto, os Processualistas não se cansam de repetir:

“Outro ponto para o qual cumpre atentar é o de que, contrariamente ao que existe no direito português, não se presta a Ação declaratoria à afirmação de fatos, mas, tão somente de uma relação jurídica, com a única exceção da autenticidade ou falsidade de documento. Inadmissível a Ação Declaratória para a prova da existência ou inexistência de um simples fato (...).” SÉRGIO SAHIONE FADEL, in *CPC Comentado*, Forense, Vol. I, 5ª ed., pg. 48.

“A não ser o caso, único, da Ação Declaratória de autenticidade ou de falsidade documental, somente uma relação jurídica ou um estado, podem ser objeto de Ação Declaratória.” OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA, in *Curso de Processo Civil*, SafE, vol I, 1991, pg. 122.

Ora, o fato objeto de controvérsia e que se pretende ver declarada constitui ele mesmo uma relação jurídica admitida como possível pelo art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, invocado pelo réu, o INSS. Vejamos o conteúdo:

“O tempo de serviço do segurado trabalhador rural anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.”

Aqui, o parecer é pela existência de possibilidade jurídica do pedido, afastada a aplicação do art. 267, VI.

Resta, no mérito, a apreciação do alegado quanto à inexistência de início de prova material, bem como seu cabimento.

Sobre o cabimento, novamente, o aspecto é controvertido nos Tribunais e até mesmo nos seus órgãos internos. Vejamos:

“Previdenciário. Rurícola. Aposentadoria. Prova puramente testemunhal. Impossibilidade (ERESP nº 41.110-4/SP, julgado em 18/08/94). Aplicação do art. 55 da Lei nº 8.213/91 (Ressalva do ponto de vista do relator). Recurso especial conhecido.” Ac. un. da 6ª T. do STJ – Resp 55.506-0-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, 1. em 15/12/94, DJU 1 de 20.02.95, pg. 3.222, pub. IOB RJ, ementa 2/9868.

“Previdenciário. Prova testemunhal. Lei nº 8.213, 24.07.91, art. 55, § 3º... Inteligência. A Constituição da República garante o acesso ao Judiciário. Evidente, para garantir também a justiça material. Admite todos os meios de prova. Registra apenas uma ressalva: desde que obtida por meio ilícito. A prova testemunhal é idônea para, isoladamente, evidenciar fato juridicamente relevante.” Ac. Un. da 6ª T. do STJ – Resp. 45.598/7-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, em 07/06/94, DJU 1 de 08.08.94, pg. 19.576, publ IOB RJ, ementa 2/9267.

É sabido e consabido que entre os meios de prova não existe hierarquia, e o juiz somente está adstrito ao livre convencimento, devendo, apenas fundamentar, em qualquer caso, a sua decisão.

Entretanto, a exigência de início de prova material para a declaração de tempo de serviço, nem estabelece tarifação dos meios probatórios, nem tampouco afasta o princípio do livre convencimento, como à primeira vista pode aparentar, inclusive pela leitura do art. 131, do CPC.

Mas não é bem assim.

Não bastasse a inexistência de supremacia entre o CPC e a Lei nº 8.213/91, de forma que o critério cronológico ou da ***lex posterior derogat priori*** (de dois atos de vontade da mesma pes-

soa vale o último no tempo) para a solução antinomias no ordenamento jurídico entre as regras (arts. 131, do CPC X 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91), vamos observar que o próprio Estatuto Processual de Ritos firma restrições à prova testemunhal sem que nenhuma voz os proclame inconstitucionais ou coisa que o valha.

Para exemplificar podem ser citados:

“Art. 1.102a. A ação monitória a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

*“Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:
I. houver começo de prova por escrito, reputando-se o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova.”*

*“Art. 401. A Prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”
(grifos nosso)*

Trata-se de uma limitação à prova testemunhal utilizada de longa data pelo nosso legislador, cf. art. 141, do Código Civil.

É o que leciona o Prof. GRECO FILHO, no seu *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vol. 2, Saraiva, 6ª ed., pg. 213:

“É a própria lei que faz restrições ao uso da prova testemunhal, bem como a coloca em segundo plano se o fato já está provado por documento ou confissão. José Frederico Marques afirma que a lei ‘tem alguma desconfiança para com a prova testemunhal, o que se manifesta em limites e restrições pertinentes à sua realização e admissibilidade’.”

No presente caso, o autor somente produziu prova testemunhal, quer seja na justificação acostada, quer na instrução do presente feito.

Isto dito, o parecer do Ministério Público de Sergipe, através do Promotor Titular da Comarca é, no mérito, pela improcedência da ação proposta por ELIZEU FARIAS, e tombada sob o nº 44/95.

S.M.J.

Porto da Folha, 20.08.96

Ação Civil Pública. Pedido incidental de reconhecimento da inconstitucionalidade de lei municipal, que fere dispositivos contidos na lei federal de parcelamento do solo urbano. Invasão da esfera de competência legislativa da União, a quem compete legislar sobre normas gerais de direito urbanístico, pelo Município de Aracaju.

Ana Paula Machado Costa Menezes
3ª Promotora de Justiça Especial Cível

O Ministério Público do Estado de Sergipe, por sua Promotora de Justiça, nesta Comarca, nos autos do Processo nº 058/94, com atribuições de Curadora do Patrimônio Público, com fulcro nos arts. 129, III, CF, 118, III, da Constituição Estadual, 1º, IV, e 5º, "caput", da Lei nº 7.347, de 24.07.85, vem, à presença de Vossa Excelência, apresentar RÉPLICA à CONTESTAÇÃO oferecida pelo representante legal do Município de Aracaju, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir expostas:

DOS FATOS

Em 18 de julho de 1995, o Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Aracaju promulgou a Lei Municipal nº 2.274, autorizando a Municipalidade a alienar partes de terrenos destinados às praças, localizadas no Conjunto Augusto Franco. Essa lei desafetou áreas de uso comum do povo de sua destinação pública originária, transformando-as em bens disponíveis do Município (doc. de fls.25).

Com o objetivo de auscultar a vontade dos habitantes do Conjunto Augusto Franco sobre a hipótese de alienar partes de praças públicas, assim também, de dar cumprimento ao disposto no art. 28, da Lei Orgânica do Município de Aracaju, o Exmo. Prefeito Municipal promoveu um plebiscito, cujo procedimento foi regulamentado pelo decreto nº 08/96 (doc. 42).

DAS RAZÕES ADUZIDAS PELO RÉU NA CONTESTAÇÃO

Preliminarmente, alega o Réu que a presente ação civil pública não é o instrumento adequado para se obter a declaração direta de inconstitucionalidade, sob o argumento de que as sentenças, nesta espécie de ação, têm efeito “*erga omnes*”.

Assevera também o ilustre Procurador do Município que é a ação popular o mecanismo processual plausível para tutelar a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e não ação civil pública. Por fim, formaliza pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação, a impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, o Réu contestou, dizendo da possibilidade de venda de bens públicos de uso comum do povo, isto é, assegura não haver impedimento à alienação de logradouros públicos, desde que, dentre outros requisitos, estejam presentes: lei autorizativa específica, avaliação prévia e procedimento licitatório, conforme determina a Lei nº 8.666/93.

Acrescenta ainda o Nobre Procurador Municipal que foi realizado plebiscito, exigível pelo art. 28 da Lei Orgânica do Município, restando demonstrada a aquiescência dos moradores do Conjunto Augusto Franco quanto a alienação de parte das praças públicas.

Ao final, arremata dizendo que o Ministério Público não localizou áreas de atritos entre a referida lei municipal e a Constituição, mas tão somente fez menção à ofensa da lei municipal nº 2.274/95 a dispositivo da lei federal nº 6.766/79, que disciplina o parcelamento do solo urbano, equiparando, desta forma, a condição de prefeito a de loteador.

DA IMPROCEDÊNCIA DAS PRELIMINARES ARGÜIDAS

No sistema brasileiro o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado. O primeiro, exercido por ação direta de inconstitucionalidade, e o segundo, por via de exceção, podendo ser suscitada, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante qualquer juízo em qualquer tipo de ação. É a lição de José Afonso da Silva em sua obra “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, 11ª edição, pág. 55:

“Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”.

A ação civil pública em apreço não foi intentada com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade direta da lei municipal nº 2.274/95, mas visando obstar a venda ou alienação de parte de praças públicas situadas no Conjunto Augusto Franco, invocando portanto a prestação jurisdicional do Estado para obter sentença que determine ao Réu obrigação de não fazer.

Embora o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei municipal em estudo tenha sido incluído no rol daqueles elencados sob a epígrafe “Do Pedido Principal”, é evidente sua natureza incidental, pois estamos diante de um caso concreto, havendo nítida necessidade de neutralizar, por via de exceção, o efeito desta lei, editada justamente para viabilizar a venda de bens de uso comum do povo. Constitui-se tal pleito em pura questão prejudicial ao direito que fundamenta pedido relativo à obrigação de não alienar.

Por outro lado, inexistente obstáculo de ordem legal à formulação de pedido incidental sobre questão prejudicial constitucional, em ação civil pública. A sentença de efeito “*erga omnes*” fulminará apenas a relação jurídica “*sub judice*”, submetendo à autoridade da coisa julgada as partes e os co-titulares do interesse tutelável, que não participaram do contraditório; sem atingir obviamente relação jurídica diversa, fundamentada na lei impugnada, que permanecerá aplicável, em tese, até que seja suspensa sua eficácia pelo Senado Federal. Novamente nos reportamos aos ensinamentos do eminente doutrinador José Afonso da Silva, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág.56:

“A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito

diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato.”

O presente processo engloba a cumulação de duas ações: uma, de natureza claramente declaratória incidental e outra principal, essencialmente condenatória, que serão julgadas numa única sentença, sendo que o julgamento da primeira precederá o da última, na conformidade do que dispõem as regras processuais civis. Neste passo, é interessante ressaltar o ensinamento do ilustre processualista Moacyr Amaral Santos, em sua obra *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 17ª edição, pág. 252, que esclarece a diferença entre ação principal e incidental: *“Ação declaratória incidental é ação a que se condiciona o resultado da ação principal”*.

Ao infringir dispositivos da lei federal nº 6.766/79, que disciplina o parcelamento do solo urbano, a lei municipal nº 2.274/95, tornou-se inconstitucional, pois invadiu esfera de competência legislativa da União, a quem compete legislar sobre normas gerais de direito urbanístico, contrariando ostensivamente art. 24, inciso I, §§ 1º e 2º, da CF. Cabe ao Município somente legislar suplementarmente sobre matéria reservada à União e aos Estados, consoante preconizam os arts. 30, incisos I e II, da Carta Magna e 18, inciso I, da Lei Maior estadual. Portanto, não pode o Prefeito Municipal promulgar diplomas legais que olvidem a legislação federal vigente.

Quanto ao objeto da ação civil pública, o art. 129, inciso III, da CF, ampliou o campo de incidência da mesma, igualando, neste ponto, seu objeto ao da ação popular constitucional, insculpida nos moldes do art. 5º, inciso LXX, da Carta Magna, e legitimando o Ministério Público para a tutela jurídica do patrimônio público e social, nos termos da Lei 7.347/85.

O eminente Procurador de Justiça Édis Milaré, em seu livro *“Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional”*, Saraiva, 1990, págs. 14/23, corrobora nosso posicionamento e define patrimônio público e patrimônio social:

“Cumpre, entretanto, observar, quanto às hipóteses de cabimento da ação civil pública, que a Constituição Federal, no art. 129, III, ampliou-se, indiscutivelmente, em relação à Lei nº 7.347/85, ao permitir seu

ajuizamento para a proteção do 'patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos'. A expressão, por sua generalidade, alarga o campo de abrangência da ação civil pública, quer para o Ministério Público, quer para terceiros legitimados, já que convertida em instrumento de defesa não só do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, mas de todos e quaisquer interesses difusos e coletivos que estejam a exigir tutela judicial.

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;

§ 1º

*Apenas por questão metodológica, poder-se-ia fazer o seguinte detalhamento: patrimônio público, em acepção restrita, seria indicador do conjunto de bens de uso especial e dos bens dominiais da pessoa pública, respectivamente, bens do patrimônio indisponível e bens do patrimônio disponível, enquanto o patrimônio social exteriorizar-se-ia como expressão dos bens de uso comum do povo (**res communes omnium**), sempre indisponíveis."*

De observar-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a questão. Vejamos:

"Processo Civil, Mandado de Segurança. Ação Civil Pública. Proteção ao Meio Ambiente e ao Patrimônio Público. Juízo Competente (art. 2º, da Lei nº 7.347/85).

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

*Recurso Improvido, por unanimidade.
(Rec. em M.S. nº 3.106-3 – PE – STJ – 1ª Turma –
Rel. Min. Demócrito Reinaldo – d. em 08.09.93 – DJU
de 27.09.93 – pág. 19777)."*

Assim, chegamos a inexorável conclusão de que é descabida e esvaziada de fundamento jurídico a arguição de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que o pleito de declaração de inconstitucionalidade, em estudo, tem caráter evidentemente incidental e os bens públicos em litígio fazem parte do acervo patrimonial indisponível do Município, devendo o Ministério Público salvaguardá-los, mediante ação civil pública, sempre na defesa dos interesses coletivos e difusos.

MÉRITO

No mérito ratificamos todos os termos da peça proemial, repetindo que é ilegítima a forma de realização do plebiscito, pois deixou dúvidas quanto à autenticidade da consulta popular; mesmo porque a comunidade do Conjunto Augusto Franco tem se manifestado contrariamente às alienações "*sub judice*", através de programas jornalísticos das emissoras de rádio e de periódicos distribuídos nesta Capital.

É oportuno ressaltar que os documentos acostados pelo Réu nada comprovam, pois apenas demonstram a forma imprópria e inadequada como se operou o plebiscito, sem conseguir de modo algum reproduzir fielmente a autorização popular.

Digno de nota, ainda, é o fato de não se vislumbrar, com clareza, o interesse público no ato administrativo de alienar os bens em tela. Se o objetivo é urbanizar as praças do Conjunto Augusto Franco, o Prefeito Municipal poderia lançar mão do instituto legal criado pela Lei nº 2.140/94, (doc. de fls. 27) atinente à adoção de praças e canteiros centrais de avenidas, jardins públicos, balões rodoviários, por entidades e empresas, visando manter e ornamentar tais logradouros públicos, deixando-os a salvo de ações de especulação imobiliárias temerárias.

DO PEDIDO

Diante do exposto, com fulcro nas legislações pertinentes, ficam impugnadas todas as argumentações do Réu em sua peça

contestatória, por serem absolutamente infundadas, requerendo o MINISTÉRIO PÚBLICO o seguinte:

- a) o deferimento das provas pleiteadas na peça vestibular, especialmente, depoimento pessoal do Representante Legal do Município, testemunhal e pericial, sendo nomeado perito para oferecer laudo técnico, com o escopo de verificar se há proporcionalidade entre a quantidade de áreas públicas e a densidade de ocupação do Conjunto Augusto Franco, bem assim constatar se a alienação de parte das praças públicas, sob análise, vai comprometer o percentual de 35%, de que fala o art. 4º, incisos I e IV, da Lei nº 6.766/79.
- b) o não acatamento das preliminares argüidas por não encontrarem agasalho legal no ordenamento jurídico vigente.
- c) a procedência dos pedidos formulados na exordial, por ser de Direito e de Justiça.

Aracaju, 31 de julho de 1996

Ação Civil Pública não se confunde com Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esta, tem foro originário no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade e extirpar do mundo jurídico, via Senado Federal, a Lei Inconstitucional. Aquela, tem previsão legal na própria Constituição Federal, atribuindo ao Ministério Público o dever institucional de defender o patrimônio público.

Lei que se contraponha aos preceitos da Constituição Federal, se anterior a 03 de outubro de 1988, está automaticamente revogada, ou se surgiu no mundo jurídico após a vigência da Lei Fundamental, devem, por via de exceção ou defesa, por controle difuso de constitucionalidade, ter sua eficácia suspensa.

Carlos César Souza Soares
Promotor de Justiça – Simão Dias

I. INTRÓITO

Pré-questionamento:

Não acolhimento de preceito constitucional, que tutela a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público e decisão que atenta contra preceitos do C.P.C.

Da Serventia da Ação Civil Pública:

Por imposição da Constituição Federal do Brasil, AÇÃO CIVIL PÚBLICA é instrumento jurídico que tem como uma das finalidades precípua A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, *in verbis*:

“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;”.

Quiçá, a Carta Magna traz expressamente a matéria a ser apurada nessa especialíssima ferramenta jurídica, meio de defesa contra atos lesivos à coisa pública e dos direitos atinentes a interesses difusos e coletivos, impondo ao Ministério Público, como um dos seus deveres: **encetar a ação civil pública em defesa do patrimônio público.**

Do Objeto da Presente Ação Civil Pública:

Defesa do Erário do Município de Simão Dias, em razão da promulgação de Leis Municipais que, legislando sobre matéria previdenciária — matéria que é de competência exclusiva da União e dos Estados-Membros — impôs ao Município a obrigação de pagamento de benefícios a vereadores “aposentados”.

Do Fundamento Constitucional:

Em cada caso concreto, havendo lesão a um direito em razão de lei inconstitucional, pode a parte interessada, para se livrar dos efeitos da lei inconstitucional, propor ação para apreciação, pelo juiz de direito, ou até mesmo por qualquer tribunal, fazendo prova da alegação, sinalizar o dano que está sofrendo ou na iminência de sofrer, em razão de norma inconstitucional. Feito o pedido do reconhecimento da lesão, e em forma de garantia dos direitos subjetivos dos indivíduos, é decretada a inconstitucionalidade, ENTRE AS PARTES, e por consectário a ineficácia da norma, servindo, apenas, ao caso examinado, ficando incólume a norma em relação a terceiros. É a declaração de **inconstitucionalidade pelo método difuso, por via de defesa ou exceção.** Esta largamente aplicada e sem desencontro de opinião na doutrina e jurisprudência.

DO JULGAMENTO

A sentença, às fls. 5 e 6, traz expresso:

“A inicial traz como partes (...) apontando os Vereadores como litisconsortes necessários. Figurando o Município como requerido, e sendo pedida a declaração de inconstitucionalidade de duas leis municipais, não se pode dar interpretação de controle difuso, mas de controle concentrado, porque está sendo combatida a lei em tese, não seu efeito entre partes antagônicas.

Seguindo as lições dos ilustres mestres anteriormente citados e entendendo que o pedido na inicial é de declaração, de forma abstrata, de inconstitucionalidade de Lei Municipal, concluo que não há previsão legal, a teor do já transcrito art. 102, inciso I, letra a, da Constituição Federal em vigor.”

A douta Magistrada, ao concluir seu convencimento, da decisão terminativa assim asseverou:

“Ante o exposto, por estar ausente uma das condições da ação e que é a possibilidade jurídica do pedido, julgo extinto o processo sem adentrar o mérito, a teor do disposto no artigo 267, inciso VI, 1ª figura do Código de Processo Civil, bem como o contido no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, ficando revogada a liminar inicialmente, oficiando-se ao Sr. Prefeito Municipal, para promover os pagamentos que foram suspensos em razão dela.”

MOTIVAÇÃO DA IRRESIGNAÇÃO

Sem embargos da sapiência e equilíbrio da nobre Juíza Titular da Comarca, dileta colega dos afazeres da Justiça Pública no dia a dia forense, no presente processo, *data máxima vênia*, não podemos coadunar com a decisão prolatada, que tomou posição decretando ser o pedido juridicamente impossível; e que o pleito é atinente a declaração abstrata de inconstitucionalidade,

por meio concentrado, sendo, pois, ação direta de inconstitucionalidade de preceito da Carta Magna.

Ação Civil Pública não se confunde com ação direta de inconstitucionalidade. Esta tem foro originário no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade e extirpar do mundo jurídico, via Senado Federal, a Lei inconstitucional. Aquela tem previsão legal na própria Constituição Federal, atribuindo ao Ministério Público o dever institucional de defender o patrimônio público.

Lei que se contraponha aos preceitos da Constituição Federal, se anterior a 03 de outubro de 1988, está automaticamente revogada, ou se surgiu no mundo jurídico após a vigência da Lei Fundamental, deve, por via de exceção ou defesa, por controle difuso de constitucionalidade, ter sua eficácia suspensa.

Ao caso vertente, está apontada a Lei Municipal, inconstitucional, que está causando dano ao patrimônio do Município de Simão Dias, tendo a Ação Civil Pública sido aforada, de forma concreta, com a finalidade, ÚNICA, de ver cessada a lesão que vem sofrendo os cofres do Município. Porém, para tanto, mister se faz antes o requerimento que seja declarada a Lei inconstitucional, para que seja possível ser aplicado o direito de natureza constitucional relatado no pedido.

A decisão tomou posição que o feito tem forma de controle concentrado, com pedido de declaração de inconstitucionalidade de maneira abstrata, tratando-se, pois, de ação direta de inconstitucionalidade. *Data vênia*, não é que dos autos se extrai. O pedido foi CONCRETO PARA CESSAR LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. Ademais, o foro, o processamento e legitimidade para este tipo de ação são totalmente diversos da ação civil pública. Nesta, a disposição constitucional tem finalidade específica, conforme acima transcrito da Carta, no item primeiro deste Intróito. Naquela, define a Constituição Federal as pessoas legitimadas para aforamento de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, que tem foro exclusivo no Supremo Tribunal Federal. LOGO, EXISTE PREVISÃO NO MUNDO JURÍDICO; por tal não há que se falar em pedido juridicamente impossível.

Exercendo o mister na defesa do patrimônio público, o Ministério Público detectou que a lesão provém dos efeitos de preceito ilegal e inconstitucional e, COMO VIA DE DEFESA OU EX-

CEÇÃO, requereu que fosse CESSADA A LESÃO AOS COFRES, antes, porém, que fosse declarada A ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE, chamando ao processo o Município, apenas como entidade ordenadora dos recursos públicos e que tem eficácia, unicamente, entre as partes do processo, vale dizer O MINISTÉRIO PÚBLICO e os VEREADORES citados como litisconsortes. Em nenhum momento existiu pedido de extirpar do mundo jurídico os preceitos inconstitucionais.

O julgamento foi diverso, vale dizer, a decisão examinou pedido não formulado, *extra petita*, não tem o fundamento esposado adequação no Código de Ritos Cíveis e não atendeu a determinação dos preceitos da Lei Fundamental. Logo, a decisão não pode subsistir e merece ser reformada.

II. DA EXPOSIÇÃO FÁTICA DO FEITO

O Ministério Público do Estado de Sergipe aforou Ação Civil Pública por estar em vigor lei municipal que tutela previdência social, com pagamentos de aposentadoria a ex-vereadores, figurando-se lesão ao patrimônio público do município de Simão Dias, em razão da inconstitucionalidade das normas, pois previdência social é matéria de exclusiva competência da União e dos Estados. Sendo, então, defeso aos Municípios elaboração de lei contenha essa matéria.

Notícia a petição inicial que em outubro de 1986 foi promulgada a Lei 18/86 que concedia a aposentadoria a Vereadores e Prefeitos (fls. 12), devendo o Erário Municipal suplementar os valores necessários a suprir os benefícios, estes regidos por um Fundo Especial de Aposentadoria Parlamentar (arts. 10 e 13).

Em 22 de novembro de 1991, o Presidente do Legislativo Municipal aprovou a Lei 12/91 (fls. 19), que alterava a Lei 18/86, liquidando a Carteira de Previdência dos Vereadores e Prefeitos e remetendo os aposentados para receberem os benefícios diretamente pelos cofres do Município de Simão Dias. Como, desde então, deu-se início aos danos ao patrimônio público.

Cumprido lembrar que o Presidente da Câmara, à época, Israel Andrade Cruz, que aprovou o Projeto de Lei 12/91, baixou o Ato nº 01/92, datado de 02 de dezembro de 1992, no qual se aposentava, tendo vigor o citado ato em 01 de janeiro de 1993, quando expirava o seu mandato no legislativo, e estando já apto a se “aposentar”, como de logo assim o fez.

Destarte, os princípios que norteiam a Administração Pública, moralidade, impessoalidade, transparência e os demais, asseverados no artigo 25 da Constituição do Estado de Sergipe, estes com sede originária no artigo 37 da Lei Maior, foram ao léu remetidos, ignorados e desprezados, como se tais preceitos de nenhuma serventia se prestassem.

A Lei 18/86 e sua alteração pela Lei 12/91 contraria de forma ostensiva o ordenamento jurídico e em particular a Constituição Federal. Assim, a lesão aos cofres do Município de Simão Dias é inconteste, pois está sofrendo dilapidação em razão de normas municipais inconstitucionais, onde se verifica 09 (nove) ex-vereadores aposentados de forma ilegal (fls. 18). E este é o CONCRETO pedido: que seja obstaculado o pagamento a estes vereadores, bem como a devolução dos valores ilegalmente recebidos.

III. DO EXAME DO DIREITO

De início, cabe o exame da Lei primeira, a de nº 18/86, na qual foi instituída a aposentadoria dos vereadores e prefeitos.

Com o advento da Constituição Federal em outubro de 1988, as Leis que se encontrem em desacordo aos preceitos da Lei Maior revogam-se automaticamente.

A matéria PREVIDÊNCIA SOCIAL e SEGURIDADE SOCIAL, ao teor dos artigos 22, XXIII e 24, XXII da Carta em vigor é de competência exclusiva da União e dos Estados. Logo, aos Municípios é defeso legislar sobre matéria dessa espécie.

No artigo 30 da Carta, onde está disciplinada a competência legislativa dos Municípios, inexistente autorização para que estes legislem sobre matéria previdenciária. Sem controvérsia, legislação municipal abordando matéria providenciária é inconstitucional.

Ainda, por cautela máxima e em última consulta à Carta, no Capítulo que trata DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, de igual sorte, qualquer exceção para o Município legislar sobre matéria previdenciária não se verifica. E, mais, ratificando a inconstitucionalidade da Lei individuada, expressa o artigo 38:

“Ao servidor público em exercício de mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

.....
V. *para efeito de benefício previdenciário, em caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.*”

Pondo definitivo termo sobre discussão do feito à luz da Constituição Federal, a Lei das Leis, ao debruçarmo-nos na Constituição do Estado de Sergipe, encontramos:

“Art. 9º. *Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre:*

.....
X. *previdência social, proteção e defesa da saúde.*”

“Art. 61. *São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:*

.....
IV. *servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a reserva.*”

No Capítulo III — DOS MUNICÍPIOS:

“Art. 13. *O Município reger-se-á por lei orgânica própria... atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal, nesta Constituição e os seguintes preceitos:*

.....
XIII. *processo legislativo municipal, observados os princípios da Constituição Federal e desta Constituição.*”

“Art. 18. *Compete aos Municípios:*

I. *legislar sobre assuntos de interesse local e, suplementarmente, quando couber, sobre aqueles reservados à competência federal e estadual.*”

Em nenhum artigo da Constituição do Estado de Sergipe é encontrado qualquer permissão no sentido de que o Município

legislar em matéria que é privativa do Estado e da União. Ratificado, pois, a contrariedade, também a nível estadual.

Hialino, pois, que efetivamente se firmou a tese sustentada na peça inicial **que o município não pode legislar em matéria previdenciária, como, também, parlamentares não são servidores públicos, são agentes políticos**, com cargo eletivo, transitório, não havendo agasalho para ter direito a aposentadoria, por ser defeso frente à Lei Maior.

Assim, a Lei Municipal 18/86 está totalmente contrária ao que determina a Constituição Federal, por tal FALECEU, constituiu-se em LEI REVOGADA no dia 03 de outubro de 1988.

Por ilustração, vejamos:

1. O julgamento no Supremo Tribunal Federal, no ADIQUO 521, de 07.02.92, da lavra do Ministro Paulo Brossard, sobre fato semelhante:

“Lei anterior não pode ser inconstitucional em face da Constituição superveniente, nem o legislador poderia infringir a Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as.”

“A superveniência da nova Constituição implica revogação das leis que com ela se tornem incompatíveis, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal” (STJ RMS 674-0 — RS — 2ª T — Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro — DJU 08.03.93)

Quanto à Lei 12/91, esta nasceu natimorta, pois alterou uma Lei revogada pela Constituição Federal.

Este Diploma Municipal foi criado, apenas, para asseverar os danos aos cofres públicos, pois remeteu ao município toda a obrigação de pagar os benefícios dos vereadores e prefeitos aposentados.

Promulgada, de maneira idêntica, diametralmente a afrontar as normas constitucionais acima dispostas, pois dispõe sobre matéria previdenciária, o que não se permite aos municípios.

Demonstrado restou estar havendo lesão aos cofres públicos por Lei inconstitucional. A lesão apontada espera-se que seja sanada, através do controle de constitucionalidade, em razão de

ter-se operado automaticamente a revogação da Lei Municipal, pela promulgação da nova Carta, esperando o Ministério Público que se faça Justiça, dando cumprimento a Constituição Federal e a Constituição Estadual, na forma do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Se assim não fosse, o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo método difuso, pela via de defesa ou exceção, cumpre se aplicar. A seguir, estudemos o instituto.

A Profa. Regina Maria Macedo Neri Ferreira, mestra em Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, no seu livro *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, 2ª edição, às fls. 22, leciona que na via de defesa ou exceção o interessado se defende contra a aplicação de uma lei inconstitucional, permanecendo, porém, válida com relação a terceiros, contra quem continua produzindo seus efeitos. Aduzindo ainda à pg. 67 “*A decisão de inconstitucionalidade é, dessa forma, deferida a qualquer órgão julgante — individual, coletivo, comum e especial... Assim, qualquer órgão do Poder Judiciário pode e deve conhecer e decidir a questão de inconstitucionalidade, para então decidir o mérito, aplicando ou não a norma impugnada, consoante seja válida ou inválida frente à Lei Fundamental.*”

Ainda, a Profa. Regina, dissertando sobre a matéria, lembra o escólio de outro mestre: “*Alfredo Buzaid considera que para o Judiciário conhecer a questão de inconstitucionalidade se faz necessário que o interessado ‘proponha uma ação em forma regular, perante ao juízo competente, invocando o direito subjetivo em que se funda a sua pretensão. Suscitado o litígio, cabe ao juiz resolvê-lo. Antes disso, a lei tem validade e força executória’. Tida por inconstitucional, o Poder Judiciário desliga o interessado ou interessados, e só a eles, da submissão do seu império.*”

Dessarte, o método difuso de controle de constitucionalidade, a chamada via de defesa ou exceção, é entre nós residente.

A seguir, lançamos entendimento jurisprudencial, em recente julgado sobre a matéria:

“203209 — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO — LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA — “Não há in-

competência do juízo monocrático para examinar e julgar ação civil que visa a impedir a cobrança de taxa de iluminação pública. Controle difuso da constitucionalidade das leis.” (TARS — AC 194.176.772 — 2ª C — Rel. Des. João Pedro Freire — J 30.03.95)

IV. DO EXAME DA DECISÃO

A respeitável sentença, na sua lauda primeira, resume os termos da petição inicial, indicando que o Ministério Público ajuizou a Ação Civil Pública em razão da promulgação das Leis 18/96 e 12/91, que tutelam a aposentadoria por tempo de serviço e invalidez, atentam contra o Princípio da Moralidade Administrativa e outras, também entendendo ser ilegal e inconstitucional, por atentar de forma ostensiva contra a legislação vigente e inclusive a Constituição Federal, apontando prejuízos aos cofres públicos. Cita o fundamento, qual seja as disposições da Constituição Federal e, ao final requer a declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade das leis municipais, compelindo os acionados a devolverem aos cofres do município todos os valores já recebidos de forma ilegal, pelos vereadores aposentados (método difuso).

Findo o Relatório, passa a fundamentar:

Acolheu a arguição de revelia, pois os Acionados foram citados e não ofereceram defesa.

Em seguida dedica-se a examinar o pedido, às fls. 03, gizando como pedido principal da Ação Civil Pública o contido às fls. 10 da inicial, onde foi pedido a manutenção em definitivo da liminar deferida e o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade das leis municipais que determinaram o pagamento de aposentadoria aos vereadores e prefeitos do município, e coloca reticências. Contudo, faltou reproduzir o pedido que expressa:

“Compelindo os mesmos a devolverem todos os valores indevidamente recebidos até a presente data” (este é o objeto da ação, cessar a lesão aos cofres públicos).

Esposou entendimento, ao fundamentar, que a Ação Civil Pública trouxe no seu pedido um molde de ação direta de inconstitucionalidade, reproduzindo o artigo 102 que delega a competência ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, e no seu inciso I, para processar e julgar ação direta de constitucionalidade no âmbito federal.

Ato contínuo, às fls. 05, cita o Prof. Paulo Bonavides que leciona com muita precisão o controle de inconstitucionalidade das leis por via de exceção, mostrando, efetivamente que no caso concreto, no curso da lide uma das partes, em defesa de sua causa, levanta a objeção da inconstitucionalidade de uma lei e a sentença líquida a demanda, sem, contudo, a anulação da lei, pois o julgamento só será válido entre as partes.

Dando seqüência a lição às fls. 05, o Prof. Bonavides cita o insuperável Rui Barbosa ofertando o precioso ensinamento que a intervenção judicial seja provocada por interessado, em regular processo, não tendo a ação o alvo direto da inconstitucionalidade da lide, apenas o fundamento, que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação, apenas subtraindo à autoridade a espécie em questão e o julgado seja exeqüendo entre as partes.

É exatamente o caso dos autos. O pedido é para sanar lesão aos cofres do município em razão da vigência de lei municipal inconstitucional, ou melhor, lei automaticamente revogada pela vigência da lei maior.

De bom alvitre salientar que, conforme aqui discorrido, os doutrinadores citado no estudo por nós realizado, bem como pela Excelentíssima Juíza, são unânimes nas idéias dos autos extraídas. Professores como Paulo Bonavides, Alfredo Buzaid, Regina Maria Macedo e o saudoso Rui Barbosa, magnificamente demonstram que o pedido está nos moldes do bom Direito, colocando-nos, assim, em boa companhia.

Dando cabo ao fundamento, firme dispôs a decisão que o feito se constitui em controle concentrado, e que o pedido é de declaração de forma abstrata, de inconstitucionalidade de lei municipal, e não existe expressa previsão constitucional, bem como não existe previsão do juízo competente.

Traz à lume decisão do Supremo que julgou contendas de ação direta de inconstitucionalidade, onde afirma, às fls. 08, que os Tribunais Estaduais, segundo o Supremo Tribunal Federal, não

têm competência para conhecer de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Federal, muito menos o tem o juiz de 1ª Instância, como é o presente caso. E por não haver previsão legal o pedido é juridicamente impossível. Foi Julgado o feito, com extinção do processo, sem julgar o mérito, com âncora no artigo 267, VI do C.P.C., revogando a liminar concedida e determinando que seja oficiado ao prefeito para que promova os pagamentos aos aposentados que foram suspensos.

Aqui reflexões imperiosamente se fazem.

Primeiro — a decisão foi prolatada de maneira díspar no que pertine à destinação constitucional da ação civil pública, tanto quanto ao pedido formulado.

O pedido foi de obstacular a lesão que vinha sofrendo o patrimônio público do Município de Simão Dias, em razão dos efeitos de Lei inconstitucional. Logo, consoante visto linhas passadas, o Juízo “*a quo*” é competente para julgar o feito, exercendo o controle difuso de constitucionalidade, como via de defesa ou exceção, fazendo cessar, entre as partes e no caso concreto, a lesão, atendendo o que determina o artigo 129, II, da Constituição Federal.

O julgamento foi realizado esposando entendimento que o feito se tratava de uma ação direta de inconstitucionalidade, que tem por fito extirpar a norma inconstitucional do mundo jurídico. Não existiu este pedido. Na inicial, em nenhum momento se faz, até mesmo por referência, abordagem à declaração de inconstitucionalidade com retirada da norma do mundo jurídico, quanto mais pedido nesse sentido. E nem podia fazer, pois o processo tem finalidade específica, que é a de proteção ao Erário de Simão Dias.

Logo, pedimos “*venia*” para assegurar que o julgamento seguiu rumo totalmente contrário ao pedido formulado, e a decisão prolatada foi totalmente fora dos limites do proposto na lide, pois conheceu e se fixou em questão não suscitada e totalmente estranha ao feito. Dessa forma, o julgamento foi *extra petita*, estando desamparado à luz do artigo 128 do C.P.C.

Segundo — com relação à competência, a Constituição Federal não deixa dúvidas, o Supremo é o guardião da Carta Magna. Ocorrendo dúvidas quanto ao julgamento de ações específicas que lhes são pertinentes, nenhum outro Juízo pode fazê-lo. Se o feito fosse ação direta de inconstitucionalidade, por ofensa a Cons-

tituição Federal, incompetente seria o Juízo monocrático para julgá-lo. Conforme reconhecido na sentença e será abordado a seguir no item Terceiro.

Assim, a decisão de inexistência de uma das condições da ação — impossibilidade jurídica do pedido — é do Juízo competente para julgar, *in casu*, no entender posto na decisão, seria o Supremo Tribunal Federal o foro que deveria julgar o feito.

Em sendo caso de incompetência absoluta, a norma do artigo 113, § 2º do C.P.C. era de ser aplicada; não, nunca, jamais, poderia haver julgamento.

Terceiro — competência é matéria prejudicial. Reconhecida torna-se, pois, óbice para julgamento. Veja que às fls. 08 da sentença está disposto que “**os tribunais estaduais não têm competência para julgar ação direta de inconstitucionalidade, muito menos o juiz de 1ª instância**”. Sem vacilo de entendimento, houve reconhecimento de absoluta incompetência. Ora, reconhecida a incompetência, não poderia ser julgado o feito.

Quarto — também foi feito julgamento *ultra petita*. Não existe nos autos pedido no sentido de determinar o Município a promover o pagamento das parcelas que foram suspensas. Se revogada a liminar, apenas, cabe ser oficiado ao Município a decisão, **data venia**, jamais cominar a obrigação de promover os pagamentos.

Quinto — se foi determinado o pagamento das parcelas anteriormente vencidas, de forma explícita, houve condenação, logo, é caso de julgamento de mérito, com rejeição do pedido e condenação contra o Município. Desta forma, ocorreu julgamento sem conhecer o mérito e com decisão de mérito. Se isto fosse possível, estaria, pois, a sentença sujeita a duplo grau de jurisdição, na forma do artigo 475, II, do C.P.C.

Assim, a r. decisão não pode, face ao que acima de aponta, ser convalidada, estando, sem qualquer dúvida, a mercê do pedido de reformar lançado linhas a frente.

V. DO PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO

Excelências, o Poder Judiciário é a última raiz que pode se escorar o combalido povo brasileiro. O povo ainda deposita ténue, mas firme, esperança que se faça justiça, e o único veículo para tal é a prolação de decisões que façam valer o que preceitua a Constituição Federal e demais normas do nosso ordenamento

jurídico, como forma de pacificação social e banimento do mar de corrupção, fraude e escandalosa subtração e dilapidação do patrimônio público, realizados pelos vândalos que apostam na impunidade, consoante diariamente é veiculado pela imprensa como um todo.

Ao caso vertente, políticos articularam-se para, passando por cima do império das Constituições Federal e Estadual, montar um esquema legislativo, pretendendo dar roupagem de legalidade, e aprovaram normas que, em último exame, se consubstanciam em transformar os cofres do Município em futura e segura fonte de renda, via imoral e ilegal aposentadoria de uma categoria que não tem esse direito, visto que desempenham mister de forma transitória por outorga do povo, por ocasião do exercício da cidadania e do regime democrático.

Aqui, o Ministério Público, instituição erigida pela Carta como guardião da coisa pública, se situa vigilante e apresenta a defesa, via a presente Ação Civil Pública, contra a lesão ao patrimônio público do Município de Simão Dias e deposita confiança inabalável que o presente recurso será o veículo de mais uma vez mostrar a toda população que o fiel da balança, o Judiciário, é a âncora disponível para ver sanados atos desse jaez, que a todos entristece, visto que pessoas menos avisadas utilizam o poder outorgado pelo povo para produzir direito em proveito próprio.

Encerrando este item final, tomamos a liberdade de lembrar o ensinamento de Rui Barbosa quando dizia que o tribunal *“é apenas o instrumento da lei preponderante. (...) Como fiel de uma balança, em cujas duas conchas estão duas leis de pesos diferentes, a justiça não tem liberdade na escolha: pende fatalmente na direção inevitável, solicitada pela força de uma determinação que se lhe impõe”* (Comentários à Constituição, v. 4, p. 139).

Não é por menos que o Ministério Público requer a Vossas Excelências que modifiquem a r. decisão do Juízo de Primeira Instância, declarando que as leis 18/86 e 12/91 estão, pela Constituinte, revogadas por inteira incompatibilidade com as Constituições Federal e Estadual ou mesmo aplicando o controle difuso de constitucionalidade e, como via de exceção ou defesa do patrimônio público do Município de Simão Dias, declare ilegal e inconstitucional as Leis citadas; também, decidindo no sentido do não pagamento pelo Município de Simão Dias aos benefícios de ex-vereadores ilegalmente aposentados, fazendo cessar a lesão que está so-

frendo os cofres do município, decisão que se acolher a hipótese última, seja válida para os Vereadores que figuram como acionados neste feito, relacionados às fls. 18 dos autos, fazendo-se a tão esperada JUSTIÇA. O presente pedido é legítimo, pois tal decisão é cabível a qualquer Juízo ou Tribunal, consoante entendimento pacífico dos operadores do Direito em todos os seguimentos.

Simão Dias, 10 de junho de 1997

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU / ESTADO DE SERGIPE.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através da Promotora de Justiça subfirmada, que exerce atribuições perante a Promotoria Especializada do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, s/n, Edf. Walter Franco, 5º andar, nesta Capital, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, XIX, 129, II e III, da Constituição Federal, corroborado com os arts. 1º, II e IV, e 5º da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, e ainda com os arts. 6º, II, III e IV, 37, 39, IV, V, 81, 82, I, 110 e 113, § 6º, da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, no Decreto-Lei nº 41/66, que dispõe sobre a dissolução de sociedade civil, art. 1.208, VII, do Caderno Processual Civil e ainda no disposto no art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR c/c DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE** contra o CONACID – Conselho Nacional de Fiscalização e Exercício da Cidadania, associação civil, inscrita no C.G.C./MF sob o nº 96.705.652/0001-09, com escritório na Av. Rio Branco, nesta Cidade e CECÍLIO ALMEIDA MATOS, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado na Rua São Cristóvão, Edf. Futuro, apto 411, Centro – nesta Capital, atualmente Custodiado no Reformatório Penal Estadual, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I. MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE INTERESSE PÚBLICO

Apesar de reiteradamente já consolidada a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação desta natureza, cabenos abordar tal questão, preventivamente, afastando qualquer argumento nesse sentido, evitando procrastinações desnecessárias, resguardando os interesses, ora tutelados.

Neste liame, seria de bom alvitre estabelecer que a legitimidade do Ministério Público, no caso **sub judice**, possui sustentáculo na natureza coletiva do direito a ser protegido, que ultrapassa o plano individual, assegurado 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, 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 7.347/85, 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 8.078/90, 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 identificadas tais hipóteses, como bem estabeleceu Hugo Nigro Mazzilli, em *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.”

Outrossim, o Decreto-Lei nº 41/66, que estabelece a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais, deu ao Ministério Público, conforme o art. 3º da legislação citada, a legitimidade para propor a ação respectiva de dissolução, quando a sociedade deixar de desempenhar efetivamente as atividades a que se destinava, como no presente caso, onde as finalidades previstas no estatuto social do CONACID, art. 3º, foram totalmente desvirtuados.

É justamente para obter tutela jurisdicional ao direito violado, que o Ministério Público, estando inequívoca e necessária legitimidade, comparece perante esse Douto Juízo, na busca da realização de Justiça, através dos instrumentos próprios de defesa.

II. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS.

1. A questão ressaltada, cinge-se à desconsideração da personalidade jurídica, em cotejo com a premissa legal de que a sociedade se distingue dos membros que a compõem, art. 20 do Código Civil, produzindo efeitos jurídicos diversos. Ora, examinando a matéria versada, cai por terra a força desta última assertiva, vez que, em situações que guardam profundo agasalho social, não pode o direito acolher e prestigiar o exercício abusivo dos efeitos jurídicos do artigo 20 do Código Civil Pátrio, não sendo aceitável que possua a serventia de prejudicar o cumprimento de obrigação contratual, que constitui, inclusive, infração à lei, sendo perfeitamente coerente a desconsideração da personalidade societária para repudiar fim socialmente indesejável, a bem da sociedade como um todo.

2. Analisando os novos rumos da legislação transformada, visualizamos tal posicionamento, em destaque, no Código de Defesa do Consumidor, art. 28, “caput”, art. 29, Consolidação das Leis Trabalhistas – art. 2º, § 2º, Código Tributário Nacional, arts. 134, VII e 135, sendo prevista tal asserção para o caso versado, devendo, nestes moldes, ser assegurado aos lesados o livre acesso aos bens patrimoniais dos sócios, sempre que seja verificado que

o seu crédito resultou de práticas irregulares da pessoa jurídica, não constituindo tal situação nenhum ineditismo jurídico, pois o desejo do legislador pátrio foi oferecer maior proteção do consumidor.

III. DAS RAZÕES FÁTICAS DO PROCEDIMENTO INSTAURADO VIA ADMINISTRATIVA

A presente questão decorre de Procedimento Administrativo instaurado perante a Promotoria de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, resultando de consultas de pessoas interessadas em obterem informações acerca do funcionamento do CONACID, ora demandado.

Nesse liame, registraram os interessados, todos familiares de vítimas de acidente de trânsito, que haviam recebido “expediente” do dito “órgão”, solicitando o comparecimento naquele “conselho”, indigitando que o assunto a ser tratado seria atinente ao recebimento de indenização a ser paga pelo Governo aos dependentes da pessoa vitimada, chegando a usar em tais impressos, indevidamente, o símbolo da República, e ao utilizar a expressão “referente a indenização... devida pelo Governo”, o referido “órgão”, que não passa de uma empresa comercial, induz em erro as pessoas, quando se fazia passar por um órgão oficial.

Assim, as pessoas desavisadas, diante da convocação recebida, procuraram o CONACID, no intuito de resguardarem os seus direitos, quando estavam na realidade sendo lesados, pois aquela entidade que se dizia sem fins lucrativos cobra para intermediar o recebimento do seguro obrigatório, a importância de 20% sobre o valor a que teria direito o vitimado ou seus familiares, a depender do caso, numa lesão flagrante, pois, na realidade, para o recebimento do seguro referido é desnecessário qualquer tipo de intermediação ou intervenção, podendo o próprio interessado requerer o respectivo recebimento diretamente junto a qualquer seguradora credenciada.

Por outro canto, o CONACID, através do seu presidente, Sr. CECÍLIO ALMEIDA MATOS, veiculava na imprensa falada e escrita, publicidade abusiva e enganosa, anunciando que o dito “Conselho” era uma associação civil sem fins lucrativos e que tinha como objeto a defesa do consumidor, do cidadão, de direi-

tos e garantias, dentre outras idéias mirabolantes, transmitindo falsas informações quando declarava que o CONACID era um órgão vinculado ao Ministério da Justiça e autorizado pela FENASEG – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, a intermediar o recebimento do seguro obrigatório, criando falsas expectativas no consumidor-usuário dos “serviços” oferecidos pela demandada, abusando da boa-fé das pessoas.

Dessa forma, diante da propaganda veiculada, através de mensagem atrativa, revestida dos aspectos já citados, diversas pessoas foram atraídas a procurar o CONACID, e lá muitas percebem que tudo não passa de um grande engodo, quando outras efetivamente foram lesadas, tendo o CONACID, através de seu presidente, Sr. CECÍLIO ALMEIDA MATOS, embolsado o valor total do seguro obrigatório que essas pessoas teriam direito, o que resultou inclusive no ajuizamento de ação penal, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, objetivando apurar a responsabilidade criminal do referido senhor na direção do “órgão” citado, pelo que se impõe a presente ação no intuito da responsabilidade civil pelos danos causados aos consumidores-usuários dos serviços, notadamente pelo aspecto difuso da mensagem publicitária veiculada, sem esquecer a necessidade de coibir, na via judicial, que a demandada exerça neste Estado atividades ilícitas e diversas daquela a que se destina em seus estatutos, especialmente no art. 3º, documento anexo.

III. DA QUESTÃO JURÍDICA ASPECTOS NORMATIVOS DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA ENGANOSIDADE E ABUSO

O Código de Defesa do Consumidor, acertadamente, deu proteção específica a mensagem publicitária, na produção da propaganda acerca de produtos e/ou serviços, atrelando, seja qual for o meio empregado para divulgação, a responsabilidade veiculante do fornecedor à oferta.

A intenção do legislador neste aspecto, encontra-se pautada pela transparência da mensagem veiculada, que deve ser clara, precisa, verdadeira, honesta, sem ludibriar a boa-fé do contratante, principalmente pela forte interferência da publicidade na vida

de todos os cidadãos, daí o tratamento difuso da questão PROPAGANDA.

Neste aspecto, necessário se faz, como já mencionado, destacar o âmbito da oferta na sociedade moderna, não direcionada a manifestação unilateral, particularizada, entre o ofertante, proponente, e a pessoa interessada na proposta oferecida, aceitante, pois de fato quando se divulga publicamente uma intenção contratual (proposta), na verdade, entende o Código de Defesa do Consumidor, que o produto e/ou serviço estaria sendo colocado à disposição da sociedade como um todo, um “plus” que ultrapassa o interesse pessoal de cada consumidor.

No sistema atual, qualquer que seja o motivo para o não atendimento da mensagem veiculada, pode o consumidor pleitear a sua execução específica, independente da ocorrência de má-fé por parte do fornecedor, considerada irrelevante diante da responsabilidade objetiva, introduzida pela Lei 8.078/90, que modificou a teoria contratual, elevando a oferta à categoria de pré-contrato, de natureza vinculante e curso forçado.

Não existe obrigatoriedade do anúncio; contudo, uma vez realizado, não há como o fornecedor fugir da mensagem publicada, objetivamente, independentemente da ocorrência de culpa ou dolo, ressalvada ainda a responsabilidade penal, além daquelas de natureza administrativa e cível.

Como se observa não interessa se houve intenção ou não de enganar o consumidor por parte do fornecedor: **“É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro — mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante — caracterizada está a publicidade enganosa”**, e ousando acrescentar aos comentários do Dr. Herman Benjamin, inserimos ainda a oferta, o anúncio, e qualquer outro meio de divulgação de mensagem em relação a determinado produto e/ou serviço colocado no mercado.

Ademais, o direito à devida informação, efetivada de forma clara, precisa e verdadeira, é um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor, elevado a categoria direito básico, com presença marcante naquele diploma legal.

Na realidade, no presente caso, o CONACID oferecia prestação de serviço à coletividade, para intermediar o recebimento

do seguro obrigatório, aproveitando-se de propaganda falsa, mentirosa, enganosa, induzindo o consumidor em erro, quando se fazia passar por órgão oficial, veiculando a idéia de que o recebimento daquele direito mencionado, só seria viável com a intermediação do dito “órgão”, quando na realidade, o recebimento do seguro citado não depende, salvo da apresentação da documentação necessária, de qualquer intermediário, como já dito, além de abusar da fé pública, utilizando-se dos meios citados, inclusive brasão oficial, aproveitando-se de pessoas de boa-fé, na sua maioria humildes, de poucos recursos, que se encontravam em momentos de dificuldades, em decorrência de acidente de trânsito, na qualidade de vítima ou parente da vítima.

Para a divulgação dos serviços mencionados, o CONACID não impôs limites, pois utilizava-se de propaganda televisiva, de jornais de circulação local, de propaganda e entrevistas em emissoras de rádios, de folhetos, enfim, de diversas formas, visando atingir um grande público, inclusive a nível estadual, numa ação gananciosa, objetivando intermediar o recebimento do Seguro Obrigatório de Acidentes de Veículo – DPVAT, que no caso de morte corresponde à quantia aproximada de R\$ 6.000,00, sendo que do valor recebido, 20% ficam com a demandada, apesar da divulgação de ser uma entidade sem fins lucrativos, quando não embolsava, indevidamente, através do seu presidente, o valor integral do seguro citado, como aconteceu, por exemplo com as Sras. MARIA JOSÉ DOS SANTOS e JUCILEIDE DE OLIVEIRA SILVA, conforme documentos anexos, o que já vem sendo apurado na via criminal, inclusive estando o Presidente do CONACID sob custódia preventiva, tendo a presente ação, no plano cível, o objetivo de coibir o exercício das atividades ilícitas da associação demandada, evitando que novas pessoas sejam ludibriadas, atraídas por mensagens contaminadas por enganosidade e abusividade, valendo a transcrição doutrinária do Eminentíssimo Prof. Antônio Herman Benjamin, ao comentar os aspectos que envolvem a veiculação publicitária, senão vejamos:

“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.”

E mais:

“Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (public policy), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”.

É o bastante.

DA CONTRAPROPAGANDA

Introduzida pelo Código Guardião do Consumidor, precisamente no art. 37, parágrafo quarto, a contrapropaganda, é um instrumento criado pelo legislador no intuito de eliminar o poder persuasivo da publicidade enganosa ou abusivo, ou seja, de remediar as influências negativas que a mensagem falsa, patológica, contrária aos valores sociais, exerce na vida dos consumidores, principalmente quando a mensagem perniciosa atinge o consumidor fragilizado, em momento de dificuldade, face a ocorrência de sinistro com si próprio ou familiares.

No caso presente, a mensagem amplamente propalada pelo CONACID, principalmente através do seu presidente, Sr. Cecílio Almeida Matos, buscava atingir pessoas desavisadas, transmitindo uma falsa idéia quanto ao recebimento do seguro referido, pois como podemos observar dos documentos adunados, resultantes da investigação civil realizada pelo Ministério Público, as vítimas preferidas da “associação” demandada, são pessoas de baixa renda, desinformadas, carentes, que vêm no CONACID uma “tábua” de salvação para suas dificuldades, em razão da própria mensagem veiculada por aquele “órgão”, quando na verdade, não têm noção de que estão sendo presas fáceis de uma atividade fraudulenta, ilícita, que objetiva tirar lucro fácil, em detrimento do cidadão desavisado.

Pelo que se impõe a veiculação de contrapropaganda, objetivando esclarecer os desvios praticados, destacando que a contrapropaganda acima de tudo, visa uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a *“uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva. Seu objetivo é “levar” a informação inade-*

quada da percepção do consumidor, restando, dessa forma, a realidade dos fatos”.

DA ASSOCIAÇÃO CONACID IRREGULARIDADES – DISSOLUÇÃO

Efetivamente a “associação” demandada, vem cometendo uma série de erros, desde a sua denominação “Conselho Nacional”, bem como no que pertine ao atendimento dos fins a que se propõe nos seus estatutos e registro perante o cadastro geral de contribuintes, quando classifica sua atividade de “serviço de utilidade pública”, o que não condiz com a realidade ressaída dos documentos adunados.

Compaginando o estatuto constitutivo do CONACID, verificamos que esta associação deixou de desempenhar as atividades assistenciais a que se destina, pelo que se impõe a reprimenda judicial, diante da lei, no sentido da cessação de suas atividades ilícitas e fraudulentas que tanto têm prejudicado o povo sergipano, pois entendimento diverso estaria prestigiando entidades maléficas, que criam falsa imagem perante a comunidade em que “atuam”, em prejuízo daquelas que desempenham papel social relevante, cumprindo os fins para qual se destinam.

Desse modo, o CONACID, desde o início utiliza-se indevidamente da nominata “Conselho Nacional”, quando não passa de uma “empresa comercial”, com fins lucrativos, um meio de vida ilícito, transvestida de uma associação cível, que aproveita-se da boa-fé de pessoas desinformadas para obter lucro fácil, pois de cada seguro intermediado retém 20% do valor a ser recebido pelo beneficiado, quando não embolsa o valor integral.

Na verdade, CONSELHO é um organismo público, constituído através de lei, para atuar junto ao Município, Estado ou União, no encaminhamento de questão de interesse da sociedade, formado, geralmente, por representantes de órgão do poder público e da comunidade, a exemplo do Conselho de Saúde, do Meio Ambiente, da Educação, do Consumidor, da Criança e Adolescente, de Trânsito, dentre outros, que buscam discutir soluções para as questões sociais, como já dito, e não obter proveito indevido, em prejuízos alheios, como vem ocorrendo com o falso Conselho Nacional de Fiscalização e Exercício da Cidadania CONACID.

Como Vossa Excelência pode observar, o dito “Conselho” foi criado pelo seu idealizador, Cecílio Almeida Matos, tendo como sócios fundadores familiares daquele, não passando de uma idéia mirabolante e articulada, infiltrando-se no seio social como um órgão oficial, efetivando fiscalizações, notificações, querendo até mesmo ingerir nas instituições públicas, acreditando certamente, o seu presidente, que o Estado de Sergipe não possui autoridades constituídas. É de pasmar.

Para completar a escalada de abusos praticados, numa tentativa de subestimar o cidadão de boa-fé, o CONACID, formado pelo Sr. Cecílio Almeida Matos e seus familiares, como já dito, estabeleceram nos seus estatutos, precisamente no art. 10, que o “conselho superior” (formado por aqueles), responsável pela administração da “associação”, seria “eleitos para um período de 20 (vinte) anos, podendo ser reeleita” (grifamos), como se fosse uma espécie de entidade vitalícia, contrariando os seus próprios objetivos, quando dentre as finalidades, “sem fins lucrativos”, se destinava a combater “toda e qualquer arbitrariedade”, pelo que se impõe a dissolução judicial do CONACID, no intuito de coibir a continuidade das atividades ilícitas até agora praticadas através do seu presidente, Cecílio Almeida Matos, todas contrárias à ordem pública.

V. DO PEDIDO LIMINAR

Estando evidentes os danos a sociedade atingida pela propaganda enganosa realizada, bem como pelas atividades ilícitas da demandada, com abusos imensuráveis, sendo imperiosa a reprimenda judicial, pelos meios legais existentes.

Assim, estando presentes os pressupostos necessários: “FUMUS BONI JURIS” e “PERICULUM IN MORA”, requer o Ministério Público que seja expedida ORDEM LIMINAR, sem justificativa prévia, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, a fim de proibir a veiculação de qualquer mensagem publicitária destinada a divulgar e incentivar o exercício das atividades dos demandados.

Requer ainda, liminarmente, a suspensão das atividades do CONACID, principalmente no que pertine a intermediação do recebimento do Seguro DPVAT, com base nas atividades desenvolvidas ilegalmente, no intuito de coibir novas vítimas, inclusive com ofício as seguradoras do Estado de Sergipe.

Requerendo mais, que seja oficiada a Delegacia da Receita Federal em Sergipe, para que forneça cópia da declaração de renda do CONACID e do seu presidente, Cecílio Almeida Matos, dos últimos 05 anos, e existindo bens que sejam os mesmos bloqueados a fim de garantir o ressarcimento dos prejudicados, com as devidas averbações, requerendo a quebra do sigilo bancário das contas bancárias do CONACID e do seu presidente, precisamente da conta nº 03-1009234, agência nº 025, do Banco do Estado de Sergipe, de conta no Banco Bamerindus e de outras existentes, relacionadas nas declarações de rendas.

Requer, preliminarmente, o cumprimento do disposto no art. 94 da Lei nº 8.078/90, com a publicação de EDITAL no órgão Oficial do Estado, comunicando acerca da 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 alternativos de Defesa do Consumidor e Ministério Público.

Requerendo por derradeiro que seja fixada multa em caso de descumprimento da Ordem Liminar a ser determinada por Vossa Excelência.

VI. DOS PEDIDOS FINAIS

Diante das razões expositadas, requer o Ministério Público:

- 1) Citação dos demandados, através do seu representante legal, para, querendo, responder a todos os termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão, bem como a aplicação do procedimento ordinário, conforme estabelece o art. 298 do § 2º do Caderno Processual Civil;
- 2) Que seja julgada procedente a presente ação, com a decretação da dissolução judicial da associação civil CONACID, coibindo a entidade e o Sr. Cecílio Almeida Matos de exercer qualquer atividade decorrente da mesma, dando baixa no registro civil competente e no Cadastro Geral de Contribuintes;
- 3) Que seja ordenado judicialmente a providência legal de CONTRAPROPAGANDA com base no art. 60 do Código de Defesa do Consumidor, por ter os demandados efetivado publicidade enganosa e abusiva, con-

forme razões expendidas, devendo a divulgação ocorrer de forma que atinja o Estado de Sergipe como um todo, às custas dos demandados, constando na contrapropaganda a indicação da determinação judicial decorrente da presente ação, em prazo a ser estabelecido por Vossa Excelência.

- 4) Que seja assegurado o direito de ressarcimento de todos os prejudicados e lesados, solidariamente a ser suportado pelos demandados, inclusive com a decretação, acaso necessário, da dissolução da personalidade jurídica da sociedade, na forma do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.
- 5) Requer, ainda, a condenação dos requeridos no pagamento das despesas e custas processuais relativas à presente ação, dispensando o requerente do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, face ao disposto no art. 87 da Lei nº 8.078/90.
- 6) 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 requeridas, especialmente pelo depoimento pessoal dos representantes legais das empresas requeridas, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, a serem oportunamente arroladas, perícia, dentre outras, tudo na forma da lei.

Dá-se a causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base na legislação processual civil.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, 11 de novembro de 1996.

MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
Promotora de Justiça

EXMO. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE NOSSA SENHORA DA GLÓRIA.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, estribado nas peças de informação em anexo, vem ante esse Juízo, com arrimo nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, em preceptivos das Leis nºs 7.347/85, 8.429/92 e 8.625/93 e, principalmente, nos artigos 127 e 129, incisos II e III, da Constituição Federal, propor a presente AÇÃO CAUTELAR INOMINADA, em face do MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DA GLÓRIA, pessoa jurídica de direito público, representada por sua prefeita, e também da Sra. MARIA DOS SANTOS SANTANA, prefeita em exercício, pelos substratos fáticos e jurídicos a seguir discorridos:

DOS FATOS

1. No mês de setembro do ano de 1995, este Promotor de Justiça ajuizou uma AÇÃO DECLARATÓRIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO contra o prefeito deste município e mais outras pessoas. Pediu, liminarmente, o afastamento do Sr. prefeito do cargo, fato que permanece até o presente momento.

2. Em seu lugar, assumiu a Sra. MARIA DOS SANTOS SANTANA, uma vez que houvera sido eleita como vice-prefeita.

3. Passados exatos 14 meses, eis que se vislumbra, por parte da prefeita em exercício, as mesmas irregularidades cometidas pelo anterior ocupante do cargo.

3.1 Da mesma forma como agiram outrora, os vereadores deste município deram entrada nesta Promotoria de Justiça com um requerimento (Doc. 1) no qual solicitam providências no que diz respeito a verificação de despesas efetuadas pelo MUNICÍPIO, de cujas despesas desconfiam (umas, por inexistirem; outras, por superfaturamento).

3.2 Os vereadores juntam ao requerimento cópias de empenhos relativos a transportes de doentes, compra de medicamentos, pagamento com roçagem de estradas vicinais, despesa com recuperação de estradas, dentre outros.

3.3 A título de ilustração, junta a esta peça cópias dos seguintes empenhos: referentes a pagamento de serviços de recuperação de estradas vicinais, no valor de R\$ 141.811,00 (cento quarenta e hum mil e oitocentos e onze reais); referentes a pagamento de diárias, onde a prefeita, suas filhas e sua cunhada aparecem como as grandes beneficiárias; referente a calçamento da rua Tobias Barreto, no valor de R\$ 57.042,18, cujo pagamento, segundo os vereadores, foi feito pela CEHOP; e referente a custeio de viagem de evangélicos (religião da prefeita) para Salvador/ BA.

3.3.1 Entende este Promotor de Justiça que as cópias dos empenhos acostadas sejam suficientes para demonstrar que a administração da prefeita é pautada pela imoralidade e pelo clientelismo. Esta Promotoria dispõe de mais documentos da mesma natureza, no entanto servirão para instruir a ação principal.

4. Hoje, compareceram a esta Promotoria de Justiça alguns funcionários do município, os quais demonstraram temor em não receber o pagamento de seus salários no próximo dia 10, pois lhes chegam informações que a Prefeita pretende apenas saldar débitos com fornecedores, com as receitas futuras, em prejuízo de seus salários. Ora, os funcionários já recebem seus vencimentos com atraso de 02 meses, além de não terem a menor perspectiva de perceberem o 13º salário. Se se concretizar o que alardeiam, será um caos para seus familiares e para a economia local como um todo.

4.1 Em suas declarações (Doc. 02), afirmam ainda que a prefeita vem procedendo regularmente nos descontos do IPES em seus salários, no entanto não faz o repasse para o Instituto de Previdência, o que os impede de fazer uso da assistência médica correspondente.

5. Hoje, também, alguns vereadores compareceram a este órgão, quando apresentaram as mesmas preocupações dos funcionários municipais. Declararam (Doc. 03) que a prefeita está repetindo os mesmos atos que ensejaram o afastamento do prefeito que ela ora substitui.

6. Verifica-se, realmente, com muita facilidade, que a administração da Sra. MARIA DOS SANTOS SANTANA é problemática.

6.1 No dia 04 de julho de 1996, a prefeita assinou um convênio com o Hospital Regional de Nossa Senhora da Glória

(Doc. 04), o qual foi referendado por este Promotor de Justiça, comprometendo-se a dar um auxílio financeiro mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais), em razão do atendimento médico-hospitalar prestado aos seus munícipes, pelo último nominado.

6.2 Conforme informação prestada pela diretora administrativa do hospital (Doc. 05), o município nunca fez a sua parte. Ou seja, sequer um único mês foi pago.

7. Ora, se a prefeita não liga para o atendimento médico-hospitalar dos carentes do município, se não liga para o atendimento médico dos seus funcionários, se não os paga em dia, realmente são fundadas as suspeitas de que não pagará seus salários com as receitas que ainda estão por vir. Principalmente, ao término de uma administração, quando os credores estão ávidos, e com razão, para receber o que lhes é de direito.

7.1 A preocupação dos funcionários é muito lógica pois, informalmente, técnicos do Tribunal de Contas deste Estado informaram a este representante do Ministério Público que o empenho referente à roçagem de estradas (Doc. 01), no valor de R\$ 141.811,00, emitido no mês de setembro, ainda não foi pago. Daí as suspeitas de que a prefeita não pagará aos funcionários, ficam ainda mais contundentes, pois poderá usar as receitas que virão para saldar compromissos como esse. Principalmente porque se apresenta com indícios de ser um preço superfaturado.

DO DIREITO

1. A má administração e a conduta desonesta do administrador sempre acarretarão prejuízos para a Administração Pública, principalmente quando os princípios da Administração deixarem de ser observados. E isso é o que de mais constante se verifica nos administradores públicos do Brasil e, infelizmente, não se ver (ou se via) nenhuma penalidade para os que cometem atos ímprobos. A população brasileira já está (ou estava?) cansada de ver os escândalos públicos se repetirem.

2. Por sua vez, a legislação brasileira estava carente de um instrumento capaz de reduzir, frear e inibir os contínuos ataques aos princípios da administração pública, pois a violação de um princípio é muito mais grave do que a ofensa a uma regra, uma vez que compromete a base de todo um sistema jurídico.

2.1 Foi nesse contexto, para reprimir atos que causam lesão ao erário, que surgiu o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e também a Lei nº 8.429/92.

3. Tratando do tema vertente, leciona HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 15ª edição, páginas 77, 79, 80 e 92:

“Os fins da administração pública se resume num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade. o ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.”

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, **caput**).

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade será ilegítima. Já disse notável jurista luso — Antônio José Brandão — que

*“...a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence....
À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda...”*

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica, expressa ou virtualmente, como objetivo do ato, de forma impessoal.

O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder,

O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

1. A raiz da legitimação do Ministério Público para ajuizamento da AÇÃO DECLARATÓRIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA está no artigo 129, III, da Constituição Federal.

1.1 Em sintonia com o mandamento constitucional, tem-se também a constituição do Estado de Sergipe (art. 118, III), as Leis Federais nºs. 7.347/85 (art.5º), 8.429/92 (art. 17), 8.625/93 (art. 25, I, V, “a” e “b”) e a Lei Complementar Estadual nº 002/90 (art. 44, IV, “a” e “b”).

2. Ora, se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar a ação principal, que será movimentada no prazo da lei, logicamente que terá também legitimidade para ajuizar esta ação preparatória, nos termos do artigo 800 do CPC.

3. A competência jurisdicional é a do Juízo do local do dano, qualquer que seja o agente público, como vêm reconhecen-

do os Tribunais do país, inclusive o de Sergipe, em recurso da ação de improbidade intentada nesse Juízo por este Promotor de Justiça.

DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO LIMINAR

1. Como já foi dito anteriormente, esta AÇÃO CAUTELAR INOMINADA é preparatória do ajuizamento da AÇÃO DECLARATÓRIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, com a finalidade única de salvaguardar os interesses do erário municipal, pois se a prefeita agir conforme se vaticina, serão enormes os danos ao patrimônio público municipal.

1.1 Se a prefeita usar as receitas do município apenas para pagar aos credores que lhe sejam mais simpáticos, em detrimento do salário dos funcionários do município, estará, antes de qualquer coisa, ferindo frontalmente a Constituição da República, que ordena a preferência pelos créditos alimentares em relação a qualquer outro.

2. Há, no caso em foco, o *“periculum in mora”*, pois existe uma enorme possibilidade de dano ao provável direito a ser pedido na via principal.

2.1 O *“fumus boni juris”*, vertido na plausibilidade do direito, resta sobejamente evidenciado, face à narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos da pretensão deduzida.

3. Diante do exposto, requer o Ministério Público, liminarmente, sem justificação prévia, e “inaudita altera pars”, à luz do artigo 804 do CPC, o bloqueio das receitas do Fundo de Participação do Município – FPM que serão creditadas na agência do Banco do Brasil desta cidade, nos dias 10, 20 e 30 do mês corrente, e que sejam liberadas apenas para pagamento dos salários dos funcionários da referida entidade estatal, para o repasse do duodécimo da Câmara de Vereadores e para quitação do convênio firmado com o Hospital Regional.

3.1 Para esse fim, deve o município preparar a folha de pagamento dos funcionários e encaminhar a esse Juízo. Após sua conferência e Parecer favorável deste órgão do Ministério Público é que deverá o Juízo endereçá-la à agência bancária antecipada, para pagamento dos servidores.

3.2 Depois de efetuados os pagamentos dos salários no mês de setembro é que poderão ser feitos os pagamentos dos

credores do município, também mediante o mesmo procedimento mencionado no item anterior.

4. Embora o município disponha de outras receitas, a exemplo do ICMS, que é creditado no Banco do Estado, o requerente entende que estas não deverão ser bloqueadas, posto que já fazem frente a outras despesas da prefeitura (luz, água, telefone, etc.), as quais já são creditadas nas contas-correntes das respectivas empresas mediante autorização.

5. Esclarece, ainda, que está requerendo o bloqueio das receitas somente do mês de dezembro, uma vez que no próximo mês de janeiro /97 um outro cidadão estará tomando posse no cargo de prefeito e, espera-se, chegue com outro espírito. Além do mais, seria injusto para o novo prefeito não poder contar com um mínimo de liberdade financeira para administrar o município.

FINALMENTE, requer a citação dos réus para contestar a presente ação, na qual se pede a concessão da medida acima indicada, como preparatória da ação de improbidade, que intentará no prazo legal.

Da à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Nossa Senhora da Glória, 03 de dezembro de 1996.

Alonso Gomes Campos Filho
Promotor de Justiça

**EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL
DA COMARCA DE ARACAJU**

“Não há sociedade de consumo sem publicidade. Como muito acertadamente acentua Guido Alpa, ‘a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna’. Há como que uma indissolubilidade do binômio ‘sociedade de consumo-publicidade’.”

(Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por sua Promotora de Justiça que esta subscreve, com interesse e legitimidade fincados nos arts. 129, III, da Carta Magna, 118, III, da Constituição Estadual, 5º, da Lei nº 7.347, de 24.07.85, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra a sociedade comercial ATALAIA NOVA CLUBE HOTEL, localizada na rua Ministro Rego, s/nº, município da Barra dos Coqueiros, representada por seu Diretor-Presidente IVAN GOMES PEREIRA, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado na rua Dom Bosco, nº 504, Centro, nesta Capital, pelas razões de fato e de direito que a seguir expõe:

I. DOS FATOS

Consta dos documentos que instruem o inquérito civil que o Sr. Ivan Gomes Pereira expôs à venda 1.000 títulos de sócio usuário familiar do Atalaia Nova Clube Hotel, comercializados através de 100 pessoas credenciadas pela empresa Brasil Imóveis, ao preço de R\$ 560,00 (quinhentos e sessenta reais) a unidade, em 11 (onze) prestações mensais, sendo a primeira, no valor de R\$ 60,00 (sessenta reais), paga no ato de aquisição.

Durante o primeiro semestre do corrente ano, a ré promoveu ampla divulgação dos títulos de sócio usuário familiar do Atalaia Nova Clube Hotel, quando era oferecido: área de 7.000 m², 03 (três) piscinas, restaurante, salão de jogos infantis, área de lazer, quiosques, bar ao ar livre, quadra de praia, salão de jogos para bingo, salão de convenções ou festas, apartamento com ar condicionado, frigobar, 02 telefones, móveis de cerejeira e água fria e quente, cf. doc. de fls. 11.

Dados informativos (fls.11/34/35/44) todavia apontam, em muitos aspectos, outra realidade: a ré dispõe de uma área de apenas 5.667,78 m² e não de 7.000 m² como ousou publicar no semanário Cinform, em 19 de fevereiro do ano em curso, além do que somente efetuou o registro da escritura pública em 13 de maio próximo passado, após a veiculação de propaganda e a instauração de Inquérito Civil, que acompanha a presente. A escritura pública do imóvel, sob matrícula nº 10.537, fls. 37, livro AJ, do Cartório do 11º Ofício, ainda não recebeu a averbação da edificação do Clube. Revelada pois está a má fé do seu representante legal pela publicidade veiculada, porquanto há flagrante discrepância entre o que se oferece através de título sócio usuário familiar e a realidade do empreendimento, do que os adquirentes dos títulos continuam a não ter qualquer garantia, transparecendo assim a falsidade da mensagem publicitária.

Relatório de inspeção realizada em setembro próximo passado, a cargo do Técnico Especializado Sr. José Edson Cardoso, informa que o Atalaia Nova Clube Hotel encontrava-se fechado, estando afixado em sua porta o seguinte aviso: **“ESTAMOS EM MANUTENÇÃO DA PARTE ELÉTRICA COM O TRANSFORMADOR — VOLTAREMOS O MAIS BREVE POSSÍVEL O FUNCIONAMENTO NORMAL”**.

Todavia, constatou-se através de ofício expedido pela Energipe (fls. 39 a 42) que o suposto problema elétrico, apontado como causa do fechamento do clube, nada mais era do que inadimplemento das tarifas de energia elétrica, desde o mês de abril do corrente ano, culminando com o desligamento total do sistema de energia elétrica. Ademais, o laudo da inspeção (fls. 46 a 56) acusa precariedade geral no estado de conservação do imóvel e as fotografias denunciam a ausência de condições adequadas para o Clube voltar a funcionar.

Condenável sob todos os aspectos o comportamento do representante legal da pessoa jurídica-ré; que não efetivou a contraprestação dos serviços oferecidos nos termos da publicidade, e assim praticou ato inconcebível de desrespeito à magnitude dos princípios basilares da devida informação e da boa-fé; também por fazer publicidade enganosa ao propalar informações falsas atinentes à área do Clube “*sub judice*”.

Em 07 de maio de 1996, em audiência com a Promotora de Justiça Maria Lilian Mendes de Carvalho, o Sr. Ivan Gomes Pereira comprometeu-se a fazer a juntada da lista dos adquirentes de títulos do empreendimento, de um exemplar do regimento interno, de certidões negativas de tributos e de alvará de funcionamento no devido prazo, deixando de cumprir o prometido até a presente data. Ainda lhe foram endereçadas outras notificações, convocando-o a comparecer perante o Ministério Público, mas o representante legal da ré se escusava, alegando motivo de doença e juntando atestado médico, tornando infrutífera toda e qualquer tentativa de solução dos problemas causados aos consumidores na seara administrativa.

DO DIREITO

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

“*Ab initio*”, urge dizer que, com base no art. 127, *caput*, c/c o art. 129, inciso III, da CF, o Ministério Público tem por funções a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e interesses individuais indisponíveis, podendo a lei ordinária conferir outras funções a esta Instituição, desde que compatíveis com sua finalidade.

A legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos está assegurada também pela legislação infra-constitucional, especialmente no art. 1º, inciso IV, da Lei que disciplina a ação civil pública, nos arts. 81, incisos I, II e III e 82, inciso I, do Código do Consumidor e art. 25, IV, alínea “a”, da Lei nº 8.625/93. Daí porque contestar a legitimidade extraordinária do Ministério Público. Seria o mesmo que contestar a constitucionalidade de tais normas e daquela embutida no art. 92, do Capítulo II, da Lei Consumerista, que rege as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogê-

neos, sentenciando: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

O caso em tela envolve situação relativa ao efeito vinculante da oferta, veiculada através da mídia, de um tipo de produto e serviço que o fornecedor não vem conseguindo prestar e a questão afeta à propaganda enganosa.

Não há, assim, porque se questionar a legitimação constitucional do Ministério Público quando defende em juízo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos oriundos da lealdade da informação e da publicidade da oferta de produtos e serviços, objetos de contratações consumeristas já firmadas, e daquelas passíveis de celebração “*ad futurum*” ante a dimensão social de tais interesses, sendo por assim dizer interesse público de parte, ou de toda sociedade, diretamente relacionado com a finalidade do “*Parquet*”.

DA QUESTÃO JURÍDICA

Ao propor a presente a ação civil pública, o Ministério Público almeja obter a efetiva tutela jurídica dos direitos coletivos dos consumidores lesados, reparando os danos sofridos e evitar, preventivamente, o induzimento de pessoas, atraídas pela propaganda enganosa, a tornarem-se sócias de um Clube que não está em funcionamento e não tem condições de cumprir o que ofereceu na mensagem publicitária amplamente veiculada.

A nossa lei consumerista adotou os princípios da DEVIDA INFORMAÇÃO, DA BOA-FÉ OBJETIVA e DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE consignados nos arts. 6º, incisos III e IV, e 30 a 35, do CDC, que devem sempre pautar qualquer relação consumerista, sendo rechaçada toda prática comercial ilícita porventura realizada.

Tais princípios pugnam pela transparência e fidelidade do negócio jurídico aos preceitos legais acolhidos pelo Código de Defesa do Consumidor, que proíbem seja o consumidor ludibriado, atraído por meio de ofertas tentadoras totalmente destoantes da real qualidade do produto ou serviço oferecido.

A lealdade e a publicidade da oferta integram a avença de consumo, e sediadas no princípio da vinculação, consubstanciado no art. 30 do CDC, nele encontram seu mais forte sustentáculo jurídico, que responsabiliza o fornecedor pelo bem ou serviço ofertado no mercado de consumo, havendo mesmo um nexo

compromissal entre a oferta veiculada e o conteúdo do documento contratual a ser firmado.

O caráter vinculante da oferta veio amparar uma sociedade de consumo emergente, que tem como referência o anonimato nas relações contratuais, transpondo assim os anteparos da teoria clássica do direito civil, calcada na personalidade dos negócios jurídicos, para contemplar situações tipicamente de consumo anônimas, cujas conseqüências são suavizadas pelo marketing praticado sob égide da lei, que obriga os policitantes por suas informações e mensagens publicitárias.

Viciada está a proposta colocada à disposição dos consumidores pela ré, através de periódico local, visto que o fornecedor fez afirmação inverídica atinente à área do clube, que nem sequer era registrada no Registro Imobiliário à época da publicidade. O fato narrado se enquadra nos moldes da publicidade enganosa, definida pelo art. 37, § 1º, do CDC, haja vista a exigência de informação parcialmente falsa, tendo sido ostensivamente postergado o princípio da veracidade da publicidade, que o Código Consumerista consagrou.

No que concerte a extensão do conceito de publicidade enganosa, o eminente Jurista Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 3ª edição, pág. 195, assim se manifesta:

“Ademais, a publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganabilidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Neste, ao revés, convivem, a um só tempo, informações falsas e outras verdadeiras. A existência de informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade deixe de ser enganosa.”

Outrossim, uma série de vantagens e promessas também foram inseridas na oferta inidônea, que também não estão sendo observadas, tampouco podem vir a ser, a menos que a ré se digne complementar a área oferecida e reabrir o Clube, cumprindo *“in totum”* a oferta na forma publicada.

Cabe à ré o dever de fazer contrapropaganda, pois incorreu na prática de propaganda enganosa; a obrigação de promo-

ver a execução específica originada da oferta veiculada pela imprensa, se possível, ou reparar os danos causados aos adquirentes do título de sócio usuário familiar, rescindindo o contrato e restituindo os valores pagos, devidamente corrigidos, na forma do art. 35, do CDC, que reza:

“Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua escolha:

I. exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II. aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III. rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

A situação trazida à baila diz respeito a clara infração da lei do consumidor, mais precisamente às normas disciplinadas no capítulo da oferta e da propaganda, consoante foi dito em sueltos anteriores. Assim, com fulcro no teor do art. 28 do CDC, é de toda a conveniência a aplicação da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica à hipótese legal “*sub examine*”, de modo a assegurar aos consumidores lesados, ou seja, aos adquirentes dos títulos, a efetiva reparação dos danos causados pelos atos ilícitos praticados pela ré, por conduto de seu representante legal.

DO PEDIDO PRINCIPAL

III. DO PEDIDO LIMINAR

1. Para a concessão de medida liminar, faz-se necessário demonstrar fundado receio de dano ao pleito principal — “*periculum in mora*”, bem assim a sua provável veracidade, que constitui o “*fumus boni iuris*”.

2. O “*fumus boni iuris*” exsurge em face do ATALAIA CLUBE HOTEL não estar em funcionamento e na discrepância entre as vantagens prometidas aos adquirentes dos títulos de sócio usuário familiar, e as precárias condições do prédio em que está instalado o Clube.

3. O “*periculum in mora*” se manifesta na possibilidade do ATALAIA NOVA CLUBE HOTEL continuar veicular mensagem publicitária enganosa, ofertando título de sócio usuário familiar sem efetivamente dispor do serviço e condições oferecidas, razão pela qual, com base no art. 12, da Lei nº 7.347/85, requer a expedição de medida liminar, ***inaudita altera pars***, vindicada nos seguintes termos:

- a) Seja ordenado ao ATALAIA NOVA CLUBE HOTEL o cumprimento de ***Obrigação de Não Fazer***, no sentido de deixar de realizar a venda e publicidade dos títulos de sócio usuário familiar, evitando desta forma a ampliação do número de consumidores lesados em virtude da aquisição do referido título.
- b) Seja ordenada a indisponibilidade do patrimônio da ré e de seu representante legal, com o escopo de garantir o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores lesados, conforme comando normativo inserto no art. 28, do CDC.
- c) Seja determinado que a ré junte aos presentes autos a lista de adquirentes dos títulos de sócio familiar usuário, já que seu representante legal não se dignou a fazer, quando da instauração do Inquérito Civil, com objetivo de que o Ministério Público possa arrolar testemunhas, no prazo legal.
- d) Seja fartamente divulgada a medida nos termos em que foi deferida, devendo ser publicado, com fundamento no art. 94, da Lei nº 8.078/90, EDITAL no órgão Oficial do Estado, comunicando acerca da 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 e por parte de órgão alternativo de Defesa do Consumidor.

DO PEDIDO PRINCIPAL

1. Requer o Ministério Público o cumprimento da **OBRIGAÇÃO DE FAZER** expressa na forma abaixo descrita:

Seja a ré compelida a efetivar a restituição de todos os valores pagos aos adquirentes, desembolsados em razão do negó-

cio jurídico, a qualquer título, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, na conformidade do que dispõe os arts. 35 e 84, do CDC, ou na qualidade de pedido alternativo, determine judicialmente que o clube volte a funcionar, sendo cumpridas todas as promessas ofertadas ao adquirente, caso seja possível.

2. Seja a ré proibida de efetuar a venda e a publicidade de títulos de sócio usuário familiar, consoante pedido liminar, convertendo-o em definitiva OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, caso não possa cumprir obrigação específica veiculada na oferta dos pluricitados títulos.

3. Seja citada a ré, na pessoa de seu Diretor-Presidente para que, querendo, possa contestar a presente ação e acompanhá-la até final sentença.

4. Seja condenada a ré no pagamento das despesas e custas processuais relativas à presente ação, dispensando o Ministério Público do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em atendimento ao disposto no art. 87, da Lei nº 8.078/90.

5. Seja ordenada a providência legal de imposição de contrapropaganda, atendendo-se ao que preconiza o art. 60, do CDC, já que o caso em tela envolve questão relativa a propaganda enganosa, devendo tal publicação ser feita no Jornal Cinform, veículo utilizado pela ré para anunciar a venda dos títulos de sócio usuário familiar, consoante demonstrativos inclusos.

6. Seja expedido ofício à Delegacia da Receita Federal, para que remeta a este Juízo cópia da declaração de imposto de renda dos últimos 4 (quatro) anos da ré e de seu Diretor Presidente.

7. Requer, finalmente, a inversão do ônus da prova, apesar de a presente já estar devidamente instruída pelos documentos colacionados no incluso Inquérito Civil.

Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente a documental, pericial, testemunhal e depoimento pessoal do Diretor Presidente, sob pena de revelia e confissão.

Dá-se à causa o valor simbólico de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Aracaju, 06 de novembro de 1996.

Ana Paula Machado Costa Meneses
Promotora de Justiça do Consumidor

LEGISLAÇÃO

LEI COMPLEMENTAR Nº 30

De 26 de dezembro de 1996.

Altera dispositivo da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE,
Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado aprovou e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º. O art. 176 da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 176. O Quadro do Ministério Público terá a seguinte composição:

I.

a)

b)

c)

d) Procuradores de Justiça Assessores do Procurador-Geral de Justiça, designados de acordo com a conveniência do serviço, até o número de 04 (quatro).

II.

a)

b) Na Primeira Entrância, 26 (vinte e seis) Promotores de Justiça e 10 (dez) Promotores de Justiça Especiais e 09 (nove) Promotores de Justiça Auxiliares.”

Art. 2º. Inclua-se no § 1º do art. 175 da Lei Complementar nº 02 de 12 de novembro de 1990, o inciso VI com a seguinte redação:

“Art. 175.

§ 1º.

- I.
- II.
- III.
- IV.
- V.
- VI. *Promotor de Justiça Especial, quando exerce suas funções privativamente nos Juizados Especiais Cíveis ou Criminais."*

Art. 3º. As despesas resultantes desta Lei Complementar correrão à conta das dotações orçamentárias próprias consignadas no Orçamento.

Art. 4º. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data da sua publicação.

Art. 5º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

ARACAJU, 26 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

ALBANO FRANCO

Governador do Estado

RICARDO AUGUSTO FERREIRA RIBEIRO

Secretário-Chefe da Casa Civil

em exercício

LUIZ ANTONIO SILVEIRA TEIXEIRA

Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania

**ANEXO ÚNICO
QUADRO DE CARREIRA
DENOMINAÇÕES ESPECÍFICAS**

Segunda Instância

DENOMINAÇÃO	QUANTIDADE	TOTAL
Procurador de Justiça	17	17

Primeira Instância

DENOMINAÇÃO	ENTRÂNCIA	QUANT.	TOTAL
Promotor de Justiça	1ª	26	45
Promotor de Justiça Especial	1ª	10	
Promotor de Justiça Auxiliar	1ª	09	
Promotor de Justiça	2ª	17	44
Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública	2ª	04	
Promotor de Justiça da Curad. de Família e Sucessões	2ª	03	
Promotor de Justiça da Curadoria Infância e da Adolescência	2ª	02	
Promotor de Justiça Distrital	2ª	03	
Promotor de Justiça Criminal	2ª	10	
Promotor de Justiça do Tribunal do Júri	2ª	02	
Promotor de Justiça de Execuções Criminais	2ª	01	
Promotor de Justiça Militar	2ª	01	
Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor	2ª	01	

RESOLUÇÃO Nº 001/97 – CPJ

Aprova Projeto de Lei Complementar que altera dispositivo da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, e dá outras providências.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais, no inciso II do art. 35, da Lei Complementar nº 02/90,

RESOLVE:

Art. 1º. Fica aprovado o Projeto de Lei Complementar que altera dispositivo da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, e dá outras providências.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

SALA DAS SESSÕES DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA, em Aracaju, de fevereiro de 1997.

José Gomes de Andrade
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes
José Sérgio Monte Alegre
José Jorge Santos Mesquita
Guilhermino Rezende Neto
Maria Eugênia da Silva Ribeiro
Pedro Iroito Dória Leó
José Costa Cavalcante
Heli Soares Henriques Nascimento
Fernando Ferreira de Matos
Moacyr Soares da Motta
Darcilo Melo Costa
José Renato Lima Sampaio
Gilberto Vila-Nova de Carvalho
José Carlos de Oliveira Filho
Carlos Waldemar Resende Machado
Paulo Moura

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº _____/97
DE ____ DE _____ DE 1997

Altera dispositivo da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado aprovou e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º. O art. 176 da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 176. O Quadro do Ministério Público terá a seguinte composição:

I.

a)

b)

c)

d)

II. Na Primeira Instância:

a) Na Segunda Entrância, 52 (cinquenta e dois) cargos, sendo 10 (dez) Promotores de Justiça Criminal; 02 (dois) Promotores de Justiça do Tribunal do Júri; 01 (um) Promotor de Justiça das Execuções Criminais; 01 (um) Promotor de Justiça Militar; 03 (três) Promotores de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões; 02 (dois) Promotores de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência; 04 (quatro) Promotores de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública; 04 (quatro) Promotores de Justiça Distrital; 18 (dezoito) Promotores de Justiça; 02 (dois) Promotores de Justiça de Defesa do Consumidor; 02 (dois) Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social; 02 (dois) Promotores de Justiça de Proteção aos Direitos do Cidadão e 01 (um) Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente.

b) Na Primeira Entrância 48 (quarenta e oito) Cargos, sendo 27 (vinte e sete) Promotores de

Justiça, 12 (doze) Promotores de Justiça Especiais e 09 (nove) Promotores de Justiça Auxiliares.”

Art. 2º. O Parágrafo único do art. 28 da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 28.

Parágrafo único. O Coordenador-Geral do Ministério Público será designado pelo Procurador-Geral de Justiça, dentre os Procuradores de Justiça, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Colégio de Procuradores, para um período coincidente com o do mandato do Corregedor-Geral do Ministério Público, observando-se para a sua destituição o mesmo procedimento e será assessorado por (01) um Promotor de Justiça da mais elevada Entrância por ele indicado e designado pelo Procurador-Geral de Justiça.”

Art. 3º. As despesas resultantes desta Lei Complementar correrão à conta das dotações orçamentárias próprias consignadas no orçamento.

Art. 4º. Esta Lei Complementar estará em vigor na data da sua publicação.

Art. 5º. Ficam revogadas as disposições em contrário. Aracaju, de fevereiro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

**ANEXO ÚNICO
QUADRO DE CARREIRA
DENOMINAÇÕES ESPECÍFICAS**

Segunda Instância

DENOMINAÇÃO	QUANTIDADE	TOTAL
Procurador de Justiça	17	17

Primeira Instância

DENOMINAÇÃO	ENTRÂNCIA	QUANT.	TOTAL
Promotor de Justiça	1ª	27	48
Promotor de Justiça Especial	1ª	12	
Promotor de Justiça Auxiliar	1ª	09	48
Promotor de Justiça	2ª	18	
Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública	2ª	04	48
Promotor de Justiça da Curad. de Família e Sucessões	2ª	03	
Promotor de Justiça da Curad. da Infância e da Adolescência	2ª	02	48
Promotor de Justiça Distrital	2ª	04	
Promotor de Justiça Criminal	2ª	10	48
Promotor de Justiça do Tribunal do Júri	2ª	02	
Promotor de Justiça de Execuções Criminais	2ª	01	48
Promotor de Justiça Militar	2ª	01	
Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor	2ª	02	48
Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social	2ª	02	
Promotor de Justiça de Proteção aos Direitos do Cidadão	2ª	02	48
Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente	2ª	01	

Resolução nº 002/97 – CPJ — Atribui funções às Promotorias de Justiça e as Promotorias Criminais das Comarcas de Itabaiana, Lagarto e Estância.

Resolução nº 003/97 – CPJ — Atribui funções à Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Nossa Senhora do Socorro.

Resolução nº 004/97 – CPJ — Modifica e consolida as normas que regulamentam o inquérito civil no âmbito do Ministério Público.

Resolução nº 005/97 – CPJ — Estabelece normas para o exercício de controle externo da atividade de Polícia Judiciária pelo Ministério Público, previsto no art. 129, inciso VII, da Constituição Federal e na Lei Complementar Estadual nº 03, de 12.11.90.

Resolução nº 006/97 – CPJ – Retifica o art. 27 do Regulamento do Concurso de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Resolução nº 007/97 – Homologa resultado do Concurso Público de provas e títulos para a carreira inicial do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Resolução 001/97 – CSMP – Disciplina o estágio probatório dos membros do Ministério Público.

Resolução 002/97 – CSMP – Disciplina a apuração do merecimento nas promoções e remoções na Carreira do Ministério Público de Sergipe.

JURISPRUDÊNCIA

SONEGAÇÃO FISCAL – ICMS – CRÉDITOS – DIFERENÇA DE ALIQUOTA EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL – APRECIÇÃO EM AÇÃO PENAL

“Penal. Processual. Tributário. Créditos de ICMS. Aproveitamento. Inépcia da denúncia. Ausência de dolo.

- 1. Por ser controvertida, impondo aprofundado exame de fatos e provas, a alegação de que não houve sonegação e sim aproveitamento de créditos em razão de diferenças de alíquotas de produtos comprados, com redução de ICMS, em outros Estados, deve ser apreciada na Ação Penal, com todo o contraditório a que o acusado tem direito.*
- 2. Não há inépcia quando a denúncia dá indicações concretas do que o acusado deve, efetivamente, se defender.*
- 3. A ausência de dolo, para ser aferida, é preciso que se instaure, antes, a relação processual.*
- 4. Recurso conhecido mas improvido.”*

(Ac un da 5ª T do STJ – RHC 5.614-DF – Rel. Min. Edson Vidigal – j 25.11.96 – DJU-1 24.02.97, p 3.349)

HABEAS CORPUS – CRIME SOCIETÁRIO – SONEGAÇÃO FISCAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

- Inepta é a denúncia que não expõe o fato tido como criminoso, em todas as suas circunstâncias, apresentando-se de forma sumária, em caráter genérico, e em desacordo com o art. 41 do Código de Processo Penal.*
- Inadmissível a inclusão do nome do paciente na peça acusatória, apenas por ser sócio acionista da empresa.*
- Em se tratando de autoria coletiva, é indispensável que descreva, ainda que resumidamente, a conduta delituosa de cada participante de modo a possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Todavia, a referida ate-*

nuação ao rigorismo do artigo 41 do CPP não significa que a peça inicial acusatória instauradora da ação penal, fique dispensada de demonstrar a existência denexo de causalidade entre o resultado danoso e a participação dos agentes na prática do ato ou da omissão ou de qualquer elemento indiciário de culpabilidade — Ordem concedida.”

(Rel. Min. cid Flaquer Scartezzini – DJU de 18.11.96)

SONEGAÇÃO FISCAL – PAGAMENTO DO TRIBUTO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – LEI Nº 8.137/90, ART. 14 – REVOGAÇÃO

“RHC – Crime de sonegação fiscal, art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90, Extinção da punibilidade - Revogação do art. 14 da referida lei Impossibilidade.

- *A pretendida extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário, com arrimo no art. 14 da Lei nº 8.137/90, não mais subsiste, ante a revogação expressa do dispositivo invocado, pelo art. 98 de Lei nº 8.383/91.*
- *Recurso improvido.”*

(Ac un da 5ª T do STJ – RHC 3 636-2/SP - Rel. Min. cid Flaquer Scartezzini – j 06.06.94 DJU 1 27.06.94, pp 16.993/4)

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – CANCELAMENTO DO ATO FISCAL NA VIA ADMINISTRATIVA – IRRELEVÂNCIA

“Penal e Processual Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Crime contra a ordem tributária. Justa causa. Ocorrência. Cancelamento do ato fiscal na via administrativa. Irrelevância.

- I. *As sanções penais e administrativas são autônomas em face do que, salvo se a lei diferentemente dispusesse, não é possível pretender-se que a aplicação de uma satisfaça a outra (STF, RT 611/237).*
- II. *A apuração do débito fiscal na instância administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade.*

III. *O trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, 'só é cabível, quando constatável, prima facie, a ausência de indícios de autoria, da materialidade e atipicidade criminosa do fato imputado'.*

IV. *Recurso improvido."*

(Ac da 6ª T do STJ – mv – RHC 2.699-0-SC – Rel. Min. Pedro Acioli – j 26.09.94 – DJU 1 28.11.94, p. 32.639)

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – PAGAMENTO DO TRIBUTOS ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO – DL Nº 157/67 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RÉVOGAÇÃO

"Penal e Processual. Sonegação fiscal. Pagamento do tributo antes da propositura da ação. Extinção da punibilidade.

– *A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes de proposta a ação penal, a invocação do disposto no artigo 18 do Decreto-lei nº 157/67, não tem mais apoio, uma vez que o artigo 98 da Lei nº 8.383/91 revogou todas as disposições legais pertinentes ao tema."*

(Ac un da 5ª T do STJ – RHC 4.363-6-SP – Rel. Min. Jesus Costa Lima – j 22.03.95 – DJU 1 10.04.95, p 9.279)

APROPRIAÇÃO INDÉBITA – RECOLHIMENTO PARCELADO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – ATIPICIDADE

"Penal – Apropriação indébita (art. 168, do CP).

– *O fato de ser permitido ao acusado o recolhimento parcelado das contribuições descontadas dos funcionários e devidas à Previdência Social descaracteriza o crime de apropriação indébita por indemonstrado o **animus rem sibi habendi**.*

– *Recurso conhecido e provido para o fim de trancamento de ação penal por falta de justa causa."*

(Ac un da 5ª T do STJ – RHC 4.257-5/RJ – Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini – j 05.04.95 – DJU 1 08.05.95, p 12.401)

APROPRIAÇÃO INDÉBITA – NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – PREFEITO – AUSÊNCIA DE DOLO – ATIPICIDADE – LEI Nº 8.658/93, CP ART. 168; LEI Nº 3.807/60, ART. 86.

“Penal. Apropriação Indébita. Contribuições previdenciárias. Prefeito Municipal.

1. *Não comete crime de apropriação indébita o Prefeito Municipal que não se apropria de contribuição previdenciária descontada nas folhas de pagamento dos funcionários públicos municipais e que não recolheu à Previdência, no tempo devido. O dolo, ínsito ao tipo penal em tela, reside na mudança do título da posse, de possuidor para proprietário do bem móvel alheio, de que se é possuidor ou detentor.*
2. *Na ausência de dolo, descaracterizado fica o delito. A conduta do agente se torna atípica, porque o dolo, na conceituação moderna do crime (Teoria Finalista da Ação), integra o próprio tipo.*
3. *Denúncia rejeitada.”*

(Ac do TRF da 1ª R-Pleno — mv — Ação Penal 91.01.04339-0/DF – Rel. Juiz Nelson Gomes da Silva – j 07.04.94 – DJU 2 16.05.94, p 22.711) .

SEQÜESTRO DE BENS – CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL – BEM DE FAMÍLIA – ADMISSIBILIDADE

“Processo Penal. Seqüestro. CPP, Art., 126.

- *Em crime de sonegação fiscal, presentes os requisitos do art. 126 do Código de Processo Penal, justificável é o seqüestro de bem imóvel, mesmo que sirva de residência ao casal denunciado, face ao contido no art. 3º, inciso VI da Lei nº 8.009/90.”*

(Ac un da 1ª T do TRF da 4ª R – RCr 94.04.47607-2/PR – Rel. Juiz Vladimir Freitas – j 08.08.95 – DJU 2 13.09.95, p 61.105)

RECURSO EM HABEAS-CORPUS Nº 5.664-SP
RELATOR: O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO
RECORRENTE: RICARDO PONZETTO
RECORRIDOS: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTES: LEILA BATISTA MIRANDA
ADVOGADOS: DR. RICARDO PONZETTO

RECURSO EM HABEAS CORPUS – LEI 9.099/95 – SUSPENSÃO DO PROCESSO – INDEFERIMENTO PELO JUIZ SINGULAR – TITULARIDADE DO PODER DE PROPOR

- Cingindo-se o acórdão recorrido a examinar o recurso sob aspecto da titularidade do poder de propor a suspensão do processo, sem abordar o mérito do pedido, dá-se parcial provimento ao recurso para desconstituir o acórdão e a decisão de 1º grau, a fim de ensejar a manifestação do Ministério Público, titular do poder de propor a medida preconizada no art. 89, da Lei 9.099/95.

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento para que se abra ao Ministério Público a oportunidade de propor a transação de que trata a Lei 9.099/95, art. 89. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Dantas. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 24 de setembro de 1996 (data de julgamento).

Ministro Edson Vidigal

Presidente

Ministro José Arnaldo

Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo (Relator):

Ricardo Ponzetto impetra em favor de Leila Batista Miranda, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **habeas corpus** em que deduz estar sofrendo constrangimento, porquanto, respondendo a processo por infringência do art. 124, do CP (aborto provocado com consentimento da gestante), cuja pena em abstrato preconizada é de detenção de 1 (um) a 3 (três) – não se lhe aplicou o benefício do art. 89, da Lei 9.099, de 26.09.95, isto é, a proposta de suspensão condicional do processo, malgrado reuna os requisitos legais.

O Tribunal “**a quo**” denegou a ordem sem abordar os temas elencados na impetração e nas razões de decidir do Juízo de 1º grau, circunscrevendo-se tão-só ao fato de não ter sido proposta a suspensão do feito originário pela Acusação, qual exigido pelo art. 89, **caput**, da mencionada lei 9.099/95, erigida como condição necessária para a devida aplicação do instituto (fls.45).

Adveio, então, o recurso ordinário constitucional e aqui se pronunciou o douto órgão do Ministério Público pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo (Relator):

Como já referido, o Colegiado recorrido limitou-se a examinar o pedido sob o aspecto da titularidade do poder proponente à luz do art. 89, da Lei 9.099/95, sem se pronunciar acerca dos judiciosos fundamentos arrolados na impetração e no **decisum** do MM. Juiz de Direito que o indeferiu.

Dito isto, não é possível examinar-se o pedido, no seu mérito, sob pena de supressão de uma instância. Desse modo, com inteira razão a il. Subprocuradoria Geral da República, Dra. Laurita Hilário Vaz, quando acentua às fls. 67/68:

“De fato, pelo que se depreende dos documentos carreados para os autos, principalmente a manifestação de fls. 21 e 21v, o representante do Ministério Público não ofereceu proposta de suspensão do processo, apenas fez constar de sua manifestação que em audiência já designada verificaria a possibilidade

*e conveniência de ofertá-la. Foi, portanto, precipitada a decisão do Magistrado questionada no **habeas corpus**. Com efeito, se o Ministério Público como já afirmado, não se manifestado a respeito da suspensão, uma vez que aguardava o membro do **Parquet** estadual a audiência já designada 'para na presença da ré' examinar a 'possibilidade e conveniência' de ofertá-la, também não competia ao magistrado, apressadamente, indeferir a medida, que sequer foi requerida por quem tinha legitimidade para tanto. Daí, o ato de ilícito constrangimento contra a paciente, em razão de precipitada decisão que obstou, de plano a eventual proposta do Ministério Público."*

Em conclusão, conheço e dou provimento parcial ao recurso para desconstituir não o acórdão do Tribunal *a quo*, como também a decisão do juiz de 1º grau, eis que proferida sem provocação ou manifestação do Ministério Público (este apenas admitiu a possibilidade e conveniência de eventual suspensão processual, mas não chegou a requerê-la), ensejando reabrir o procedimento de que trata o art. 89, da suso mencionada Lei 9.099/95.

FONTE: STJ

MINISTÉRIO PÚBLICO – PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA – ATO ADMINISTRATIVO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

- Tratando-se do Ministério Público, Instituição que goza de autonomia funcional e administrativa, nos termos dos arts. 127, § 2º, da CF e 92 da Constituição paulista, o Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda bem como seus subordinados não têm poderes para sustar ato do Procurador-Geral de Justiça, que reconhece, para efeitos de concessão de adicionais a membro da instituição, o tempo de serviço prestado à iniciativa privada. É do Tribunal de Contas, órgãos auxiliares do Poder Legislativo exercido pela Assembléia Legislativa do Estado, a competência da sustação do ato, nos termos do art. 33, XI, da Constituição do Estado.

Impetrante: Roberto Souza de Campos Pacheco.

MS nº 127.088-1 – Relator: Des. ÁLVARO LAZZARINI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Nº 127.088-1, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Roberto Souza de Campos Pacheco, sendo impetrado Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de f. 211, em conhecer da segurança e concedê-la.

1. Tendo o ilustre Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda referendado o ato de seu subordinado, o impetrado Diretor da 3ª Divisão Seccional de Despesa de Pessoal do Estado – Santos, assumiu, só por isso, a condição de autoridade coatora a ensejar a modificação na competência, pois, para conhecer de mandado de segurança contra Secretário de Estado a competência originária é deste eg. Tribunal de Justiça. Daí conhecerem da segurança, rejeitando a preliminar da d. Promotoria de Justiça.

2. O impetrante teve deferida a contagem, para todos os fins, inclusive para efeito de adicionais do tempo de serviço prestado à iniciativa privada, valendo-se o d. Procurador-Geral de Justiça dos fundamentos que elencou no seu ato normativo de fs. 91/106. O deferimento encontra-se certificado em f. 28.

O Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda, ao referendar o ato impugnado do seu subordinado, o impetrado Diretor da 3ª Divisão Seccional de Despesa do Estado – Santos, nega legitimidade ao ato de deferimento praticado pelo d. Procurador-Geral de Justiça e invoca os poderes que lhe foram delegados pelo Exmo. Sr. Governador do Estado para o controle da legalidade e regularidade de tais atos, a teor do art. 1º do D. estadual nº 28.083, de 08.01.88, que acrescentou o § 1º ao art. 2º do D. nº 52.613, de 20.01.71 (reestrutura o Departamento de Despesa do Pessoal do Estado).

No tocante ao Ministério Público, porém, não assiste razão ao Ilustre Secretário de Estado. O Departamento de Despesa de Pessoal do Estado-DDPE, a

teor dos decretos invocados, só está “autorizado a examinar processos e documentos nas próprias unidades de pessoal e de controle de frequência das secretarias de Estado e autarquias, inclusive universidade” (f. 41).

O Ministério Público é instituição essencial à Justiça, não se inserindo mais na esfera do Poder Executivo, pois o Constituinte de 1988 assim entendeu ao manter a sua dignidade constitucional, agora, no tít. IV, I seção 1, arts. 127/130 da CF de 1988, anotando-se que, no tít. IV, o cap. I cuida do Poder Legislativo, o cap. II do Poder Executivo e o cap. III do Poder Judiciário e o cap. IV, em que está inserido o Ministério Público, das funções essenciais à Justiça.

Em outras palavras, o Ministério Público não pode ser confundido com secretarias de Estado, autarquias ou universidades que são os órgãos contemplados nos retrocitados decretos.

Não infirma essa conclusão o fato da legislação infraconstitucional assegurar ao Procurador-Geral de Justiça status de Secretário de Estado. Tal status, tão-só, está a indicar a ordem de precedência, sem implicar que o Procurador-Geral de Justiça seja um auxiliar do Governador do Estado. Note-se que, nos termos do art. 52 da Constituição do Estado de 1989, os Secretários de Estado são “auxiliares diretos e de confiança do Governador”, demissíveis *ad nutum*. O Procurador-Geral de Justiça, ao contrário, é escolhido em lista tríplice, entre os integrantes da carreira, e, embora seja nomeado pelo Governador para mandato de dois anos, permitida uma recondução, só pode ser destituído por deliberação da maioria absoluta e por voto secreto da Assembléia Legislativa (art. 94, II e III, da Constituição do Estado de 1989; art. 128, §§ 3º e 4º, da CF de 1988).

Em outras palavras, o Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e o seu subordinado, também apontado como autoridade coatora, exerceram-se no poder, isto é, praticaram abuso de poder ao pretenderem fazer a verificação da legalidade e regulari-

dade do ato do d. Procurador-Geral de Justiça deferidor da contagem de tempo de serviço privado ao impetrante, para a concessão, inclusive, do adicional de tempo de serviço.

Lembre-se, a propósito, que a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, prevista no art. 127, § 2º, da vigente CF, sofreu detalhamento no art. 92 da atual Constituição Paulista, competindo-lhe praticar atos próprios de gestão (I) e praticar atos e decidir sobre a situação funcional do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios (II).

E acrescenta-se que, por força do art. 93, § 3º, da referida Constituição Estadual não é Secretário de Estado que deve fazer fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público. Tal controle é exercido pela Assembléia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno estabelecido na lei complementar que cuide de sua autonomia administrativa e funcional (art. 92 da Constituição Paulista; art. 127, § 2º, da CF). É certo que o art. 35, *caput*, III e § 1º, da vigente Constituição do Estado prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de exercer o controle sobre o deferimento de vantagens e a forma de calcular qualquer parcela integrante da remuneração, vencimento ou salário de seus membros ou servidores, devendo, bem por isso, pena de responsabilidade solidária, os responsáveis pelo controle interno dar ciência ao Tribunal de Contas do Estado de qualquer irregularidade, ilegalidade ou ofensa aos princípios do art. 37 da CF. Mas, nem por aí pode vingar a tese do Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e de seu ilustre Subordinado. À sua tese de ilegalidade do ato administrativo do d. Procurador-Geral de Justiça referente ao impetrante se contrapõe à presunção de legalidade desse mesmo ato administrativo que, repita-se, não foi praticado por subordinado seu e nem está sob a fiscalização

de que trata o § 1º do art. 2º do D. estadual nº 2.613, de 21.01.71, parágrafo esse acrescentado pelo art. 1º do D. estadual nº 28.083, de 08.01.88.

O ato administrativo do Procurador-Geral de Justiça, presumindo-se legal, como de resto assim são presumidos todos os atos administrativos, tem execução imediata, como também inequívoca eficácia para a produção de seus efeitos específicos, reclamados na inicial, independentemente da alegação de sua invalidade por parte do Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e do seu ilustre Subordinado, que comparecem no polo passivo deste mandado de segurança.

Tais atributos só deixarão de existir se a tese dos impetrados contra a presunção de legitimidade for acolhida pelo Tribunal de Contas do Estado, inclusive com a sustação de que trata o art. 33, XI, da Constituição Estadual.

Em outras palavras, em relação ao Ministério Público, não são os impetrados que têm poder de sustar atos como o do interesse do impetrante. É do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo exercido pela Assembléia Legislativa do Estado, a competência da sustação da execução do ato.

E, de qualquer modo, a eventual desconstituição desse ato administrativo sempre ficará sujeita ao controle jurisdicional do Poder Judiciário, o que não é a hipótese destes autos, que só cuidam de garantir a execução e eficácia do ato administrativo do d. Procurador-Geral de Justiça.

3. Bem por isso, incorporando a este acórdão o quanto mais aduziu-se no d. parecer (f. 183) do Ilustre Procurador de Justiça JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, concedem o mandato de segurança para, confirmando a liminar, ordenar que as autoridades coatoras cessem em definitivo com o abuso de poder por excesso de poder, dando cumprimento ao ato administrativo do Procurador-Geral de Justiça, que reconheceu, para os efeitos de concessão de adicionais, o tempo de serviço prestado à iniciativa privada pelo impetrante, tudo

com o conseqüente e imediato restabelecimento do pagamento do seu 4º adicional de tempo de serviço.

O julgamento teve a participação dos Des. LUIZ DE AZEVEDO, presidente, sem voto, RENAN LOTUFO e ROQUE KOMATSU, com votos vencedores.

São Paulo, 17 de abril de 1990 – Álvaro Lazzarini, relator.

ESTUDOS E CONSULTAS

O Ministério Público, função essencial à administração da Justiça, não atua em ato conduzido por Conciliador, mero auxiliar da Justiça.

Maria Cristina Gama e Silva Foz Mendonça
Núcleo de Apoio Operacional de
Defesa Comunitária

Com a criação dos Juizados Especiais Criminais na Comarca de Aracaju e sua entrada em funcionamento, alguns problemas de ordem prática foram sentidos pelos Promotores de Justiça que passaram a atuar frente aos mesmos, demandando um tratamento uniforme por todos os membros do *parquet* que exercitam tais atribuições.

Sentindo a preocupação com o assunto no seio da Classe, mormente entre os órgãos de execução que atuam nos Juizados Especiais Criminais, a Associação Sergipana do Ministério Público, através de seu Presidente, encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Corregedor parecer emitido pela Assessoria Jurídica da mencionada Entidade, sugerindo a sua adoção como suporte para uma recomendação no sentido de uniformizar a atuação dos Promotores de Justiça em relação à figura do Conciliador.

Com o objetivo de possibilitar uma melhor análise do citado Parecer cumpre recordar o que dispõe a Lei e comentam alguns autores sobre o Conciliador e sua tarefa.

Personagem introduzido na Justiça Criminal pela Lei nº 9.099/95 com a natureza de auxiliar da Justiça, o Conciliador pode intervir na primeira fase da audiência preliminar, sendo sua função a de conduzir a conciliação entre o autor do fato e a vítima, visando obter a composição dos danos civis.

O art. 72 da lei nº 9.099 reza que, na audiência preliminar, **presente o representante do Ministério Público**, o autor do fato, a vítima, e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o **Juiz** esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade.

A referência ao Conciliador aparece no artigo seguinte, nº 73, que diz que a conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Logo a seguir (art. 74), vemos que a composição dos danos civis será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz mediante **sentença irrecorrível**, passando a ter eficácia de título a ser executado no Juízo cível competente e que este acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada.

A leitura dos art. 72 e 73, à primeira vista, pode conduzir ao entendimento de que o órgão do Ministério Público deveria estar sempre presente à conciliação, ainda que esta estivesse sendo conduzida pelo conciliador. Na prática, tal entendimento ensejaria uma situação no mínimo embaraçosa, em que o Promotor de Justiça passaria a funcionar em audiência presidida por um auxiliar da Justiça, sequer necessariamente bacharel em Direito.

Para examinar a possibilidade de tal fato ocorrer, procuramos a opinião de alguns autores que comentaram a Lei nº 9.099/95. Veja-se a seguir o posicionamento de Marino Pazzaglini Filho *et alii* in *Juizado Especial Criminal* – Ed. Atlas:

“Função do Conciliador

Trata da primeira fase da audiência preliminar. A composição dos danos civis será realizada entre o autor do fato e a vítima e conduzida, nos termos da legislação estadual pelo Juiz ou por Conciliador sob sua orientação. A atuação deste se resumirá em conduzir a conciliação civil, pois a homologação do eventual acordo civil celebrado pelos interessados só poderá ser feita pelo juiz.

.....

Intervenção do Ministério Público

A intervenção do Ministério Público nesta fase dar-se-á somente quando o ofendido for incapaz. E tem por objetivo zelar para que, na composição dos danos civis, não sejam prejudicados seus interesses. (pag. 40)

.....

A segunda fase da audiência preliminar consiste na transação penal realizada entre o promotor de Justi-

ça e o autor do fato. Nos termos da Lei, pode ser conduzida também pelo juiz ou pelo conciliador. (pag. 45)

.....

Da homologação

Se houver aceitação da proposta, ou da contraposta, o acordo será submetido à homologação pelo Juiz. Caso acolha a proposta aceita, o Juiz aplicará a pena decorrente do acordo, que não importará em reincidência, etc.

.....

Nesta fase o Juiz deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo Ministério Público, bem como se houve aceitação por parte do autor do fato e seu defensor. Destarte, o Juiz verificará se estão presentes os requisitos legais, os pressupostos para a efetuação da proposta e para a realização da transação. Caso não estejam presentes, o Juiz não acolherá a proposta do Ministério Público e conseqüentemente não homologará a transação. Desta decisão caberá apelação. (pag. 50)”

Diferentemente dos autores anteriormente citados, Damásio de Jesus (*Lei dos Juizados Especiais Anotada*, Saraiva, pag. 74), entende que o Ministério Público intervém mesmo que o ofendido não seja menor ou incapaz, anotando, entretanto, opiniões em contrário:

“O Promotor de Justiça participa da composição civil, ainda que o ofendido não seja menor ou incapaz. Razões: 1ª. Tratando-se de crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, o acordo civil conduz à extinção da punibilidade; 2ª. Cuidando de crime de ação penal pública incondicionada, o acordo civil, havendo reparação integral do dano, permite a aplicação do arrependimento posterior (CP, art. 16), atenuando-se a pena imposta na transação penal (art. 76 desta Lei). Contra, no sentido de que só participa quando o ofendido é menor ou incapaz: Súmula 7 da Procuradoria-Geral de Justiça de São

Paulo sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais. (São Paulo, 22 de novembro de 1995; Marino Pazzagli Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione, Juizado Especial Criminal, São Paulo, Atlas, 1995, p. 40)

O mesmo autor, entretanto, afirma (pag. 69):

“Quem conduz a conciliação?

O Juiz.

Os conciliadores não têm função jurisdicional.

A atuação dos juízes leigos visa a conceder maior celeridade e facilidade na conciliação, agindo como auxiliares da Justiça criminal, função que pode ser exercida por pessoas que não pertencem aos seus quadros. Não podem executar nenhum ato judicial, como a homologação do acordo civil ou da transação.”

A seguir, veja-se a opinião de Ada Pellegrini Grinover *et alii* (Juizados Especiais Criminais, pag. 114):

“Os conciliadores funcionarão nos Juizados como multiplicadores da capacidade de trabalho do juiz. Sentarão junto aos protagonistas principais (MP, acusado, vítima, responsável civil e seus advogados) para conduzir o entendimento destes com vistas à auto-composição.

.....

O juiz orientará os conciliadores, o que significa que supervisionará seu trabalho, podendo nele intervir a qualquer momento.

Várias audiências de conciliação poderão ser conduzidas ao mesmo tempo, numa única ou em diversas salas, devendo o juiz, após o esclarecimento a que alude o art. 72 passar de mesa em mesa para orientar e supervisionar a condução das vias conciliativas. Mas uma vez se vê como essa audiência deve ser informal.”

Com grande propriedade tratam do assunto Joel Dias Figueira e Maurício Antônio Ribeiro Lopes, em seus *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* (pag. 274/275):

“A conciliação propriamente dita, como já referido há pouco, carece de um entendimento mais robusto acerca de seus limites e projeção dos efeitos em face de sua localização na topografia legal. Acha-se, por uma via, conexcionada aparentemente à audiência preliminar, onde, presente o Ministério Público, o autor do fato e a vítima, além de, se possível, o responsável civil, acompanhado seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Por outra, bem pode estar relacionada apenas ao fato de mediar a composição dos danos civis, nos termos do art.74.

Para espancar, desde já, algumas dúvidas acerca do papel que se espera venha a representar a conciliação no Juizado Especial Criminal, expresso entendimento no sentido de que onde a lei estiver reservando atuação expressa do Juiz, sem especificar qualquer condição outra, trata-se de matéria absolutamente restrita ao conhecido juiz togado, vedada a interferência, delegação ou participação, por qualquer forma, de juiz leigo e, com maior razão, do conciliador. Assim, o art. 72 da Lei nº 9.099, não se prende realmente à figura do conciliador, sendo apenas aparente sua possibilidade de intervenção na matéria, visto que a atividade foi expressamente reservada ao juiz. A este incumbe esclarecer sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Na atividade de esclarecimento incumbe ao magistrado, legalmente investido, informar sobre todas as conseqüências atinentes à composição dos danos e à transação.

Esse ato, que se pode chamar de audiência preliminar ou de audiência de advertência, se realizado por conciliador ou juiz leigo, importará em nulidade ab-

soluta por falta de observância do devido processo legal, independentemente de comprovação do prejuízo, que nesse caso se presume, ante a aplicação imediata da pena criminal — em que pese a disposição do art. 65, § 1º e 76, §§ 4º e 6º desta Lei.

A conciliação é matéria restrita à composição dos danos civis e, portanto, é apenas incidentalmente penal, em face de ter o dano sido originário de uma infração criminal. No mais, rege-se segundo os princípios atinentes ao processo civil. Atrevo-me a afirmar que em matéria estritamente processual penal não há conciliação, nela não se enfeixando o tema da transação.

.....

Do conciliador

Para que se evite o que seria um dos maiores escândalos do festival brasileiro de inconstitucionalidades, é preciso que se afaste por completo qualquer possibilidade de se conferir ao conciliador poderes superiores ao de mediar a composição dos danos civis. Não pode interferir nem mesmo nos casos de oferecimento de proposta de transação — aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

A aplicação de pena não privativa de liberdade não retira o caráter penal da condenação, tanto que se aplicada restrição de direitos ou multa, a primeira não cumprida e a segunda não paga sem motivo justificado, impõe-se a conversão destas em privação de liberdade pelo Juízo das Execuções Criminais. Assim sendo, como pode alguém ser condenado (porque não há aplicação de pena sem condenação) por ato de conciliador (ainda que em decisão homologada por Juiz) sem se ferir o princípio do devido processo legal? Seria de manifesta inconstitucionalidade o dispositivo em tela (art. 45, incisos LIII e LIV da CF).

Outro aspecto pelo qual se depreenderia a manifesta e robusta inconstitucionalidade desse artigo refere-se à impossibilidade de o Ministério Público, função essencial à administração da Justiça (art. 127, da CF) submeter-se à disciplina de conciliador, mero auxili-

ar da Justiça (art. 7º e 73, § único desta Lei), subvertendo a hierarquia constitucionalmente desenhada.” (pág. 336)

A consulta formulada pelo Presidente da Associação Sergipana do Ministério Público e respondida pela sua Assessoria Jurídica concluiu pela impossibilidade de atuação do órgão do Ministério Público junto ao conciliador, conclusão esta que, com fundamento nas opiniões acima reproduzidas e no próprio texto legal, poderia ser adotada, nos seguintes termos:

I. A conciliação é matéria restrita à composição dos danos civis. É possível tanto nas infrações penais de ação privada como naquelas de ação penal condicionada e incondicionada.

“Nas infrações penais de menor poder ofensivo perseguidas mediante ação penal pública incondicionada, a composição dos danos pode ser levada em consideração pelo Promotor de Justiça como um dos critérios, tanto no exame da conveniência de ser oferecida a transação penal quanto na escolha da pena a ser proposta” (Marino Pazzaglini Filho e outros, op. cit., pág. 41).

Assim, mesmo nos casos de ação privada e penal condicionada à representação (sujeitos à competência do Juizado Especial Criminal), deve ser tentada a conciliação. Neste passo, portanto, discordamos do parecer da Ilustrada Assessoria Jurídica.

2. Na audiência preliminar é indispensável que o **Juiz** faça os esclarecimentos a que se refere o art. 72 da Lei 9.099, não podendo delegar este ato ao conciliador. O Ministério Público deve estar presente à audiência, observando o cumprimento desta formalidade legal.
3. Findos os esclarecimentos do art. 72, sendo as partes maiores e capazes, juiz e Promotor poderão retirar-se, deixando que os entendimentos que visam à conciliação quanto à reparação dos danos civis sejam conduzidos pelo Conciliador.
4. Uma vez obtida a conciliação, chegado o momento de sua homologação, voltam à cena o Juiz e o órgão do Ministério Público. Sendo o caso de oferecimento de

transação penal (impossibilidade de acordo com oferecimento de representação do ofendido ou ação penal pública incondicionada), o Promotor de Justiça fará sua proposta perante o Juiz, não havendo destarte lugar para a atuação do conciliador, já que não mais se trata de mera composição de danos civis e sim aplicação de pena.

5. Em todas as hipóteses acima, entendemos que o Promotor de Justiça somente oficia quando presente o Juiz de Direito, uma vez que não pode submeter-se à disciplina de auxiliar da Justiça.

Ante o exposto, e nestes termos, concordamos com a tese da Associação Sergipana do Ministério Público de que seja de interesse da Instituição recomendar aos seus membros no sentido de sua não atuação quando ausente o Juiz de Direito, nos trabalhos conduzidos apenas pelos conciliadores.

APREENSÃO DE DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO DE CONDUTORES DE VEÍCULOS UTILIZADOS PARA TRANSPORTE ILEGAL. NECESSIDADE DE DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FORÇA MAIOR E PERMISSÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE — CAUSAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDADE. A APLICAÇÃO DA PENA DE APREENSÃO É PRIVATIVA DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO, E NÃO DO SEU AGENTE. DIREITO AO RECURSO FAZ PARTE DO SISTEMA DE DEFESA DO INFRATOR.

Luiz Cláudio Almeida Santos
Núcleo de Apoio Operacional das
Atividades Cíveis e Criminais

Trata-se de consulta formulada pelo Coordenador-Geral do Ministério Público, Dr. José Carlos de Oliveira Filho, a respeito da legalidade das apreensões de documentos de habilitação de motoristas em situação de transporte irregular.

Primeiramente, inexistente dúvida que o ato de transportar ilegalmente é sancionado, nos termos do art. 199, XIII, do Decreto nº 62.127 de 16.01.68 (Regulamento do Código Nacional de Trânsito) com a apreensão da habilitação:

“Art. 199. A apreensão de documento de habilitação far-se-á quando o condutor:

... (omissis)

XIII. efetuar transporte remunerado em veículo não licenciado para esse fim, salvo em caso de força maior e com permissão da autoridade competente.”

Como se vê, a força maior, isto é, todo acontecimento imprevisível e inevitável que impõe ao agente a inexigibilidade de conduta diversa, afasta a possibilidade de apreensão dos documentos de habilitação.

Além do mais, o princípio constitucional do “*due process of law*” há de ser obedecido, sob pena de ilegalidade da medida punitiva:

“Art. 5º.

LIV. *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

LV. *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.*

Comentando tal sistema de proteção do indivíduo in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Revista dos Tribunais, 1990, págs. 372/373, José Afonso da Silva preleciona:

“O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional Positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV) combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXX) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais.”

De qualquer forma, o Decreto nº 62.127, de 16.01.68 (Regulamento Nacional de Trânsito) estabelece todo um procedimento a ser seguido no caso de apreensão do documento de habilitação:

“Art. 199.

§ 1º. *Nos casos de apreensão do documento de habilitação, a suspensão do direito de dirigir dar-se-á por prazo de um a doze meses, levando-se em conta a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi cometida e os antecedentes do infrator como condutor.*

§2º. *A apreensão do documento de habilitação far-se-á, contra recibo e somente após a decisão da autoridade de trânsito, que deverá ser fundamentada.”*

Ora, torna-se imperioso concluir que a duração da suspensão do direito de dirigir, direito que se insere entre as faculdades inerentes à propriedade de veículo automotor, será fixada no mínimo de um mês, salvo quando circunstâncias especiais e justificadas expressamente autorizarem o contrário.

Da mesma forma, à luz do art. 210 do Decreto nº 62.127, de 16.01.68, (*“As infrações de trânsito serão lançadas, pelo agente da autoridade de trânsito no correspondente auto de infração, no qual constarão os dados que caracterizam o fato, identifiquem o veículo e permita defesa do infrator”*), há de observar-se que a autoridade de trânsito e o agente da autoridade de trânsito não se confundem. Assim, quanto à apreensão da habilitação, a autoridade de trânsito será competente para decretar a suspensão do direito de dirigir, enquanto o agente da mesma autoridade, o policial de trânsito, terá somente poder de lavrar o auto de infração.

Em outras palavras, a retenção provisória do documento de habilitação no momento da infração somente se converterá em apreensão após o pronunciamento da mencionada autoridade de trânsito, que é o agente com atribuição para tal na forma das normas de organização administrativa.

Vale o registro da necessidade de o auto de infração conter, não apenas os dispositivos de lei violadas, mas a descrição resumida dos fatos, a fim de permitir:

- a) do lado da autoridade administrativa, o acesso às infrações necessárias para aplicar a penalidade da apreensão do documento de habilitação, considerar justificada a conduta do motorista em virtude da força maior e/ou da existência de permissão da autoridade competente, ou, em aplicando a penalidade, dosar a sua duração.
- b) do lado do infrator, o conhecimento dos fatos em que se baseia o auto infracional, a fim de fazer a sua defesa plena.

Evidentemente que a ausência de qualquer uma das formalidades exigidas pelo Decreto 62.127, de 16.01.68, implicará na nulidade da punição.

A propósito, deve-se lembrar que os princípios do devido processo legal e da defesa, aplicáveis aos procedimentos administrativos que restringem, a título de penalidade, bens jurídicos, como o direito de conduzir, não apenas impõem a existência de

um sistema de defesa a nível de primeira instância, como a possibilidade de recurso.

Aliás, o Regulamento do Código Nacional de Trânsito, no seu art. 212, dispõe:

“Art. 212. Junto a cada repartição competente para aplicar a penalidade por infração de trânsito funcionará uma Junta Administrativa de Recursos de Infrações.”

Para o exercício desse direito, o infrator deverá ser notificado da decisão punitiva. Note-se que, em se tratando de apreensão de documento de habilitação, salvo se o laudo foi lavrado pela AUTORIDADE DE TRÂNSITO com poder decisório, o que não é normal, a notificação somente será expedida após a decisão fundamentada de tal autoridade, à luz do laudo efetuado por seu agente ao tempo e no momento da infração.

Finalmente, parece-nos conveniente trazer à baila o art. 216, do Decreto 62.127/68:

“Art. 216. Cabe recurso:

(...) omissis

III. Das decisões da Junta Administrativa de Recursos de Infrações, para:

a) o Conselho Nacional de Trânsito, nos casos de cassação ou apreensão de documentos de habilitação por mais de 6 (seis meses);

(...) omissis

IV. Das decisões da autoridade de trânsito que aplique penalidade a proprietário ou condutor de veículo :

a) para o Conselho Nacional de Trânsito nos casos de cassação ou apreensão da Carteira Nacional de Habilitação por mais de 6 (seis meses);

b) para a Junta Administrativa de Recursos de Infrações, nos demais casos.”

Resta sublinhar que os recursos, em que pese a falta de efeito suspensivo, devem ser interpostos dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão no órgão oficial, ou do conhecimento pelo infrator. Todavia, os recursos que ver-

sem sobre cassação ou apreensão do documento de habilitação gozam de preferência na pauta de julgamento da Junta Administrativa de Recursos de Infrações.

É o Parecer.

À consideração do Diretor do Centro de Apoio Operacional.
Aracaju (SE), 10 de dezembro de 1996.

Flagrantes das Solenidades de Posse do Procurador-Geral de Justiça, do Corregedor-Geral do Ministério Público, do Coordenador-Geral do Ministério Público e dos Membros do Conselho Superior do Ministério Público, respectivamente, Procuradores de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE, HELI HENRIQUES NASCIMENTO, PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ, JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO, GILBERTO VILA-NOVA DE CARVALHO e EDUARDO DE CABRAL MENEZES, realizadas em 21.11.96 e 17.02.97, respectivamente.



O Governador Albano Franco, ladeado da Des. Clara Rezende Leite, Presidenta do Tribunal de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público, Iroito Leó, participa da sessão solene de posse do Procurador-Geral de Justiça José Gomes de Andrade.



O Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, presta compromisso perante o Colégio de Procuradores de Justiça.



O Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, ladeado dos chefes dos Poderes Executivo e Legislativo, reafirma o seu propósito de oferecer, cada vez mais, melhores condições de trabalho aos integrantes do *parquet*.



José Gomes de Andrade é surpreendido com a homenagem de seus netos.



O recém-empossado, esposa, filhos, genros e nora recepcionam os integrantes do *parquet*, autoridades e amigos, nos salões de festa da AABB.



O Procurador de Justiça Heli Soares Henriques Nascimento presta compromisso no cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público.



O Coordenador-Geral do Ministério Público, Pedro Iroito Dória Leó, assina o Termo de Posse perante o Colégio de Procuradores de Justiça.



Os Procuradores de Justiça José Renato Lima Sampaio, Gilberto Vila-Nova de Carvalho e Eduardo de Cabral Menezes, eleitos representantes da classe junto ao Conselho Superior do Ministério Público prestam compromisso.

NOTICIÁRIO

JOSÉ GOMES DE ANDRADE É RECONDUZIDO À CHEFIA DO “PARQUET”

Em solenidade ocorrida em 21 de novembro de 1996 no auditório “Governador Antônio Carlos Valadares”, sede da Procuradoria-Geral de Justiça, foi empossado solenemente no cargo de Procurador-Geral de Justiça o Dr. José Gomes de Andrade. A solenidade foi presidida pelo Corregedor-Geral do Ministério Público Dr. Pedro Iroito Dória Leó, Presidente, em exercício, do Colégio de Procuradores de Justiça e contou com a presença do Governador Albano Franco, dos Presidentes dos Poderes Legislativo e Judiciário, respectivamente, Deputado Venâncio Fonseca e Desembargadora Clara Leite Rezende, do Prefeito da Capital, João Augusto Gama, do representante da Universidade Federal de Sergipe, Bel. Paulo Celso Rego Leó e do Reitor da UNIT, Prof. Uchoa Mendonça, além de outras autoridades civis e militares.

Após prestar o compromisso de praxe, o recém-empossado foi saudado pelo Procurador de Justiça Gilberto Vila Nova de Carvalho, representando o Colégio de Procuradores de Justiça e pelo Presidente da ASMP, Promotor de Justiça Eduardo Lima de Matos, ambos ressaltaram o perfil do Ministério Público, objetivando assegurar a todos a igualdade perante a lei, e destacaram o trabalho desenvolvido pelo Procurador-Geral de Justiça, buscando atingir as metas reclamadas pelo *parquet*.

Por fim, usou da palavra o Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, afirmando que pretende consolidar o trabalho desenvolvido em sua primeira gestão, incrementar as ações do Ministério Público, equipar os fóruns, e oferecer, cada vez mais, melhores condições de trabalho aos integrantes do *parquet*, para que possam cumprir sua missão.

Não escondendo a satisfação por ter sido o mais votado em lista tríplice encaminhada ao Governador Albano Franco e bastante emocionado, concluiu *“rogo, a Deus que a todos nos conduza, para que a valorosa Instituição, o Ministério Público de Sergipe, na grandeza de sua unidade, possa continuar lutando para realização da boa justiça”*.

À noite o casal José Gomes de Andrade e filhos recepcionaram os convidados nos salões de festa da AABB com um coquetel.

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA EMPOSSA MEMBROS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sob a presidência do Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Gomes de Andrade, o Colégio de Procuradores de Justiça esteve, reunido em sessão solene, no dia 17 de fevereiro do corrente ano, quando foram empossados nos Cargos de Corregedor-Geral do Ministério Público e Coordenador-Geral do Ministério Público, respectivamente, os Procuradores de Justiça Heli Soares Henriques Nascimento e Pedro Iroito Dória Leó, bem como os representantes da classe junto ao Conselho Superior do Ministério Público, os Procuradores de Justiça Eduardo de Cabral Menezes, Gilberto Vila-Nova de Carvalho e José Renato Lima Sampaio.

Na oportunidade, o Procurador de Justiça José Carlos de Oliveira Filho fez um pronunciamento expressando o pensamento dos ex-titulares da Corregedoria-Geral e Coordenadoria Geral do Ministério Público e dos ex-representantes do Conselho Superior do Ministério Público. Em seguida falou o Procurador de Justiça Gilberto Vila-Nova de Carvalho, que se pronunciou em nome da Administração Superior do Ministério Público, ressaltando que *“é tempo de banir a idéia do velho e do novo Ministério Público, como se este não fosse uma conquista daquele”*.

Também saudou os recém-empossados, o Presidente da ASMP, Promotor de Justiça Luiz Alberto Moura Araújo. Por fim, o novo Corregedor-Geral do Ministério Público, Heli Soares Henriques Nascimento, falou em nome de todos os colegas empossados, destacando o papel e as funções institucionais do Ministério Público.

Encerrando a solenidade, o Procurador-Geral de Justiça José Gomes de Andrade comunicou aos presentes a escolha dos novos diretores do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público e do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público, respectivamente, Procuradores de Justiça José Sérgio Monte Alegre e José Costa Cavalcante.

CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO REÚNEM-SE EM NATAL

O Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público esteve reunido em Natal, sob a presidência da Corregedora-Geral do Ministério Público, Zélia Madruga, quando vários assuntos pertinentes ao órgão foram debatidos, destacando-se: “O Ministério Público e a Reforma Administrativa”; “O Estágio Probatório” e “A Estrutura Administrativa e Institucional das Corregedorias-Gerais do Ministério Público”, temas expostos, respectivamente, pelos Corregedores-Gerais Décio Gomes (RJ), Aguinaldo Vieira (PR) e Ricardo Rodrigues (SP).

A instalação solene do conclave teve a participação do Governador Garibaldi Alves Filho.

No VII Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, Sergipe participou das reuniões e dos debates através o Corregedor-Geral do Ministério Público, Heli Soares Henriques Nascimento.

NÃO ACEITOU

Era desejo da Presidenta do Conselho que o Procurador de Justiça Iroito Leó, durante o Encontro, fizesse uma exposição sobre “O Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais e sua Atuação Político-Institucional” tendo o mesmo recusado de imediato através mensagem telegráfica a distinção, por entender que, nas reuniões de trabalho do mencionado Conselho, as exposições sobre atuação da entidade devem ser procedidas, unicamente, pelos Corregedores-Gerais, conforme deliberação do Encontro do Rio de Janeiro.

NOVO PRESIDENTE

Com a renúncia da Presidenta Zélia Madruga, em face do término de seu mandato de Corregedora-Geral, foi empossado no cargo o Dr. Eduardo Fontes (SC).

A diretoria do Conselho ficou, agora, assim constituída: Presidente – Eduardo Fontes (SC); 1º Vice – Eduardo Almeida (TO);

2º Vice – Suvamy Meireles (MA); nos cargos de Secretário e Diretor de Comunicação continuam os Corregedores Roberto Coutinho (MP Militar) e Sérgio Luís Teixeira Gomes (ES).

O mandato da atual diretoria irá até novembro deste ano.

Da programação social participaram as Sras. Regina Nascimento e Vilma Leó.

“ CARTA DE NATAL

O Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, por sua Presidente, Zélia Madruga, reunido nos dias 03, 04, e 05 de abril de 1997, nesta cidade de Natal, no Imirá Plaza Hotel, com a presença dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados da União:

AMAPÁ – Mário Augusto Alves; BAHIA – Lúcia Bastos Farias Rocha (Sub-Corregedora); CEARÁ – Mairan Gonçalves Maia; DISTRITO FEDERAL – Zenaide Souto Matias; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – Nelson Parucker; MINISTÉRIO PÚBLICO/JUSTIÇA MILITAR – Roberto Coutinho; MARANHÃO – Suvamy Vivekananda Meireles; MATO GROSSO – Leonir Colombo; MINAS GERAIS – Ruth Lies Scholte Carvalho; PARÁ – Alfredo Lima Henriques Santalices; PARAÍBA – Maria do Socorro Diniz; PARANÁ – Aguinaldo Santa Thereza Borges Vieira; PERNAMBUCO – Marcos Aurélio Farias da Silva, representando Maristela de Oliveira Simonin; RIO DE JANEIRO – Décio Luís Gomes; RIO GRANDE DO NORTE – Zélia Madruga; RIO GRANDE DO SUL – Carlos Otaviano Brenner de Moraes – RONDÔNIA – Homero Silva Scheidt; RORAIMA – Fábio Bastos Stica; SANTA CATARINA – José Eduardo Orofino da Luz Fontes; SÃO PAULO – José Ricardo Peirão Rodrigues; SERGIPE – Heli Soares Henriques Nascimento; TOCANTINS – Eduardo Silva de Almeida e Pedro Iroito Dória Leó (Ex-Presidente do Conselho), preocupado com o momento histórico que vive o Ministério Público, notadamente no que concerne às reformas previdenciária e administrativa, ressaltou a necessidade de serem preservadas as conquistas institucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, até porque não se concebe um estado de direito e um regime democrático sem um Ministério Público forte e independente.

Destacou o Conselho a necessidade de esclarecimento da importância social das atribuições hoje desenvolvidas pelos mem-

bros do Ministério Público, objetivando a conscientização dos vários segmentos sociais. Para tanto, deverão os Corregedores-Gerais eleger as prioridades nas áreas de atuação do Ministério Público mediante coleta de dados e edição de relatório nacional anual sobre as atividades desempenhadas.

Deliberou o Conselho, ainda, recomendar a implantação de Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público naqueles Estados da Federação que ainda se ressentem de sua criação, bem como recomendar uma estreita cooperação entre as Corregedorias-Gerais e esses Centros de Estudos.

Destacou-se outrossim, a relevância do temário alvo deste Encontro Nacional:

— O Ministério Público e a Reforma Administrativa;
— O Estágio Probatório – A Experiência do Rio Grande do Sul;

— A Estrutura Administrativa e Institucional das Corregedorias Gerais do Ministério Público; e

— O Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público e sua Atuação Político-Institucional.

Ratificando, derradeiramente, a proclamação da Carta do Rio de Janeiro, de 09 de novembro de 1996, no sentido de se manter a unidade entre todos os órgãos e membros do Ministério Público.

Natal, 05 de abril de 1997.”

GOVERNADOR ATENDE PLEITO DO MP

O Procurador-Geral de Justiça encaminhou o seguinte ofício ao Chefe do Executivo Sergipano:

Ofício nº 059/97

Aracaju, 09 de abril de 1997.

Senhor Governador,

O Ministério Público, com a Carta Constitucional vigente, teve alargadas as suas atribuições, notadamente no que diz respeito à defesa do patrimônio público, do consumidor, do meio ambiente e de tantos outros interesses difusos.

Com verdadeiro universo de atribuições, “*Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a de defesa da ordem jurídica, do regime democrático ...*”, aqui em nosso Estado os seus Agentes muito têm feito para o exato cumprimento de sua função, que é institucional, embora enfrentando sérias dificuldades, sobretudo no que diz respeito a espaços físicos para funcionamento de suas Curadorias, necessárias a atendimento ao público, finalidade, máxima, a que se destinam.

Ocupando, apenas os 7º e 6º andares do velho Edifício “Walter Franco” e o 5º andar, em parceria com o Tribunal de Contas, ou seja, a sua metade, ali vem se operando verdadeiro sacrifício, no que diz respeito ao atendimento ao público e operação de toda a sua atividade administrativa, situação, aliás, já em outras oportunidades levada ao conhecimento de Vossa Excelência.

Agora, prestes a serem desocupados os espaços correspondentes à metade do 5º e do 4º andares – este último, no seu todo – com a saída do Tribunal de Contas para o seu novo e confortável prédio, recentemente inaugurado, já que não dispomos de sede própria, a seu exemplo e bem como do Tribunal de Justiça, esperamos contar com a compreensão e boa vontade de Vossa Excelência, no sentido de passar para a nossa valorosa Instituição os mencionados espaços, necessidades que, como demonstrado, revela-se urgente e imperiosa.

Reiteramos a Vossa Excelência nossos protestos de elevada estima e consideração.

José Gomes de Andrade
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

O Governador Albano Franco, ao receber o expediente, atendeu, de imediato, o pleito do *parquet* sergipano.

MINISTÉRIO PÚBLICO DESEJA CUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO: RECENSEAMENTO E A CHAMADA ESCOLAR

O Ministério Público, através a Coordenadoria Geral, encaminhou expediente às Promotorias de Justiça e aos Prefeitos Municipais salientando a importância do **recenseamento escolar** e a **chamada escolar**, face à garantia ao ensino fundamental obrigatório previsto na Constituição Federal.

É desejo do Ministério Público firmar convênio com todos os Prefeitos Municipais, visando efetuar, por parte do município, o controle da clientela do ensino fundamental, através do recenseamento e da chamada escolar e das normas legais, previstas nas Constituições Federal, Estadual e Estatuto da Criança e Adolescência.

Salientou a Coordenadoria Geral do Ministério Público que é na escola básica que a criança terá garantido o *“direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de estar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*. Além do mais, o não oferecimento do ensino fundamental pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

MINISTÉRIO PÚBLICO IMPLANTARÁ EM AGOSTO PROMOTORIAS DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA

A Procuradoria Geral de Justiça, através a Coordenadoria Geral do Ministério Público, com objetivo de assegurar a todos igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, implantará em agosto as Promotorias de Justiça Comunitária, objetivando esclarecer questões na área jurídica, realizar acordos ou termos de compromisso e ajustamento na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais, propiciando a paz social, praticar todos os atos no âmbito jurídico que se fizer necessários para garantir a defesa comunitária e implantar programas de conscientização dos direitos e garantias constitucionais, através de palestras, cursos e seminários realizados nos bairros.

O atendimento será nos bairros de Aracaju, duas vezes por semana, em horário conforme a necessidade detectada na comunidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça já firmou convênio com a Universidade Federal, objetivando a participação dos universitários, como estagiários.

O atendimento da comunidade será realizado em escolas, igrejas, centros comunitários ou qualquer lugar cedido por algum órgão ou entidade filantrópica, sem envolvimento político partidário.

Com a implantação das Promotorias de Justiça Comunitária será possível descentralizar o atendimento ao público humilde, realizar trabalhos preventivos, evitando litígios desnecessários e possível prática de delito, esclarecer à população carente sobre os seus direitos e deveres, e fiscalizar a execução dos programas governamentais e não governamentais de apoio à comunidade nos diversos setores.

As Promotorias de Justiça Comunitária já foram implantadas com sucesso em Goiás, conforme testemunhou o Coordenador-Geral do Ministério Público Iroito Leó, quando da reunião em setembro de 1996, do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais em Goiânia.

PROGER E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Informações acerca do convênio celebrado entre o Ministério Público do Estado de Sergipe e o Banco do Nordeste do Brasil S.A. no Programa de Fomento à Geração de Emprego e Renda (PROGER):

- O Proger é um programa que utiliza recursos oriundos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE), através de financiamentos concedidos pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A., com o objetivo de desenvolver ações voltadas para a criação de emprego e renda junto às populações mais carentes.
- Os beneficiários do programa são pequenos produtores associados a uma entidade sem fins lucrativos, como por exemplo, uma associação de moradores. As Associações também podem obter financiamentos para

instalar uma atividade produtiva, geradora de renda para os seus associados.

- Os juros dos empréstimos são inferiores aos de mercado e o BNB normalmente não exige garantias reais dos financiados, que não podem ter nenhum vínculo empregatício. Além dos juros baixos, outra vantagem é o “rebate” concedido sobre parte dos encargos, os prazos longos para pagar e o prazo de carência.

O Protocolo de Intenções assinado pelo BNB e pelo Ministério Público de Sergipe em 26 de dezembro de 1995, prevê que os Promotores de Justiça de cada comarca auxiliem o Banco fiscalizando as Associações antes da concessão do empréstimo.

A fiscalização consiste no exame de toda a documentação da entidade, visando aferir a sua regularidade, bem como visita e informações na comunidade para verificar se a Associação realmente existe, é atuante e presta serviços. Nas entidades que possuem renda, também é necessário que se faça a comprovação de que houve prestação de contas pela Diretoria, e que esta foi aprovada pelo órgão interno competente.

O Ministério Público pode negar a Declaração de Funcionamento, exigir que a entidade se regularize ou até mesmo pleitear judicialmente a sua extinção, além de poder responsabilizar os seus administradores por eventuais atos de improbidade.

Como a avaliação dos resultados da fiscalização do Ministério Público foi muito positiva, o Banco do Nordeste está estendendo a experiência pioneira de Sergipe para outros Estados.

Outra conseqüência do sucesso da fiscalização empreendida pelo Ministério Público, foi que a Unidade de Administração do Projeto Nordeste, PRONESE, também já celebrou convênio com a Instituição, com os mesmos objetivos, devendo tal convênio ser implementado nos próximos meses.

Os interessados na obtenção de financiamento através do PROGER podem obter informações nas agências do Banco do Nordeste do Brasil.

ESTADO DE SERGIPE
MINISTÉRIO PÚBLICO
COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

NOTA DE ESCLARECIMENTO

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Sergipe e o Colégio de Procuradores de Justiça, a propósito de matéria publicada no JORNAL GAZETA DE SERGIPE, edição de domingo 20 a terça feira 22 de abril de 1997, sob o título “SUPREMO PODE AFASTAR PROCURADORES”, vem a público prestar os seguintes esclarecimentos:

1. Não existe nenhuma possibilidade de o Supremo Tribunal Federal vir a afastar das suas funções os Procuradores de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA, HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO, JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO e JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO. pelas seguintes razões:
 - a) tratam-se de Procuradores de Justiça de carreira, que ingressaram na Instituição no cargo inicial de Promotor de Justiça, após aprovação em concurso público de provas e títulos, e que, depois de muitos anos de atividades, foram promovidos, por critérios absolutamente legais, para a última Instância;
 - b) Os referidos Procuradores de Justiça gozam da garantia constitucional de vitaliciedade e, além disso, não existe no Supremo Tribunal Federal nenhuma Ação de inconstitucionalidade contra a Lei Orgânica do Ministério Público.
2. O que, de fato, existe no Supremo Tribunal Federal é uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin nº 1.545/96 – proposta contra o art. 26 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.
3. Se essa Ação de inconstitucionalidade for julgada procedente, as suas conseqüências jurídicas, observadas as ressalvas postas pela jurisprudência do próprio STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, poderão ser as seguintes:
 - a) os Procuradores de Justiça Heli Soares Henriques Nascimento, Moacyr Soares da Motta e José Carlos de Oliveira Filho, que exercem parte de suas atividades no Tribunal de

- Contas, passarão a dedicar-se, com exclusividade, às tarefas judiciais e extrajudiciais que executam no Ministério Público;
- b) o Procurador de Justiça José Renato Lima Sampaio que, ao contrário de que diz a matéria publicada, não exerce nenhuma atividade junto no Tribunal de Contas, continuará no exercício de suas funções na Câmara Civil do Tribunal de Justiça e no Ministério Público;
 - c) os atuais Procuradores de Justiça Carlos Waldemar Resende Machado, José Sérgio Monte Alegre e Guilhermino Resende Neto, que são originários do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, retornarão a esse órgão no cargo de Procurador da Fazenda Pública, que ocupavam antes das suas transferências para o Ministério Público Estadual;
4. O fato de os Procuradores de Justiça Heli Soares, Moacyr Motta e José Carlos de Oliveira Filho deixarem de atuar no Tribunal de Contas não implica na necessidade de alteração do número de Procuradores da Instituição, porquanto, gozando o Ministério Público de autonomia funcional e administrativa, o número de seus Procuradores não está vinculado ao modelo de organização das demais Instituições do País;
 5. Quanto ao fato de o Ministério Público ter passado a funcionar também no Tribunal de Contas Estadual trata-se de possibilidade aberta pelo art. 127 da Constituição Federal, que erigiu a unidade e indivisibilidade – como princípios institucionais do órgão. Isso fez surgir no país um movimento de unificação das atividades dos Procuradores do Ministério Público com os do Tribunal de Contas, visto que, segundo esse entendimento, por força dos princípios da unidade e indivisibilidade, não deveria haver dois Ministérios Públicos, um Estadual e outro especial junto ao Tribunal de Contas, considerando, ainda, que aos integrantes do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas são atribuídos os mesmos vencimentos, vantagens e prerrogativas. Esta tese, que prevaleceu em muitos Estados da Federação, é mais econômica para os cofres públicos, já que evita a criação de duas estruturas paralelas de funcionamento.
 6. Somente depois de decorrido mais de 7 anos é que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que devem existir os dois Ministérios Públicos. Com base nessa jurisprudência,

a Associação dos Procuradores de Contas, que defende a tese dos dois Ministérios Públicos, começou a postular, contra vários Estados da Federação, a inconstitucionalidade das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas na parte que trata da unificação.

7. Com estes esclarecimentos, o Ministério Público dá o assunto por encerrado.

José Gomes de Andrade

Procurador-Geral de Justiça e Presidente do Conselho Superior do Ministério Público e do Colégio de Procuradores de Justiça

PROJETO DE LEI QUE MODIFICA ESTRUTURA DO MP NO PODER LEGISLATIVO

Já se encontra na Assembléia Legislativa o Projeto de Lei que altera dispositivo da Lei Orgânica do Ministério Público Sergipano, destacando-se a criação das Promotorias de Justiça do Patrimônio Público, dos Direitos do Cidadão e Defesa do Consumidor, Promotoria de Justiça Distrital de São Cristóvão, Promotoria de Justiça Especial Cível e Promotorias de Justiça das Comarcas de Barra dos Coqueiros e Riachão do Dantas.

O Projeto de Lei Complementar foi aprovado, por unanimidade, pelo Colégio de Procuradores de Justiça, tendo em vista que atende aos reclamos do *parquet* dentro das novas atribuições do Ministério Público.

O Projeto de Lei foi entregue ao Presidente da Assembléia Legislativa pelo Procurador-Geral de Justiça José Gomes de Andrade, que se fez acompanhar do Coordenador-Geral, ocasião em que fez uma explanação sobre o mencionado pleito, buscando a dinamização da instituição em benefício da sociedade.

ENCONTRO DE NATAL NOS ANAIS DO PODER LEGISLATIVO

O Deputado Reinaldo Moura registrou no Poder Legislativo o VII Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, em cuja "Carta de Natal" o *parquet* demonstra, através o

seu Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, a sua preocupação com o momento histórico que vive o Ministério Público, notadamente no que concerne as reformas previdenciária e administrativa, ressaltando a necessidade de serem preservadas as conquistas institucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, até porque não se concebe um estado de direito e um regime democrático sem um Ministério Público forte e independente.

Também inseriu nos Anais o pronunciamento do novel Presidente do Conselho, Corregedor-Geral do Ministério Público de Santa Catarina José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, JOSÉ GOMES DE ANDRADE ASSUME SECRETARIA DO CNPGJ, EM SÃO PAULO

Durante solenidade que aconteceu no último dia 28 de maio deste ano, no Hotel Meliá, em São Paulo, tomou posse a nova Diretoria do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça (CNPGJ), tendo como Presidente o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, LUIZ ANTÔNIO GUIMARÃES MARREY. Na oportunidade, assumiram ainda os cargos de Vices-Presidentes os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul, HAMILTON CAVALHIDO e FADEL TAIHER IUNES, respectivamente. Como Secretários assumiram os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados do Paraná e de Sergipe, OLÍMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO e JOSÉ GOMES DE ANDRADE.

A solenidade de posse da nova diretoria do CNPGJ, foi prestigiada pelo Governador do Estado de São Paulo, MÁRIO COVAS; Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro JOSÉ CELSO DE MELO; Presidente do Superior Tribunal Federal, Ministro ROMILDO BUENO; além dos Presidentes dos Tribunais de Justiça e Eleitoral do Estado de São Paulo, contando ainda com as presenças de todos os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, Deputados Federais e Procuradores e Promotores de Justiça de São Paulo.

DISCURSOS

“Ministério Público Não Constitui Órgão Ancilar do Governo.”

Celso de Mello

É imensa, para mim, oriundo que sou do Ministério Público paulista, a honra de participar da abertura deste importante Congresso estadual promovido pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

O Ministério Público, mais do que a relevantíssima Instituição que é, representa, verdadeiramente, para mim, um estado de espírito, pois foi nesta Casa, ainda como estagiário, que iniciei o processo de minha formação como operador do Direito.

Desde então são decorridos quase trinta (30) anos, pois foi em 1968 que, formalmente, passei a integrar, na condição de estagiário, os quadros desta admirável Instituição, que é o Ministério Público do Estado de São Paulo, onde permaneci até agosto de 1989, quando tomei posse como Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Reafirmo, portanto, a grande honra que, para mim, significa poder participar, hoje, da abertura deste Congresso Estadual do Ministério Público.

Sabemos todos que foi a Constituição Federal de 1988, inegavelmente, o instrumento que representou, no contexto da nova ordem normativa, o elemento decisivo de consolidação jurídico-institucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe singular tratamento normativo, a Carta Política redesenhou-lhe o perfil constitucional, outorgou-lhe atribuições inderrogáveis, explicitou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que a integram.

Foram, assim, plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática.

Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil.

Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o Promotor de Justiça e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei e à Constituição.

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, peculiar e especial situação na estrutura material do Poder. A independência institucional constitui uma de suas mais expressivas prerrogativas. Garante-lhe o livre desempenho, em toda a sua plenitude, das atribuições que lhe foram deferidas pela Constituição da República.

O tratamento dispensado ao Ministério Público pela nova Constituição confere a esta Instituição, no plano da organização estatal, uma posição de inegável eminência, na medida em que lhe foram atribuídas funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avulta a de *“zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”* (CF/88, artigo 129, inciso II).

O Ministério Público, em face dessa regra, tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do Povo, incumbido de atuar, de maneira independente, na promoção, concretização e proteção das liberdades civis, das franquias democráticas e dos direitos individuais e coletivos das pessoas.

É por esse motivo que, dentre as garantias objetivas asseguradas pela nova Constituição ao Ministério Público, está aquela que consagra o princípio do autogoverno dessa Instituição, cuja realidade, em nosso sistema de direito positivo, deriva, essencialmente, da alta missão institucional que vincula o “Parquet”, de modo absolutamente incondicional, à tutela da ordem jurídica, à defesa do regime democrático e à proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por isso mesmo, observa, em magistério definitivo, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES (*“Temas Institucionais”*, p. 10,

1982, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo):

“O que todos os autores acentuam, e não divergem, é na dupla função do Ministério Público como órgão tutelar do interesse da sociedade e de fiscal da lei. Para isso seus membros são investidos de prerrogativas próprias e exclusivas, e a instituição é mantida no mais alto nível constitucional, como órgão independente, sem subordinação a qualquer dos Poderes do Estado.”

A autonomia do Ministério Público, que agora possui extração constitucional, persegue um só objetivo: conferir-lhe, em grau necessário, a possibilidade de livre atuação orgânico-administrativa e funcional, desvinculando-o, no quadro dos Poderes do Estado, de qualquer posição de subordinação, especialmente em face dos Poderes Judiciário e Executivo. Daí a advertência de WILSON ACCIOLI (*“Instituições de Direito Constitucional”*, p. 455, 1978, Rio), que cumpre rememorar:

“Não deve estar subordinado ao Poder Judiciário, pois decresceria na sua independência perante o mecanismo da Justiça, nem deve estar ligado substancialmente ao Poder Executivo, pois sua independência desde logo se anularia diante das imposições governamentais.”

Tenho, por isso mesmo, como plenamente extensíveis ao Ministério Público, a partir de sua própria e inovadora disciplina plasmada na Carta Política de 1988, as lições de CASTRO NUNES (*“Teoria e Prática do Poder Judiciário”*, p. 111/112, 1943, Forense), de JOÃO BARBALHO (*“Comentários à Constituição Federal Brasileira”* – art. 58) e de CARLOS MAXIMILIANO (*“Comentários à Constituição Brasileira”* - art. 58, 1891, 3ª ed.), que, embora referindo-se à autonomia administrativa dos Tribunais e à sua competência para prover os cargos dos seus serviços auxiliares acentuavam, em magistério de irrecusável atualidade no que concerne, hoje, ao “Parquet”, que a razão de ser dessa prerrogativa (que muito mais constitui uma poderosa garantia contra os governantes e as interferências de órgãos estatais externos) justifica-se ante

a imperiosa necessidade de resguardar a independência do órgão, colocando, unicamente, sob o seu poder decisório, para efeito de provimento dos cargos, aqueles que, por nomeação, efetiva ou vitalícia, deveriam ocupá-los. “*Não pareça isso exagerada cautela ou mal entendida confiança*”, advertia CASTRO NUNES (“op. cit.,” p. 112). Fortalecer a instituição destinatária dessa cláusula de garantia – o Ministério Público, hoje – corresponde, em essência, a dar-lhe o domínio de suas próprias atividades e a submeter, aos seus fins legítimos, os agentes e servidores que a integram.

A Constituição da República conferiu, assim, uma posição de inquestionável eminência político-jurídica ao Ministério Público. Deferiu-lhe, em consequência, os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades jurídico-institucionais. A autonomia administrativa, enquanto expressão de uma garantia instrumental, de índole constitucional, objetiva assegurar ao Ministério Público o regular desempenho e o integral exercício do seu autogoverno.

Entendo, dentre as múltiplas atribuições que lhe são inerentes, que a mais eminente das funções institucionais reservadas ao Ministério Público reside no gravíssimo encargo que lhe foi conferido pelo texto constitucional: o de velar pela integridade e preservação do regime democrático.

Incumbe ao Ministério Público, enquanto instituição permanente e essencial do Estado, promover a defesa da ordem democrática, que representa um dos princípios estruturadores sobre os quais se apoia o Estado democrático de direito em nosso País.

Sob esse aspecto, torna-se extremamente importante conceber um Ministério Público forte e independente, consciente da alta responsabilidade institucional que lhe foi outorgada pela vontade soberana do Povo, reunido em Assembléia Nacional Constituinte.

Essa relevantíssima destinação constitucional do Ministério Público permite reconhecer, nesta Instituição, o órgão especialmente incumbido de impedir que o abuso de poder, a prepotência dos governantes, o desrespeito sistemático às liberdades públicas e a ofensa aos postulados que informam o Estado democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos que nos conduzam, perigosamente, ao domínio sombrio dos regimes autoritários.

A coletividade reclama um Ministério Público institucionalmente independente, socialmente militante e juridicamente atuante, para que a perspectiva dos tempos de supressão das liberdades civis e de aniquilação das franquias democráticas não se converta e nem se transforme na visão ameaçadora que tenha como legado perverso a destruição do sentido democrático que deve impregnar, em plenitude, as instituições do Estado e a prática do poder.

O Promotor de Justiça – que sempre deve ser um homem do seu próprio tempo, a refletir, em seu ministério público, os anseios e as angústias da formação social a que serve – há de agir com independência em face do Poder, demonstrando, com zelo e responsabilidade, que se curva, apenas, à sua consciência e à supremacia da Constituição.

Regimes totalitários e governos ditatoriais temem um Ministério Público independente, pois este, longe de curvar-se aos desígnios ilegítimos de quem se apropria, autoritariamente, do poder, tem a percepção superior de que somente a ordem democrática revela-se digna de ser protegida por sua atuação institucional.

Tenho como definitiva, neste ponto, e sob tal aspecto, a lição ministrada por HUGO NIGRO MAZZILLI (“Regime Jurídico do Ministério Público”, p. 74/77, 2ª ed., 1995, Saraiva), um dos mais notáveis vultos do Ministério Público paulista e brasileiro.

Esse ilustre membro da Instituição, ao destacar que o Ministério Público é o guardião da ordem democrática, ressalta, em passagem lapidar de sua obra, que:

“Há estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente. Um Ministério Público forte mas submisso só pode convir a governos totalitários.

Já na Exposição de Motivos do primeiro texto legal que deu organicidade à instituição, na abertura da República, dizia Campos Salles: ‘O Ministério Público é instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier’.

Embora a história traga exemplos de Ministério Público forte em regimes autoritários, na verdade, um Ministério Público realmente votado à defesa dos interesses da coletividade (e não do governo ou dos governantes) somente poderá vicejar e produzir frutos para esta em meio essencialmente democrático, sob pena de prestar-se a servir à exceção e ao arbítrio, não à coletividade.

O Ministério Público é instituição que só atinge sua destinação última em meio essencialmente democrático. Em parecer ofertado sob instâncias da Associação Paulista do Ministério Público, Eurico de Andrade Azevedo assegurou, com razão, que 'a manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público.

Ao reconhecer-se o papel da instituição em defesa do regime democrático, retomou-se idéia que já vinha do Anteprojeto Afonso Arinos e da Carta de Curitiba, inspiração haurida da Constituição portuguesa de 1976, que atribui ao Ministério Público a defesa da 'legalidade democrática' (art. 224, 1).

Bem fez a Constituição de 1988 em admitir tal princípio, erigindo o Ministério Público à categoria de instituição destinada à 'defesa do regime democrático' (art. 127) (...).

.....
É verdade que em muitos modernos Estados democráticos não existe um Ministério Público forte nem independente; também é verdade que em Estados totalitários é comum que haja Ministério Público forte para ser usado como instrumento de opressão – mesmo entre nós, esse recente exemplo não pode ser esquecido. A nosso ver, porém, no primeiro caso, um Ministério Público forte e verdadeiramente independente em nada empeceria as liberdades e as garantias democráticas; ao contrário, contribuiria seriamen-

te para assegurá-las e até ampliá-las. No segundo caso, um Ministério Público forte, mas não independente, nada mais seria do que uma volta ao passado, aos agentes do rei, aos agentes do governo ou dos governantes, passado de que hoje precisa distanciar-se, com certeza, o Ministério Público definido pela Constituição democrática de 1988.”

É por todos esses motivos que, ao saudar, em fevereiro de 1996, o eminente Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, que, então, tomava posse como Chefe do Ministério Público do Estado de São Paulo, tive o ensejo de acentuar que a única visão compatível com o texto da Constituição Federal é aquela que somente reconhece legitimidade ao Ministério Público, quando inteiramente comprometido com a causa da liberdade e da preservação da ordem democrática.

Enfatizei, naquele momento – e volto a fazê-lo agora, por uma questão de imperiosa necessidade de não desconsiderar as lições da História – que um Ministério Público independente e consciente de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, em plenitude, no seio de uma sociedade aberta e democrática, constitui a certeza e a garantia da intangibilidade dos direitos, da ampliação do espaço das liberdades públicas e do prevalectimento da supremacia do interesse social, especialmente em um País, como o nosso, em que se evidenciam – num plano de quase insuperável polaridade dialética – relações antagônicas e conflituosas, que tendem a patrimonializar a coisa pública, confundindo-a com a esfera privada de terceiros, ou que submetem pessoas indefesas ao arbítrio do Estado onipotente, vilipendiando-lhes os direitos, ou, ainda, que expõem essa massa enorme de explorados e despossuídos à avidez predatória daqueles que criminosamente desprezam, com insensível desrespeito às leis, à consciência moral, à solidariedade social e à Constituição, os valores básicos sobre os quais se funda qualquer sociedade digna, justa e fraterna.

Sabemos todos que não é dever do Ministério Público, num regime democrático, servir aos desígnios dos governantes. É ele, na realidade, o órgão propulsor do respeito às leis justas e legítimas, aquele que pugna pelo império da liberdade, que age com independência e que luta em favor dos que sofrem a opressão,

seja esta ditada pelo arbítrio do Estado ou gerada pela iniquidade da exclusão social.

É essa a missão irrenunciável dos membros do Ministério Público e que, cumprida, a eles só pode conferir dignidade e respeito.

O novo contexto político, histórico e social em que se faz presente, hoje, o Ministério Público revela-se fator que aumenta, de maneira particularmente significativa, o irrenunciável encargo, que incumbe ao Promotor de Justiça, de velar, com intransigência, pela preservação da integridade da ordem normativa que emerge do texto democrático da Constituição da República.

O grande desafio que hoje se apresenta ao Ministério Público – tanto quanto ao próprio Poder Judiciário – consiste em preservar a supremacia da ordem constitucional e, também, em viabilizar a execução e a concretização da Constituição da República, para que esta, deixando de qualificar-se como simples repositório de proclamações retóricas, converta-se em peça essencial de estabilidade institucional, em documento fundamental de segurança jurídica e em instrumento básico de defesa das liberdades civis e de proteção das franquias democráticas.

O texto constitucional não deve expor-se a manipulações exegéticas irresponsáveis ou arbitrárias que somente visem a propiciar interpretações destinadas a frustrar o alcance dos grandes postulados ético-jurídicos que informam, em nosso sistema político, a própria concepção do Estado Democrático de Direito. A Constituição não é instrumento normativo posto à disposição dos exercentes do poder. O Estado não pode interpretá-la somente em favor do seu próprio interesse, cujo alcance nem sempre o identifica com o interesse primário e superior da coletividade. A Constituição representa, na abrangência do seu subordinante domínio normativo, um instrumento de definição das relações institucionais entre os Poderes da República e o manto protetor das liberdades públicas em face do caráter expansivo – e até mesmo arbitrário – da atuação do poder estatal.

Ao tomar posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, usando a toga que, para honra minha, foi-me oferecida, em 1989, pelo Ministério Público paulista, entendi oportuno acentuar, como agora volto novamente a fazê-lo, que interpretações da Constituição, que somente considerem como perspectiva única do intérprete a visão dos interesses isolados de qualquer instância de

poder, deslegitimam-se por si próprias, em face da natureza de que se reveste o texto constitucional, vocacionado – enquanto obra de compromisso resultante do consenso da comunhão nacional – a tornar efetivos, na prática concreta das instituições, os postulados do pluralismo político, da livre circulação de idéias, das liberdades públicas e da divisão funcional do Poder.

Recusar a supremacia da Constituição, para, sobre ela, fazer prevalecer o direito ordinário, significa romper a normalidade jurídica do Estado Democrático de Direito.

A Constituição e as leis também não podem converter-se em fontes de privilégios estamentais ou de benefícios e favores de ordem corporativa. A visão democrática do sistema constitucional somente pode legitimar-se, eticamente, ante a preponderância de valores básicos representados pelos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

O respeito à supremacia da Constituição: eis o gravíssimo encargo de que são depositários tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público, a quem incumbe ter permanentemente presente que uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento da maior significação política e jurídica, pois é sob o império e a autoridade normativa do texto constitucional que se protegem as liberdades e se impede a opressão arbitrária do Poder.

Compete, pois, ao Ministério Público, enquanto instituição essencial à preservação da ordem democrática, atuar, de maneira vigilante, no desempenho de suas altas funções, para que a posição de supremacia da Constituição – que se qualifica como instrumento fundamental no processo de edificação do Estado e no de respeito às liberdades públicas – não seja jamais conspurcada e nem vulnerada pela atuação eventualmente irresponsável e inconseqüente de qualquer órgão estatal ou autoridade pública.

Ninguém está acima da Constituição. Ninguém dispõe de autoridade superior à força normativa que emerge do texto constitucional. Nenhum Poder da República tem autoridade para desrespeitar a Lei Fundamental do Estado.

A observância do princípio que consagra a supremacia da Constituição representa a garantia de que a ordem democrática

que dela emana não será desrespeitada e também significa que os grandes postulados acolhidos pela Assembléia Nacional Constituinte serão efetivamente concretizados.

Concluo as minhas palavras, Senhor Procurador-Geral de Justiça, acentuando que a fidelidade do Ministério Público aos compromissos que legitimamente derivam da observância de sua destinação constitucional estimula, em nossos espíritos, a certeza de que o respeito ao interesse público e a defesa incondicional da supremacia da Constituição – e de tudo o que ela significa para a causa da liberdade e a preservação da ordem democrática em nosso País – representarão valores que o Promotor de Justiça, sem jamais perder a sua fé, saberá defender com a independência, com a responsabilidade e com a dignidade que dele espera, confiante, o Povo do Brasil.

DISCURSO PROFERIDO PELO MINISTRO CELSO MELLO, PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA SOLENIDADE DE ABERTURA DO II CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PAULISTA, EM 28.05.97, NA CIDADE DE SÃO PAULO/SP.

“É TEMPO DE BANIR A IDÉIA DO VELHO E DO NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO”

Gilberto Vila-Nova de Carvalho

Abracei, recebendo com elevada honra e imensa alegria, a incumbência de saudar, nesta solenidade, os recém-empossados CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COORDENADOR GERAL, REPRESENTANTES DA CLASSE no CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO e o DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS E APERFEIÇOAMENTOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE.

Sempre que reunidos, os que integram e sentem o MINISTÉRIO PÚBLICO, em assembléias, conclaves ou solenidades, devemos – penso eu, como creio pensamos todos – reacender com entusiasmo crescente e acurada convicção o vínculo aos princípios que regem o Ministério Público; repensar o compromisso com a sociedade e com o indivíduo; perquirir da eficiência de nossos órgãos de execução; reavaliar o que fizemos, para estabelecer, se necessárias, novas diretrizes para o hoje e para o amanhã, exercitando, com humildade, uma consciente autocrítica, que nos permita aprimorar.

Assim fazendo, caminhamos no sentido do bem comum, possível de ser alcançado com o equilíbrio emergente da ORDEM JURÍDICA, que deverá se harmonizar com o sentimento que devemos imprimir em cada ato praticado, humanizando o Direito.

A propósito, a UNIDADE do Ministério Público, seu princípio reitor, não deve situar-se apenas no plano teórico-doutrinário, significando que atuamos todos em SEU nome; é preciso transportá-lo do plano abstrato para lhe conferir dimensão mais ampla, como forma de torná-lo abrangente de todas as correntes do pensamento, de modo a colocar o acento na convergência de esforços, das idéias, das convicções, das preferências, das prioridades, enfim, do labor, fazendo repontar do ENCONTRO, do DESENCONTRO e mesmo do CONFRONTO, A SÍNTESE da

afinidade de propósitos, da colaboração participativa, do apreço de todos por todos e de todos por cada um.

Aí encontraremos, verdadeiramente, o Ministério Público forte e unido que sonhamos; MINISTÉRIO PÚBLICO possível; MINISTÉRIO PÚBLICO eficiente. *“A fraternidade – afinal de contas – não vem a ser uma divisa, senão uma realidade e um dever, que não ameaça a estrutura ou a liberdade social”*. A lição de MARC ANCEL, cabe muito bem no âmbito do Ministério Público, permitindo-nos assinalar que a fraternidade entre os membros do Ministério Público não lhes afeta a autonomia e a liberdade de pensamento; ao revés, amplia a primeira e garante a segunda. Não há cuidar-se, nos tempos de hoje, do “meu” ou do “seu” Ministério Público, mas do nosso MINISTÉRIO PÚBLICO, em seu perfil institucional, não com o que, isoladamente, se suponha ter. *“O indivíduo não se manifesta, senão pelo encontro com seus semelhantes”* – e desse encontro, que devemos perseguir nasce a unidade concreta que reforça o princípio como idéia sistematizadora dos institutos jurídicos.

É tempo de banir a idéia do “velho” e do “novo” Ministério Público, como se este não fosse uma conquista daquele: ou melhor, o que se insiste em denominar de novo nada mais é o que se denomina de velho, transformado através de lutas persistentes, sempre acompanhadas dos riscos do desagrado aos poderosos, à sombra de discriminação irracional, guiadas pelas luzes da ciência e pela força inquebrantável de seus integrantes: os DE ONTEM e os DE HOJE, mais os DE ONTEM, e certamente seguirá com os DO AMANHÃ.

Portanto, nem “velho” nem “novo”, mas o Ministério Público que se renova, tornando-se contemporâneo das exigências e necessidades sociais e do cidadão. Assim, que a defesa dos interesses difusos e coletivos não o faça esquecer da defesa da vida; que a defesa do patrimônio particular; que a defesa da moralidade administrativa, não o torne indiferente na defesa da honra do cidadão; que a defesa do interesse social de combate à criminalidade, não lhe deslumbre do dever de tutela da liberdade individual.

AFINAL, incumbe-nos a defesa de todos os direitos sociais e individuais indisponíveis. É O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SERVIR à causa da JUSTIÇA, considera também e precipuamente em impedir que a desigualdade social deságüe na desigualdade de partes, impondo-nos esforço redobrado para corrigir dita desigualdade, colocando as partes em equilíbrio na balança.

FRANCISCO VANI BEMFICA, ao descrever o papel do Ministério Público, nos legou esta página lapidar: *“O Promotor de Justiça não deve buscar o alcance da fórmula clássica da ‘Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, porque este, conforme o senador baiano JOÃO MANGABEIRA, “brota do egoísmo de um mundo de espoliadores e espoliados, de exploradores e explorados, de fracos e fortes, de protegidos pelo poder e de injustiçados por ele...”*. Ou na palavra do Ministro WASHINGTON BOLIVAR DE BRITO, *“se a Justiça consiste em dar a cada um o que é seu, DÊ-SE AO POBRE A POBREZA, AO MISERÁVEL A MISÉRIA e ao DESGRAÇADO A DESGRAÇA, que isso é que é o deles.*

O MINISTÉRIO PÚBLICO não atua em nome do interesse das partes; está subordinado ao interesse público, à vontade da Lei, interessando-lhe a sua justa aplicação. Não basta a conformidade com o DIREITO; é indispensável a conformidade com a JUSTIÇA.

Com estas convicções, que não são de hoje, e com o pensamento voltado para os ideais que guiam e devem sempre guiar o Ministério Público, dirijo-me aos recém-empossados, cujas atuações, ao longo do tempo, dignificam nossa instituição.

I. O Dr. HELY SOARES HENRIQUES NASCIMENTO, assume a função de CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o aplauso de seus pares resultante do exercício constante da ponderação, do equilíbrio, nas Comarcas e Vara em que atuou. Junto ao Tribunal de Contas tem agido com independência, denunciando, sempre que foi caso, os dilapidadores do patrimônio público. Afável no trato, respeitoso na censura e no debate, preenche os requisitos indispensáveis ao exercício da espinhosa função.

Como seu substituto, em eventuais impedimentos, o Colégio de Procuradores, à unanimidade também, sagrou o nome do Dr. MOACYR SOARES DA MOTTA, cuja aptidão para o cargo já foi revelada no biênio que expirou. A seu favor, ainda, a experiência do magistério, sua passagem brilhante pela tribuna do Júri e a preocupação com as questões sociais e institucionais.

III. O Dr. SÉRGIO MONTE ALEGRE assume as funções de Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público, credenciado pela sua cultura jurídica, pelo seu entusiasmo insuperável, pelas coisa e causa do Ministério Público, merecendo o aplauso e apoio de toda a classe, como merecido os tem nos Congressos Nacionais de que participou. De espírito solidário, participou ativamente da elaboração dos projetos de leis relativos ao Ministério Público do Estado. Sua contribuição será inestimável, apto que está a uma gestão eficiente. Tenho certeza disto. E todos confiamos que assim será.

IV. A COORDENADORIA GERAL terá à frente o DR. PEDRO IROITO DÓREA LEÓ, representante maior, em nosso Estado, da luta pelo engrandecimento do MINISTÉRIO PÚBLICO. Dele a frase: “Não procuro o cargo, preocupa-me o encargo”. Eis a medida do novo COORDENADOR. IROITO, repetindo o que já assinalei na oportunidade de sua posse no cargo de PROCURADOR DE JUSTIÇA, representa a essência do Ministério Público. Censor consciente e defensor intemorato de todos, personifica o combate, a persistência, a simplicidade, a independência que sedimentaram as conquistas de nossa Instituição.

Sucedo ao DR. JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO, que realizou uma profícua gestão à frente da COORDENADORIA. A manifestação unânime do Colégio de Procuradores, aprovando sem restrições os avanços e realizações à frente desse relevantíssimo órgão, revelam o acerto de sua indicação. Nesse passo, cabe-nos aplaudi-lo pelo equilíbrio, desassombro e moderação.

V. No CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, na qualidade de Representantes eleitos pela Classe, assumem o Dr. EDUARDO DE CABRAL MENEZES e o DR. JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO. O primeiro, Procurador de Justiça Eduardo de Cabral Menezes, professor emérito, parecerista de escol, dos mais brilhantes integrantes do “parquet”, com a experiência haurida no tempo e como operador incansável do Direito, e com a sabedoria haurida na consulta permanente à doutrina, foi reconduzido pela confiança que inspira e pelo conceito de que desfruta; o Segundo, Procurador de Justiça José Renato Lima Sampaio, participante ativo nos debates sobre as questões institucionais, com passagem operosa, honrosa e meritória pela COORDENADORIA, preocupado sempre com o prestígio e a efi-

ciência do Ministério Público, ascende ao Conselho, onde, seguramente, continuará a prestar os seus serviços, com sua capacidade de trabalho e sua consciência do dever de cumprir, como do dever cumprido a tem.

Ao lado dos eminentes Procuradores de Justiça mencionados, eleitos para integrar o Conselho Superior, a generosidade e a confiança dos colegas me colocaram, cumprindo-me reiterar o compromisso de bem representá-los, prestando meu contributo para o alcance dos fins a que se propõe o Ministério Público colimar. Em lugar da saudação, o agradecimento pelo honroso encargo.

A todos os recém-empossados os votos de uma eficiente atuação, tudo em nome do Ministério Público de todos, sem o rótulo do velho ou do novo. Simplesmente Ministério Público. Para tanto, é preciso avançar sem medo, sem intransigência, sem vacilar, sem desânimo, sem preconceito e sem submissão, salvo a submissão à lei e às nossas consciências.

Ao representante do Ministério Público, parodiando o imenso RUI, não interessam as contingências previstas e imprevistas, previsíveis ou imprevisíveis na execução de suas tarefas e de suas prerrogativas. O que lhe cumpre é só e unicamente moldar as suas ações na Justiça, embora possa suspeitar, recear ou antever que não serão cumpridas.

A ninguém importa mais do que ao Ministério Público fugir do medo, esquivar humilhações e não conhecer a covardia. Todo bom magistrado tem muito de heróico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, cá embaixo, na consciência das nações e da sociedade, e culminante, lá em cima, no Juízo Divino".

Sigamos, assim, UNIDOS, SOLIDÁRIOS, FRATERNOS o caminho que nos cabe percorrer. Com ânimo, com entusiasmo, com trabalho, com a Lei, com o Direito e com a Justiça.

PRONUNCIAMENTO DO PROCURADOR DE JUSTIÇA GILBERTO VILA-NOVA DE CARVALHO, QUANDO DA POSSE DOS NOVOS DIRIGENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

“Não Podemos Decepcionar Esse Povo.”

Heli Soares Henriques Nascimento

Profundamente sensibilizados, agradecemos todas as palavras que foram aqui pronunciadas que, embora sejam fruto exclusivamente da generosidade de amigos, servirão para nós como incentivo, nesta tarefa que ora assumimos.

Foi com redobrada honra que recebemos a missão de, em nome do Coordenador-Geral do Ministério Público, Dr. Pedro Iroito Dória Leó, dos recém empossados membros do Conselho Superior, os doutos Procuradores de Justiça Eduardo de Cabral Menezes, Gilberto Vila-Nova de Carvalho e José Renato Lima Sampaio; do Diretor do Centro de Estudos e do Diretor do Centro de Apoio Operacional, eminentes Procuradores de Justiça, José Sérgio Monte Alegre e José Costa Cavalcante, bem como do suplente de Corregedor-Geral, o Procurador Moacyr Soares da Motta, dirigirmos algumas palavras nesta solenidade.

De início, é de se registrar o agradecimento ao Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça pela distinguida honra e confiança, em, por unanimidade, nos ter escolhido para ocupar o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público.

No mesmo sentido, agradecem os demais Procuradores ora empossados, escolhidos, ou por voto direto dos integrantes da classe ou por designação do Procurador-Geral do Ministério Público, “*ad referendum*” do Colégio de Procuradores, consoante preceitua a lei que dispõe sobre a organização e atribuições do Ministério Público de Sergipe.

A sabedoria dos antigos deixou no tempo um provérbio que traduz o nosso sentimento, nesta oportunidade: “A gratidão é a memória do coração”.

Agradecemos, assim, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para que este solene momento se concretizasse.

Senhoras e senhores:

O Ministério Público brasileiro atravessa uma fase áurea.

Suas atribuições vêm crescendo significativamente.

Atua, ora como órgão agente, propondo inúmeras ações civis públicas, ora como órgão interveniente, oficiando nos processos que o legislador considerou mais relevantes.

Extrajudicialmente, destacam-se outros encargos conferidos ao Ministério Público que se traduz no atendimento anônimo de milhares de pessoas.

Nessa tarefa, os membros do Ministério Público conciliam, orientam, intercedem, resolvem questões que, como destaca Hugo Nigro Mazzilli, *“muitas vezes, antes de serem jurídicas, são mais problemas humanos e sociais”*.

Esse o nosso Ministério Público.

Ministério Público que, como reconheceu a maioria de seus membros, em recente pesquisa realizada pela Doutora em Ciências Políticas, Maria Tereza Sadek, deve ser o canal de demandas sociais com vistas ao alargamento do acesso à Justiça.

Imperioso se torna, portanto garantir-se o que seus operadores desejam.

Busquemos a sua concretização.

Cabe-nos discorrer, ainda, nesta oportunidade, em especial, sobre o papel da Corregedoria Geral.

Ninguém desconhece que a missão da Corregedoria Geral, aquela talvez mais espinhosa, é fiscalizar as atribuições funcionais e a conduta dos membros do Ministério Público.

Para tanto, consoante dispõem a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Complementar Estadual nº 02, de 12 de novembro de 1990, deverá realizar correições e inspeções regulares, instaurando, de ofício ou por provocação, processo disciplinar contra membro da instituição, nas hipóteses legalmente previstas.

Assumindo, efetivamente, o exercício dessa tarefa fiscalizadora temos a convicção de que a orientação deve prece-der, sempre e sempre, a repressão, não esquecendo de que a Corregedoria Geral é também definida como órgão orientador.

Órgão da Administração Superior do Ministério Público, a Corregedoria Geral investe-se da condição de agente controlador, necessário à sociedade.

Como instrumento de controle interno do Ministério Público, a Corregedoria Geral se constitui em um mecanismo de garantia do povo, porquanto deseja assegurar a sociedade que os Promotores e Procuradores de Justiça, após terem sido investidos nesta

nobre função, desincumbir-se-ão de suas competências constitucionais, como também apresentar-se-ão à comunidade onde atuam, com dignidade, decoro, urbanidade, probidade e imparcialidade.

O Corregedor do Ministério Público, por conseguinte, além do compromisso com a Instituição, tem grande responsabilidade com a sociedade.

No momento em que vivemos uma completa crise de credibilidade das instituições em geral, os meios de comunicação social registram que o povo, em todo o território nacional, vem depositando no Ministério Público sua irrestrita e total confiança.

Não podemos decepcionar esse povo.

Triste da instituição que se torna desacreditada!

O sofrido povo sergipano, em especial, não merece passar por mais um processo de frustração.

Deseja um Ministério Público altaneiro, forte, independente, responsável, catalisador dos seus anseios e preocupações; que exige o cumprimento das leis e que zela pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente aqueles de expressão coletiva ou difusa.

No atendimento desses anseios, desnecessário seria afirmar que, de suma importância é também, o papel desempenhado pelo Conselho Superior do Ministério Público e pela Coordenadoria Geral.

A Carta Magna de 1988 impôs ao Ministério Público, por força do inciso II do art. 129, o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na “*lex maxima*” com a obrigação de promover as medidas necessárias à sua garantia.

Nos anos que antecederam à promulgação da lei das leis, muito se falou na criação de um defensor do povo, de um “ombudsman” nos moldes dos países escandinavos.

Coube ao Ministério Público tal tarefa de elevadíssima dignidade.

Como bem lembra, “*ex cathedra*”, Hugo Nigro Mazzilli:

“Nessa relevantíssima função, entre outras providências, deve o Ministério Público empreender firme combate à violação da ordem social, e, em especial, dos chamados direitos humanos. Como exemplo, lembremos, deve ele zelar pelo efetivo respeito dos poderes

público e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais; buscar seja dado real atendimento médico nos hospitais e postos de saúde; fiscalizar a existência de vagas nas escolas; zelar pelas condições em que se encontram os presos”.

Esse é o papel de defensor do povo, que nos é entregue.

Contudo, por se tratar de função nova, recomenda-se controle e equilíbrio.

Como bem adverte o membro do “parquet” paulista, *“em todos esses casos, não se podem perder de vista os limites das atribuições de cada órgão promotorial”.*

Neste particular, entra, novamente, em ação, a Corregedoria Geral, como órgão orientador.

Por tudo isso, repetimos, a tarefa de orientação, como modo de fiscalizar, se constituirá na principal meta a ser perseguida pela atual gestão, inaugurada neste dia, para o próximo biênio.

Nesse contexto, são de singular importância as recomendações, encaminhamento de informações necessárias ao desempenho das funções ministeriais, e, acima de tudo, a troca de experiências, sendo, para isso, imprescindível a parceria da Coordenadoria Geral e do Centro de Apoio Operacional.

Seminários de atualização profissional e reuniões informais serão promovidos, visando principalmente uma atuação coesa, sistemática, regular, procurando-se, com isso, evitar posicionamentos radicais, despropositados, que exorbitem do poder que nos foi confiado constitucionalmente.

Para atingimento dessa meta, confiamos que podemos contar integralmente com a participação do Centro de Estudos.

Em todas as nossas ações, teremos sempre em vista que um princípio não poderá ser, sequer, arranhado: a independência para o exercício das funções dos membros do Ministério Público.

A Corregedoria orientará e fiscalizará, garantindo, entretanto, a autonomia de cada membro da Instituição.

Fiscalização, sim; orientação, sim; interferência, jamais.

É de registrar, por oportuno, que toda essa gama de atribuições não poderá ser operacionalizada a contento, se os Promotores de Justiça em particular, não dispuserem de meios materiais necessários para o desempenho de suas funções.

A informatização das Promotorias de Justiça revela-se uma providência imprescindível, pois, bem instaladas e com equipa-

mentos modernos à sua disposição, prestarão um melhor serviço à sociedade.

Urge, nesse passo, a criação dos cargos de Oficial de Promotoria, a exemplo de outros Estados da nossa federação.

Um corpo técnico de apoio, junto à Coordenadoria Geral se impõe.

Grupos recursais de Procuradores de Justiça precisam ser instituídos.

Impende incrementar a obra de consolidação do nosso Ministério Público pós 1988, iniciada pelos Procuradores Gerais de Justiça Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila e José Gomes de Andrade, como também pelos Corregedores Gerais Fernando Ferreira de Matos e Pedro Iroito Dórea Leó.

Só poderemos realizar nossos planos, porque eles deram os primeiros passos.

A grandiosa obra deverá continuar.

Firmamos neste momento um compromisso de, junto a Administração Superior do Ministério Público, envidar todos os esforços para a concretização desses justos e necessários anseios da classe, demonstrado nos encontros estaduais e ratificados pela Associação Sergipana do Ministério Público.

Ouso afirmar, publicamente: esse compromisso não é apenas meu, mas também dos doutos Procuradores José Gomes de Andrade, e de todos os componentes da Administração Superior do Ministério Público ora empossados, que, estou certo, comungam comigo dos mesmos ideais e do mesmo respeito pela função que exercemos.

Caros colegas:

Já dizia Pasteur, com precisão, que foram os gregos que nos legaram a palavra mais bela da língua: a palavra entusiasmo do grego "en theo", que quer dizer "um deus interior".

Não podemos perder o entusiasmo.

Exercemos um ministério.

Um ministério público.

Não podemos, por questão de comodismo, insegurança ou receio, deixar de agir nas oportunidades que se nos apresentam.

A sociedade espera muito de todos nós.

Recordando o pensamento de Theodore Roosevelt, compartilhamos com os nobres colegas:

“Não é o crítico que conta. Nem o homem que mostra como o forte tropeçou; ou como o autor de feitos poderia ter agido melhor. O crédito pertence ao que está na arena, cujo rosto esta desfigurado pela poeira, pelo suor e pelo sangue; que se esforça corajosamente; que erra e falha uma vez ou outra porque não há esforço sem erros e falhas; que se empenha em realizar; que conhece o grande entusiasmo, as grandes dedicações; que se integra todo a uma causa justa; que na melhor das hipóteses conhece o triunfo das grandes realizações, e na pior, acaba por fracassar, enquanto ousa grandemente; seu lugar nunca estará com as almas pequenas e tímidas que não conhecem nem vitórias nem derrotas.”

Eis a palavra de ordem: agir, agir sempre; agir com entusiasmo.

No plano da Administração Superior do Ministério Público o que se espera é um trabalho em equipe para o bem da Instituição.

Sabem os sábios que nenhuma inteligência isolada é completa...

Duas inteligências trabalhando conjunta e harmoniosamente em prol de um objetivo definido têm mais poder que duas inteligências isoladas.

Um psicólogo declarou, certa vez, que duas mentes nunca entram em contato sem que nasça dessa associação uma terceira mente intangível, de maior potência que qualquer das duas mentes.

O Ministério Público tem que ser essa terceira mente, conjugando o entusiasmo e o vigor dos mais jovens com a experiência e a prudência dos mais vividos.

Só assim seremos fortes.

Essa é nossa missão.

Esse o nosso ideal.

Muito obrigado!

PRONUNCIAMENTO POR OCASIÃO DE SUA POSSE NO CARGO DE CORREGEDOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, EM 17.02.97.

FIGURA HUMANA

João Roberto Andrade de Aragão

Meu avô José Andrade:

Entre os seus netos, sou o primeiro, por isso a escolha, para neste momento festivo, externar toda a nossa admiração e amizade. É não só pelas suas qualidades morais, que tanto nos honra, mas também pela figura humana que o é: bom esposo, pai exemplar, irmão sempre solidário, é também o avô que muito gostamos de ter.

Sabemos da emoção, que neste momento é experimentado pelo Senhor, a qual muito nos orgulha, por ser ela resultante da certeza de uma vida norteadada de permanente trabalho e muita dignidade.

Nos sentimos neste momento, apesar de muito jovem, com a maior tranqüilidade, com bastante segurança no que afirmamos, pois as suas virtudes, já anunciadas, são por demais conhecidas, não só no ambiente familiar, mas também no vasto campo social que frequênta e a que presta serviços, **máxime**, no comando da valorosa Instituição, que mais uma vez passa a chefiar.

Bastante emocionado, como não poderia deixar de nos encontrar, resta-nos rogar a Deus que continue sempre comandando os seus passos, abrindo os seus caminhos na jornada do dia a dia, para um labor com muita lealdade, sempre humilde e amigo de todos.

Finalmente, receba, meu avô, o nosso mais caloroso abraço e votos de uma vida bastante longa e feliz.

PRONUNCIAMENTO DO REPRESENTANTE DOS
NETOS DO DOUTOR JOSÉ GOMES DE ANDRADE,
NA SOLENIDADE DE SUA POSSE NO CARGO
DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SERGIPE.

**QUADRO DE ANTIGÜIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

QUADRO ANTIGUIDADE

Ministério Público

Tabela de Antiguidade do Quadro do Ministério Público, de acordo com o art. 34, inciso I, item 18, da Lei Complementar nº 02, de 12.11.90.

Janeiro/1997

Nº DE ORDEM	NOME	EXERCÍCIO NA INSTÂNCIA	EXERC. NO MINISTÉRIO PÚBLICO	CARGO ATUAL
01	EDUARDO DE CABRAL MENEZES	04.05.70	10.07.62	PROCURADOR DE JUSTIÇA
02	JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA	23.12.81	10.07.62	PROCURADOR DE JUSTIÇA
03	MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO	10.03.82	10.05.78	PROCURADOR DE JUSTIÇA
04	JOSÉ GOMES DE ANDRADE	26.10.82	10.05.78	PROCURADOR DE JUSTIÇA
05	JOSÉ COSTA CAVALCANTE	26.08.85	09.07.62	PROCURADOR DE JUSTIÇA
06	FERNANDO FERREIRA DE MATOS	18.10.85	13.07.62	PROCURADOR DE JUSTIÇA
07	DARCILO MELO COSTA	26.09.88	01.12.62	PROCURADOR DE JUSTIÇA
08	GILBERTO VILA-NOVA DE CARVALHO	26.09.88	26.07.68	PROCURADOR DE JUSTIÇA
09	CARLOS WALDEMAR R. MACHADO *	12.11.90	05.06.73	PROCURADOR DE JUSTIÇA
10	JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE *	12.11.90	16.02.81	PROCURADOR DE JUSTIÇA
11	GUILHERMINO RESENDE NETO *	12.11.90	24.03.83	PROCURADOR DE JUSTIÇA
12	PEDRO IROITO DORIA LEO	14.12.90	11.07.62	PROCURADOR DE JUSTIÇA
13	HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO	14.12.90	22.07.65	PROCURADOR DE JUSTIÇA
14	MOACYR SOARES DA MOTTA	14.12.90	10.05.78	PROCURADOR DE JUSTIÇA
15	JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO	14.12.90	27.09.78	PROCURADOR DE JUSTIÇA
16	JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO	01.12.92	12.05.82	PROCURADOR DE JUSTIÇA
17	PAULO MOURA	12.09.96	22.05.65	PROCURADOR DE JUSTIÇA

* Oriundos do Quadro do Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas, conforme art. 184, da Lei Complementar nº 02, de 12.11.90.

SEGUNDA ENTRÂNCIA

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Nº DE ORD.	NOME	EXERC. NA INST.	EX.. NO MINIST. PUBLICO	CARGO ATUAL
01	MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ ALVES	18.07.77	26.07.68	3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
02	PORFIRIO MARTINS FELIX	12.06.80	13.01.64	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE LAGARTO
03	MARIA ISABEL SANTANA DE ABREU	12.06.80	10.05.78	1ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. DA INF. E ADOLESC.*
04	MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIRÉDO	31.12.81	26.07.68	2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
05	MARIA CRISTINA GAMA E S. FOZ MENDONÇA	29.03.82	30.10.78	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO CONSUMIDOR*
06	MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS	06.06.84	27.01.70	1ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. DA FAZENDA PÚBLICA*
07	MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA	03.10.85	02.10.70	4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL*
08	JOSÉ LUIZ MELO	27.11.86	22.11.82	2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI*
09	RODOMARQUES NASCIMENTO	19.03.87	12.05.82	3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL*
10	LUIZ VALTER RIBEIRO ROSARIO	14.04.87	12.05.82	4ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. DA FAZENDA PÚBLICA
11	ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI	06.10.88	12.05.82	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS*
12	MARIA CONCEIÇÃO DE F. R. MENDONÇA	06.10.88	12.05.82	1ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. FAM. E SUCESSÕES*
13	CELSO LUIZ DÓRIA LEO	06.10.88	12.05.82	1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL*
14	MARIA APARECIDA DOS SANTOS	06.10.88	12.05.82	5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL
15	ERNESTO ANIZIO AZEVEDO MELO	06.10.88	12.05.82	2ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. FAM. E SUCESSÕES*
16	LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA	06.10.88	14.03.83	1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
17	PAULO LIMA DE SANTANA	06.10.88	11.07.84	2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL*
18	LUIZ ALBERTO MOURA ARAÚJO	06.10.88	14.11.84	4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
19	MARIA ANAMIRA AMADO BATALHA NETA	20.02.90	12.05.82	3ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. FAM. E SUCESSÕES*
20	EDUARDO ANTÔNIO SEABRA	28.12.90	01.10.82	6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
21	MARILENE FIGUEIRÉDO DE O. FREIRE	30.01.91	14.11.84	3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DISTRIAL*
22	EDUARDO LIMA DE MATOS	30.01.91	14.04.88	10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
23	PEDRO VICTÓRIO DAUD	30.01.91	14.04.88	9ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
24	VIRGÍLIO DO VALE VIANA	31.01.91	01.10.82	8ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
25	HELENE ÁVILA DOS SANTOS SILVA	06.03.91	14.04.88	PROMOTORIA DE JUSTIÇA COMARCA DE BOQUIM
26	PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS	26.10.92	14.04.88	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE ITABAIANA
27	EDUARDO FRANKLIN M. DE OLIVEIRA	26.10.92	14.04.88	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE PROPRIÁ
28	CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO	26.10.92	14.04.88	1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DISTRIAL*
29	WILTON ARAÚJO SANTOS	26.10.92	27.12.88	7ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
30	JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO	26.10.92	28.12.88	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE ESTÂNCIA

Nº DE ORD.	NOME	EXERC. NA INST.	EX.. NO MINIST. PÚBLICO	CARGO ATUAL
31	GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA	26.10.92	21.02.89	PROMOTORIA DE JUST. CRIM. DA COMARCA DE ITABAIANA
32	JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA	23.12.92	21.02.89	3ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. DA FAZENDA PÚBLICA*
33	MARILEIDE BATISTA DE MELO BARRETO	07.01.94	21.02.89	2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DISTRITAL*
34	RAUL JOSÉ VIEIRA NETO	01.06.94	21.02.89	PROMOTORIA DE JUST. CRIM. DA COMARCA DE ESTÂNCIA
35	ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO	10.10.94	21.02.89	6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL*
36	CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO	06.09.95	12.03.91	2ª PROMOTORIA DE JUST. DA CUR. DA FAZENDA PÚBLICA*
37	ODIL SILVA OLIVEIRA	09.11.95	12.03.91	PROMOTORIA DE JUSTIÇA MILITAR*
36	MARCILIO DE SIQUEIRA PINTO	11.12.95	21.02.89	5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA*
39	GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS	02.05.96	21.02.89	PROMOTORIA DE JUST. CRIM. DA COM. DE N. S. SOCORRO
40	RICARDO SOBRAL SOUZA	08.05.96	12.03.91	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COM. DE TOBIAS BARRETO
41	EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA	23.05.96	04.04.90	PROMOTORIA DE JUST. DA CUR.. DA INF. E ADOLESC.*
42	ADELIA MOREIRA PESSOA	12.06.96	12.03.91	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI*
43	EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES	12.06.96	12.03.91	PROMOTORIA DE JUST. DA COMARCA DE N. S. SOCORRO

OBS.: Encontram-se vagas: Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Lagarto e a Promotoria de Justiça da Comarca de S. Cristóvão (art. 70, Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990).

* Promotorias de Justiça de Aracaju

PRIMEIRA ENTRÂNCIA

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Nº DE ORDEM	NOME	EXERCÍCIO NA INSTÂNCIA	SITUAÇÃO INICIAL	SITUAÇÃO ATUAL
01	MARIA DE JOSÉ PIZZI DE M. MOREIRA	21.02.89	PROM. DE JUST. DE CEDRO DE S. JOÃO	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE NEÓPOLIS
02	PAULO VIEIRA MESSIAS	12.03.90	PROM. DE JUST. DE PORTO DA FOLHA	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CAMPO DO BRITO
03	LUIZ CLAUDIO ALMEIDA SANTOS	12.03.91	PROMOTORIA DE JUST. N. S. DA GLÓRIA	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE MARUMIM
04	VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO	12.03.91	PROM. DE JUST. DE CEDRO DE S. JOAO	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE LARANJEIRAS
05	ALDO SOUZA ARAGAO	12.03.91	PROMOTORIA DE JUST. DE CRISTINAPOLIS	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FREI PAULO
06	ARNALDO FIGUEIRÉDO SOBRAL	12.03.91	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE POÇO VERDE	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAP. D'AJUDA
07	JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA	12.03.91	PROM. DE JUST. CANINDE S. FRANCISCO	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CAPELA
08	GILTON FETOSA CONCEIÇÃO	12.03.91	PROM. DE JUST. DE PORTO DA FOLHA	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE JAPARATUBA
09	VICENTE CABRAL LEÃO	12.03.91	4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARIRA
10	MARIA EUGÊNIA DEDA	26.03.92	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE UBAUBA	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE RIACHUELO
11	ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS	09.06.92	5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROM. DE JUST. DE S. CRISTOVAO (Subst.)*
12	ALONSO GOMES CAMPOS FILHO	09.06.92	PROMOTORIA DE JUST. DE P. REDONDO	PROMOTORIA DE JUST. DE N. S. DA GLÓRIA
13	EUZA MARIA GENTIL MISSANO	09.06.92	6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE PACATUBA
14	ANA PAULA MACHADO COSTA	09.06.92	7ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUST. DE ITABAIANINHA
15	AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA	09.06.92	PROM. DE JUSTIÇA DE PORTO DA FOLHA	PROMOTORIA DE JUST. DE RIBEIROPOLIS
16	MARIA LILIAN MENDES CARVALHO	09.06.92	8ª PROM. DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROM. DE JUST. DE CEDRO DE S. JOÃO
17	ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO	09.06.92	PROM. DE JUST. CANINDE DE S. FRANCISCO	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE AQUIDABÁ
18	DEJANIRO JONAS FILHO	29.12.92	1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUST. DE N. S. DAS DORES
19	JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA	29.12.92	2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUST. DE CRISTINAPOLIS
20	ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO	29.12.92	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE POÇO VERDE	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE POÇO VERDE
21	VALDIR FREITAS DANTAS	29.12.92	4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE GARARÚ
22	CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES	29.12.92	7ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE SIMÃO DIAS
23	MARIA HELENA M. SANCHES LISBÔA	29.12.92	9ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA AUXILIAR	PROMOTORIA DE JUSTIÇA UBAUBA
24	SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO	29.12.92	PROMOTORIA DE JUST. DE POÇO REDONDO	PROM. DE JUST. DE PORTO DA FOLHA

* Encontram-se vagas: 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Promotorias de Justiça Auxiliares, Promotorias de Justiça das Comarcas de Poço Redondo e Canindé do S. Francisco, Promotorias de Justiça Cíveis e Criminais de Estância, Itabatana, Lagarto, N. S. do Socorro e S. Cristóvão e 1ª, 2ª e 3ª Promotorias de Justiça Especiais Cíveis e as 1ª e 2ª Promotorias de Justiça Criminais de Aracaju, todas de 1ª Entrância, criadas pela Lei Complementar nº 30, de 26 de dezembro de 1996.

Aracaju, 20 de janeiro de 1997.

Pedro Iroito Dória Leô

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

em exercício

REFLEXÕES

Oscar Xavier de Freitas

Aos que se iniciam no Ministério Público permito-me dizer que a experiência ensina por quantos modos o promotor pode perder a autoridade.

Perde a autoridade quem mostra desaprêço pelos valores culturais da comunidade a que serve porque é facilmente ridicularizado.

Também perde a autoridade quem se recusa ao convívio com a sociedade que deva defender ou quando a agride, residindo fora da comarca, como se merecesse melhor destino do que os comarcanos.

Perde a autoridade o que não é discreto no exercício de suas funções porque as oferece ao julgamento dos apaixonados e dos interessados.

Perde a autoridade quem aprecia a popularidade porque pela popularidade se corrompe e corrompe a justiça que deve promover.

Perde a autoridade o que toma partido e adota facções porque, mesmo isento, não se mostra isento a todos.

Perde autoridade o que se dedica a atividades incondizentes com as funções do cargo, porque autoriza a especulação sobre a confusão que possa fazer entre os próprios interesses e os interesses da Justiça.

Perde a autoridade o que cultiva pendências inúteis com o juiz, com o advogado, com o delegado, porque degrada a justiça a um jogo de vaidades.

Perde a autoridade o que, não sendo sereno, toma a ausência da serenidade por combatividade e, assim, não propõe justiça e nem debate a causa, mas, a confunde.

Perde a autoridade o acomodado, o displicente e o despreparado, mas, mais perde o que se preocupa demais com a própria carreira porque se perde em exibicionismos e se perde em gestões duvidosas.

Perde, finalmente, a autoridade o inconstante na vida privada porque se mostra fraco e corruptível e agride os padrões morais da comunidade.

