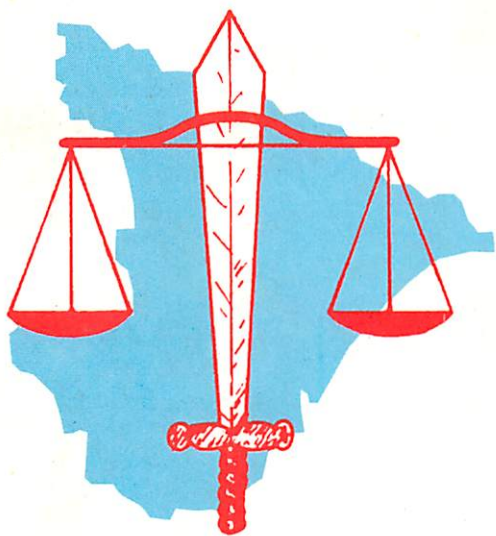


REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



DO ESTADO DE SERGIPE

ANO VIII

1998

Nº 15



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 VIII
Aracaju, 1991

Nº 15

1998

1. Direito – Periódico - Brasil, I – Título, II
Fernando Ferreira de Matos, Diretor

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

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

ANO VIII	1998	Nº 15
----------	------	-------

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
Moacyr Soares da Motta

DIRETOR
Fernando Ferreira de Matos

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, 327 – 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 Moacyr Soares da Motta

Corregedor-Geral do Ministério Público

Procurador de Justiça HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO

Suplente

VAGO

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

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Secretário

Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE

Suplente

Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

Membros

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 JOSÉ GOMES DE ANDRADE

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 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 MOACYR SOARES DA MOTTA
Membros	Procurador de Justiça HELI SOARES H. NASCIMENTO
	Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
	Procurador de Justiça GILBERTO V. 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 MOACYR SOARES DA MOTTA

CÂMARA CÍVEL E CRIMINAL

Procurador de Justiça	EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Procurador de Justiça	JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Procurador de Justiça	FERNANDO FERRERA DE MATOS
Procurador de Justiça	DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça	GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça	JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
Procurador de Justiça	JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
Procurador de Justiça	PAULO MOURA
Procurador de Justiça	JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
Procuradora de Justiça	MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça	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
Promotora de Justiça EDJILDA REZENDE DE LIMA GUERRA
Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA
Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE MELO

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 R. 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 PAES B. DE FIGUEIREDO

Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor
MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FÓZ 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
ADÉLIA MOREIRA PESSOA

1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri
ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

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
EDUARDO FRANKLIN MIRANDA OLIVEIRA

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
VICENTE CABRAL LEÃO

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
PAULO VIEIRA MESSIAS

SÃO CRISTÓVÃO
GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS

TOBIAS BARRETO
RICARDO SOBRAL SOUZA

COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA

AQUIDABÃ
ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

CAMPO DO BRITO
SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO
JOÃO RODRIGUES NETO

CAPELA
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

CARIRA
VAGO

CEDRO DE SÃO JOÃO
ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

CRISTINÁPOLIS
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

FREI PAULO
ALDO DE SOUZA ARAGÃO

GARARU
FÉLIX CARBALLAL SILVA

ITABAIANINHA
NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR

ITAPORANGA D'AJUDA
ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

JAPARATUBA
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

LARANJEIRAS
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

MARUIM
JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

NEÓPOLIS
MARIA JOSÉ PIZZI DE MENEZES MOREIRA

NOSSA SENHORA DAS DORES
DEIJANIRO JONAS FILHO

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA
WALTER CÉSAR NUNES SILVA

PACATUBA
MARCELO AUGUSTO COSTA CAMPOS

POÇO VERDE
ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO

POÇO REDONDO
FÁBIO VIEGAS MENDONÇA ARAÚJO

PORTO DA FOLHA
JULIANE E SOUZA CHECCUCCI

RIACHUELO
MARIA EUGÊNIA DEDA

RIBEIRÓPOLIS
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

SIMÃO DIAS
CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES

UMBAÚBA
MARIA HELENA MOREIRA 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
ORLANDO ROCHA DEL MOREIRA

2ª Promotoria de Justiça Especial Criminal
ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Estância
JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Itabaiana
VAGO

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Lagarto
ADEMILTON DE OLIVEIRA SANTOS

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Nossa Senhora do Socorro
GICELE MARIA C. D'AVILA FONTES

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de São Cristóvão
ANA GALGANE PAES

1ª Promotoria de Justiça Auxiliar
MIRIAM TEREZA CARDOSO MACHADO

2ª Promotoria de Justiça Auxiliar
EMERSON OLIVEIRA ANDRADE

3ª Promotoria de Justiça Auxiliar
BERENICE ANDRADE DE MELO

4ª Promotoria de Justiça Auxiliar
LUIS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

5ª Promotoria de Justiça Auxiliar
LENILDE NASCIMENTO ARAÚJO

6ª Promotoria de Justiça Auxiliar
PETERSON ALMEIDA BARBOSA

7ª Promotoria de Justiça Auxiliar
MAURA SILVA DE AQUINO

8ª Promotoria de Justiça Auxiliar
MÁRCIA MENDES MATOS

9ª Promotoria de Justiça Auxiliar
ANA CLÁUDIA MACHADO C. MORAES

APOSENTADOS

Procuradores de Justiça

CARLOS GOMES DE CARVALHO LEITE
FERNANDO BARRETO NUNES
JUGURTA LIMA BARRETO

Promotores de Justiça

ADERBAL OLIVEIRA
EDVALDO VIEIRA MESSIAS
ENID SANTOS OLIVEIRA
FLAMARION D'ÁVILA FONTES
HELENO ÁVILA DOS SANTOS SILVA
JOSÉ GILSON 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'ÁVILA

PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA

- Procurador de Justiça PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ
- Promotora de Justiça ADÉLIA MOREIRA PESSOA
- Promotora de Justiça MARIA C. DA GAMA S. FOZ MENDONÇA
- Promotora de Justiça MARIA ISABEL SANTANA DE ABREU
- Promotora de Justiça EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA
- Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA
- Promotora de Justiça MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
- Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA MENEZES
- Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE DE MELO

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conselho:

Procurador-Geral de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Corregedor-Geral do Ministério Público HELI SOARES H. NASCIMENTO
Presidente da ASMP LUIZ ALBERTO MOURA ARAÚJO
Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
Procurador de Justiça VAGO

Diretor

FERNANDO FERREIRA DE MATOS

SUMÁRIO

DOUTRINA

BREVES REFLEXÕES SOBRE AS PENAS ALTERNATIVAS: SEM FUNDAMENTO, SUA EFICÁCIA – Maria Eugênia da Silva Ribeiro	21
DANO MORAL – Netônio B. Machado	20
O DIREITO COMO NORMA DE CONDUTA – Paulo Monteiro do Rêgo Rocha	70
CRIME DE DANO (Ilícito Penal ou Cível?) DESCRIMINAÇÃO – Antônio César Leite de Carvalho	81

ESPAÇO LIVRE

GILBERTO AMADO NA CULTURA BRASILEIRA – Darcilo Melo Costa	101
LEGALIDADE DE CONSTATAÇÃO – José Amado Nascimento	112
ESTUDO SOBRE A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO – Ana Paula de Carvalho Moura	124

PARECERES — 2ª Instância

BLOQUEIO DE RECEITA MUNICIPAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS – Gilberto Vila Nova de Carvalho	145
AGRAVO — ALIMENTOS PROVISIONAIS ARBITRADO S EM AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO – José Carlos Oliveira Filho	151
DIREITOS ADQUIRIDOS — MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS REVOGADA POR EMENDA À LEI ORGÂNICA MUNICIPAL – Darcilo Melo Costa	164
AGRAVO — INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 399, I, DO CPC — PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – Eduardo de Cabral Menezes	169
CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – Paulo Moura	176

PROMOÇÕES — 1ª Instância

OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ENVOLVENDO TÍTULOS DE DÍVIDA EMITIDOS PELA UNIÃO – Maria Helena Fernandes Barros	183
--	-----

PARTILHA — NULIDADE — HERDEIRO NECESSÁRIO EX- CLUÍDO — José Elias Pinho de Oliveira	201
REVISÃO CONTRATUAL BANCÁRIA — Maria Helena Sanches Lisboa	204
USUCAPIÃO — POSSE ADQUIRIDA DE PAI FALECIDO — Newton Silveira Dias Júnior	215
DOCUMENTOS NOS AUTOS — OUVIDA DE PARTE CON- TRÁRIA — Josenias França do Nascimento	223
ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA EM RAZÃO DA DEBI- LIDADE MENTAL DA VÍTIMA — Félix Carballal Silva	235
HABEAS-CORPUS — APRECIÇÃO DE MÉRITO Alonso Go- mes Campos Filho	245
DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI CONTRÁRIA ÀS PRO- VAS DOS AUTOS — Wilton Araújo Santos	249

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — Pedro Iroito Dória Leó e Ana Paula Machado Costa Menezes	259
PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL — Ana Galgane Paes	277
DOAÇÕES DE ÁREAS PÚBLICAS FEITAS PELA MUNICIPALIDADE — Eduardo B. D'Ávila Fontes	286

ESTUDOS E CONSULTAS

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS POBRES — Adélia Moreira Pessoa	307
LEI Nº 9.099/95 — AUDIÊNCIAS PRELIMINARES Maria Cristina G. S. Foz Mendonça	322

RESOLUÇÕES	329
-------------------------	------------

ORIENTAÇÕES DE SERVIÇO	339
-------------------------------------	------------

NOTICÁRIO	349
------------------------	------------

FATOS E FOTOS	365
----------------------------	------------

CENTRO DE ESTUDOS EM AÇÃO	383
--	------------

CONSELHO NACIONAL DOS CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	388
--	------------

DOCTRINA

BREVES REFLEXÕES SOBRE AS PENAS ALTERNATIVAS: SEU FUNDAMENTO, SUA EFICÁCIA.

Maria Eugênia da Silva Ribeiro

*"Muitos não compreenderão
Porque suas inteligências vão so-
mente até os processos
E já existem nos processos tantas
dificuldades..."*

*Alguns verão e julgarão com a alma
Outros verão e julgarão com a alma
que eles não têm
Ouvirão apenas dizer...*

.....

*Só a alegria de alguns compreende-
rem bastará*

*Porque tudo aconteceu para que eles
compreendessem,*

*Que as águas mais turvas contêm
às vezes as pérolas mais belas".*

(ACONTECIMENTO. Vinícius de
Moraes, in Veja, 25 Anos "Reflexões
para o Futuro").

Cabendo-nos, na qualidade de Membro do Conselho Nacio-
nal de Política Criminal, escrever sobre o tema PENAS ALTERNA-

TIVAS, já tão brilhantemente tratado por Conselheiros bem mais ilustres, porque juristas do maior talento, permitimo-nos, com a devida *venia* dos doutos colegas e, sobretudo, do Eminentíssimo Conselheiro LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO, meu amigo e Coordenador da publicação, tecer breves considerações sobre as alternativas à prisão.

Perfilhando o pensar de doutrinadores de escol, externaremos as nossas perplexidades, lançando reflexões e indagações que nos povoam o espírito.

As penas alternativas, exemplo vivo da humanização da Justiça Penal, representam uma saída contra os malefícios da cultura prisional e deverão ser previstas em Lei (Projeto de Lei nº 2.684/96, já encaminhado ao Congresso Nacional) como penas principais aplicáveis aos crimes de menor gravidade; não mais como penas substitutivas.

De indiscutível origem alienígena, desde 1984 integram a legislação brasileira, conforme se poderá inferir dos artigos 5º, XLVI, da Constituição Federal, 32, II, 43, 49, 59, IV, 77 e 83, do Código Penal e, finalmente, dos artigos 147 a 170, da Lei de Execução Penal, dispositivos sancionatórios que bem consonam com o regramento da ONU.

Até o momento, a prestação de serviços à comunidade, de natureza sócio-educativa, vem sendo pouco aplicada, muito embora se destaque como a mais utilizada das penas restritivas de direito.

Em Sergipe, por exemplo, em um universo de 1.132 condenados, apenas 31 sentenciados prestam serviços à comunidade, atribuindo-se tal constatação à impossibilidade de as instituições fiscalizarem os condenados aos sábados, domingos e feriados. Quanto à limitação de fim de semana e à prisão domiciliar, apenas 17 e 02 sentenciados, respectivamente, são por elas beneficiados.

Mas, retrodita previsão difere daquela que se preconiza para a legislação futura (conforme Projeto de Lei já mencionado) porquanto acena para a possibilidade de o Juiz substituir ou não a pena privativa de liberdade aplicada, embora reconheçamos que não tenha sido esta a intenção do legislador.

Logo, enfatize-se, para cada tipo penal será prevista a sanção alternativa que se erigirá, dessa forma, em pena principal e não, meramente, em pena substitutiva.

E, em falando de legislação brasileira versus penas alternativas, não poderemos olvidar, sem que incorramos em imperdoável omissão, da Lei de nº 9.099, de 26.09.95, que “Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, lei que se originou dos chamados Projetos Jobim e Temer. De matriz constitucional, provocou verdadeiro *frisson* no meio jurídico, podendo ser considerada, nas palavras do eminente Mestre e Membro deste Conselho de Política Criminal, Professor Damásio de Jesus, “o maior acontecimento do sistema criminal brasileiro nos últimos cinquenta anos”.

Propondo medidas despenalizadoras, medidas penais e processuais alternativas, o seu sucesso já vem sendo comprovado, haja vista, por exemplo, a resolução em Brasília de quatrocentas ações penais em apenas dois meses.

O Projeto de Lei de nº 2.684/96 amplia para sete as penas restritivas de direito, a saber: prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, perda de bens e valores, recolhimento domiciliar, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana e advertência, dando-se relevância à chamada pena de prestação de serviços à comunidade, que deverá sancionar condutas de maior gravidade. Inovação digna de registro é não se constituir a reincidência em obstáculo irremovível à sua concessão.

Feitas estas considerações iniciais, mergulhemos, agora, no âmago das nossas perplexidades, das nossas reflexões, das nossas indagações, não sem antes, dizermos do nosso pesar quando, ao debruçarmo-nos sobre o tema PRISÃO, deparamo-nos, com as assertivas emanadas dos cientistas do direito penal e que já se tornaram cediças:

“As prisões se constituem em erros monumentais tallados em pedra.”

“Os presos na maioria dos cárceres de todo o mundo, invejam as coudelarias e os canais.”

Absurdo, outrossim, que os horrores da prisão, narrados nas obras de Dostóievski e Oscar Wilde, que as *"Recordações da Casa dos Mortos"* e *"De Profundis"* continuem tão atuais, sendo de lamentar-se, sobretudo, que a liberdade concedida aos egressos dessocializados não se constitua, como se constituiu para o célebre autor de *"Crime e Castigo"*, na *"Ressurreição dos Mortos"*, mais se assemelhando ao criador de Dorian Gray, ao Wilde pós custodiamento, para quem *"quando as portas do cárcere se fecharam ficou definitivamente sepultada"*.

Assim, falar-se da crise das prisões (*"o problema da prisão é a própria prisão"*); da sua ineficácia ressocializadora; enfatizar-se que *"a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece"*, constituindo-se em *"fábrica de reincidência, universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime"*, tudo isso já constitui verdadeiro truísmo, dispensando-nos de maiores disquisições.

Retomando o curso do nosso despretensioso trabalho, em que abordamos, não mais que *"en passant"*, o malogro da pena custodial — malogro que se expressa, sobretudo, nos alarmantes índices de reincidência — vêm-nos à mente as palavras do poeta:

*"Prefiro à lei da morte o bandoleiro atroz:
É o menos cruel por ser o mais feroz.
Se o crime causa medo, a lei produz horror
É como que um juiz dentro de um salteador,
É a concentração diabólica do mal:
A fera redigida em Código Penal."
(Guerra Junqueiro)*

E por que não lembrar Quintana?

*"Da vez primeira que me assassinaram
Perdi um jeito de sorrir que eu tinha....
Depois, a cada vez que me mataram
Foram levando qualquer coisa minha."
(Mário Quintana)*

Sim, porque a prisão assassina condenados, inclusive os que também assassinaram.

Diante, pois, da situação dramática do sistema carcerário brasileiro (que se não olvide a superlotação e o custo do presídio), sem nenhuma pretensão de sermos originais, confessamo-nos adepta das penas alternativas para os crimes de menor potencial ofensivo, concebendo a pena privativa de liberdade como solução extrema, e aplicável, tão-somente, a criminosos de grande periculosidade.

A obviedade dessa nossa adesão advém da total acórdância com a Política de Defesa dos Direitos Humanos, com a Política Criminal fulcrada, fundamentalmente, nos ideais que animam a Novíssima Defesa Social de princípios humanísticos e democráticos e que, infensa aos excessos do abolicionismo *"tout court"*, é, contudo, receptiva à despenalização, descriminalização e desjudicialização.

Logo, todos nós, amantes do Direito Penal Democrático, a outra conclusão não poderíamos chegar, reafirme-se, senão à de que a pena de prisão deverá constituir a *"ultima ratio"*, humanizando-se-a e limitando-se-a a casos cada vez mais restritos, em benefício do Cidadão e da própria Sociedade.

Prossigamos:

Já dizia Thomaz de Aquino, o "Doutor Angélico":

"As leis, se injustas, não constituem leis, mas corrupções, das leis."

Não é este o caso. *Legem habemus*. Mas, nem sempre, onde houver Direito, haverá Justiça.

Ora, todos sabemos que a norma não se pode dissociar da realidade na qual se insere; sabemos, também, que, na maioria das vezes, a sociedade transforma a Lei, mas a Lei não transforma a Sociedade.

Com a proficiência de sempre, afirma o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

“A mudança do sistema não se faz somente com a modificação da lei; impõe-se modificar a cultura.”

Não ignoramos, ainda, a degradação de valores que campeia na sociedade hodierna — e o esgarçamento do tecido social como um todo —, sociedade materialista, iconoclasta, egoísta, despida de ideologia, solidariedade, afeto; como não desconhecemos o alarmante crescimento da violência, consectário lógico da sensação de impunidade de que são acometidos os cidadãos.

A guisa de conclusão:

- a) A aplicação das medidas alternativas deverá ser feita com cautela, evitando-se o recrudesimento do discurso da *law and order*, de que é exemplo vivo a lei dos crimes hediondos. Evitemos qualquer efeito bumerangue!
- b) Preocupa-nos, sobremaneira, a eficaciedade das reformas penais que defendemos, porque sabedora do abismo existente entre a legislação em vigor e a realidade do nosso povo, da anomia da sociedade hodierna, do desaparecimento das chamadas instâncias informais e da descrença do povo brasileiro em suas Instituições. Fiquem estas indagações:

As mudanças estruturais por que passa a sociedade brasileira torná-la-ão apta a impedir que as necessidades humanas permaneçam insatisfeitas e que pereçam os homens por ela oprimidos?

Os sistemas de acompanhamento da execução penal serão devidamente reestruturados e, como tal, garantidores da eficaciedade das medidas aventadas?

A sociedade estará preparada para participar da execução da pena?

E, por fim:

A ausência de fiscalização, causa maior do pouco uso das penas restritivas de direito, que são, também, penas alternativas — e instituídas desde 1985 —, será sanada com a implementação das novas medidas?

Cultivemos a esperança de que essas questões tenham resposta positiva. E, na medida das nossas possibilidades emprestemos para tanto nossa contribuição. Com Geraldo Vandré: Façamos a hora, não esperemos acontecer.

Maria Eugênia da Silva Ribeiro

— Procuradora de Justiça no Estado de Sergipe, Professora aposentada de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal de Sergipe, Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

DANO MORAL

*Netônio B. Machado **

Introdução

A Constituição de 1988 formulou uma nova concepção na tratativa das relações entre Estado e sociedade.

Nas Cartas Políticas que lhe precederam, desde a Constituição de 1891 à de 1964, embora já presente alguma manifestação de socialidade, o seu fim era, primordialmente, traçar as linhas mestras da estrutura e da função do Estado.

A própria sistematização das matérias nelas elencadas refletia essa preocupação predominante.

Assim, primeiramente elas tratavam da organização do Estado, dos três poderes fundamentais e de suas atribuições e, num plano inferior tratava, então, dos direitos individuais sob os aspectos jurídico, político e social.

Era o Estado todo poderoso, sob as ordens de quem e por quem tudo era projetado e realizado.

O Estado era visto como a síntese dos anseios de cada um e de todos os cidadãos, um ser supremo, que rivalizava, na expectativa geral, quase com a figura de Deus, na sua onipotência.

A Constituição de 1988 reverteu esse quadro.

A partir de então, o que enfatiza a nova Carta, é o ordenamento da sociedade civil, constituído o Estado Democrático de Direito sob fundamentos vitalizadores dos direitos individuais e coletivos (art. 5º e seus incisos) seguidos dos direitos sociais (arts. 6º e 7º a 11) e dos relativos à nacionalidade (arts. 12 e 13) e da cidadania (arts. 14 a 17).

Só após, cuida a Constituição da organização do Estado e dos seus poderes.

Não é mais a sociedade que caminha para o Estado, mas este que vai ao encontro da sociedade.

É a modernidade da Carta Magna, animando de um sentido humanístico a nova ordem constitucional.

Estamos hoje, pois, diante do primado do social sobre o estatal.

É a prevalência do valor da socialidade sobre o da politicidade ou estaticidade, de que nos fala Miguel Reale, em consideração ao acerto da idéia de que sociedade civil pressupõe o indivíduo comum como autor ou protagonista dos atos coletivos e a ordem constitucional deve ajustar-se, concomitantemente, aos valores do pluralismo e da equidade, já que subsistem as diferenças próprias da espécie humana, mas sem se afastar da correspondente exigência da construção da isonomia entre os indivíduos.

Essa base ético-jurídica da Lei Maior vigente, traduz-se como evolução positiva, indubitavelmente, reconhecendo a formulação aristotélica de que a justiça não consiste na igualdade, mas na proporcionalidade.

No bojo dessa nova conformação social, surgiram instrumentos de proteção de direitos, tais como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); a previsão de legislação de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V); proteção dos valores da pessoa e da sua imagem, consolidando a configuração do dano moral (art. 5º, V e X); mandado de injunção para prevenir e suprir a inércia do Estado legislador com relação aos direitos fundamentais (art. 5º LXXI); garantia do acesso do indivíduo aos arquivos e processos administrativos mediante habeas data (art. 5º, LXXII); exigência do devido processo legal para salvaguarda da liberdade e dos bens do indivíduo (art. 5º, LIV), ação civil pública; mandado de segurança coletivo; ações coletivas de defesa do consumidor.

Ao lado dessas extraordinárias conquistas no plano da socialidade, e até integrando-as, a nova Carta adotou considerável número de normas programáticas ou modelos jurídicos abertos, permitindo que, através de exercício hermenêutico juízes e administradores, como operadores ou aplicadores das leis, ajustem suas interpretações aos fenômenos sociais que se renovam e se enriquecem.

Inobstantemente essa evolução positiva, o constituinte de 1988 pecou, por contradizer-se nesse campo dos modelos jurídicos abertos, quando pretendeu, ao lado disso, ser excessivamente detalhista, querendo esgotar as previsões e a disciplina, no corpo da própria Constituição (v.g., licença gestação e juros bancários).

E nesse contexto de socialidade inspirador da nova Carta, o Judiciário há de ser concebido sob um novo prisma, reconfigurando seu paradigma. Ele é prestador de serviços à sociedade não apenas como sempre o foi, no sentido até então de mero garantidor da realização da vontade do Estado, mas como efetivador do “direito objetivo tendo em vista a salvaguarda e a atualização dos interesses” submetidos à sua apreciação, como observa Biscaretti di Ruffia, citado por Miguel Reale.

Hoje, diante da realidade da nossa civilização, o binômio Estado–indivíduo foi substituído ou se ampliou para o trinômio Estado–indivíduo–coletividade, fortalecendo-se a dimensão social nessas relações.

Dai o abrandamento do individualismo kantiano pragmatizado na sua idéia de Direito como sendo o “conjunto de condições mediante as quais a liberdade de cada um deve coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal de liberdade”.

É que não se deve pensar apenas em coexistência de liberdade mas, igualmente, em coexistência de bem-estar social, tendo esta como núcleo a liberdade pessoal.

A propósito, por oportuno, permito-me trazer à baila a percuciente e judiciosa observação de J. M. Othon Sidou a respeito do limite à liberdade individual com vista ao equilíbrio social, quando assinalava que *“A lei não pode permitir que o indivíduo seja absolutamente livre para contratar, porque se o permitisse ele agiria, por índole, no interesse próprio, não no interesse social, e aquele que assim não procedesse constituiria decerto um caso sintomático à luz da psicanálise. Portanto, o indivíduo agiria, sempre, em detrimento da ordem jurídica”* (**A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Firmas Jurídicas**, Forense, 2ª edição, 1984, p. 167).

A grande dificuldade, o grande desafio subjacente desse processo de socialidade é o risco crescente da massificação, pois se o indivíduo libertou-se da subordinação absoluta à vontade do Estado que politizava extremamente a cidadania, há agora o risco da dissolução do indivíduo na sociedade, tendendo a um novo totalitarismo: o totalitarismo de ordem coletiva resultante da hipertrofia do coletivo e do ecológico.

Nesse contexto, ao Judiciário cabe o papel de domar o totalitarismo social expungindo-o dos excessos nocivos e predadores do interesse individual legítimo, para equacionar a coexistência do individual e do social com equidade, operando com a síntese desses valores através de um social-liberalismo; única forma de afastar o Juízo apriorístico de predominância incondicional de um valor sobre outro.

Nesse exercício o Judiciário será o fiel da balança no asseguramento da defesa dos interesses da sociedade, sim, mas fazendo prevalecer, sempre, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo proclamados pela Constituição, da qual é guardião.

Por força da moderna concepção da Carta de 1988, o Judiciário, na defesa da intangibilidade dos princípios fundamentais proclamados no seu art. 1º, notadamente no que diz respeito à dignidade humana, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei sem necessidade de prévio conflito entre partes, atuando em um *"vertical sharing of powers"*, no qual não falta a competência para soberanamente resolver conflitos entre *"o colosso do legislativo e o mastodonte da burocracia administrativa"*, na feliz expressão do jurista italiano Mauro Cappelletti.

Essa ampliação na esfera da jurisdicionalidade, traduz a percepção, pelo Constituinte de 1988, de que, quanto mais se ampliam as normas protetoras dos valores sociais, mais equilíbrio entre os Três Poderes do Estado há de exigir-se, exatamente para evitar-se que, em nome da defesa de pretensos valores sociais ou ecológicos se invada o campo dos direitos individuais garantidos pela Constituição.

Por isso a nova Carta Política adotou, no seu art. 5º, LIV, a doutrina norte-americana do *due process of law*, por isso a resis-

tência à prova adquirida por meios ilícitos, mormente a que viola a intimidade e a privacidade, matéria que se inscreve no âmbito do dano moral a ser examinado e que constitui mesmo o objeto desta conversa.

Breve Histórico

A previsibilidade do dano moral, embora então tímida, é tão antiga quanto o antigo Direito Romano.

Naquela época já era assimilada a reparabilidade de danos extrapatrimoniais, conforme anotam romanistas como Kohler, Ihering e Sintenis, embora Gabba tenha asseverado, sem razão, que os romanos nunca admitiram a sua existência.

Mas o fato é que essa teoria passou pelo Direito Romano, não sob essa denominação, mas sob o *nomen iuris* de *actio injuriarum aestimatoria* e protegendo apenas algumas pessoas já que os escravos estavam excluídos dessa proteção porque não possuíam a qualidade jurídica de pessoa. Von Ihering, em seu trabalho “*De L’Actio Injuriarum*”, de que fala Aparecida Amarante em sua obra “**Responsabilidade Civil Por Dano à Honra**”,¹ consagrou a certeza da previsão do dano moral no Direito Romano, que, inclusive, impunha a revogação da doação, por ingratidão.

O antigo Direito Grego também já considerava delito a difamação e a injúria, ofensas de natureza nitidamente moral, sujeito o infrator a pena de multa.

O Direito Canônico igualmente cogitou do dano moral e até de sua reparação pecuniária, como no caso da mulher agravada em sua honra.

Nosso Código Civil contemplou o dano moral, algumas vezes, tal como o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa.

Ainda assim, porém, a teoria da sua admissibilidade, continuou sofrendo forte resistência na doutrina e na jurisprudência, mesmo entre nós, até o advento da Carta Política de 1988 que, no

seu artigo 5º e incisos V e X consagrou, como garantia fundamental, o direito à reparação ao dano moral.

O Conceito de Dano Moral

Alguns estudiosos da matéria pretenderam discriminar os danos em materiais ou morais tomando como base a sua origem.

Mas essa distinção, como assinala Aguiar Dias, *“não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem patrimonial”*.

Valho-me dos exemplos buscados na monografia de Wilson Melo por Artur Oscar de Oliveira Deda, versando sobre *“a hipótese de alguém injustamente encarcerado e que, por isso e pela desonra daí decorrente, se transformasse, de comerciante ativo e laborioso que fosse, num verdadeiro vencido, desgostoso de todos e de tudo, com seus negócios derivando para a estagnação e para a ruína e ainda o caso daqueles que, pelos vulgarmente chamados fortes abalos morais, conseqüentes da injúria ou da calúnia, viessem, pelo desleixo natural, posterior, dos atos de sua vida, a cair na mais negra miséria”*¹⁰. Aqui, dois exemplos de como a lesão moral pode converter-se em dano material.

O inverso também é possível, como n’outro exemplo buscado na mesma fonte, em que *“fácil é de compreender a incalculável dor moral daqueles que, ricos e afortunados, por um golpe de azar, tivessem perdido, numa inundação ou num incêndio, todos os seus haveres, tornando-se irremediavelmente pobres de um dia para outro, vencidos pela fatalidade ou pela imprevidência na incúria de salvaguardar seus bens contra as incertezas futuras”*¹⁰. Aqui é o dano material repercutindo animicamente e produzindo o dano moral.

Como se vê dessas situações imaginadas, embora da mesma lesão resultem dois danos, um moral e outro material ou vice-versa,

esse fenômeno não cria uma nova categoria de dano, não produz, tecnicamente, o que se poderia chamar de dano misto.

Há pois, que se distinguir, para melhor entendimento da matéria, entre lesão e dano.

A lesão, como observa Aguiar Dias, é uma e a sua repercussão *“é que pode revestir caráter patrimonial ou não patrimonial”*.

E o mesmo autor registra, ainda que, *“releva observar, que a inestimabilidade do bem lesado, se bem que, em regra, constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”*³.

Tudo que pode ser matéria de relação jurídica pode ser objeto de direito, como observa Pontes de Miranda⁶, anotando que *“o objeto de direito, como o sujeito de direito, é o que pode ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é promessa. Nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito”*⁶.

Infere-se daí, que podem ser objeto de direito, como explica Picard: *“1º) modos de ser da pessoa na própria vida social (a existência, a liberdade, a honra, etc.); 2º) ações humanas; 3º) coisas corpóreas e incorpóreas (entre estas últimas incluem-se os produtos da inteligência)”*.

As coisas incorpóreas e imateriais são pois, objeto de direito e consequentemente, constituem-se em objeto de relação jurídica.

Daí Picard considerar a existência de várias camadas de bens da vida, destacando nos bens imateriais a sensibilidade manifesta na honra, na dignidade, no pudor, no bom gosto, na piedade, etc.

E conclui que o conjunto desses bens corresponde ao conjunto dessas várias existências, formando *“o nosso estado pessoal, o nosso status, o nosso estatuto pessoal, e cada um deles é, na prá-*

tica do direito, qualificado como um direito pessoal, que pode sofrer ataques e que pode reclamar proteção, e é por isso que há ofensas à alma, como há ofensas ao corpo, como há ofensas outras"².

Dano moral, pois, para Aguiar Dias, "é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão"³. *Mutatis mutandis*, é o mesmo conceito adotado por Yussef Cahali.

Peço vênia para entender que o conceito de dano moral enunciado por esses eminentes doutos, deva ser mais alargado, recheiando-se de mais substância social e política que transcende, sem abstrair, o elemento anímico por eles considerado.

Penso, com Limongi França, que "a idéia de diminuição do patrimônio está longe de ser inadequada, não só em razão da amplitude da palavra patrimônio como *universitas bonorum*, senão, também, por comportar os aspectos morais dos bens jurídicos (*bonorum*)"¹³.

Ademais, por ferir a lesão direito da personalidade, direito absoluto, que dispensa a participação de outro sujeito e a perquirição da culpa, contentando-se com o só nexo de causalidade e oponível *erga omnes*, de natureza pública porque com tal *status*, integra nosso ordenamento jurídico, daí a sua irrenunciabilidade à sua proteção não se confunde com a proteção à pessoa, mas ao próprio direito em si, como manifestação da personalidade.

Por isso alguns juristas até negam tratar-se de direitos subjetivos os da personalidade, atribuindo o equívoco da tratativa subjetivista desses direitos à Declaração Universal dos direitos do Homem e ao Código Napoleônico, individualista por excelência. Hoje, com a socialidade contagiante dos princípios, a realidade jurídica está impregnada de conteúdo social, conforme assinala Duguit¹.

Embora identificando o sopro de socialidade dessa concepção, mas sem exacerbá-lo, prefiro assimilar o dano moral como dano a um bem de conteúdo não patrimonial *stricto sensu*. É a lesão a direito público de que é titular um ente privado, não se

tratando de bem material, mas de ofensa a um patrimônio moral, sem afastar sua característica de direito subjetivo de quem teve um bem da vida ou um bem da honra ferido.

Com esse conteúdo social, a reparação do dano moral não visa o preço da dor (*pretium doloris*), mas uma satisfação ao ofendido, e uma sanção ao ofensor.

Da intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade

O primeiro direito de personalidade é o de adquirir direitos, pretensões, de assumir deveres, obrigações, ou situações ativas ou passivas em qualquer procedimento judicial.

1. Os direitos da personalidade são direitos absolutos, no dizer de Pontes de Miranda, isso já há 40 anos atrás, o que, conforme o mesmo autor, *“faz as lesões à honra serem atos ilícitos absolutos”*, e o direito à honra um direito absoluto, público, subjetivo.

E *“a proteção à honra consiste no direito de não ser ofendido ou lesado na sua dignidade ou consideração social”*, conforme Celso Bastos e Ives Gandra⁷.

Pois bem.

Em sendo absolutos tais direitos, quem quer que a eles ofenda, isto é, quem com um ato ilícito os ferir, haverá de responder pela ofensa. Pouco importa haja culpa ou não do ofensor, pouco importa reste ofendido um direito à vida, à integridade física ou psíquica, à liberdade, à verdade, à honra, direitos autorais e até, como anota Pontes de Miranda, *“os direitos expectativos a direitos absolutos (ditos direitos absolutos de expectativa)”*⁶.

Esses direitos da personalidade supõem sujeitos passivos gerais contra os quais se voltam para por-lhes cobro às lesões que lhes impingiram. E o próprio Estado, nessa configuração, quando causador da lesão, é apenas mais um sujeito passivo nessa cobrança, como qualquer outro sujeito. Nenhum direito da personalidade é relativo. A sua oposição *erga omnes* é da sua essência e dispensa a perquirição da culpa, contentando-se com o só dano.

Ainda com Pontes, temos de admitir que *“com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, uma nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica”*⁶.

2. Guardam, também, os direitos da personalidade, a característica de direito público, porque resultam da evolução do sistema jurídico por pressão político-social, integrando a nova ordem política, constituindo essa nova ordem o direito objetivo a tutelar esses suportes fáticos que constituem o direito subjetivo de cada cidadão.

3. Como o direito de personalidade diz com a própria natureza personalíssima de que se reveste, onde a relevância absoluta repousa, exatamente, na infungibilidade da pessoa e da irradiação dos efeitos próprios (direitos de personalidade), restam intransmissíveis os direitos de personalidade.

Como esclarece, didaticamente, Pontes de Miranda, *“Toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra; se a transmissão se pudesse dar, o direito não seria de personalidade”*⁶.

4. Por revestir-se, exatamente, da característica de direito público absoluto, resta irrenunciável qualquer direito de personalidade, seja ele qual for, como lembrava já Pontes de Miranda⁶.

TEORIAS SOBRE O DANO MORAL

Primeiramente, convém repetir, nesta quadra, como assinala Zannoni⁸, que o dano moral resulta da natureza dos interesses jurídicos afetados e não da natureza dos direitos que pressupõem esses interesses (ex.: A agressão física gratuita e a sofrida numa luta de boxe têm desdobramentos diversos).

E inscrevendo-se os valores internos e anímicos da pessoa como expressão imaterial do sujeito, constituindo seu patrimônio subjetivo como a vida privada, a honra, a intimidade e a imagem (estas apenas como indicadores do seu patrimônio imaterial), es-

ses direitos da personalidade podem sofrer lesão ou dano a reclamar uma reparação.

Para Savatier, citado por Rui Stoco⁹, o dano moral é *“qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.”*

Ora bem.

Se há um dano a um bem do indivíduo, seja esse bem material ou moral, deve corresponder a essa lesão, uma reparação.

Correntes doutrinárias formaram-se, adversárias e sufragadoras da tese de reparação do dano moral.

Os adeptos do sistema negativista objetam, como Gabba , citado por Aguiar Dias³, que o padecimento moral, por si só, não seria suscetível de reparação pecuniária porque as dores morais teriam efeito passageiro e por isso não indenizáveis.

Em suma:

Os argumentos mais fortes dos negativistas, da reparação do dano moral, concentram-se em que:

- a) é ofensivo à consciência jurídica estabelecer um preço para o bem jurídico da magnitude dos que se inscrevem no patrimônio moral de cada cidadão, entendendo que se isso ocorrer haverá uma degradação exatamente do valor moral que se busca proteger;
- b) é difícilimo aferir-se a existência de um dano moral, e em consequência, haveria sempre uma incerteza da ocorrência de um direito violado;
- c) outro insurgimento cinge-se à idéia de que a reparação do dano moral implicaria em enriquecimento ilícito, porquanto o suposto lesado, apesar de não ter sofrido qualquer redução no seu patrimônio econômico, receberia do indigitado causador do dano um valor pecuniário que só aumentaria o acervo material do ofendido;

- d) ainda mais uma resistência ao dano moral baseada na impossibilidade de estabelecer-se uma equivalência entre ele e o respectivo ressarcimento.

Posicionaram-se como principais negativistas do dano moral e sua reparabilidade: Gabba, Chironi, Savigny, Lafayette e entre nós Pires de Lima, Alcino Pinto Falcão, Lacerda de Almeida, dentre outros.

Sobre as críticas dos negativistas

A primeira objeção, baseada na degradação moral da reparação pecuniária à ofensa ao patrimônio não econômico do indivíduo, não tem consistência jurídica.

Como observa Minozzi, citado por Aguiar Dias, *“Considerando o dano moral como injúria, é justo que, antes de admitir o seu ressarcimento, se trate de verificar se há um direito violado juridicamente protegido, e o caso dos danos não patrimoniais não difere de qualquer outra espécie de dano”*³.

Em presença, pois, de um dano, pouco importa seja material ou não, a sua reparabilidade por parte do agente ativo da relação jurídica discutida exsurge como consequência subjacente da natureza obrigacional das relações civis.

A regra geral, como bem acentua Artur Oscar de Oliveira Deda, é *neminem laedere*¹⁰ e invoca, em seu notável trabalho, o pensamento de Georges Ripert, para quem *“Se é certo que a lei civil sanciona o dever moral de não prejudicar outrem, como poderia ela, que defende o corpo e os bens, ficar indiferente em presença do ato prejudicial que atinge a alma?”*.

Sobre à segunda insurgência, relativa à dificuldade de aferimento da existência de um dano moral, basta a averiguação da ocorrência de um fato capaz de, por si só causar um padecimento não econômico.

O dano moral, como observa Aguiar Dias, *“é consequência irrecusável do fato danoso. Este o prova per sé. Ninguém pode*

contestar que a morte de um filho é causa de amargura e desespero para o pai. O mesmo se diga da sedução, da difamação, dos crimes contra a honra em geral. Acreditar na presença do dano, nesse caso, é tudo quanto há de mais natural. Estranho seria supor que um pai não sinta a morte do filho. Aliás, muitos casos de dano patrimonial indireto são ressarcidos, com base no princípio de que a prova do dano está no próprio fato, como acontece na injúria ou no descrédito comercial”³.

Essa é a regra.

Pouco importa o exemplo de Ripert, com o estóico que não se sensibiliza, não se comove, não sofre. Essa é apenas uma exceção que só confirma a regra da humanização dos sentimentos.

Quanto à terceira objeção, baseada no enriquecimento ilícito do ofendido, porque sem causa, rechaça-a a manifesta existência da causa da reparação que é efeito do próprio dano suportado.

A relação entre causa e efeito, como determinante da obrigação, está configurada na relação jurídica hipotetizada, concorrendo assim o incontornável nexos de causalidade.

A maior ou menor extensão do dano atuará como um dos fatores para a fixação do valor pecuniário da reparação.

A quarta resistência, que diz com a impossibilidade de estabelecer-se uma equivalência entre o dano suportado e a indenização correspondente, deve ser igualmente afastada.

É preciso ter em mente que não haverá, jamais, uma correspondência absoluta entre o dano sofrido e sua indenização, ainda que se cuidasse de dano material.

Por outro lado, quando a hipótese é de dano moral, não se cogita, em verdade, de uma indenização, até porque, como bem observou o então Ministro Oscar Corrêa, em magistral voto no Recurso Extraordinário nº 97.097, do qual foi relator, no supremo Tribunal Federal, em 25 de outubro de 1983, encontrável na RTJ vol. 108, p. 294, “Não se trata de pecúnia **doloris** ou **prectum doloris**, que não se pode avaliar e pagar: mas satisfação de ordem moral, que não ressarcir prejuízos e danos e abalos e tribulações irressarcíveis, mas representa a consagração e o reconheci-

mento, pelo direito, do valor e importância desse bem, que é a consideração moral, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege. A esses elementos de ordem moral e social — porque suporte da própria estrutura social — não deve estar alheio o juízo, ponderando-os serena e convictamente e valorizando-os moderadamente com o prudente arbítrio”.

Preleciona Aguiar Dias, valendo-se de acórdão relatado pelo desembargador e jurista Amílcar de Castro, “a reparação se pode fazer de duas formas: restituição das coisas ao estado anterior, ou reparação natural e reparação pecuniária, cabível quando ocorre, de qualquer forma, impossibilidade da reintegração do estado anterior. Essa impossibilidade tanto pode ocorrer pela incapacidade do homem para a **restitutio** como pelo desaparecimento irremediável das condições de existência da situação anterior. Com o ressarcimento do dano moral não se pretende refazer o patrimônio, que permanece íntegro, mas dar à pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida, pela sensação dolorosa que sofreu”³.

O fato do dano moral não encontrar uma equivalência pecuniária já que não há “denominador econômico para o direito violado” não pode constituir-se em pretexto para afastar sua reparação. “A condenação do responsável visa apenas resguardar, decerto imperfeitamente, mas pela única forma possível, o direito lesado”, conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 28 de agosto de 1919, de que foi relator o Ministro Pedro Lessa, avisável na Revista de Direito vol. 61, p. 90.

Como se vê, pois, não é de equivalência entre a lesão moral sofrida e a correspondente reparação, que se cuida. Nem, tampouco, de pagar nenhuma dor, pois esta não tem preço.

É de satisfação moral dirigida à vítima do dano.

Satisfação que Cunha Gonçalves cognominou de sucedâneo, vocábulo este empregado pelo mestre do direito, no sentido de materialização de meios para, se não alcançar a recuperação, ao menos distrair a atenção do sofredor do dano.

Augusto Zenun preferiu empregar a expressão derivativo ao invés de sucedâneo, por razões de interpretação exata deste últi-

mo vocábulo a traduzir igualdade ou semelhança, significado incompatível com a intenção do festejado mestre, já que, segundo ele, não haveria de imaginar-se a reparação pecuniária da vítima como se fora uma outra dor, sucedânea da que lhe causara o dano moral.

Sobre as críticas dos restritivistas

As objeções da corrente do sistema restritivo do reconhecimento dos danos morais são de diversas ordens.

Esse grupo divide o patrimônio moral em duas categorias: 1ª, a parte social desse patrimônio e 2ª, a sua parte afetiva.

Na parte social se inscreveriam a honra e a reputação.

A parte afetiva abrangeria a dor, o luto pela morte de parentes, as manifestações da sensibilidade humana, enfim.

Para os defensores da corrente restritiva, os danos morais indenizáveis seriam apenas os que resultassem da ofensa à parte social do patrimônio moral (honra e reputação) ou quando da ofensa resultasse prejuízo econômico.

O equívoco dos arautos desse sistema é flagrante, porque a honra, a reputação (parte social do patrimônio moral), como a dor, o luto, a infelicitação (parte afetiva do patrimônio moral) são apenas espécies do gênero direitos de personalidade. E a ofensa a cada direito corresponde um dever de reparação.

E, quanto à repercussão econômica do dano moral, a eiva do argumento é gritante.

Ora bem. É preciso distinguir entre lesão e dano.

Nem toda lesão causa dano.

Quem se submete a uma cirurgia, por exemplo, para introdução de uma ponte de safena, sem dúvida sofre uma lesão, mas não um dano. Antes a lesão em que consiste a cirurgia é exatamente para afastar o dano que seria irremediavelmente causado com o infarto. E a despesa com o custeio médico-hospitalar dessa cirurgia desfalca parte do patrimônio do paciente, causando-lhe uma lesão econômica, mas não um dano.

A lesão, pois, é mero ato objetivo original.

Ela poderá ter, ou não, um efeito danoso.

Dano é prejuízo. Não fora assim, toda vez que alguém desembolsasse uma quantia em dinheiro para adquirir um bem e aumentar seu patrimônio material, teria sofrido um dano decorrente do desembolso relativo a compra.

Por isso que Aguiar Dias esclarece: *“A discriminação do dano em moral ou patrimonial não é feita em razão da origem, mas dos efeitos”*³.

E, embora em razão da mesma lesão, ocorram dano moral e dano material, essa simultaneidade não produz uma nova categoria de dano, não cria um dano misto.

Então, se de uma determinada lesão decorreram danos morais e materiais, aqueles serão indenizados como morais e estes como materiais, independentemente.

Quando se fala, pois, de abalo de crédito resultante de lesão à honra temos, na origem, uma lesão cujos efeitos afetaram o patrimônio moral e o patrimônio econômico, causando danos a esses bens.

A corrente sufragadora da tese do sistema restritivo, portanto, só admite a reparação do dano moral quando atingida a esfera social do patrimônio moral (honra e reputação) ou quando haja irradiação patrimonial (econômica).

A recalcitrância dos opositores da reparação do dano moral tanto extremava, ao ponto de Paoli, citado por Augusto Zenun ousar denominar como dano apenas o prejuízo material, considerando o prejuízo moral também chamado de ideal como não-dano².

Olvidam eles a construção de Ilhering para lesão danosa, no sentido de que a pessoa tanto pode ser lesada (e, em consequência, sofrer dano) no que tem como no que é².

Abstraem o conceito de Carnelutti, para quem o dano pode ser entendido como *“toda e qualquer lesão aos nossos interesses”*².

Negam-se a aceitar a orientação de Aramendia, para quem, *“Em sentido amplo, que é o julgado por nós, dano é lesão de inte-*

resse, entendendo-se por interesse a relação entre o homem e um bem qualquer”².

Afinal, como se colhe da obra de Wilson Melo da Silva, a definição de dano “abrange, à maneira de círculo que inclua em seu interior outros menores, as noções de dano econômico e de dano moral, pois, em qualquer dessas duas espécies se lesa a relação entre o homem e um bem; é um bem material no primeiro caso, imaterial no segundo: honra, reputação, afeto, liberdade”¹².

O sistema afirmativo

A teoria do sistema afirmativo, que é a consagrada hoje na nossa Constituição, admitindo a responsabilidade a dano causado a qualquer direito de personalidade, proclama a indenizabilidade do dano moral puro.

No caso do Brasil, o próprio Código Civil, em algumas situações, já admitia a avaliação do dano pelo magistrado, como nas hipóteses dos artigos 1.548 e seus incisos (ofensa à honra da mulher); 1.549 (ultraje ao pudor); além do dano por injúria (art. 1.547, § único); ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550), admitindo ainda, que em relação aos casos de ofensa à liberdade não tarifados no art. 1.551, a indenização fosse fixada por arbitramento, como admite o art. 1.553.

Com a outorga da Constituição Federal de 1988, consagrou-se, definitivamente, entre nós, a teoria da reparação do dano moral, erigida em garantia fundamental em seu artigo 5º, incisos V e X, revestida da característica de cláusula pétrea a assegurar a sua imutabilidade por força do disposto no artigo 60, § 4º, da Carta Política.

Evoluiu-se do Código Civil tímido, nessa matéria, do Código Brasileiro de Telecomunicações e da Lei de Imprensa.

Consoante observa Caio Mário, “o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação

*do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo*⁴, esclarecendo que não é exaustiva a enumeração constante dos dispositivos constitucionais indicados.

A admissibilidade do dano moral resulta pois, de princípio de natureza cogente a obrigar o legislador e o juiz.

Assim é que o nosso Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VI, inscreve como direito do consumidor, dentre outros, a reparação do dano moral eventualmente suportado em decorrência de conduta de outrem, na relação de consumo.

Inscrevem-se hoje na tutela constitucional os direitos da personalidade, os direitos do autor, e na sua aplicação, os juízes — como anota Wladimir Valler —, devem afastar-se da *“interpretação literal e restrita das regras disciplinadoras da matéria”*, e buscar *“mecanismos indispensáveis para que a reparação do dano extrapatrimonial seja a mais ampla possível, ainda que o mecanismo seja a interpretação extensiva do art. 5º, nºs V e X, da Constituição Federal”*⁵.

Lembre-se, por justiça, a sempre atual percuciência de Pontes de Miranda, que há cerca de 40 anos, já adiante do seu tempo e na vanguarda do pensamento jurídico de sua época, em alguns casos vanguardista até hoje, bem distinguia entre danos patrimoniais e danos morais, chegando mesmo a construir uma doutrina, segundo a qual, *“Há direito de personalidade à honra, o que faz as lesões à honra serem atos ilícitos absolutos. O direito à honra é direito absoluto, público, subjetivo”*⁶.

E esclarecedor: *“a honra pode ser ofendida, civilmente, sem ser crime o ato que se imputa ao caluniado. Há direito subjetivo, à verdade e à honra mais vasto do que aquele que resulta dos arts. 134-145 do Código Penal”*⁶.

Então, *“A proteção à honra consiste no direito de não ser ofendido ou lesado na sua dignidade ou consideração social”*, conforme Celso Bastos e Ives Gandra⁷ e se lesionado for tal direito, impõe-se uma reparação.

A Integridade Moral

Se a pessoa é titular de diversas categorias de bens, sendo a mais importante a categoria dos bens personalíssimos da qual categoria avulta a honra como o bem jurídico de maior importância para a personalidade, porque, preeminentemente, integra o campo afetivo e social onde a personalidade individual se desenvolve, a lesão que atinja esse patrimônio moral e social viola a integridade da pessoa.

O universo moral das pessoas reveste-se, portanto, de componentes plúrimos integrando, todos eles, os direitos de personalidade, inscritos na esfera dos direitos absolutos, públicos, subjetivos.

Há que se interpretar o vocábulo “moral”, animando-o do conteúdo social e filosófico que lhe confere a doutrina francesa. É dizer: o “moral” correspondendo a tudo aquilo que não se inscreva na arena do patrimonial *stricto sensu*, mas nem por isso deixando de revestir-se do substrato jurídico a conferir-lhe a natureza de bem jurídico a compor a integridade moral das pessoas.

Natureza Jurídica dos Direitos de Personalidade

Grassa, ainda hoje, a polêmica não só sobre o conceito, como sobre a natureza, conteúdo e extensão dos direitos de personalidade.

Principia o embate em que se empenham os teóricos do Direito, com discussão sobre construir-se a doutrina dos direitos da personalidade arrimada no Direito Natural ou apoiada no direito Positivo.

Os que sustentam a tese com apoio no Direito Natural o fazem sob o fundamento de que os direitos de personalidade “*transcendem o direito, positivo, já que pré-existem a este, porque existem pelo próprio fato da condição humana*”¹. Construção de inspiração kelseniana.

Nesse sentido, os direitos de personalidade seriam objetivos como querem Duguit, Von Tuhr e outros.

No pólo oposto, sustentando a tese apoiada no Direito Positivo, De Cupis, Castán Tobeñas e tantos outros.

O fundamento dos positivista descansa no argumento de que para haver efetiva proteção jurídica é necessário a existência de previsão no direito objetivo, capaz de assegurar o direito de ação, e sem essa garantia o interesse individual não encontrará respaldo para ser exercitado.

A esse entendimento redargue Limongi França, afirmando que os direitos individuais protegíveis não são apenas os previstos na lei, e preleciona: *“Recoloca-se aqui a velha questão de saber se direito é só aquilo que está na lei, ou se existem faculdades jurídicas que, não previstas, embora no ordenamento, se tornam sancionáveis em virtude de sua definição em outra forma de expressão do Direito”*.

E continua Limongi: *“De nossa parte, já tivemos ocasião de demonstrar longamente que, a despeito de ser a lei a forma fundamental, outras existem, complementares, entre nós reconhecidas pelo legislador, expressa ou implicitamente no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil”*¹⁴.

Essa visão do direito preocupa na medida em que, como assinala Aparecida Amarante, a utilização sistemática apenas dos costumes como fundamento à proteção de um direito poderia conduzir a um absolutismo individual ilimitado e socialmente prejudicial¹.

Talvez entre nós, quem melhor equacionou o estudo da matéria relativa à natureza objetiva e naturalista ou subjetiva e positivista dos direitos de personalidade foi Orlando Gomes, para quem *“A teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apóia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos sobre que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos”*¹⁵.

Mas reconhece que esses direitos “constituem categoria à parte das formas tradicionais do Direito Privado, possível não sendo classificá-los entre os direitos pessoais ou reais”¹⁵.

E esclarece as razões dessa distinção, dizendo que “os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários.

Por sua própria natureza, opõem-se erga omnes, implicando o dever geral de abstenção. Os bens jurídicos sobre os quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico (vg. Utilização de capacidade intelectual mediante contrato, exposição de qualidades naturais como a beleza, de dons artísticos, etc.) patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral.

Dizem-se inalienáveis no sentido de que o titular não pode transmiti-los a outrem, privando-se de seu gozo, por isso nascem e se extinguem *ope legis* com a pessoa. Não se transmitem sequer *mortis causa*. Do seu teor extrapatrimonial decorre a impossibilidade de cumprimento e execução coativas. São impenhoráveis e imprescritíveis, não se extinguindo, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa. A vitaliciedade e a necessariedade são caracteres que acentuam mais vivamente seus traços distintivos. São necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos. Em consequência, jamais se perdem esses direitos enquanto viver o titular¹⁵.

Sobre serem direitos reais ou direitos pessoais, as hesitações ainda subsistem.

Para os que, como Gierke, entendem que esses direitos “asseguram ao sujeito o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade”, tais direitos são considerados como reais.

Todavia, como bem observa Dernburg, “a honra não dá esse domínio sobre a própria pessoa”¹⁵, já que, se assim fosse, a pessoa deixaria de ser sujeito para converter-se em objeto do direito, e

não poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto do direito, embora Carnelutti afirme que, em sentido jurídico o homem é pessoa e é coisa e, em sendo assim, ele pode se constituir em objeto do direito.

Campogrande chega a proclamar que a confusão entre sujeito e objeto não existe, na realidade, já que o *jus in se ipsum* é o homem considerado como unidade física e moral, e o objeto de cada um dos direitos da pessoa depende da manifestação da personalidade humana e pode voltar-se para um interesse moral ou material, donde considerar o homem como sujeito e objeto do direito, concomitantemente.

De Cupis verbera essa teoria de direitos reais com o sólido argumento de que o homem não deixa de ser considerado indivíduo em suas relações, e como tal, evidentemente, não pode assemelhar-se a *res*, sobre a qual incidiria o seu domínio; do contrário haveríamos de admitir que o homem poderia dispor do próprio corpo, como coisa. Ou seja: em última análise o homem teria o domínio sobre ele mesmo, o que seria um não-senso¹.

A rigor, não é, sequer, a personalidade objeto desses direitos, pois ela (a personalidade) é pressuposto deles e não objeto de qualquer relação jurídica. Tais direitos recaem sobre determinadas projeções da personalidade tuteladas juridicamente.

Logo, o homem é sujeito do direito e a projeção violada da sua personalidade é que é o objeto desses direito.

Em suma, podemos dizer que os direitos da personalidade, voltados primordialmente para proteger o que alguns chamam de bens da honra (reputação, dignidade, identidade, intimidade, integridade psíquica, etc.) são direitos pessoais e não reais, subjetivos, absolutos, públicos.

Subjetivos *sui generis* como os caracteriza Kayser¹⁶ na medida em que seu objeto é a proteção dos interesses morais da pessoa;

Absolutos, porque dispensam para sua existência, a participação do outro sujeito, já que esse direito matizava-se em si mesmo e é oponível *erga omnes*;

Públicos, porque a sua proteção organizou-se por pressão da sociedade para proteger esses interesses fundamentais do indivíduo contra o próprio Estado.

Aliás, relembro aqui que Pontes de Miranda, há cerca de 40 anos, embora sem reconhecimento constitucional, já considerava “o direito à honra como direito absoluto, público, subjetivo”⁶. Embora direito pessoal, reveste-se de característica especial, dada a sua intransmissibilidade, irrenunciabilidade, vitaliciedade e oponibilidade *erga omnes*.

Dano moral ao incapaz

Quando o artigo 5º do Código Civil dicta no sentido de que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil” os elencados nos seus quatro incisos, isto é, os menores de 16 anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade e os ausentes assim declarados judicialmente, não pretendeu excluir dessas pessoas os seus direitos aos bens da vida.

Do contrário estabeleceria o Código uma antinomia com o seu artigo 4º que garante o direito do nascituro que ainda não tem, sequer, personalidade, já que esta se inicia com o nascimento com vida, conforme o mesmo artigo 4º.

Ademais, a incapacidade civil das pessoas físicas visa, exatamente, a sua proteção, a proteção do seu patrimônio material e moral.

Considerada a honra como um bem moral que se inscreve na parte social do patrimônio moral de cada pessoa, a proteção a esse bem não poderia ser negada ao indivíduo só pelo fato dele não estar gozando da capacidade para o exercício dos atos da vida civil.

Em tais casos o incapaz será representado em juízo, para a defesa dos seus direitos, pelos pais, tutores ou curadores, como disciplinam os artigos 84 do Código Civil e 8º do CPC.

Na impossibilidade ocasional dessa solução, o juiz dará curador especial ao incapaz, consoante regramento do artigo 9º do CPC.

Sem proteção ao seu direito é que não ficará o incapaz. Por isso proclama Castán Tobeñas: *“A toda persona corresponde um mínimun de respeitabilidad y honorabilidad que debe ser protegido por el ordenamento jurídico. Nadie — indica el profesor Alfredo Orgaz — está a priori excluído de esta tutela, ní siquiera las personas desonestas o de mala reputación”*¹.

É que a incapacidade para os atos da vida civil não apaga a característica do incapaz de sujeito de direito uma vez que o pré-requisito para o direito à honra não é a capacidade, mas a personalidade e esta o incapaz tem.

Santos Cifuentes afirma, por isso mesmo, com toda a razão, que *“honor tiene el nasciturus, el menor impúber y el adulto, el loco e hasta el delincuente y la ramera”*¹.

Esclarece Enrique Jiménez Asenjo, analisando a ofensa à honra na esfera penal, mas emitindo conceito cambiável também para o campo civil, que a justificação da punibilidade não reside na capacidade que se possua para conhecer o sentido ofensivo da ação ou da expressão desonrosa, mas na potencialidade objetiva de que é portadora a ação ou a expressão e sobre o ânimo do autor a quem se deve castigar¹.

Por isso, Aparecida Amarante adverte: *“se a aferição da ocorrência da lesão tivesse por suporte o grau de compreensão da vítima, reinaria grande injustiça e ficariam desamparados todos aqueles (menores, débeis mentais, loucos, ingênuos, etc.), os que mais necessitam de amparo legal, em benefício de pessoas inescrupulosas e maldosas, que lograriam sair imunes das ofensas praticadas”*¹.

Essas pessoas, pela sua incapacidade civil, não deixaram de ter corpo, liberdade e honra, já que continuam sujeitos de direito e como tal gozando dos direitos subjetivos que o ordenamento jurídico lhes assegura, e os exercitam através dos seus representantes legais.

Mas, há de indagar-se: que ofensa à honra poderia ser assacada contra um menor impúbere? É Carlos Horácio quem fornece um

exemplo dessa hipótese, quando imagina alguém a dizer que uma menor de 10 anos é degenerada¹.

Santos Cifuentes chega a criar uma situação em que a honra do nascituro teria sido ferida como, por exemplo, quando se diz ser o nascituro produto da depravação de sua genitora.

A oposição que se faz à possibilidade de ofensa à honra do nascituro centra-se no fato de que, sendo a honra um direito de personalidade, e esta só surgindo com o nascimento com vida, faltaria o pré-requisito para a afirmação do direito à honra.

Entretanto, Pontes de Miranda defende a proteção à expectativa de direitos de personalidade e, sob o enfoque de direitos absolutos de expectativa⁶, a honra do nascituro poderá ser objeto de proteção, a meu ver.

Há quem sustente que a proteção do menor contra os danos morais é indiscutível, só porque o art. 227 da Constituição Federal impõe à família, à sociedade e ao Estado, assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade. Como não cogitou do nascituro esse dispositivo da Carta Magna, a ele não se admitiria garantir a perspectiva do seu direito de personalidade. Ou seja: ante a imprevisão, no citado artigo 227, de proteger o nascituro, este ao nascer com vida e, portanto, com personalidade já ferida, previamente, em sua honra, estaria ao desamparo jurídico. Parece-me absurda essa argumentação e afrontosa ao princípio da dignidade da pessoa humana proclamado no inciso III, do artigo 1º, da mesma Lei Fundamental. Por isso estou com Pontes de Miranda, para quem o art. 4º do Código Civil protege a perspectiva de direitos, dentre eles, à toda evidencia, os direitos de personalidade.

Dano moral à pessoa jurídica

Os que concebem o dano moral exclusivamente como “*dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial*”¹⁰, não admitem a possibilidade da pessoa jurídica figurar como sujeito passivo do ilícito.

O fundamento maior dessa corrente é que falta à pessoa jurídica o elemento anímico sobre o qual se projetaria o ato ilícito, ferindo o sentimento, os afetos da vítima.

No campo doutrinário é, ainda, controvertida a admissibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral.

Wilson Melo da Silva sintetiza o pensamento dos adversários dessa tese sustentando que *“O patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele se originam seriam, singelamente, danos da alma”*. E, mais adiante, remarca: *“Os alicerces sobre que se firmam os danos morais são puramente espirituais. E as lesões do patrimônio ideal dizem respeito à capacidade afetiva e sensitiva, qualidade apenas inerente aos seres vivos”*, concluindo: *“Ora, a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade, e, como tal, apenas poderia substituir como simples criação ou ficção de direito”*¹².

Entendo, porém, que hoje, mais do que ontem, já com a consagração da intangibilidade do direito à honra e à imagem das pessoas, pela Carta Política de 1988, importando no dever de indenizar, imposto a quem ferir esse direito (art. 5º, V e X, C.F.), sem distinguir entre pessoas físicas ou jurídicas, qualquer dessas pessoas portanto, os entes coletivos não estão afastados do amparo constitucional.

Resta saber, apenas, sob que forma restaria ofendida a pessoa jurídica, de modo a subsumir-se na previsão constitucional, reconhecendo que o ente abstrato, efetivamente, *“não é um ser orgânico”*, como observou Wilson Melo da Silva.

Porém, por isso mesmo é que a área de incidência do dano moral na pessoa jurídica é bem mais restrita do que na pessoa física, mas essa área de incidência existe.

Se o ente coletivo é uma realidade viva no mundo atual, criadora e produtiva, ela não pode ser considerada apenas uma criação da lei, como enunciava, Savigny mas um fenômeno social vivo e atuante.

Tanto assim é, que pode figurar como sujeito de direito, e não mais se discute sob a correção de figurar a pessoa jurídica no pólo passivo das ações indenizatórias de qualquer ordem.

Já se inscreve até no pólo ativo da relação jurídica penal substantiva, a teor da Lei 9.605/98, art. 3º, sujeita à penalização.

Por que não pode figurar no pólo passivo da relação jurídica civil substantiva, como vítima do dano moral?

A intangibilidade do direito de personalidade do indivíduo alcança também a pessoa jurídica e os direitos desta, por não serem, como os da pessoa física ubíquos, nascem com o registro do respectivo contrato ou ato constitutivo no órgão próprio, a teor do artigo 18 do Código Civil.

Aliás, Aguiar Dias chegou a reconhecer que *“A pessoa jurídica pública ou privada, os sindicatos, as autarquias podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral”*³.

Cumpre, então, definir o campo de atuação do dano moral que atinge a pessoa jurídica.

Por primeiro, é imprescindível reconhecer-se que a pessoa jurídica se organiza sob a inspiração de um desiderato social a ser atingido.

E essa configuração social absorve, também, um conteúdo moral, entendido este vocábulo, de um lado, com o sentido que lhe confere a doutrina francesa, a indicar tal expressão tudo o que não se enquadra na ordem material, no patrimônio econômico; de outro lado, assimilado como o suporte maior de essencialidade, sem o qual o Direito não lhe conferiria proteção.

O dano moral deve, pois, ser entendido, a meu ver, com a proposição de Limongi França, como *“aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”*¹³.

E, mais adiante, o citado autor (atrelado à idéia de diminuição do patrimônio, *lato sensu*, toda vez que os aspectos morais dos bens jurídicos sofrem uma lesão), esclarece: *“o dano moral pode não ter como pressuposto indispensável qualquer espécie de dor,*

*uma vez que, sendo uma lesão patrimonial, pode referir-se a qualquer bem dessa natureza, como por exemplo, os de substância cultural ou ecológica*¹³.

Pontes de Miranda há cerca de oito lustros, já esclarecia que *“As pessoas jurídicas também podem ser ofendidas em sua honra, porque é comum às pessoas físicas e às jurídicas o bem da reputação, da boa fama. Ao adquirir personalidade, o ser não-físico adquire tal direito, que não depende de substrato pessoal físico”*⁶.

Intua-se que, no conteúdo de honra apreendem-se dois elementos: um subjetivo e outro objetivo. Neste último se inscreve *“a estima e consideração moral dos outros”*⁶.

É neste ponto que a ofensa à honra da pessoa jurídica pode incidir.

E a honra pode ser ofendida pela calúnia, pela injúria, pela difamação, quando se trata de pessoa física.

No primeiro caso (calúnia), a honra seria ofendida *“pela ofensa à verdade, que a atingiria”*, no segundo (injúria), *“pela ofensa à dignidade e ao decoro, na presença ou não”*, e no terceiro caso (difamação), *“pela ofensa à reputação”* ainda que ausente a vítima, conforme Pontes de Miranda⁶.

Como assinala a desembargadora Nancy Andrichi, do TJDF, arrimada no entendimento de Savigny, Florian, Darcy Arruda Miranda, Aníbal Bruno, Cichoud e Hafher, as pessoas jurídicas são susceptíveis de *“sofrer danos que afetem sua imagem e valores sociais . . .”*, e esclarece: *“Não se trata de perquirir a dor espiritual da pessoa jurídica, o que poderia causar espécie a alguns, mas de reconhecer que a pessoa jurídica porta valores sociais, dentre os quais está incluído o direito ao bom nome, que é passível de ser violado e merece a devida reparação”*.

E o mesmo acórdão supramencionado do TJDF, publicado na RT-733, páginas 297 a 301, de que foi relatora a desembargadora Carmelita Brasil, ao conceituar a honra, o faz considerando-a *“como os valores morais relacionados com a reputação, o bom nome ou o crédito, valores estes inteiramente aplicáveis às pessoas jurídicas; não apenas aqueles que afetam a alma e o sentimento do indivíduo, valores próprios do ser humano”*.

Esses valores, que não são patrimoniais no sentido econômico constituem, todavia, um bem jurídico e como tal, seja qual for a natureza do bem, patrimonial ou extrapatrimonial, suportando uma lesão, a esta se contrapõe o dever da respectiva reparação.

Ao dano causado a esse bem corresponderá o dever de reparar, imposto ao ofensor.

Penso que, enquanto o patrimônio moral das pessoas físicas compõe-se de uma parte afetiva e de outra social, simultâneas, o patrimônio moral das pessoas jurídicas constitui-se, tão-somente, da parte social.

São titulares, pois, ambas as pessoas (no âmbito das esferas afetivo-social as pessoas físicas e só no da esfera social as pessoas jurídicas) de bens juridicamente protegidos pela Constituição Federal, como já o eram antes dela pelo artigo 159 do Código Civil Brasileiro, que obriga a reparação do direito violado e não distingue a natureza jurídica do bem prejudicado, se patrimonial ou extrapatrimonial.

A imagem e a boa fama não são atributos exclusivos das pessoas físicas.

Embora Darcy Arruda Miranda, inspirado em Florian admita a possibilidade da pessoa jurídica figurar como vítima de delito contra a honra em todas as suas espécies penais: injúria, calúnia e difamação, entendo que se deva afastar a injúria da ofensa à honra dessas pessoas, ante a natureza subjetiva daquela e face o aferimento apenas da honra considerada objetivamente em relação a esses entes ideais que não possuem consciência de dignidade ou decôro.

Só a honra objetiva dessas pessoas há de ser, a meu ver, tutelada juridicamente.

Dano moral à família — Honra familiar

As opiniões divergem, quanto a legitimação dos herdeiros do falecido e do cônjuge supérstite para pleitearem, em nome da família, reparação por ofensa à memória do morto.

Para uns, sendo a honra direito personalíssimo e findando a personalidade humana com morte (art. 10, C. Civil), não sendo transmissíveis os direitos da personalidade, careceriam os herdeiros do falecido e o cônjuge sobrevivente, de legitimação ativa para a propositura de ação com tal objeto.

Para outros, a legitimação ativa dessas pessoas só ocorreria quando da alegada ofensa ao morto se irradiasse, no plano individual de cada um dos autores da ação, uma lesão ao seu patrimônio moral.

Como se vê, essas duas correntes não admitem a demanda judicial baseada num direito da família.

As duas correntes reportadas têm em comum o argumento de que o núcleo familiar não tem personalidade jurídica e, por isso, lhe falta o pressuposto da personalidade jurídica para a afirmação do direito que lhe seria próprio, isto é: personalidade jurídica.

Jean Dabin, ardoroso defensor da tese que não admite um direito à honra atribuído à família, concentra suas razões no fato de que esse núcleo não tem existência distinta da dos seus membros e que, a rigor, a família não seria nada mais do que as pessoas físicas que a compõem¹.

A essa objeção, agrega-se outra: qual seria o fim comum a todos os componentes?

E, sob essa ótica, não sendo a família pessoa jurídica, não se poderia reconhecer a existência de uma honra familiar.

Redarguem Antolisei e Rocco, alegando o primeiro que, apesar de faltar personalidade jurídica à família, ela tem uma individualidade autônoma; e o segundo asseverando que a família é sujeito de interesses jurídicos distintos das pessoas que a compõem e distintos em relação a terceiros.

Savatier e os Mazeaud chegam mesmo a encarar a família como uma entidade dotada de tamanha relevância que nela reconhecem uma personalidade jurídica¹, e a violação aos direitos relativos à sua honra comportaria uma ação a ser proposta pelo seu representante.

Mas, afinal, para tomar menos tormentosa a tratativa da questão, convém fixar – ao menos para supedanejar meu raciocínio –,

um conceito de família e a sua natureza no nosso ordenamento jurídico.

Quanto ao conceito — O saudoso jurista e desembargador do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, Virgílio de Sá Pereira, há cerca de 65 anos, refletindo seu pensamento avançadíssimo para o seu tempo e traduzindo sua sensibilidade humana e social, esboçou uma idéia de família dizendo: *“Onde estiverem reunidos um homem e uma mulher em torno do seu filho, aí estará uma família; pouco importa que por lá tenham passado o padre com o seu sacramento ou o juiz com a sua lei, pois o acidente convencional é impotente para apagar o fato natural”*¹⁹.

Até então o Estado não se preocupava em considerar a família como núcleo de regras jurídicas para, como tal, dar-lhe proteção. Cuidava, apenas, da forma de casamento e sua dissolução e das relações dos membros da família uns com os outros, e com os bens.

Limitava-se a regular as relações particulares, individuais, dos que a compunham, como se vê no **Livro 1 — Do direito de família**, do Código Civil. São relações pessoais e econômicas derivadas do casamento, ou da simples união do casal e do parentesco provindo dessa união.

Só com a Constituição de 1934 surgiu a promessa de que o Estado protegeria a família como núcleo social, mas, ainda assim, a família tida como legítima. Essa promessa de proteção persistiu nas Cartas políticas subsequentes, de 1946, 1967 e 1968 (Emenda Constitucional nº 1) é se ampliou com a Constituição de 1988, prometendo a proteção do Estado à família natural, desde que reconhecida a união estável entre um homem e uma mulher e estendeu o conceito de entidade familiar à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, §§ 3º e 4º).

Filio-me à corrente de Orlando Gomes para caracterizar a família pelas relações de fato estabelecidas entre seus membros, com vínculos consangüíneos ou não já que pode estabelecer-se em decorrência apenas da união de um homem e uma mulher,

realçando-se nessas relações o dever de mútuo sustento, indiferentemente a que se tenha formado legitimamente ou não o grupo familiar, consoante disposição dos §§ 2º e 3º, do art. 226, da CF.

O fim comum a todos os seus membros e o objeto mesmo desse núcleo social seria, no dizer do mesmo autor, *“a organização estável para o desenvolvimento de interesses gerais de certo grau, comuns aos seus membros”*¹⁷.

E, na interpretação do próprio artigo 226 da Constituição, haveremos de entender que o grupo familiar, *stricto sensu* compõe-se do casal e sua prole, afastada a indagação estigmatizadora sobre ser legítima ou não a família. Mais do que nunca está presente o reconhecimento da família como fato natural, já proclamado há cerca de 65 anos por Virgílio de Sá Pereira, aqui citado.

Quanto a natureza jurídica — Savatier foi o maior defensor da doutrina que atribui personalidade jurídica à família.

Para ele, se se atribui a condição de sujeito de direito a quem não é pessoa física, fatalmente é porque se trata de pessoa jurídica.

Logo, sendo a família titular de direitos subjetivos que não são os mesmos dos seus membros individualmente considerados, tais como: o direito ao nome patronímico; os poderes conferidos a quem a representa, como figura qualificada do grupo; o direito sobre as sepulturas; o direito à locação e o direito de preferência para aquisição do bem locado, tais direitos teriam a família como seu titular, afora os deveres a ela impostas como, no Brasil, os relativos à absoluta prioridade para assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, etc., deveres esses também atribuídos ao Estado e à sociedade, por força do artigo 227 da Constituição Federal vigente, ela teria personalidade jurídica.

Ainda assim, Orlando Gomes não atribui personalidade jurídica à família, advertindo que as pessoas jurídicas não são criações arbitrárias da lei (no que remete à necessidade do registro dos atos constitutivos de pessoa jurídica, por força do disposto no artigo 18 do Código Civil e, só a partir daí começa a existência legal da personalidade jurídica dessas pessoas).

Sustenta que quando a personalização do grupo não for condição *sine qua non* para a sua atividade, não se lhe reconhecerá, nem se lhe exigirá personalidade jurídica.

Entende o autor baiano que *“há grupos que não precisam ter personalidade jurídica, porque podem agir por outros meios técnicos, seja por sua estrutura, seja pela natureza do vínculo que une seus componentes. Outros há que não podem ser personalizados”*. E prossegue: *“Ainda, porém, que se admita a possibilidade da personalização, não seria imperativa, porquanto a atividade jurídica desse grupo pode ser exercida normalmente, como se tem verificado, através da outorga legal de poderes a um dos seus membros, ou marido e mulher conjuntamente”*²⁰.

Filho-me, pois, a essa corrente que identifica a família como ente jurídico despersonalizado, sujeito de direitos subjetivos.

E, coerente com esta posição, entendo eu que a ofensa dirigida à memória do morto haverá de ferir não a honra da família já que a esta falta o pressuposto de personalidade donde provém o direito à honra, mas fere a dos que fazem parte do grupo familiar, sendo estes os sujeitos passivos da ofensa.

Divirjo, assim, da opinião de Darcy Arruda Miranda que afirma ter sido ferida a honra da família e até aponta alguns inconvenientes práticos a prejudicarem a tese contrária, tais como: o de que um herdeiro não poderia atuar em nome dos demais; a possibilidade de alguns herdeiros entenderem não ter havido a ofensa; a memória do morto poderia ficar sem defesa se não tivesse deixado herdeiro²¹.

Ora bem. Se a ofensa, como defendido por mim, embora dirigida à honra do morto, fere, também, a sensibilidade dos herdeiros, evidente que somente o que se sentir lesado poderá figurar como sujeito passivo de ofensa, não lhe sendo dado, porque juridicamente impossível, impor aos demais um sentimento que não os anima. E como o ataque à memória do morto, sob essa ótica, dificilmente alcançaria estranhos, restaria inócua a ofensa se herdeiros não existissem, até porque, neste caso, já não existiria mais família.

Se é verdade que o parágrafo único do artigo 76 do Código Civil dicta no sentido de que “*o interesse moral só autoriza a ação quando togue diretamente ao autor, ou à sua família*”, não vislumbro nesse dispositivo antinomia à minha tese.

Antes o interpreto como corolário dela, já que a ofensa moral dirigida contra a família embora não a atinja por faltar-lhe personalidade ofende aos seus membros e, por assim alcançados, têm legitimidade para propor ou contestar a ação, na qual defenderão direito próprio.

A prova do dano moral — Presunção

A doutrina distingue entre lesão e dano, ao fundamento de que a toda lesão não corresponde, necessariamente, um dano.

Para a equação do que interessa nesta análise o dano haverá de restringir-se à idéia de prejuízo jurídico resultante da lesão, como preleciona Aguiar Dias³.

Sob esse prisma, a lesão há de substanciar-se de ilicitude, do contrário incidiria o artigo 160 do Código Civil (legítima defesa ou exercício regular de direito), já que só o prejuízo ou a violação de direito de outrem (art. 159, C. Civil) é o que constitui requisito da obrigação de indenizar.

Assim, as limitações ao direito de liberdade e à própria vida, quando resultantes de situações previstas no ordenamento jurídico são lesões do ponto de vista de quem as suporta, mas não podem ser consideradas prejuízos ou danos jurídicos, eis que lícitamente exercidos, tais como as lesões no sentido de incisões cirúrgicas; pelas lutas de boxe dentro das regras estabelecidas, etc.

Em se tratando de dano moral a presunção decorre do próprio fato lesivo, porque a prejudicialidade dele resultante manifesta-se *in re ipsa*, isto é, resulta do próprio fato.

É o comportamento do sujeito ativo da ofensa, violador da norma legal, que produz o efeito que a norma reprime. Demonstrada a ocorrência do ato ilícito, resta admitida a efetivação do dano.

Alguns doutrinadores inclinam-se por considerar essa presunção *juris et de jure*, outros a assimilam como de *juris tantum*.

Há situações em que essa presunção pode ser considerada absoluta, como no caso do pai que perde um filho num acidente ou do funcionário que pela calúnia de alguém perde o emprego, ou na situação de quem, por culpa de outrem, sofre perda de membro ou função, e em outras situações assim relevantes.

Porém, no caso de dano indireto, como na hipótese de ofensa à honra de alguém repercutindo o dano em terceiro, creio que a presunção aqui deva ser *juris tantum*.

Exemplifico com a desonra suportada por alguém de quem se é parente próximo, a ponto deste partilhar da desdita daquele, sofrendo, indiretamente, na parte afetiva do seu patrimônio moral as ofensas suportadas pelas esferas sociais e afetivas do patrimônio moral do seu parente. Em casos assim, creio deva ser *juris tantum* a presunção do dano.

Da legitimação ativa para a ação

Por óbvio, a vítima do dano moral é parte legítima para demandar sua reparação.

Uma corrente doutrinária proclama, porém, que, embora intransmissíveis os direitos de personalidade, é transmissível o efeito patrimonial da violação a tais direitos.

Isto, porque, verificada a violação ao direito de personalidade de alguém, caso este faleça sem beneficiar-se da utilidade pecuniária compensatória da lesão moral sofrida, seus herdeiros teriam legitimidade para propor a ação reparatória de natureza patrimonial.

Perugia observa que “O direito à indenização tem sempre natureza patrimonial e consiste numa prestação pecuniária, o que não afasta o regime geral de transmissibilidade das relações econômicas”¹.

Isso seria possível porque, segundo o mesmo mestre, “o direito de buscar indenização já existia no patrimônio daquele”¹.

Arrola, porém, a corrente contrária, uma serie de óbices a essa pretendida transmissibilidade, a saber:

- a) sendo a honra um direito personalíssimo do ofendido, não pode extravasar a esfera do seu titular;
- b) o direito de ação, é, neste caso, também personalíssimo, não se transferindo pela sucessão hereditária;
- c) por fim, em sendo um direito potestativo do ofendido, se este não o reivindicou, ninguém pode substituir o seu arbítrio.

Assim, carecem os herdeiros de legitimação ativa para ingressarem com ação de danos morais sofridos pelo autor da herança, seja em nome próprio, ou em nome do falecido.

Anote-se, porém, que, se o ofendido já ajuizou a ação de reparação, seus herdeiros têm legitimidade para figurar como substitutos processuais do falecido, porque, como dilucida Savatier, *“a reparação de um dano extrapatrimonial só se torna patrimonial, quando a vítima demanda uma indenização”*¹.

Adoto este fundamento da impossibilidade do herdeiro ter direito de ação de reparação de dano moral sofrido pelo falecido, quer o faça em nome do ofendido, quer em nome próprio baseado na transmissibilidade do efeito patrimonial da violação.

Só nos casos de irradiação da ofensa moral para o herdeiro este será sujeito ativo do direito de personalidade violado e, consequentemente, do direito de ação.

Também encampo a legitimação do herdeiro como substituto processual do falecido que já tenha iniciado a ação reparatória do dano moral, pelos fundamentos já expendidos.

Dano moral: reparação e pena

Segundo Brebbia, uma indenização desempenha, via de regra, três funções: a de compensação, a de satisfação e a de punição¹.

Quando aquilatável a equivalência entre o dano e a indenização, esta atua como compensação ao prejuízo sofrido.

Se não for possível essa equivalência, a fixação do valor pecuniário a título de indenização opera como satisfação.

E só quando o desígnio da indenização não for o de realizar intimamente a vítima do dano, é que a prestação pecuniária se converte em penalização do causador do dano.

N'outras palavras: só na esfera do direito criminal se abrigaria o conceito de pena, já que neste o objetivo do Estado seria reprimir a criminalidade e punir o delinqüente.

Não me parece correta essa proposição quanto à impossibilidade da coexistência da compensação ou da satisfação com a idéia de pena privada.

Os que hostilizam a possibilidade de ser vista também como pena a reparação do dano moral o fazem baseados nas seguintes objeções: a) a pena privada corresponderia a uma vingança e consideram esta idéia uma barbaridade; b) a evolução histórica vem abolindo a pena, sempre que possível, substituindo-a pela objetivação da responsabilidade civil; c) a própria natureza distinta do direito civil e do direito penal desautorizaria a aplicação de pena no âmbito do direito civil; d) a pena de caráter pecuniário, quando impossível sua equivalência com o dano, importaria em enriquecimento ou empobrecimento da vítima.

Starck, citado por Aguiar Dias³, enfrentou essas quatro objeções, para defender a tese sufragadora da pena privada.

Segundo ele, a vingança como instituição jurídica já não existe, uma vez que o conceito de pena é o de reeducação do apenado.

No tangente à apriorística abolição da pena, recorda que Shering, como formulador dessa doutrina, repudiou-a, ao reconhecer que na teoria da responsabilidade civil a pena tem uma função própria, que eu classificaria como pedagógica.

Todavia, sobre a separação do direito civil e do direito penal diz Starck : *“entre o fato objetivamente ilícito, que não reclama senão a reposição das coisas ao estado anterior e o dano causado intencionalmente, que reclama uma enérgica política de preven-*

ção, há mil tons intermediários. Nenhum método lógico é capaz de constituir sobre essas areias movediças um muro de separação que tenha qualquer possibilidade de ficar de pé. A oposição entre direito penal e o direito civil é puramente empírica e contingente. Varia segundo os costumes, os sistemas políticos, as instituições econômicas. Numerosos delitos outrora sancionados penalmente não são hoje contemplados senão pelo direito civil e vice-versa. Determinado ato ilícito danoso, ontem desconhecido das leis criminais, é hoje objeto de incriminação. Uma só coisa resta acima dessas vicissitudes: a necessidade de uma política de prevenção de danos derivados de culpa do homem. Nesse objetivo, o direito penal e o direito civil conjugarão seus esforços, e cada um por seus próprios métodos neles contribuirá, em partes variáveis, sem dúvida, mas sempre complementares uma da outra”¹.

Os crimes ecológicos, contra o meio-ambiente, são emblemáticos dessa enunciação.

Quanto ao alegado enriquecimento ou empobrecimento injusto da vítima, Starck não vê essa possibilidade como óbice à aceitação da idéia de pena, porque *“Se a idéia de pena privada é justa em si, evidente se torna que o pretendido enriquecimento ou empobrecimento terão base legal, uma causa, o que elimina qualquer crítica a respeito”¹.*

Aguiar Dias diverge de Starck por entender que em matéria patrimonial não há como imbricar no fato da indenização a natureza de pena, porque: a) a indenização visa reparar o dano, e a pena visa a culpa do ofensor, que será punido, sem preocupação com a vítima; b) a pena é sempre consequência de delito, enquanto que a indenização resulta de ato ilícito não necessariamente criminoso; c) a pena é inseparável da pessoa do delinquente, mas a indenização é separável, transmissível aos herdeiros do causador do dano; d) o irresponsável não pode ser penalizado, mas pode ser obrigado a indenizar; e) a pena pode ser substituída por outra punição se o delinquente não a pode satisfazer, mas a obrigação de indenizar subsiste, mesmo que momentaneamente o responsável pela indenização não possa implementá-la.

Apesar disso, Aguiar Dias admite, solidário com o pensamento de Fischer, que, quando se tratar de danos extrapatrimoniais (morais, portanto), *“se a reparação se tem de fazer em dinheiro, avultam os pontos de contato entre a indenização e a pena, porque também esta pode empregar-se na satisfação do prejudicado, proporcionando-lhe o **solatium**, apaziguamento, e conseguindo alteração do sentimento e da vontade. Essa função oferece satisfação à consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência. Assim, o pagamento de uma soma a título de satisfação ocupa um lugar intermédio entre a indenização e a pena. Com a primeira, compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração ao lesado; com a pena tem de comum o implicar em mal para o indenizante”*¹.

Aliás, no âmbito do próprio Código Civil se inserem situações típicas de pena como, por exemplo, no caso do art. 1.530, em que o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fica obrigado a aguardar o respectivo vencimento para receber seu crédito e descontará os juros relativos ao tempo que medear entre a demanda e o vencimento, mesmo pactuados, além de pagar as custas em dobro (art. 1.530).

Ou, ainda, no caso de cobrança judicial de dívida já paga, em que o demandante é obrigado a pagar em dobro ao alegado devedor a importância cobrada, se a cobrança for de toda a dívida, ou igual a que cobrar além da dívida (art. 1.531). E o artigo 1.532, ao referir a esses dois dispositivos fala, expressamente, de “penas”.

Com muita propriedade esclarece, pois, Carlos Alberto Bittar que, embora na esfera civil a meta final seja a reparação do dano, não há negar-se, contudo, que, além do comprometimento patrimonial do ofensor com a reparabilidade, resta alcançado um outro objetivo de ordem moral, qual seja o de prevenir atentados a esses direitos de personalidade²².

Aliás, Aristóteles já se apercebia, naquela época, da necessidade desse condicionamento positivo, quando afirmava: “Compe-

te ao legislador tornar os cidadãos bons, inculcando-lhes bons costumes. Tornamo-nos justos executando atos justos, acontecendo o mesmo quanto às outras virtudes. Sendo obrigados a adquirir bons costumes, acabaremos, com o tempo, encontrando prazer em praticar boas ações”²¹.

Valoração do dano moral

Já disseram alguns estudiosos da matéria como Aguiar Dias, Caio Mário e outros, que o valor fixado como reparação do dano moral tem o objetivo de produzir uma satisfação no ofendido para compensar-lhe a dor e o sofrimento causado pela ofensa, ao que eu preferia assimilar como compensação pela lesão produzida a um bem jurídico imaterial, mas protegido como direito, como já enunciado nesta análise.

Nos sistemas abertos, isto é, nos em que a lei não tarifica o *quantum* da reparação do dano moral, cabe ao juiz, com “ponderação e sentimento de justiça”, inspirado em critérios objetivos, fixar o valor pecuniário respectivo.

Para essa equação que tem caráter satisfativo em relação ao ofendido e de pena em relação ao ofensor, o juiz deverá valer-se da orientação traçada pelo art. 53 da Lei de Imprensa, levando em conta: I. a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II. a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua conduta anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III. a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido, acrescentando-se a esses elementos os seguintes: situação econômica do lesado e do lesante, preponderando, como adverte Carlos

Alberto Bittar, “a nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesante (ou **punitive damages**, como no direito norte-americano)”²⁵.

Isto porque, segundo o mesmo autor, “*interessa ao Direito e à sociedade que o relacionamento entre os entes que contracenam no orbe jurídico se mantenha dentro de padrões normais de equilíbrio e de respeito mútuo. Assim, em hipótese de lesionamento, cabe ao agente suportar as conseqüências de sua atuação, desestimulando-se, com a atribuição de pesadas indenizações, atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade*”²⁵.

Penso eu que tais reparações pecuniárias atuam, em relação ao ofensor, como mecanismos objetivos de aquisição de controles interiores, contribuindo para a formação de uma consciência moral.

Bibliografia

1. AMARANTE, Aparecida. “Responsabilidade Civil Por Dano à Honra”. Del Rey Editora, 2ª ed.
2. ZENUN, Augusto. “Dano Moral e Sua Reparação”. Forense, 2ª ed.
3. AGUIAR DIAS. “Da Responsabilidade Civil”. Forense, 5ª ed. II vol.
4. CAIO MÁRIO da Silva Pereira. “Responsabilidade Civil”. Forense, 5ª ed.
5. VALLER, Wladimir. “A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro”. E. V. Editora Ltda., 2ª ed.
6. MIRANDA, Pontes de. “Tratado de Direito Privado”. Tomos II e VII, Editora RT, 1974.
7. GANDRA e BASTOS, Ives e Celso. “Comentários à Constituição Federal”. Saraiva 3ª ed., 2º vol.
8. ZANNONI, Eduardo A. “El Dano en la Responsabilidad Civil”. 2ª ed., Editorial Astrea.

9. STOCO, Rui. *"Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial"*. 3ª edição.
10. DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *"A Controvérsia Teórica Sobre a Responsabilidade dos Danos Morais"*. Revista de Direito Civil, Editora RT, vol. 1.
11. DE CUPIS, Adriano. *"Os direitos de personalidade"*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro Lisboa. Livraria Moraes, 1961.
12. SILVA, Wilson Melo da. *"O Dano Moral e Sua Reparação"*. 3ª ed., Forense, 1983.
13. FRANÇA, R. Limongi. *"Reparação do Dano Moral"*. RT 631.
14. FRANÇA, R. Limongi. *"Manual de Direito Civil"*. Vol. 1º, Editora RT, 1966.
15. GOMES, Orlando. *"Direitos de Personalidade"*. Rev. Forense vol. 216.
16. SZANIAWSKI, Eliomar. *"Direitos de Personalidade e Sua Tutela"*. Editora RT, 1993.
17. CORRÊA, Oscar. Ministro do STF, Rev. Trim. de Jurispr., vol. 108, p. 294.
18. ANDRIGHI, Nancy. *"Revista dos Tribunais"*, vol. 733, p. 299/300, TJDF.
19. PEREIRA, Virgílio de Sá. *"Direito de Família"*. Tipografia Fluminense, Rio de Janeiro, 1923.
20. GOMES, Orlando. *"Direito de Família"*. 7ª edição, Forense, 1990.
21. ARRUDA MIRANDA, Darcy. *"Comentários à Lei de Imprensa"*. Editora RT, 1969, vol. 1.
22. BITTAR, Carlos Alberto. *"Reparação Civil por Danos Morais"*. 3ª edição, Editora RT, 1997.
23. BITTAR, Carlos Alberto. Artigo Publicado em IOB-3/8673, 1993.
24. RUSSELL, Bertrand. *"História da Filosofia Ocidental"*. Vol. I, p. 197.
25. BITTAR, Carlos Alberto. Artigo publicado no Caderno de Doutrina, julho/96, Tribuna da Magistratura

* Juiz de Direito/Sergipe

O DIREITO COMO NORMA DE CONDUTA

Paulo do Rêgo Monteiro Rocha *

Na acepção do Direito Romano, entendia-se o Direito Natural (*Jus Naturae*), como o Direito Comum entre todas as pessoas e mesmo animais, em contraposição ao chamado Direito Positivo. É o conjunto dos direitos próprios do homem, imanente a sua condição, como a vida, a liberdade, a igualdade. O Direito Natural constitui uma fração do Direito Positivo. Este acrescenta àquele, muitos direitos e normas de conduta. O Direito Positivo tem o fim de estabelecer o equilíbrio nas relações humanas, de molde a que sejam possíveis, a segurança, o bem-estar e, enfim, a paz social.

No Direito Natural a humanidade foi, pouco a pouco, como se sabe, se organizando e estabelecendo direitos e deveres, do que resultou o nascimento do Estado.

A propriedade foi considerada roubo por Phroudon, filósofo francês, quando asseverou: "*la propriété c'est vol*". Mas a lei a tornou legítima, concedendo-se, inclusive, ao cidadão, o direito de defendê-la, tanto através das ações possessórias, como, e, inclusive, se necessário, através da força física — que caracteriza a legítima defesa da posse ou desforço possessório. Este é a natural resistência ou a reação adotada com o objetivo de trazer à posse da pessoa, o bem que dela foi tirado por violência de alguém.

Organizando-se a sociedade humana, como se organizou, como entidade política, sujeita de direitos e obrigações, a propriedade privada foi reconhecida como legítima, satisfeitos que sejam os requisitos legais. Organizou-se a sociedade. Nasceu o Estado.

O Estado é unicamente a parte do corpo político que se refere especialmente à manutenção da lei, ao fomento do bem-comum e da ordem política e a administração dos negócios públicos.

Conceituando o Estado, podemos dizer que ele é o conjunto de serviços públicos, nestes se incluindo as Instituições e os Poderes, que, juntos e, harmonicamente, cuidam da administração pública, visando a segurança e a harmonia social. O homem como indivíduo não existe para o corpo político, mas o corpo político é que existe para o homem (Teoria Instrumentalista). O cidadão tem, entretanto, obrigações para com o Estado, embora este não seja propriamente sujeito de direitos. Os direitos que lhe são conferidos, não são direitos que lhe pertençam por sua própria natureza de entidade abstrata. São direitos do corpo político, representado por seus agentes, os servidores públicos, no sentido mais amplo, investidos de funções ou poderes.

A função precípua e concreta do Estado — entidade abstrata — é assegurar a ordem e, correlativamente, proteger os legítimos interesses dos indivíduos e dos cidadãos.

DO DIREITO POSITIVO

O termo Direito é empregado num duplo sentido:

- a. **OBJETIVO:** é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado à ordem legal da vida. Sob o ponto de vista concreto, o Direito é meio de controle social. Todo o aparelhamento jurídico existente nas sociedades organizadas, onde complexas são as relações humanas, é voltado para a solução dos conflitos que se estabelecem nas interações sociais, o que permite a convivência comunitária.
- b. **SUBJETIVO:** é a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada.

Ao Estado incumbe o dever de assegurar, ao indivíduo, as condições materiais e morais de vida. São condições físicas de vida, o alimento, a bebida, o vestuário, a habitação. Esses bens o homem adquire com a contraprestação do seu trabalho, que cabe ao Estado garantir, fazendo com que a economia cresça e, com

ela, a iniciativa privada e os empregos. São condições morais de vida, a honra, a liberdade, o respeito, o amor, a educação, a religião, a cultura, as artes, a ciência, tudo, enfim, que constitui o objeto das lutas da humanidade. Cabe ao Estado o dever de garantir a toda a coletividade, a conquista e a preservação desses bens. E cabe aos indivíduos, buscar, através de incessante luta, o progresso e a satisfação de seus legítimos interesses. Sem luta nada se conquista, mormente em se tratando de direitos sociais, direitos políticos, que são obtidos, não raro, com o derramamento de sangue. É o caso das lutas de Danton, Robespierre e Marat, líderes que viram sacrificadas as suas vidas, na revolução francesa de 1789, escrevendo páginas de conquistas sociais com a tinta do sangue vermelho que derramaram para derrubar, como derrubaram, na Tomada da Bastilha, por ideal político, o injusto e cruel sistema de governo absolutista, que ao povo nada dava e dele tudo exigia. Como se vê, a luta é um hino à liberdade. Diz Rudolf Von Ihering:

"SEM LUTA NÃO HÁ DIREITO, COMO SEM TRABALHO NÃO HÁ PROPRIEDADE."

E, citando o poeta Goethe, transcreve:

"TAL É A CONCLUSÃO ACEITA ATUALMENTE, SÓ DEVE MERECER A LIBERDADE E A VIDA QUEM PARA AS CONSERVAR LUTA CONSTANTEMENTE."

O Estado, entidade jurídica de direito público interno, dirige a Nação, povo politicamente organizado, através de sua máquina administrativa, composta dos Poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, divisão tripartite: de Montesquieu, que foi por nós adotada a partir da Constituição Federal de 1891, já que a de 1824 (Império do Brasil) tinha como Poder, além desses, o Moderador. Por oportuno, registamos que a Constituição Imperial denominava Poder Judicial o atual Poder Judiciário.

Os três Poderes do Estado são independentes, mas harmônicos entre si. Ao Poder Legislativo cumpre elaborar as leis. Ao Exe-

cutivo, executá-las. É o Poder administrativo por excelência. Ao Poder Judiciário compete cumprir as leis, pondo fim aos conflitos que decorrem das relações dos homens entre si e dos homens em suas relações com o Estado. Ao Judiciário cumpre a tarefa de dirimir os impasses sociais, através da prestação jurisdicional.

Todos os organismos do Estado são instrumentos de que se vale para a realização da Administração Pública e da Justiça. Ruim com Governo, pior sem ele. O caos, a balbúrdia, a anarquia se instalariam e voltaria a imperar a lei da força, a lei do mais forte, não existisse o Estado.

Pela divisão tripartite de Poderes há total diferenciação entre as atividades administrativas do Estado e as atividades inerentes à Justiça. Mas, para que esta melhor cumprisse a sua missão, também fracionaram-se as instituições que compõem a máquina judiciária. Assim, não só a máquina judiciária está desvinculada dos Poderes Legislativo e Executivo, como ela própria está fracionada, de molde a que não se confundam as atividades judicantes do juiz e as atividades postulatórias e fiscalizadoras do Ministério Público. Só assim pode o Estado cumprir o seu papel de dirimir os conflitos sociais. E o faz através do Judiciário e do Ministério Público. Aquele julga. Este exerce o papel de representante do Estado no seu dever de restabelecer a ordem social quebrada pela prática de atos ilegais. O Ministério Público, assim, age em nome do Estado, promovendo, ora as ações penais públicas, ora as ações civis públicas, e fiscalizando a execução das leis. Com a vigente Constituição Federal, passou a ser o Ministério Público o *dominus litis* absoluto das ações penais públicas. Nenhuma outra autoridade pode mais dar início a essa categoria de ações penais. Anteriormente à vigente Carta Magna, nas infrações culposas, como aquelas cometidas no trânsito de veículos, de que tivesse resultado lesões corporais ou morte, a ação penal era iniciada por Portaria lavrada pela autoridade judiciária ou pela autoridade policial, ou através, ainda, de denúncia do Ministério Público (neste último caso, havia muita controvérsia jurisprudencial a respeito). Um quartel de juristas entendia que, em tais casos, o promotor de justiça funcionava no processo apenas como fiscal da lei.

Quanto à iniciativa daquelas ações penais pelo próprio juiz, é de ver que sua posição no processo era incômoda. Faltava-lhe a necessária independência íntima para decidir com isenção de ânimo. Assim, não raro, julgava processos criminais que por ele mesmo, em pessoa, tinham sido instaurados (Portaria Judicial).

A autoridade administrativa, por sua vez, podia, antes da vigente Carta Magna, dar início às ações penais nas infrações à lei da fauna ou flora. Hoje, entretanto, nada mais disso acontece. A correspondente apuração da responsabilidade criminal pela prática de qualquer delito ou contravenção é de iniciativa exclusiva do Ministério Público.

Deixamos claro que nos referimos à ação penal pública. Já quanto à ação penal privada, a apuração da responsabilidade criminal é de iniciativa da parte ofendida, que movimenta o Judiciário através de queixa-crime. Mas o Ministério Público poderá, se assim o entender, aditá-la. E durante todo o curso do procedimento, nele funcionará na condição de *custus legis*.

A vida comunitária é o *“modus vivendi”* natural do homem. A sua primeira expressão se manifesta na família, onde se verifica a união de um homem e uma mulher. Desse casal advém a prole, razão primeira das núpcias. Na família unem-se homem e mulher através dos laços do amor e da mútua compreensão, com o fim de coabitarem, se protegerem e cuidarem um do outro e da prole. Estabelece-se, pois, aí, a célula mater da sociedade, no dizer de Rui Barbosa, grande jurista pátrio.

J. J. Rousseau, em sua monumental obra ***“O Contrato Social”***, observa que a família é a mais antiga de todas as sociedades e a única natural.

A família é o primeiro modelo das sociedades políticas, o chefe é a imagem do pai, o povo é a dos filhos. E, tendo nascido todos livres, não alienam a sua liberdade senão em proveito da própria utilidade. Esta diferença consiste em que na família, o amor do pai pelos filhos é recompensado com o cuidado que estes lhe dedicam, enquanto no Estado, o prazer de mandar substitui este amor que o chefe não sente pelos súditos.

A sociedade familiar deu origem à sociedade que abrange o número de pessoas que habitam em determinado lugar e se aproximam para determinado fim. Assim, temos as sociedades religiosas, comerciais, recreativas, médicas, profissionais, etc. Num sentido mais largo, temos, por exemplo, a sociedade paulistana, a sociedade brasileira. E, na acepção mais lata possível do termo, temos a sociedade internacional, que engloba todos os habitantes da terra.

Na sociedade familiar, marido, mulher e filhos têm — ou já tiveram — relações bem definidas de cooperação, subordinação, hierarquia, afeto e mútuo respeito. Com o surgimento de dificuldades de relacionamento entre os homens, de conflito de interesses e da necessidade de uma convivência pacífica, foi que nasceu a Nação. Esta é constituída de um conjunto de indivíduos que falam a mesma língua, habitam um mesmo território, têm os mesmos costumes e obedecem a mesma lei. Esse conjunto compõe o Estado, que é, no dizer de George Bry, *“um grupo mais ou menos numeroso de indivíduos que vive sobre um território fixo e determinado, submetido à ação de um governo que o conduza à realização do Direito”*. São elementos, pois, do Estado:

- a. **POPULAÇÃO:** é o conjunto das pessoas que residem num dado território. Essa população se diz urbana, quando reside nas cidades e, rural, quando reside na região agrícola.

POPULAÇÃO URBANA: é a população das cidades. Estas nasceram na história da humanidade, desde que o homem aprendeu a produzir e transportar alimentos suficientes para que alguns homens não tivessem que se preocupar em produzi-los. As mais antigas cidades brotaram onde a terra fértil era bem irrigada, onde o clima era ameno e fácil o transporte. Nos vales ribeirinhos do Egito, Mesopotâmia e Índia, foi que nasceram as mais antigas cidades.

POPULAÇÃO RURAL: é a população que reside e trabalha na região produtiva de alimentos, as chamadas zonas rurais.

- b. **TERRITÓRIO:** é o espaço geográfico que compreende um país, um Estado, uma província, uma cidade, etc., nele se incluindo o solo, rios, mares, baías, portos, etc.
- c. **GOVERNO SOBERANO:** é o Estado independente, que se autodetermina.

A Lei Magna de um Estado, no sentido mais abrangente, é a Constituição do país. Num sentido mais restrito, é a Constituição de uma unidade da federação. No primeiro caso, v.g., temos a Constituição da República Federativa do Brasil, Lei Maior de todos os brasileiros. No segundo caso, temos v.g., as Constituições Estaduais do Paraná, de Goiás, do Ceará, do Amazonas, de Minas Gerais, de São Paulo, etc., unidades federativas.

Hans Kelsen define o Estado como uma ordem jurídica soberana. E a soberania é, em última instância, o poder de decisão em matérias política e social. Assim, como é de fácil compreensão, o Brasil, EUA, França, Itália, etc., são países soberanos.

A República Federativa do Brasil é constituída por Estados, Municípios, Territórios e Distrito Federal. Vivemos num Estado Democrático de Direito, tendo em vista o sentido social progressista da CF em vigor.

São fundamentos de nossa Carta Magna:

- a. A soberania, que é a capacidade do Estado, sentido lato, como já registramos, de se autogovernar.
- b. A cidadania, que é a capacidade de o indivíduo votar e ser votado. É a capacidade eleitoral, pois, no sentido restrito. É a qualidade de cidadão. No sentido lato, cidadão é todo indivíduo que reside numa cidade. Daí a origem do termo. Pinto Ferreira, grande publicista pernambucano, ensina:

“Cidadania é conceito diferente de nacionalidade, entendendo-se por cidadania o uso e gozo dos direitos políticos, concretizado pelo título eleitoral.”

- c. A dignidade da pessoa humana: significa o respeito que merece, na condição de pessoa, o ser humano, por parte do seu semelhante e do Estado.
- d. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Aqui, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 ampara e defende o princípio da liberdade de iniciativa imanente ao neoliberalismo.
- e. Pluripartidarismo — A Carta Magna brasileira garante o direito à formação de partidos políticos, em substituição ao bipartidarismo — Arena e MDB imposto pela Carta autoritária de 1967. Com a vigente Carta Maior, tornou-se livre a formação de partidos políticos, inclusive de tendência esquerda, como o PCB (Partido Comunista Brasileiro), o PC do B (Partido Comunista do Brasil), o PT (Partido Trabalhista), o PDT (Partido Democrata dos Trabalhadores) e o PSB (Partido Social Brasileiro), alguns dos quais já tinham existido, mas que foram extintos pelo governo revolucionário. Também integra a Constituição de 1988 o princípio democrático, que se baseia na filosofia de que todo o poder emana do povo, e em seu nome será exercido, através de normas de consulta popular ou, indiretamente, por meio de seus representantes. Daí as eleições em todos os níveis, para Senador, Governador, Presidente da república, Prefeito, Deputados (Federal e Estadual) e Vereador, além de consulta ao povo sobre o desmembramento de Municípios e de Estados, através do plebiscito.

Outro princípio fundamental da Constituição em vigor é o da divisão tripartite de Poderes, como já descrevemos.

A atual Carta Magna do País tem por objetivos principais:

- a. construir uma sociedade livre, justa e solidária,
- b. garantir o progresso da Nação;
- c. combater a pobreza e a marginalização;
- d. reduzir as desigualdades regionais e as sociais;

- e. buscar o bem-estar da população;
- f. combater os preconceitos de raça, origem, cor, sexo, idade, condição cultural, social e toda e qualquer outra modalidade de discriminação.

Os Estados, unidades federativas, não têm competência para estabelecer relações internacionais com outros países, mas sim, a União que dispõe de personalidade jurídica internacional. Em nível mundial, as relações do Brasil com outros países se regem pelos princípios seguintes.

1. independência nacional;
2. respeito aos direitos humanos;
3. autodeterminação dos povos;
4. não intervenção;
5. solução pacífica dos conflitos;
6. combate ao terrorismo e ao racismo;
7. isonomia entre os países;
8. concessão de asilo político;
9. cooperação para o progresso da humanidade;
10. promoção da paz;
11. formação de um bloco com países latino-americanos, de integração social, política, econômica e cultural, para a defesa de interesses comuns. Esse bloco foi criado em 1992 (Mercosul), e dele já participam o Brasil, o Uruguai, a Argentina e o Paraguai. Mas a sua formação e estrutura ainda não estão totalmente definidas. Pretende-se criar um Banco de fomento para a região. Também há estudos para a criação de um Tribunal para dirimir conflitos de interesses entre os países que integram e integrarão o Bloco. O Chile, a Bolívia e outros países do Hemisfério Sul estão concluindo estudos no sentido de também ingressarem no Organismo. A agremiação está em fase de plena estruturação, e já se vaticina um mais perfeito relacionamento sócio-político, cultural e econômico entre os seus membros. As relações comerciais e culturais entre esses países já vem

demonstrando resultados de alta significação, com proveito para todos eles. O setor de turismo na região vem se desenvolvendo a olhos vistos.

O mundo vive hoje dois fenômenos econômicos, o da regionalização e o da globalização. O país que não se voltar para essa tendência não conhecerá o progresso e o desenvolvimento.

Vivemos, hoje, no Brasil, sob o manto benfazejo da democracia, regime político que garante a legitimidade do Poder, e onde a igualdade e a liberdade são os seus maiores ingredientes. A democracia não se propõe a tornar todos os homens iguais, pois cada indivíduo tem suas potencialidades, vontade própria, metas e objetivos individualizados, capacidade e personalidade diferenciadas, e força de trabalho distinta. A democracia se propõe a governar pelo e para o povo e a conceder a cada indivíduo, o que os sociólogos denominam “capilaridade social”, isto é, igualdade de oportunidades.

São componentes específicos do regime democrático:

1. princípio da liberdade;
2. princípio da maioria;
3. princípio da igualdade; o respeito às minorias (deficientes físicos, mentais, ciganos, estrangeiros, índios), além é claro, das minorias ideológicas.
4. a independência e a intangibilidade do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, no Brasil, é constituído, em primeira instância, por juízes togados, nomeados pelo chefe do Poder, após aprovação em concurso de provas e títulos. Da segunda instância, participam juízes de carreira, que até lá chegam após anos na primeira instância, e mediante sucessivas promoções. A segunda instância de qualquer Tribunal, por preceito da Carta Magna, reserva um quinto de suas vagas, aos membros do Ministério Público e da Classe dos advogados.

É de suma importância a independência do Poder Judiciário, cujos membros, os juízes, desembargadores e ministros dos Tribunais, têm a função de julgar. Tem o Poder Judiciário a grave

missão de aplicar a lei. O julgador não tem a iniciativa da ação. A parte provoca a tutela jurisdicional para fazer valer o direito sobre o qual há litígio. Nessa oportunidade cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, por fim ao conflito, com o restabelecimento da paz social entre as partes envolvidas na demanda.

O juiz tem independência funcional. E esta independência materializou-se através da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, como já assinalado. Para a garantia de decisões justas, os membros da magistratura judicante gozam dos predicamentos seguintes, que são extensivos aos membros do Ministério Público: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Ambas as instituições compõem, respectivamente, a magistratura judicante e a magistratura postulante — ou magistratura fiscal da lei.

* Procurador de Justiça do Estado do Paraná

CRIME DE DANO (ILÍCITO PENAL OU CIVIL?) DESCRIMINALIZAÇÃO

CONCURSO DE RITOS (AÇÃO PENAL PÚBLICA E PRIVADA) — REVOGAÇÃO DO ART. 167 DO CÓDIGO PENAL REFLEXÕES

*Antônio César Leite de Carvalho**

O que nos encoraja a enveredar pelo plano da reflexão acerca do contido no art. 163, parágrafo único, incisos, I, II, III e IV, são as conseqüências advindas da sua aplicabilidade, quando em combinação e atendendo ao comando da regra do art. 167, ambos do Código Penal.

No primeiro tipo penal declinado, precisamente nos seus incisos, temos algumas, figuras que qualificam o delito e por isso condicionam a titularidade da ação penal. No caso dos incs. I, II e III, ela é pública incondicionada, ao passo que no *caput* e no inc. IV, é privada. No momento em que deve ser aplicada a regra do art. 167 é que se estabelece o caos jurídico, com prejuízos aos interesses público e particular, porque tal regra afronta o bom senso e direito. Nesse instante, nascem e crescem assustadoramente as dúvidas, impondo reflexões profundas e ações efetivas na busca da solução da “*quaestio*”.

Antes de tudo, é preciso lembrar a lição de Celso Ribeiro Bastos, definindo o que seja lei. Para o mestre, “*lei é todo ato que, oriundo do Legislativo e produzido segundo procedimento descrito na Constituição, inova originariamente a ordem jurídica*”. No

campo conceitual ainda, não podemos desprezar a definição trazida por Aurélio Buarque, para quem lei é *“regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para se manter a ordem e o progresso numa comunidade”*.

É bem de ver que, para que a lei sobreviva à evolução do planeta, é mister que ela continue a regular condutas, mantendo, acima de tudo, o que chamamos de *mens legis*. Desaparecendo o seu objeto, o fim para que foi criada, tende inegavelmente a ser imprestável, impondo-se sua revogação.

Incurtionando pelo campo doutrinário, e levado a falar sobre o direito também, impossível seria não nos socorrermos do magistério inigualável de TOBIAS BARRETO, que nos legou a seguinte página lapidar:

“O direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor.

O direito não é só uma cousa que se conhece, é também uma cousa que se sente.

O direito é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma na pessoa de seus membros, como meio de atingir o fim supremo, e o direito só tem este, de convivência harmônica de todos os associados.”

Insofismavelmente, quebrada esta harmonia, surge a demanda, em virtude do desequilíbrio que a partir daí se estabelece entre os associados.

Disse, ainda, o mestre acima nominado, que o melhor conceito de direito é o que ensinava GOETTINGUE: *“o conjunto de condições existenciais da sociedade coativamente asseguradas”*. E concluí: *“Se ao epíteto existenciais adicionarmos – evolucionais, pois que a sociedade não quer somente mas também desenvolver-se, aí temos a mais perfeita concepção do direito”*.

É sabido que o direito biparte-se em público e privado, operando-se as suas distinções em função dos interesse que cada

um visa proteger. Em que pese este subdividir-se, tal fato não altera a sua natureza, que pelo lado formal permanece sempre o mesmo, ainda que varie pelo lado material. “O direito é um todo orgânico; as diferentes divisões a que ele se presta, não desmancham a harmonia do sistema”, no dizer do imensurável TOBIAS BARRETO.

De toda propriedade o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro no sentido de que o “direito público começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”.

A necessidade do Estado intervir nas relações individuais remonta de épocas distantes, quando, então, o direito era representado pela força contra a força, pois que era a maneira de resolver os conflitos. A despeito desta usual forma de proteger um direito subjetivo, muitas vezes a justiça privada não funcionava, e não o fazendo, quedava-se inerte o direito objetivo. Esta atuação individual, como forma de resolver conflitos, cercava-se de riscos, como o disse Alcalá-Zamora, citado pelo mestre Fernando da Costa Tourinho: “às vezes, o ofendido podia ser mais fraco que o autor do ataque e, assim, longe de se obter a reparação do delito ou do dano sofrido, podia experimentar um novo e mais grave ataque. E se o prejudicado não reagisse? E se por ele ninguém assumisse a defesa-vingança? A justiça privada se traduziria em impunidade” (cf. **Derecho Procesal Penal**, v. 1, p. 10).

É de CALAMANDREI a seguinte observação: “ante a ausência de um poder supra-estatal capaz de impor com a força as próprias decisões aos Estados, a extrema ratio para resolver os conflitos é a guerra”.

Esta assertiva é o que vivenciamos na atualidade, quando as guerras se multiplicam, tendo como causa os mais mesquinhos

motivos, variando desde questões territoriais a religiosas, a interesses políticos e até econômicos, estes marcados pela ação de Nações poderosas que bancam a dizimação de populações, dos povos, em troca do sujo comércio de armamentos, e como tudo converge para a soberania nacional de cada País, impossível a criação de um organismo supremo investido do poder de julgar e dirimir tais conflitos, restando-nos, tão somente, a ingerência tímida e limitada da ONU que, através de sanções de ordem estritamente econômicas, tenta evitar um novo e talvez avassalador conflito mundial, que instalado, poderia ter com resultado a extinção do planeta, ou no mínimo, de qualquer forma de vida no mesmo.

Ultrapassadas tais divagações, ficamos com o que nos motivou efetivamente, a escrever, ou seja, o conflito ou concurso de ritos estabelecido no art. 163, parágrafo único e seus incisos, e a extrema necessidade da sua descriminalização.

Parece-nos que a matéria não encantou os estudiosos e operadores do Direito, a ponto de não ser abordada através de um estudo mais minucioso e crítico, não entendendo o porque do desinteresse.

Temos por perfeitamente possível a ocorrência do delito de dano, figurando numa mesma hipótese as qualificadoras que autorizam o desencadeamento da ação pública incondicionada e a privada, a um só tempo. Tomemos por exemplo o seguinte fato: *“Caio, usando de substância inflamável ou explosiva, destrói a oficina de Décio”*. Sendo esta o seu meio de sobrevivência, não há negar o prejuízo considerável. Na hipótese estariam presentes a qualificadora do inciso II — uso de substância inflamável ou explosiva — (ação pública incondicionada) e também a do inciso IV — prejuízo considerável — (ação privada). Como solucionar o problema? Em tese, tem-se por latente um litisconsórcio ativo entre o Promotor de Justiça e o querelante. Quem estaria *legitimado ab initio*? Sem sombra de dúvidas, ambos, evidentemente. Perguntamos então: Como deveria se iniciar a ação penal? Como pública incondicionada ou privada? Não há dúvida de que se o Ministério Público exercitasse, de logo, a sua titularidade, promovendo a ação

penal, fundado no inc. II, mesmo assim estaria assegurado por lei igual direito à vítima (Décio) e, caso esta também o fizesse, só que com fundamento no inciso IV, haveria um *bis in idem*, o que é vedado por lei, com reflexos drásticos para o acusado, que teria que responder a dois processos, duas ações, com apenação dupla, o que afrontaria até a regra do concurso formal onde, apesar da existência de dois ou mais crimes, ao agente aplica-se a mais grave delas, aumentada de um sexto até metade. Note-se que *in casu* o que se tem é um concurso de ritos, por força de qualificadoras, e não um concurso de crimes. De se observar, ainda, que na hipótese não poderia a denúncia reportar-se ou tratar da qualificadora do inciso IV, por não ter o Ministério Público legitimidade. Pergunta-se: Seria, então, o caso de aplicar-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, e não ser pelo Estado-Juiz recebida a queixa, em virtude da litispendência? Ao nosso ver, esta não poderia ser a solução, haja vista que para que se dê a litispendência, a lei processual civil exige a presença das mesmas partes (*eadem personae*), o que não é o caso. Acreditamos, em última análise, que, esta regra, se aplicada de forma analógica — admitindo-se ser isso possível — viria a ferir o princípio constitucional inserto no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, e contemplado de forma complementar pela lei penal no art. 167.

De bom alvitre não esquecermos a existência de decisão no sentido da impossibilidade de litispendência entre o Mandado de Segurança coletivo e individual, sob o argumento de que o coletivo não pode tolher a garantia constitucional assegurada ao indivíduo para proteção de seu direito individual (JTF 164/117). *Per faz et nefas*.

Este não é o entendimento do mestre Fernando da Costa Tourinho, que, acerca da matéria, leciona: “O Código de Processo Penal não define a litispendência. Fá-lo, Contudo, o § 3º do art. 301 do CPC: “há litispendência; quando se repete ação que está em curso...” E como se saber que a ação está sendo repetida? Responde o § 2º do estatuto processual civil: “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e

o mesmo pedido. No Processo Penal haverá identidade de ação penal se o réu for o mesmo e a causa de pedir a mesma. Podemos, então, afirmar: se houver eadem personae (eadem reus) e eadem causa petendi. No cível exigem-se três condições: eadem personae, eadem petitum e eadem causa petendi. No Penal, não”.

Com a devida vênia, discordamos totalmente do mestre, uma vez que, tratando-se de litispendência na esfera penal, deixou o legislador de conceituá-la, e em assim sendo, com apego e submissão ao princípio da unidade ou dualidade do Direito Processual, deverá ser adotado e transportado para o campo penal o conceito insito no Diploma Processual Civil, vedado inovar. O atrelamento da lei processual penal à civil nesse caso é indiscutível. Agir diferente é legislar paralelamente.

Contrário também à essa posição, temos o não menos insigne Júlio Fabbrini Mirabete, que assevera: “Os elementos que identificam a demanda, impedindo outra pela litispendência são o pedido, as partes, a causa de pedir. A causa de pedir, no processo penal, não é identificada pela classificação jurídica, mas pela narração do fato criminoso. Se varia qualquer desses elementos entre os dois processos não se reconhece a litispendência”.

Finalmente, não é diferente o entendimento jurisprudencial, a exemplo do que já decidiu oportunamente o STF: “Para que se configure a litispendência é necessário que o mesmo autor, invocando o mesmo fato, formule o mesmo pedido contra o mesmo réu” (RT 538/463).

*Na verdade o problema persistiria mesmo quando o ofendido tomasse a iniciativa de propor a ação, para tanto ofertando queixa, porque, no caso, mesmo sendo facultado ao Ministério Público o aditamento relativo à qualificadora do inc. II, não haveria como fugir ao comando do art. 24 do Estatuto Processual Penal, via de consequência, à observância do princípio da obrigatoriedade ou legalidade, que inspirou-se na velha parêmia *nec delicta maneant impunita* (os delitos não podem ficar impunes).*

Observamos em nossas leituras, que a jurisprudência já se manifestou de forma tímida acerca de matéria semelhante, a exemplo das seguintes decisões:

“Ação Pública e Privada — Litisconsórcio — Obrigatoriedade — “Concorrendo para o mesmo fato, ação pública e privada, instala-se o litisconsórcio ativo, entre o promotor de justiça e querelante, sendo, na decisão final aplicado o direito” (TACRIM-SP – Rec. 579.001 – Rel. Ribeiro Santos).

E ainda:

“Ação penal — Concurso entre as naturezas pública e privada — Admissibilidade — Hipótese de diversidade de ritos — Prevalência daquele que garanta ao acusado os mais amplos meios de defesa — Ementa Oficial: “Admissível o concurso entre as ações penais pública e privada, no mesmo processo, resguardada a competência para o ajuizamento das mesmas. Na hipótese de diversidade de ritos, prevalece aquele que propicie ao réu os mais amplos meios de defesa” (TAMG – Ap. – Rel. Carlos Abud – RT 694/378).

A vingar qualquer dos dois entendimentos, temos por certo que, no caso específico, o melhor rito seria o da ação penal pública, diante atualmente, da lei nº 9.099/95, que inovou trazendo o instituto da suspensão condicional do processo, possível de beneficiar o agente, porque, ao Ministério Público cabe o dever de propor tal medida, ao passo que esta via despenalizadora não é prevista para as ações privadas, criando, tal circunstância, gravames para o autor do fato delituoso, no caso de ser adotado o rito previsto para estas. Este é um dos fundamentos para que seja abolida a titularidade concorrente do ofendido, por via da ação privada, no caso de crime de dano, para tanto devendo ser revogado o art. 167. Note-se que as decisões dizem mais precisamente sobre o rito a ser adotado.

Não é demais lembrar, a despeito do silêncio doutrinário sobre a matéria, a lição de Edgar Magalhães Noronha, em hipótese

similar, que devemos trazer à luz, em virtude de estarmos em busca da solução mais próxima da realidade das novas leis. Assevera, com maestria: *“Não existe, no Código Penal nem no de processo, dispositivo que determine, de modo geral que, no concurso de crimes de ação privada e pública, uma deva preferir a outra. O art. 101 refere-se ao crime complexo, e o art. 77, II, do Código de Processo Penal tem em vista a consequência em caso de continência que ele vê no concurso ideológico.”* Em conclusão leciona: *“Têm aplicação, pois, os princípios do art. 100: cada ação é movida por seu titular”.*

É evidente que a questão suscitada diz mais de perto dos casos de concurso de crimes, especificamente o concurso *delictorum* de ato obsceno e adultério, porém, mesmo tomando para o nosso exemplo esta solução, nos parece impossível uma aplicação por extensão, porque, se assim o fizéssemos, estaríamos referendando tremenda injustiça contra o agente, que deixaria de responder a um processo, cuja pena em abstrato é de seis (6) meses a três (3) anos, para responder a dois, com incidência destas mesmas penas, o que é proibido por lei, devendo ressaltar o prejuízo de não poder gozar do benefício da suspensão condicional do processo, presente, ainda, na hipótese, as consequências da reincidência se condenado. Tudo gira em torno de que, demandadas as ações, a solução poderia ser aquela trazida pelas decisões jurisprudenciais colacionadas, contudo, novamente temos que admitir a impossibilidade de adequação desta à hipótese *in examinis*, face ao conflito de interesse que surgiria entre o Ministério Público e o ofendido, um tendo que propor aquela via despenalizadora e o outro insurgindo-se contra isto de maneira implícita, já que teria movido a ação privada, demonstrando, assim, sua pretensão de ver punido o autor do delito.

A matéria, para nós, é de complexidade inegável, principalmente nos novos tempos, face as novidades editadas na lei nº 9.099/95, senão vejamos:

A lei referida trouxe em seu bojo, mais diretamente em seu art. 89, uma via despenalizadora indireta ou processual. Não há

negar os benefícios advindos desta para os acusados que tenham cometido delitos que permitem a sua incidência, como é o caso do crime de dano em todas as suas modalidades. Do texto do dispositivo referido se extrai uma atividade discricionária controlada ou limitada, ou regrada do Ministério Público. Todavia, para deixar de propor a suspensão condicional do processo, obrigatoriamente, o representante do Parquet terá que fundamentar a sua recusa. De salientar que, na prática, apesar de vir sendo levada a efeito esta proposta após a denúncia, é indiscutível que o momento para tal é quando do oferecimento da exordial acusatória, consoante determina o preceito legal retro. Observemos que a lei supra, e mais de perto o art. 89, excluiu a queixa do seu texto, referindo-se, apenas e tão somente à denúncia, donde se conclui não ser dado ao autor do fato criminoso gozar desse benefício em caso de ação privada. Insofismavelmente não houve esquecimento do legislador, porém, quando da elaboração da lei, desenvolveu um raciocínio óbvio, lógico e direcionado a não contemplar o instituto no caso de ação privada, em virtude do titular desta possuir outros mecanismos jurídicos legais possíveis de beneficiar o autor do fato, se assim o entender.

A doutrina e jurisprudência têm o seu norte certo neste entendimento, assentam-no de forma mansa e pacífica, sendo a primeira, representada através da seguinte lição de MIRABETE:

“Não cabe também a suspensão condicional do processo nos ilícitos submetidos à ação privada, já que o art. 89 se refere apenas a denúncia e não à queixa. A opção da lei se justifica porque a proposta de suspensão nada mais é do que a excepcional adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública, quando é a própria regra na ação penal privada. Nesta hipótese, se o ofendido não deseja promover a ação penal, pode a ela renunciar ou aguardar a decadência e mesmo após a instauração da ação penal desistir do prosseguimento, aceitar a conciliação, dar causa à

perempção ou mesmo conceder o perdão ao querelado.

Mesmo na ação privada subsidiária da ação penal não é admissível a proposta de suspensão pelo querelante, já que a proposta só pode ser formulada, nos termos da lei, pelo Ministério Público."

Partindo-se daí, imaginemos que, no exemplo trazido por nós, tanto o Ministério Público quanto o ofendido exercitassem os seus direitos de ação, estabelecendo-se, nesse instante, o litisconsórcio. Como o momento para a propositura da suspensão condicional do processo é na denúncia, de que forma resolver o impasse relativo à formalização ou não da proposta, já que o instituto não é aplicável à ação privada, e, se o ofendido não usou de nenhum daqueles instrumentos que possui para beneficiar o querelado, como admitir possa a vontade do Promotor de Justiça prevalecer à do ofendido, já que este, tendo legitimidade paralela, ofereceu queixa, demonstrando o seu interesse em ver punido o autor do fato? Impossível esquecer que o seu direito e legitimidade são previstos em lei, inclusive na Carta Magna. Apesar disto, entendemos que no conflito de interesses que reponta de tal situação, deve prevalecer o interesse público, até porque, a este adere o interesse do acusado ou querelado, que aliás, segundo uma corrente minoritária a qual não nos filiamos, tratando-se de proposta de suspensão condicional do processo, o benefício deste instituto é direito subjetivo desse.

Impõe-se, certamente, no mínimo, a aplicação do previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei Penal. Lançando-se mão do princípio da retroatividade da lei mais benigna (*lex mitior*), repontam dois princípios que regem conflitos de direito intertemporal: 1º o da irretroatividade da lei mais severa; 2º o da retroatividade da lei mais benigna. Esses dois princípios podem reduzir-se a um: o da retroatividade da lei mais benigna, segundo o escólio de Damásio E. de Jesus.

O crime de dano está previsto na Parte Especial, Título II (Dos Crimes contra o Patrimônio), mais precisamente no Capítulo IV,

sendo o seu objeto jurídico o patrimônio, em especial a propriedade de coisas móveis ou imóveis, protegendo-se, eventualmente a posse.

O art. 167 também encontra-se nesse Capítulo, no entanto, tem por fim definir a regra de desencadeamento da ação penal no caso da prática do crime de dano, em suas várias modalidades.

Comentando aquele delito (art. 167), e do alto dos seus magistérios, os mestres Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso nos presentearam com página sublime :

“Assim, afora os casos de dano qualificado por ‘violência à pessoa ou grave ameaça’ por ‘emprego de substância inflamável ou explosiva’ ou pela condição pública da coisa atingida (parágrafo único, n.ºs I, II e III, do art. 163), e os previstos nos arts. 165 e 166, é condição de processabilidade (e, portanto, de punibilidade) o oferecimento de queixa da pessoa lesada. A razão vem de que, nos demais casos, o alarma social ou o interesse público na punição se apresentam tão atenuados, que o legislador entendeu de bom aviso, oportunisticamente, deixar a ação penal exclusiva iniciativa privada. É força reconhecer que o dano, quando não revestido de circunstâncias reveladoras, a priori, de maior capacidade de delinqüir do agente, e posto que não é diretamente movido pelo animus lucri captandi, constitui a menos grave das modalidades do crime patrimonial. Não seria indefensável que o dano, em tal caso, ficasse confinado à esfera do puro ilícito civil.” (Grifo nosso)

Em sua obra **Comentários ao Código Penal**, afirma Nelson Hungria que a conservação do instituto da ação privada pelos atuais Códigos Penal e de Processo penal sofreu tenaz impugnação do ilustre Prof. Canuto Mendes de Almeida, chegando ao ponto de em 1945, apresentar à consideração do então ministro da Justiça

um Anteprojeto suprimindo-o, quando então chamado para ser ouvido, em nome da Comissão que apresentara os projetos definitivos dos citados Códigos, o mestre emitiu parecer contrário.

Um dos fundamentos ou justificativa apresentada por ele em seu parecer é que nos causa interesse, pois, em que pese não ser possível reproduzi-lo na íntegra, uma sinopse deste permite-nos avançar no nosso entendimento, no que tange ao caos de ordem jurídica e na ordem jurídica estabelecido pelos textos dos arts. 163 e 167, ambos do Código Penal, quando das suas aplicabilidades, diante do que disciplina a lei nº 9.099/95 em seu art. 89.

Ao iniciar o seu parecer dissera Hungria: *“O Anteprojeto do Prof. Canuto Mendes de Almeida pretende que adotemos a solução do direito franco-italico, com repúdio de um sistema que, além de tradição democrática do direito brasileiro, representa medida de prudência e de comprovado acerto. É trazida à baila a velhíssima controvérsia que se trava em torno ao monopólio estatal no exercício da ação penal e remonta à elaboração da Ordenança francesa de 1670. Cumpre notar, para logo, que o tema não passou despercebido à Comissão incumbida dos projetos dos atuais Cód. Penal e de Proc. Penal, que, entretanto, preferiu conservar o sistema tradicional do direito pátrio, **pois nenhuma razão de ordem prática aconselhava rompê-lo.**”* (Grifo nosso)

Deixando de lado as argumentações relativas aos pontos de vista destes mestre, temos que não há cuidar de se abolir totalmente a ação privada como pretendeu o Prof. Canuto, no entanto, não há negar que perdeu força totalmente a afirmação de Hungria, de que no caso do crime de dano, especificamente, *“nenhuma razão de ordem prática aconselhava romper”* o sistema tradicional do direito pátrio, suprimindo a titularidade do ofendido, a ser exercitada pela via da ação privada. Nem tanto ao céu, nem tanto à terra.

O que existe de verossímil, de real, no momento, é a inversão do que houvera dito, porque no mundo moderno em que vivemos, com o avanço de todas as ciências e a evolução que se opera dia a dia, não existe mais razão de ordem prática (e até jurídica)

para não se romper o sistema tradicional do direito pátrio no que pertine ao crime de dano, não só excluindo a titularidade do ofendido, como também, e ainda, operando-se a sua descriminalização. Ressalte-se que o próprio mestre, na lição acima transcrita, afirma que *“não seria indefensável que o dano ficasse confinado à esfera do puro ilícito civil”*.

Peço-lhe vênia para afirmar que, mesmo do alto do seu inalcançável e insuperável saber jurídico, se entre nós ainda estivesse e reinasse, não teria mais como sustentar a sua posição, no que tange especificamente ao crime de dano que, aliás, já era visto pelo mestre, no que se refere à criminalização, com certas reservas, conforme fica evidenciado em seu dizer estratificado acima.

A idéia é lógica, coerente e fundada, principalmente em nossos dias, diante das novas leis mais benignas, dos novos institutos despenalizadores por elas trazidos, mas que vêm sofrendo dificuldades no que se refere às suas aplicações, quando e porque se confrontam com o art. 163 e com a regra insculpida no art. 167 do Código Penal, nos impelindo a fazer uso de mecanismos jurídicos de incidência controvertida às vezes, para solucionar os impasses, tudo desarrazoadamente.

Razões de todas as ordens sobejam à descriminalização do dano e revogação do art. 167 da lei penal. Uma delas consubstancia-se no art. 89, § 1º, inc. I, da Lei nº 9.099/95 que trata do instituto da suspensão condicional do processo, e exige, como primeiro requisito para que o autor do fato possa gozar desta via despenalizadora, a *“reparação do dano”*. Observado este requisito, que inclusive não é óbice à homologação da proposta de suspensão condicional do processo, consoante evidencia-se da própria redação da parte final do texto — *“salvo impossibilidade de fazê-lo”* — além daqueles previstos nos incisos seguintes, essa impõe-se, impedindo que o processo prossiga. Ocorre que, a regra do art. 167, repetindo, faz colidir os interesses público e particular (do ofendido), obstaculizando a formalização da proposta, do ponto de vista jurídico teórico. Ora, reparado o dano, através

da via do instituto da suspensão, o desinteresse do ofendido é inegável. Por outro lado, não será a deflagração da ação privada que conduzirá o responsável pelo dano, à sua reparação. Não é demais lembrar, em primeiro lugar, que a proposta de suspensão pode levá-lo a ter seu dano reparado, o que o beneficiaria sobremaneira, porquanto na propositura, da ação privada isto não é possível, evitando, ainda, que demandasse judicialmente no campo civil objetivando uma indenização, cuja lide não se poderia afirmar em quanto tempo estaria resolvida e se quando da decisão judicial, ainda seria possível recebê-la. Mesmo que o dano não seja reparado quando da proposta de suspensão condicional do processo, o ofendido tem, também, e ainda, a via civil, a fim de buscar a indenização pelos prejuízos que lhe causarem. Por outro lado, é do interesse também do causador do dano — tendo eles boas condições econômicas — a reparação no momento da proposta da via despenalizadora, pois, com isso, evitaria o prosseguimento do processo criminal e da possível instalação da lide civil. Por estas razões, a manutenção do “dano” como crime, e da regra do art. 167 como forma de desencadeamento da ação penal nestes casos, não têm suporte jurídico ou de ordem prática para resistirem a ataque que objetive bani-los da esfera penal.

Não se pode ignorar que a ação penal é pública, posto que ao indivíduo caiba, excepcionalmente, a iniciativa do seu exercício.

O Estado tomou para si a responsabilidade de dirimir conflitos e de punir. A razão de excepcionalmente atribuir ao particular o direito de ação, funda-se, única e principalmente, na garantia e preservação da honra das pessoas, da dignidade das famílias, na lição precisa de João Mendes (*O processo criminal brasileiro*, 2ª ed., vol. 1º, 1911, pág. 156), do seguinte teor:

“Em regra, o Ministério Público tem o direito de promover e seguir a ação pública, isto é, toda a ação para a imposição e aplicação da pena de qualquer delito. Mas, este direito geral sofre restrição quanto a certos delitos, quer porque afetam a dignidade das famílias,

ou a honra das pessoas, quer porque não sejam concernentes senão a interesses privados, quer porque não são susceptíveis de prova alguma sem o concurso das partes, quer porque não devem ser desvendadas pelo processo sem o consentimento das partes ofendidas. Graves motivos de ordem pública podem, algumas vezes, solicitar a repressão desses delitos; mas uma razão não menos grave liga a ação pública e a subordina à condição da queixa do ofendido, é o interesse do repouso e da paz das famílias, é o perigo do escândalo, mais temível do que a própria impunidade — é mesmo a possibilidade de mais fácil reparação, evitado o perigo do processo.”

É bem de ver que todos os autores que defendiam e defendem a sobrevivência da ação privada, o faziam e fazem em função dos valores morais, da proteção à célula familiar, e tudo isto nada mais é do que defendê-la no caso dos crimes contra os costumes.

A despeito de tão bela página, forçoso reconhecer que, no caso do art. 163, caput, e parágrafo único, inc. IV, tal argumentação lhe é imprópria ou inaplicável, ao passo que a motivação e circunstâncias que autorizavam-na inexistem, não mais havendo razão de ser para o contido neste preceito, que, diga-se de passagem, hodiernamente tornou-se obsoleto em seu escopo maior e aplicação prática. Na verdade, o escólio de João Mendes tem relevância no que diz respeito aos crimes contra os costumes, repetindo, e tão somente a eles. A velhice do nosso Código é que talvez autorize e teime, ainda, na manutenção de texto tão indesejável sob todos os prismas e sob todos os ângulos que o analisemos ou enfoquemos, não esquecendo que o mesmo acontece com relação ao adultério e sedução, que, na vida forense prática, não vêm mais sendo aplicados, levados a sério ou até considerados para efeito de aplicação de pena.

Outro aspecto de suma importância, é observar-se que, apesar do crime de dano estar no capítulo referente aos crimes contra

o patrimônio, no qual todos os delitos nele tratados são iniciados através de ação penal pública incondicionada, criou-se duas exceções, ou seja, a dele e a do art. 164, e nos parece que tal medida, se ao tempo da elaboração da lei não o era, atualmente é de todo despropositada e, sem sombra de dúvidas, de nenhuma aplicação prática.

Tratando, ainda, das considerações de João Mendes, nas quais transparece claramente a preocupação muito justa da época, e ainda do nosso hoje, de se proteger o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à paz das famílias, a verdade é que, tudo isto, infelizmente, tem se quedado na atualidade à ação das teleobjetivas, da televisão, cinema, internet, aos aparelhos de ausculta, aos detetives particulares, etc., que vêm realizando, conjuntamente, verdadeiras devassas na intimidade das famílias, dos indivíduos, a exemplo do episódio recente envolvendo o atual Presidente dos Estados Unidos da América, Bill Clinton, além de inúmeros outros homens públicos. À unanimidade, os doutrinadores ao tratarem do crime de dano, manifestam-se no sentido de que o objeto jurídico deste delito é a propriedade de coisas móveis e imóveis. Na verdade tal preocupação não tem mais razão de ser, em face dos novos mecanismos de que foram dotados o direito e a ordem jurídica, a fim de proteger a propriedade, até porque, mesmo argumentando-se que o legislador constituinte visou garantir e proteger o direito de propriedade acima de tudo ou de qualquer outro, não procederia tal assertiva, constituindo-se, apenas, uma filigrana jurídica, porque este direito (o de propriedade) não é absoluto, e apesar da sua previsão constitucional (art. 5º, XXIX), a própria Lei Maior, estabelece-lhe nos incisos seguintes, várias restrições, não se podendo negar que excepcionou a si mesma, e pode fazê-lo, prevalecendo *in casu* o interesse público sobre o particular.

Finalizando, podemos afirmar que o inciso IV, do parágrafo único, do art. 163 do Código Penal, não tem mais razão de ser, face como já frisamos inúmeras vezes anteriormente, à existência de outros instrumentos legais capazes de viabilizar a reparação do dano, como também não o tem o art. 167, até porque e ainda, em

caso do Ministério Público passar a ser o único titularizado para deflagrar a ação penal, e não o fazendo, estaria assegurado ao ofendido o direito de usar da ação penal privada subsidiária da pública, sem que houvesse qualquer problema ou embaraço, ressalvado, ainda, o seu direito de recorrer à via civil, na busca de justa indenização.

Deve ser ressalvado no entanto que, se o ofendido promovesse a ação privada subsidiária da pública em hipóteses de crimes que permitem a formalização da proposta de suspensão condicional do processo, não lhe seria dado fazê-lo, haja vista que a ação seria originariamente pública, só cabendo ao Ministério Público levá-la a efeito, porém, a partir desse momento, surgiria para o Promotor de Justiça, até então desidioso, a obrigação de propor a via despenalizadora ou justificar a sua recusa ou negligência. De qualquer forma, ao autor do fato delituoso adviria o benefício.

Alfim, entendemos imperativo e de caráter urgentíssimo a descriminalização do “dano” e a revogação do art. 167, em face da impossibilidade atual, e de ordem jurídica, de coexistirem harmoniosamente com as novas leis mais benignas sobre todos os ângulos, os novos e modernos institutos despenalizadores trazidos por estas, enfim, porque desvirtuados em seu escopo e resultado prático efetivo, e ainda, pelas inúmeras controvérsias que vêm estabelecendo no plano jurídico, só pelo simples fato de figurarem, ainda, na esfera penal, já que suas existências, como forma de gerar direitos e obrigações, perdeu seu sentido, encontram-se sufocadas, porque não dizer numa UTI, e em coma profundo.

OBRAS CONSULTADAS

1. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*, vol. 2, 1978.
2. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 13ª ed., 1990.
3. BEVILAQUA, Clóvis. *Cód. Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, Ed. Rio, 2ª tiragem.

4. DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª ed., Editora Atlas.
5. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Cod. Proc. Penal Bras. Anotado*. Ed. Rio, edição histórica (6ª ed.).
6. FRANCO, Alberto S. *Cód. Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Ed. Rev. Trib., 5ª ed.
7. GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Juizados Especiais Criminais*. Ed. Rev. Trib., 1995.
8. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno C. *Com. ao Cód. Penal*. Vol. VII, Ed. Forense, 4ª ed.
9. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. Ed. Saraiva, 1989.
 _____. *Com. ao Cód. Penal*. Vol. 2, Ed. Saraiva, 1985.
10. MIRABETE, Júlio F. *Cód. Proc. Penal Interpretado*. Ed. Atlas, 1994.
 _____. *Juizados Especiais Criminais*. Ed. Atlas, 1997.
11. NERY JÚNIOR, Nelson. *Cód. Proc. Civil Com.* Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed.
12. NORONHA, Edgar M. *Direito Penal*. Vol. 1, Ed. Saraiva, 24ª ed., 1986.
 _____. *Direito Penal*. 1º vol. 10ª ed., Saraiva, 1973.
13. PAZZAGLINI, Marino Filhos et alii. *Juizado Especial Criminal*. Ed. Atlas, 1996.
14. PRADO, Luiz R.; BITENCOURT, Cézar R. *Cód. Penal Anotado*. Ed. Rev. Trib., 1997.
15. TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1, Ed. Saraiva, 12ª ed., 1990.
 _____. *Cód. Proc. Penal Com.* Vols. 1 e 2, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1997.

* Promotor de Justiça de Aquidabã

ESPAÇO LIVRE

GILBERTO AMADO NA CULTURA BRASILEIRA

Darcilo Melo Costa *

Valiosa tem sido a contribuição de sergipanos à cultura nacional. No século passado avulta dentre todos a figura excepcional de Tobias Barreto. Ainda hoje reúnem-se nomes dos mais eminentes, no Brasil como em Portugal, para o debate em torno da obra tobiática que continua objeto de estudos de cultores da filosofia e ciências sociais, valendo destacar Miguel Reale, Djacir Menezes, Vamireh Chacon, Evaristo de Moraes Filho, Antônio Paim, Luiz Antônio Barreto. Ao lado de Tobias, outros sergipanos enriqueceram as letras nacionais em ramos diversos das ciências, em várias províncias do saber. Gilberto Amado é um deles.

Há meses atrás, nas comemorações do sesquicentenário da cidade de Estância, em homenagem ao Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, prestada pelo Tribunal de Justiça, tive oportunidade de ressaltar a contribuição sergipana à elaboração do Código Civil por Sílvio Romero na Câmara dos Deputados, relator geral da célebre “Comissão dos 21”, encarregada de aperfeiçoar o “Projeto Clovis Bevilacqua” de nossa mais importante lei do direito privado, e bem assim no Senado Federal, com Martinho Garcez. Décadas depois, Graccho Cardoso apresenta o primeiro projeto de lei de regulamentação de “acidente de trabalho” e Carvalho Neto apresenta projeto de implantação de uma disciplina de Direito Penitenciário nos nossos Cursos de Direito, autônoma, separada do Direito Penal (conquanto de matéria conexa).

Evidente é que Gilberto Amado, o autor de “A Chave de Salomão e Outros Escritos”, seu primeiro livro (1914) e “Depois da Política” (1960), o último volume de suas memórias, não é um desconhecido por quem acompanha e se interessa por coisas da cultura. Relembrando, contudo, que seu nome anda esquecido das jovens gerações, como tive oportunidade de observar nos meus tempos de professor da Universidade Tiradentes, pareceu-me oportuno usar deste “Espaço Livre” de nossa Revista do Ministério Público, dedicando-lhe este despretenso artigo. Por suas dimensões, evidente é tratar-se menos de um ensaio crítico do que um registro biobibliográfico.

Nasceu Gilberto Amado na cidade de Estância em 07 de maio de 1887, filho de Melchisedech Amado de Faria e Ana Azevedo Amado de Faria. Como disse em *“História da Minha Infância”*: *“Nasci na Rua do Rosário, numa casa pintada de verde, defronte da loja de Chico Martins, da qual meu pai era caixeiro. Mas foi na Rua da Baixa, onde moravam meus bisavós maternos, que me amanheceu a consciência e comecei a olhar a vida”* (fls. 3). Como explicou em suas memórias, e complementa Homero Senna (*“Gilberto Amado e o Brasil”*, Ed. José Olympio, 1968), os nomes maternos prevaleceram entre os pais e avós, nesta progênie de famílias portuguesas e brasileiras. Assim, o Azevedo eclipsou Souza e Ferreira de seus avós maternos, como o Amado afastou o Faria de seus avós paternos. Daí seu nome Gilberto Azevedo Amado, ou, como ficou conhecido na História, Gilberto Amado.

Ainda menino, seus pais se mudam e fixam residência em Itaporanga. Foi aí, as margens do Vaza-Barris, não do Piauitinga, que sua consciência e prodigiosa aptidão para as coisas do intelecto se abriram para o mundo, graças à dedicação de Dona Olímpia, conceituada professora da Cidade. Desta fase de sua infância, com que encantamento se lê este antológico e primoroso capítulo do primeiro volume de suas memórias, intitulado “Escola de Sá Limpa”. Em Itaporanga, o escritor viveu sua infância e adolescência, nos tempos em que seu pai mantinha farmácia na cidade e pensava fazer do filho o continuador dos negócios da próspera botica. Por isso seguiu para a Bahia, para o curso de Farmácia. Formado,

retorna a Itaporanga, portando grau superior de farmacêutico, com apenas dezessete anos de idade. Percebendo seu pai que outros eram os pendores do filho, muito distante dos algodões, das pomas e do livro-caixa, termina por ouvir o rapaz e mandá-lo a Recife, para a Faculdade de Direito (aos 18 anos incompletos). É aí, na “Casa de Tobias”, que Gilberto Amado dá vazão a sua excepcional inteligência, e mais tarde, recém formado, conquista a cátedra de Direito Criminal, com apenas 24 anos (1911).

De suas leituras de Direito e História, ressalta o encantamento que lhe proporcionaram duas obras, significativas em sua formação: o “Direito das Coisas” de Lafayette e a “História do Brasil” do nosso João Ribeiro (num tempo em que predominavam nas academias os compêndios estrangeiros).

Paralelamente a seus estudos universitários incursiona no jornalismo, chamando a atenção dos doutores pernambucanos por seus artigos no “Diário de Pernambuco”, em sua coluna “Golpes de Vista”. Anos mais tarde, no Rio de Janeiro, continua no mister de jornalista, dentre outros, em contribuição assídua ao prestigioso jornal de Alcindo Guanabara, “A Imprensa” e ao “O País”. Mas retorna a Pernambuco nomeado para cátedra de Direito Penal, onde não se demoraria por ser eleito Deputado Federal por Sergipe, em 1914, reelegendo-se em 1922. Da Câmara passa ao Senado Federal em 1926, com apenas trinta e nove anos. Teve sua senatória interrompida com a Revolução de 30. Por seus discursos no Congresso Nacional impõe-se ao respeito e admiração de seus pares pelas percucientes observações de fatos de nossa História e de nossa política. Na tribuna parlamentar os fatos históricos são comentados de forma pioneira em suas origens, circunstâncias e significação cultural. Desta fase destaca-se o celebre discurso sobre “As Instituições Políticas e o Meio Social no Brasil”, refundido em livro publicado anos depois.

Analizando a Assembléia Constituinte do Império (da qual deveria sair a Constituição, que, finalmente, com a dissolução da Assembléia, foi outorgada pelo Imperador em 1824), faz pertinentes lucubrações sobre o que poderia sair de tal Assembléia, eleita

por um país desprovido de povo na acepção sociológica do termo, como já havia notado Capistrano de Abreu. Escreveu:

“A Constituinte compunha-se de vinte e três doutores em Direito, sete em Cânones, três em Medicina, vinte e dois desembargadores, nove clérigos, entre os quais um bispo, sete militares, entre os quais três marechais-de-campo e dois brigadeiros” (71 constituintes, portanto!).”

Analisando a política brasileira, sua democracia transplantada da velha Inglaterra, purificada por séculos de lutas e entreveros do dia-a-dia, desde os tempos de Cromwell, faz pertinentes observações críticas sobre a vida parlamentar, eleições e partidos políticos do Império para concluir que na República de seus dias ainda permaneciam as mazelas do século passado. Após ressaltar a contribuição pessoal, valiosa, de figuras excepcionais como José Bonifácio, Evaristo Ferreira da Veiga, Pedro de Araújo Lima, Bernardo Pereira de Vasconcelos, dentre outros, discorre sobre o domínio e o ocaso do Partido Conservador e ascensão do Liberal, sob a batuta de Pedro II, que, no final, prestigiando os liberais, bem pressentiu que estava minando as bases do poder imperial. Faz, contudo, o elogio do Imperador, diante das circunstâncias em que reinava, manobrando, com rara mestria, o sobe e desce dos gabinetes ministeriais. Após ressaltar que *“a Câmara de 1843 era toda conservadora”*, enquanto *“a eleição de 63 era a vitória liberal”*, estando *“extinta a missão histórica do partido conservador”*, e martelando sobre a falta de contribuição popular as instituições políticas e o papel decorativo da Constituição, disse:

“Povo propriamente não o temos. Sem contar a das cidades que não se pode dizer seja uma população culta, a população do Brasil politicamente não tem existência. Compõem-na talvez mais de 15 milhões de habitantes desassimilados que no Norte e no Cen-

tro constituem os pescadores e seringueiros do Amazonas, os agregados das fazendas, os vaqueiros e campeadores do sertão, os pequenos negociantes nômades, os operários rurais primitivos sem fixidez, trabalhando um dia para descansar seis na semana, o matuto ignorante e crenteiro, vivendo numa choupana, quando não desabrigado de todo, e ainda os jagunços da Bahia, os cangaceiros de Pernambuco, os 'fanáticos' do Contestado, os capangas das vilas e aldeias do interior, a multidão de pequenos artífices e trabalhadores das cidades e das roças, toda uma gens complexa, pouco produtiva, entregue a sua própria miséria e alheamento do mundo, emigrando do Ceará para o Amazonas, nos Estados do Norte se arrasando ao abandono de um desconforto voluntário, sem saúde, sem hábitos de trabalho, dada as superstições das raças selvagens, inútil quase como força econômica, e tendo na sua maioria, do Brasil, a idéia que nos deu Euclides da Cunha em 'Os Sertões'." (*Três Livros*", págs. 238 e 239, Ed. José Olympio, 1963)

Mais adiante, conclui:

"A Constituição Republicana sobre o restante do país exerce a mesma ação nominal que exercia a monárquica.

Rematando o que vinha dizendo, penso que por enquanto não se pode ligar a sorte do Brasil à transformação de instituições que nada ou pouco influem numa população politicamente sem existência.

O sistema representativo não o realizamos ainda nem o poderíamos realizar. Nem houve monarquia constitucional representativa, nem poderia haver, como não há República, nem pode haver por enquanto senão de nome." (obr. cit. págs. 242 e 243)

Grande foi a repercussão de discursos neste tom, de exame crítico da realidade brasileira proferidos na Câmara dos Deputados, refundidos em *“Grão de Areia — estudos de nosso tempo”* (em 1919) e depois republicados em 1948 com o título *“Grão de Areia e Estudos Brasileiro”*. Entrementes publica outros estudos ou ensaios sobre a realidade nacional — sempre abordando temas de Política e História — intitulados *“Aparências e Realidades”* (1922) e *“Eleição e Representação”* (1931).

Pelas repercussões de seus escritos para os jornais do Rio (continuação do jornalista de Recife), um grupo de amigos levantou sua candidatura a Academia Brasileira de Letras, não obstante contar apenas vinte e sete anos de idade! Perdeu por apenas um voto e em circunstâncias suspeitas, que fez a Academia reformar os estatutos, visando rigor e segurança no escrutínio. Décadas mais tarde, seria eleito na ancianidade para a “Casa de Machado de Assis”, recebido com o belo discurso de Gilberto Freire (1963).

Conquanto se considerasse “homem da velha República”, com intenções de abandonar a política, e surpreendido com a visita, em sua casa, do Ministro Francisco de Campos, em nome do Presidente Getúlio Vargas, que lhe manda dizer que o País não poderia prescindir de sua colaboração. E assim, retorna Gilberto Amado à política. Anos depois, com a aposentadoria de Clóvis Beviláqua do cargo de “consultor jurídico” do Ministério das Relações Exteriores, o Presidente Vargas procura pessoa capaz, por seus méritos pessoais (não por relações de família ou apadrinhamento político), de substituir o grande jurista — o homem do Código Civil — neste cargo dos mais elevados na administração federal. O nome de Afrânio de Melo Franco é lembrado (não se consumando a indicação por motivos relacionados com seus interesses na carreira diplomática). E quem Getúlio Vargas nomeia? Um dos juristas do Rio, São Paulo? Um gaúcho da terra do Presidente? Um professor das grandes universidades do País, como se era de esperar? Não; é escolhido o nosso coestaduano, o filho de Melchisedech Amado, o ex-aluno de “Sá Limpa” de Itaporanga, para gáudio dos sergipanos.

E não pára aí a ascensão do professor Amado (como lhe chamava o Presidente Getúlio). Conquanto não possuísse diplomação

do Instituto Rio Branco, condição para a nomeação de embaixadores, o Presidente rompe longa tradição do Itamarati e nomeia Gilberto Amado para embaixador do Brasil na vizinha República do Chile. Sua vivência no referido cargo de consultor jurídico do Itamarati e seu primeiro cargo de chefe de delegação diplomática o credenciaram para outras missões no exterior, da carreira diplomática e afins: Embaixador na Finlândia (que nos faz lembrar a longínqua e fria terra de Sibelius, o compositor de magnífico concerto de violino e sinfonias); embaixador junto a “Comissão de Direito Internacional da ONU”, que o fez residir, muitos anos, em Paris; embaixador na mesma Organização Internacional (em Nova York).

Traço significativo de seu caráter é o sentimento de brasilidade. Tendo residido tantos anos no exterior, nunca se “afrancesou” ou se “londrinizou”. Ao perguntar como estava passando amigo diplomata, que residia em Londres, o interlocutor respondeu: “Ótimo! Está um perfeito londrino”. Reproduzindo o diálogo em seu discurso de paraninfo a diplomados do Instituto Rio Branco (1955), exortou seus afilhados a serem dignos do patrono daquela Academia. Após ressaltar o exemplo de quem emprestava seu nome àquela Instituição, forjadora de defensores do Brasil, bradou:

“Brasileiro desnacionalizável, londrinizável, não pode ser bom diplomata...” “Conservai-vos brasileiros, até no modo de falar, no jeito de vestir, e, sobretudo, no estilo de homem.”

Esta foi a sua tônica em seus escritos: ressaltar o valor do homem brasileiro; as potencialidades do País; desmistificar a relação entre raças e civilização; demonstrar a falsidade do arianismo como fator de superioridade nas relações entre pessoas ou entre nações; objurgar o preconceito da inviabilidade de desenvolvimento abaixo do Equador de uma civilização superior, nas terras quentes e meridionais, o que somente seria possível nas zonas frias e nórdicas da Europa e da América do Norte. Ressalta Gilberto Amado

em vários de seus escritos a resistência do brasileiro, muitos deles vivendo em luta permanente contra a hostilidade do meio físico ou social, em contraste com irmãos outros, vivendo em clima ameno e terras férteis do Sul e de outros sítios do imenso País. Neste sentido, em *“A Civilização no Brasil”*, escreveu:

“Devemos sorrir à simplicidade dos comentadores europeus que proclamam a superioridade das raças a que pertencem, sem se dar ao trabalho de as deslocarem da cômoda graduação dos paralelos onde se organizaram, ao estímulo dos climas tônicos do Norte. É muito fácil conjecturar de longe sobre o que poderia fazer na Amazônia a energia anglo-saxônia. É muito fácil sonhar cidades florescentes e campos cultivados, surgidos, de um dia para outro, milagrosamente, nos tórridos paludes em que o ser humano, empapado no lodo voraginoso, teme a toda hora dissolver-se com a terra no infinito. A verdade é que em condições idênticas às que nos sujeitam, com igualdade de recursos, de capital e de braços, nenhum povo poderia fazer mais do que fizemos naquele férvido lameirão onde patejam, heróicos e incomparáveis, os nossos grandes e obscuros irmãos do Nordeste” (*“Três Livros”*, pág. 335)

Não só estudos e ensaios escreveu. No Rio de Janeiro, em seus tempos de Deputado, publicou suas primeiras poesias, *“A Suave Ascensão”* (1917); anos depois, acrescentando outros poemas, publicou *“Poesias”* (1954). Amante do belo, eterno seduzido da mulher, sem nunca perder a compostura, a presença feminina é marcante em muitos de seus poemas, como no soneto *“Tua Boca”* (Genebra, 1943):

Sinuosa, desenhada em linhas evasivas
tua boca é uma rosa abrindo-se hesitante
num longo espreguiçar de vibrações furtivas
vindas de um fundo ambíguo, ignoto, enfeitiçante,

Acordar na corola as pétalas cativas.
Tua boca, ó mulher calada e perturbante,
como eu quisera vê-la abrir-se até as gengivas
num rir de coração, sem reservas, confiante.

O sorrir da Gioconda, angústia de Leonardo,
rosa que não se abriu mesmo ao sol de Florença,
era assim como o teu, misterioso e tardo.

Vivo como o pintor com a Mona Lisa: em calma
por fora; mas por dentro a fremir na ânsia intensa,
de um dia surpreender em teu sorriso a tua alma.

Enveredando na prosa de ficção, deixou-nos dois romances. Há quem veja nos mesmos o “ponto fraco” de sua obra, que não estaria à altura do pensador; que não estaria na mesma dimensão de trabalhos parlamentares; ensaios de ciências sociais (política, história, sociologia, ciências afins); pareceres jurídicos; artigos, crônicas, depoimentos para a imprensa. Todavia, Mário Cabral, crítico literário (sergipano, por sinal, radicado na Bahia), embora faça alguns reparos, do ponto de vista da técnica e da arte da obra de ficção relativamente ao primeiro romance, afirma que no segundo Gilberto Amado firmou-se, afinal, como um verdadeiro romancista. Escreveu:

“A diferença, ou a evolução, que vai de ‘Inocentes e culpados’ a ‘Os Interesses da Companhia’ é simplesmente admirável. Neste último livro o ambiente é mais real, os personagens mais humanos, a linguagem mais espontânea. O romancista, neste livro, consegue suplantar o pensador.” (“Jornal da Noite” – Crítica, pág. 234 – 1997).

Após apreciação crítica da trama, da psicologia dos personagens e da técnica de romance revelados pelo autor, conclui Mário Cabral:

“Os interesses da Companhia’ demonstra que o pensador Gilberto Amado assenhoreou-se, totalmente, da técnica do romance moderno... O estilo concorre, sobremodo, para o sucesso do livro. É um estilo claro e objetivo. Um estilo ágil e colorido, ressumando seiva e vitalidade, além de grande beleza.” (pág. 236)

Coroando sua obra de escritor, faz-se memorialista, e produz cinco livros, após grande hiato em sua produção literária (***“Interesses da Companhia”*** saíra em 1942).

Enriquecendo sobremaneira o gênero do memorialismo, escreveu: ***“História da Minha Infância”*** (1954), ***“Minha Formação no Recife”*** (1995), ***“Mocidade no Rio”*** e ***“Primeira Viagem à Europa”*** (1956), ***“Presença na Política”*** (1958) e ***“Depois da Política”*** (1960). Com leitura de suas memórias, “o leitor faz-se mais brasileiro” (disse alguém, cujo nome nos escapa agora). Desta obra escreveu Afrânio Coutinho:

“... cinco volumes em que o memorialismo se consolidou na literatura brasileira como forma do mais alto teor artístico. Através da valorização do espírito da infância, está em permanente contato lírico com a vida, como o mostram essas memórias. É um exemplo de prosa como veículo natural do pensamento poético, em que se fundem a densidade humana e a amplitude da interpretação moral.” (Enciclopédia Barsa, pág. 295 – Verbete “Amado, Gilberto”, 1977)

Este, o escritor brasileiro a quem a Revista do Ministério Público de Sergipe presta homenagens.

RELAÇÃO DAS PRINCIPAIS OBRAS DE GILBERTO AMADO

Ensaaios, estudos e crônicas

A Chave de Salomão e Outros Escritos — 1914
Grão de Areia e Estudos Brasileiros — 1919
Aparências e Realidades — 1922
Densidade e Tenuidade — 1928
Eleição e Representação (Curso de Direito Político) — 1931
Espírito de Nosso Tempo (Três conferências) — 1932
A Dança Sobre o Abismo — 1932
Dias e Horas de Vibração (Crônicas) — 1933
Sabor do Brasil — 1953

Poesia

A Suave Ascensão — 1917
Poesias — 1954

Romance

Inocentes e Culpados — 1941
Os Interesses da Companhia — 1942

Memórias

Historia da Minha Infância — 1954
Minha Formação no Recife — 1955
Mocidade no Rio e Primeira Viagem à Europa — 1956
Presença na Política — 1958
Depois da Política — 1960

* Procurador de Justiça / Sergipe

LEGALIDADE DE CONSTATAÇÃO

*José Amado Nascimento **

Apresentamos, abaixo, 2 exemplos de legalidade de Constatação, aliás imbricadas, à legalidade de determinação, a saber:

- a) Em contabilidade; e
- b) Em Biologia.

I. Em Contabilidade.

Relativamente à sua funcionalidade social, à sua utilização prática, podemos classificar a Contabilidade sob dois aspectos, a saber:

- 1º) Contabilidade Teórica; e
- 2º) Contabilidade Aplicada.

Sob o primeiro aspecto, a Contabilidade exhibe — porque já formulou e comprovou — os princípios fundamentais e as leis de constatação da composição e das variações dos patrimônios. Sob o aspecto segundo, a Contabilidade presta serviços diretamente às empresas e instituições privadas e públicas, controlando o patrimônio e o rédito e orientando administradores, credores, devedores e o Fisco.

No segundo aspecto — principalmente quando se trata de empresas governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas), de empresas privadas (industriais, comerciais, bancárias, etc.), e de entidades estatais (administração direta e autarquias) — a contabilidade segue rigorosamente os roteiros e os critérios fixados nas respectivas leis reguladoras das atividades empresariais.

1. Por exemplo: toda a Contabilidade Pública Brasileira — seja da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos 5 mil municípios — toda Contabilidade está jungida ao princípio da legalidade, expressa nos artigos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, aplicada ao imenso universo das sociedades anônimas, a Contabilidade também está ligada ao princípio da legalidade que remete para a Lei nº 6.404, de 15/12/1976.

A Contabilidade aplicada (conforme gráfico exemplificativo de alguns tipos) sujeita-se, desse modo, aos ditames do direito positivo nacional: Leis de determinação.

Porém, da interpretação dos fenômenos patrimoniais observados, estudados, constatados, a Contabilidade teórica, por meio de indução científica, descobre, enuncia, formula e comprova Leis de Constatação. Por exemplo:

1. Lei dos Efeitos Quantitativos do Rêdito

Os fatores do Rêdito, combinados, modificam, quantitativamente, o patrimônio das entidades:

- I. Para mais:
 - a) na razão direta dos ingressos obtidos;
 - b) na razão inversa dos custos aplicados, e
- II. Para menos:
 - a) na razão direta dos custos aplicados, e
 - b) na razão inversa dos ingressos obtidos. (J. A. N.)

2. Lei da Estrutura Binária do Patrimônio

$$Pt = \sum Ap \cup \sum Ob$$

LEI DA ESTRUTURA BINÁRIA DO PATRIMÔNIO

$$\text{Se } Ob = x \text{ e } Ap = X$$

$$\text{Mas se } Ap = Y \Rightarrow Ob = Y$$

Esta é a formalização da Lei Contábil:

Ob = Obtenção Patrimoniais

Ap = Aplicações Patrimoniais

então, segue-se que.

EXPLICAÇÃO DA LEI DA ESTRUTURA BINÁRIA

A) Se as Obtenções e Aplicações se equívalem no mesmo X, ou no mesmo Y, temos que ambas se correspondem reciprocamente (duas coisas iguais a uma terceira são iguais entre si) e até:

B) Poder-se-ia expressar essa reciprocidade na seguinte sentença condicional:

Se $Ob = Ap \Rightarrow Ap = Ob$;

Este enunciado poderá apresentar-se em forma sintética, assim:

C) $Pt = Ap \cup Ob$, a qual analiticamente, toma a expressão abaixo:

D) $Pt \subset Ap = Ob \Rightarrow Pt \subset Ob/Ap \cup Ob \in Pt$;

E) Em resumo: isto porque, no Patrimônio total (Pt) tudo o que foi obtido (Ob) está, de algum modo, aplicado (Ap), e tudo o que está aplicado (Ap) foi, também, de algum modo obtido (Ob), e assim, $\sum Ob = \sum \emptyset Ap$, e vice-versa, pois ambos pertencem ($\in$) ao Patrimônio Total (PT), fazem parte integrante do mesmo.

II. Em Biologia

Conhecem-se, em Biologia Genética, vários tipos de Fenótipos, tais assim: os fenótipos vegetais, os fenótipos animais e os fenótipos humanos.

Para todos esses tipos e para cada um deles, estabeleceu-se o seguinte e genérico Princípio de Legalidade de Constatação:

- “O Fenótipo é o resultado da interação do Genótipo com o Meio-Ambiente.”
- O Fenótipo humano (Ft) é função da união interativa do Genótipo (Gt) e do meio ambiente (Ma).

$$Ft = f (Gt \cup Ma)$$

O Fenótipo humano (isto é: o Homem, ou a mulher tal como se apresenta na vida comum a todos, e não apenas imaginado, ou pensado, ou desejado, mas realmente existente, na existência real do dia-a-dia) este é que é o resultado da interação.

E isto é muito importante para os seres humanos, para as comunidades humanas, para o direito positivo e sua prática forense.

Significa dizer que homens e mulheres não são apenas conseqüências das combinações dos 23 pares de cromossomos. Porém, suas individualidades inconfundíveis resultam da interação do conjunto de gens com o meio-ambiente que pode ser:

- a) meio intra-uterino, e
- b) meio extra-uterino.

No 1º caso, sabe-se que as situações e reações somato-psíquicas da genetriz podem conformar ou deformar o genótipo, a depender da higidez ou não-higidez corporal ou emocional da mãe.

Nesse meio-ambiente, o genótipo poderá modificar-se pela ação de seus genitores:

- se a mãe fuma;
- se usa bebida alcohólica;
- se é viciada em drogas;
- se o homem agride, moral ou fisicamente, a gestante;
- se a mãe rejeita ou aceita o feto;
- se sua alimentação é deficiente;
- se o homem lhe transmitiu o HIV.

No meio-ambiente extra-uterino, o Fenótipo começa a resultar logo ao nascer:

- a) do trauma de sustentação;
- b) do corte do cordão umbilical, e
- c) da primeira respiração pulmonar;
- d) da primeira alimentação ao seio materno;
- e) do primeiro banho;
- f) do envolvimento nos coeiros.

A seguir, virão: a mudança da alimentação, os cuidados higiênicos, a socialização, a aprendizagem do andar em pé, a prolação da fala completa, a escola, o culto religioso, o trabalho e a cidadania.

Esse fenótipo (Ft) é consequência de todas essas atuações contínuas do meio-ambiente (Ma) sobre o Genótipo (Gt), da união interativa dos componentes da vida humana.

As faculdades, qualidades e deficiências do Genótipo vão, ao longo do tempo-social, desenvolvendo-se, modelando-se segundo a INTERAÇÃO:

- a) de seus impulsos genéticos;
- b) com as situações favoráveis ou não da vida social.

Neste sentido, é correto dizer-se que “o homem é o produto do meio”, ou melhor dizendo: o homem, ou a mulher, é o Fenótipo Humano:

- a) é produto da ação do meio-ambiente (natureza + sociedade) sobre o Genótipo humano; e também é
- b) o produto da ação e das reações do Genótipo sobre as dificuldades ou facilidades do meio-ambiente; e ainda
- c) o meio-ambiente é modificado pela ação continuada dos Fenótipos humanos.

Esta é Legalidade de Constatação.

“Que relação tem essa categoria de Legalidade com a Legalidade de Determinação do Direito positivo?” indagará o leitor curioso e intrigado.

Responde-se logo: há 2 relações, essenciais como estas aqui:

- 1ª) as normas jurídicas não se exercem sobre um vazio factual, mais sobre pessoas, coisas e fatos observados, anotados, definidos, explicados pela Legalidade de Constatação; e
- 2ª) os valores jurídicos proclamados, aceitos e defendidos pelas normas modificam-se, ampliam-se, ou se restringem pela ação ou reação dos Fenótipos Humanos.

Em suma: a Legalidade de Determinação precisa conhecer a Legalidade de Constatação pois depende desta, por via de conhecimento, para poder ser adequada ao Fenótipo.

E isto se toma de uma clareza solar, meridiana, de uma obviedade ululante, a entrar pelos olhos da cara, no Direito Penal, tal como se vê do art. 121 do Código Penal Brasileiro, assim:

“Homicídios simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena — reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Vide art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

Homicídio qualificado

§ 2º. Se o homicídio é cometido:

- I. mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
- II. por motivo fútil;
- III. com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

- IV. à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
- V. para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:
Pena — reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
Vide art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

Homicídio culposo

- § 3º. Se o homicídio é culposo:
Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aumento de pena

- § 4º. No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.
Vide art. 129, § 7º.
- § 5º. Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.
§ 5º, acrescentado pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Da leitura do texto legal supra citado, verifica-se a necessidade imperiosa de se fazerem as 4 perquirições abaixo:

- a) houve o fato?
- b) quem é o seu autor?
- c) quais as atenuantes?
- d) quais as agravantes?

A aplicação e a dosagem da pena ficam a depender da constatação desses 4 tipos de fatos. A verdade, aí, serve de lastro para a sustentação e segurança do Valor Justiça.

Se não aconteceu o fato tipificado na Lei Penal, se não se realizou, comprovadamente, a hipótese de incidência descrita na Lei — não há como falar-se de crime cometido, não há o que penalizar.

Mas, se o fato se comprova (pois existe prova de haver alguém sofrido agressão humana) — não há sujeito conhecido, ou autor do fato, também não existirá réu para ser condenado e sofrer pena legal.

E como poderá cogitar-se em redução da pena, sem se conhecerem as circunstâncias todas em que ocorreu o fato? Circunstância que se poderão enquadrar nas atenuantes previstas na Lei Penal.

E como falar-se em aumento na dosagem da pena, sem se provar (e prova escoimada de qualquer dúvida) que existem agravantes tipificada na mesma Lei?

Necessário se torna encontrar primeiro a verdade para, a seguir, sobre ela implantar a Justiça Penal.

Sem a constatação da verdade factual, da hipótese da incidência, sem a prova da existência dos fatos e do sujeito humano — a legalidade de determinação ou seja a Lei Penal não tem coisas, fatos e pessoas sobre as quais possa incidir.

A legalidade de determinação exige e reclama o suporte fático da legalidade de constatação, assim:

- a) a vítima;
- b) a causa mortis;
- c) o instrumento mortal;
- d) o autor ou os autores do fato;
- e) as circunstâncias do evento;
- f) o tempo da ocorrência;
- g) o lugar da ocorrência.

Ai, a Verdade e a Justiça têm de caminhar de mãos dadas, sob pena de se instalar, no convívio humano, o reinado da injustiça conluio com a mentira.

Podemos, até, parafraseando o grande Olavo Bilac, dizer em conclusão:

A Justiça e a irmã gêmea que é a Verdade

- valor puro inimigo da mentira
- vão sempre juntos na Legalidade!

O delinqüente, o criminoso, o homicida, enquanto infratores da Lei Penal, são manifestações fenotípicas ou resultados da interação de genótipos singulares com os respectivos meios-ambientes.

Machado de Assis, o romancista de “Quincas Borba”, não aceitava o dito popular: “a ocasião faz o ladrão”. Dizia, em uma de suas “Crônicas”: *“A ocasião faz o furto; o ladrão nasce feito”*.

Estão aí, em suma, resumidíssimas as duas teorias:

- a) a do criminoso nato (“o ladrão nasce feito”): o determinismo Zoológico, genético; e
- b) a teoria da influência soberana do meio-ambiente (“a ocasião faz o ladrão”): o determinismo mesológico.

Como se o ser humano fosse apenas um animal inexoravelmente movido por impulsos incontrolláveis, e pelas situações e imposições do meio natural e do meio social.

Como se o homem não tivesse em si, inatos, e a serem cultivados e desenvolvidos, os princípios da cultura, da ética, do direito, e da religião (reconhecimento, culto, sujeição e união à Divindade).

O Criminoso (e, no caso do Art. 121, o homicida), é um fenótipo muito especial, cuja verdade tem de ser investigada nos seus vários aspectos, os atenuantes e os agravantes, para que a Justiça Penal não seja caricatura de Justiça ou realização de injustiça.

E pela legalidade de Constatação que nos aproximamos da legalidade de Determinação cada vez mais perfeita. Não somente para punir. Mas para reeducar, recuperar, salvar e aperfeiçoar o fenótipo humano.

OBJETO DA CONTABILIDADE

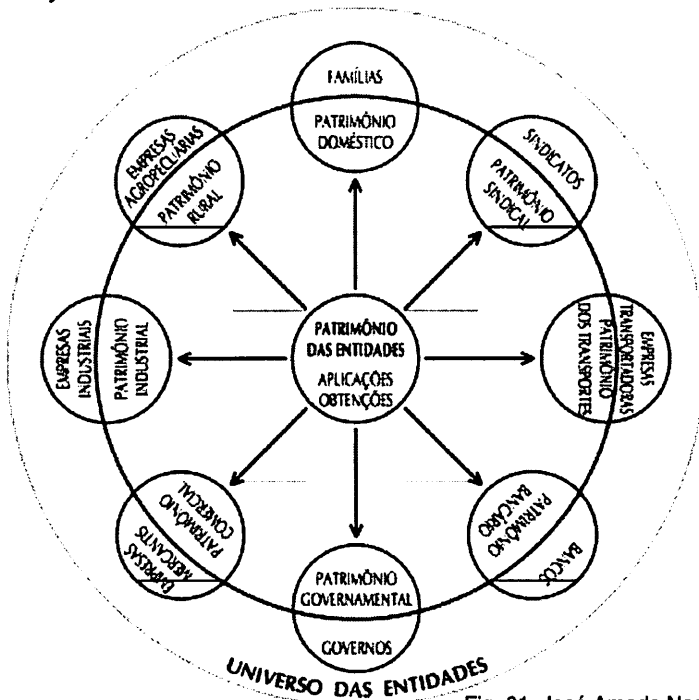


Fig. 01 José Amado Nascimento

PATRIMÔNIO

1. Ontologicamente: existem os Patrimônios reais, movimentados em cada uma das Entidades do Mundo Social.
2. Logicamente: existe o Patrimônio como Idéia na mente dos Contabilistas:
 - 2.1 Idéia abstraída dos patrimônios reais (princípios e leis), e
 - 2.2 Idéia aplicável a patrimônios a serem construídos.
3. Teoricamente: existe o Patrimônio representado pela Documentação, pelos Registros Contábeis, pelos Balanços e Demonstrações e pela Interpretação dos mesmos.

PATRIMÔNIO CONTÁBIL

APLICAÇÕES	OBTENÇÕES
ONDE?	1. PATRIMÔNIO LÍQUIDO
	2. PASSIVO
COMO?	3. INGRESSO
	4. SUPERAVITE
QUAIS?	5. COMPENSAÇÕES

Enquanto **OBTENÇÕES**, o Patrimônio é o conjunto de recursos próprios e de terceiros **APLICADOS**.

01. Em que estão aplicados os recursos de tais Obtenções?
02. Como foram e como vão sendo aplicadas no decurso do exercício Social?
03. Quais as Aplicações Totais e as parciais?

Figura 2 — José Amado Nascimento

PATRIMÔNIO CONTÁBIL

APLICAÇÕES	OBTENÇÕES
1. ATIVOS	ONDE?
2. CUSTOS	COMO?
3. DÉFICIT	
4. COMPENSAÇÕES ATIVAS	QUAIS?

Enquanto **APLICAÇÕES**, o Patrimônio é o conjunto de bens, valores e créditos **OBTIDOS**.

01. Onde foram obtidos os recursos de tais Aplicações?
02. Como foram e como vão surgindo no decurso do exercício social?
03. Quais as **OBTENÇÕES** totais? E as parciais?

Figura 3 — José Amado do Nascimento

LEGALIDADES

DE CONSTATAÇÃO FT = f (GT U Ma)	DE DETERMINAÇÃO Fj = f (J U D)
(FT) – Fenótipos Fitológicos	(Fj) – FENÓTIPOS JURÍDICOS
Fenótipos Zoológicos	SITUAÇÃO E RELAÇÕES JURÍDICAS:
Fenótipos Antropológicos	DE INDIVÍDUOS HUMANOS
	DE FAMÍLIAS HUMANAS
	DE COLETIVIDADE
(GT) 23 PARES DE CROMOSSOMOS	(J) JUSTIÇA HUMANA
COMBINAÇÃO DOS GENS	Justiça Ideal
	Justiça Possível
	Justiça Concreta
(Ma) – Meio Ambiente:	(D) DIREITO HUMANO:
Intra-Uterino	DIREITO ESPONTÂNEO
Extra-Uterino	DIREITO LEGISLADO
	DIREITO SENTENCIADO

Figura 4 - José Amado Nascimento - 18/06/98

* O autor é ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

ESTUDO SOBRE A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

*Ana Paula de Carvalho Moura**

INTRODUÇÃO

O Direito tem na norma jurídica o fundamento regulador do equilíbrio para o convívio em sociedade, evidenciando-se, dessa forma, que gerir condutas individuais e solucionar litígios implica em um conhecimento do comportamento humano, da personalidade individual, estudo este viabilizado pela Psicologia, ciência que fornece subsídios específicos e que serve à melhor aplicação do Direito. Por isso a maioria dos doutrinadores defende que os profissionais do Direito devem obter um conhecimento mínimo obrigatório da Psicologia, visto que lidam diretamente com indivíduos, cujo comportamento é resultante de variáveis diversas, as quais, se desconhecidas, poderão implicar em apreciação equivocada da realidade fática.

A prova testemunhal, um dos meios através do qual o Juiz será racionalmente persuadido a formar seu convencimento, é atualmente ainda muito utilizada, contudo, em razão da legislação brasileira adotar o princípio da persuasão racional no que se refere à análise de provas, seu valor probatório é apenas relativo, face à própria falibilidade que reveste os testemunhos, motivada por fatores diversos.

O testemunho é considerado um discurso pelo qual o indivíduo, denominado testemunha, explicita, em juízo, sua percepção acerca de um fato por ele presenciado ou do qual tomou conhecimento, cuja declaração servirá ao fim precípua da elucidação da verdade em um dado processo. É notável, portanto, o valor probante das declarações testemunhais para o Direito Processual.

No passado, a Justiça se valia de rígidos critérios para aceitar ou não uma pessoa como testemunha, considerando sua idoneidade no meio social um fator importante para a validade do testemunho, rejeitando, por exemplo, depoimentos de indivíduos considerados de conduta desonrosa; ademais, no Direito antigo, testemunho individual não servia a comprovação da verdade — *testis unus testis nullus*.

É evidente a interdependência que existe entre a prova testemunhal e os fatores determinantes da personalidade humana, tornando, portanto, necessário e essencial para o Direito o estudo acerca da psicologia do testemunho.

A psicologia do testemunho, constituída como um importante ramo da Psicologia Judiciária ou Jurídica, ocupa-se em analisar as diversas variáveis que influenciam os testemunhos, o comportamento daqueles que prestam depoimento, aplicando métodos psicológicos ao estudo do processo, civil ou penal, visando ao esclarecimento dos inúmeros fatores que, objetiva ou subjetivamente, exerçam influência para a aceitação ou não da prova ora analisada. À medida que aplica métodos psicológicos ao estudo da prova, no caso da testemunhal o mais aplicado é o método experimental, reveste de cientificidade o processo de apreciação da prova, o que implicará no alcance da veracidade dos fatos, refletindo-se na melhor forma de se atingir a verdade no processo.

Um profissional do Direito, seja Juiz, Promotor, Advogado, Defensor ou Delegado, deve aperfeiçoar sua capacidade de percepção, ser sensato e imparcial, não se deixando dominar pela vaidade do cargo, o qual pode fazê-lo pensar que somente sua consciência é capaz de orientar sua decisão. Para tanto, deve formar seu convencimento, além das provas e indícios da verdade, a partir de um sólido conhecimento da ciência psicológica, o que não significa se valer de psicologismos ou teorizações apenas lógicas, mas estar atento às recentes pesquisas e experimentos na área do comportamento humano, aplicando-os à realidade jurídica.

Os fatos singelos, estabelecidos pela experiência, são somente as pedras, que servem para construção, mas

*sem aplicação do pensamento sobre elas, sem o competente liame filosófico, não se pode levantar ciência alguma...*¹

Restando evidenciada a importância do tema ora pesquisado, tem este trabalho o objetivo precípuo de elucidar e discriminar alguns fatores que revestem os testemunhos e o próprio comportamento da testemunha, tais como o medo, a paixão, a emoção, a simpatia ou antipatia pelo autor ou pelo réu, variáveis estas que interferem sobremaneira nos depoimentos. O falso testemunho, voluntário ou inconsciente, modificadores biológicos, mesológicos, entre outros, são condições que permeiam a prova testemunhal e que serão posteriormente investigados de forma mais específica no decorrer do trabalho, a fim de que se possa alcançar um conhecimento capaz de conduzir a uma melhor apreciação dos depoimentos testemunhais, tão úteis e necessários ao esclarecimento da verdade, se devidamente aproveitados.

Este trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, adotando-se fichamentos e seleção de textos como procedimentos e, através da leitura de todo o material empírico, emergiram reflexões e elaborações acerca do tema investigado. Tal material constituiu-se de cerca de quinze livros, que versam sobre Criminologia, Medicina Legal, Psicologia Jurídica, Teoria do Processo, entre outros. O próprio pesquisador, ao dirigir o trabalho de pesquisa, coloca-se no processo, sendo sua prática determinante para a escolha dos procedimentos utilizados. O método, portanto, é o que garante a objetividade e a cientificidade do trabalho.

Diante da escassez de material recente de pesquisa na área da psicologia do testemunho, além de que muitos doutrinadores analisam o tema à luz de sua própria lógica, torna-se ainda maior a relevância deste trabalho na medida em que, priorizando a cientificidade do estudo, visa a esclarecer alguns dos inúmeros fatores psicológicos intrínsecos à prova testemunhal, o que interessará àqueles que desejem obter tal conhecimento, essencial à coerente aplicação do Direito.

CAPITULO I

Comportamento Social, Direito e Psicologia Jurídica

É quase ou totalmente impossível se pensar a vida humana fora de um grupo social. Os diversos grupos, sejam eles familiares, escolares, religiosos ou profissionais, formam sociedades que, em um emaranhado de vínculos, regras e normas sociais, influenciam-se mutuamente. Com o fim de ordenar, coordenar e harmonizar a vida em sociedade, surge a norma, a qual, consciente ou inconscientemente, provoca sensíveis efeitos no comportamento humano, seja pelo constrangimento quando de sua violação, seja pela relutância em cumpri-la, caracterizando-se a obediência quando então se abandona um juízo pessoal em favor de exigência da autoridade.

O Direito tem na norma jurídica um instrumento regulador do equilíbrio social. Para estabelecer a harmonia no convívio em sociedade, gerindo condutas individuais e solucionando litígios, a ordem jurídica imprescinde dos critérios de equidade e justiça, eliminando as tensões e os conflitos provocados pelas mais diferentes pretensões humanas, viabilizando a própria existência da sociedade: *ubi societas ibi jus*.

Enquanto instituição, o Direito exerce o denominado

*controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.*²

Evidencia-se, então, que o Direito lida diretamente com condutas humanas, seus valores, busca a solução dos conflitos emergidos das relações intersubjetivas, o que pressupõe que seus operadores devam obter um arcabouço teórico mínimo e obrigatório,

essencial ao conhecimento do comportamento, dos processos mentais, subsídios estes fornecidos pela ciência psicológica. A maioria dos doutrinadores recomenda tal conhecimento aos profissionais do Direito, em razão de que o comportamento humano sofre influência das mais diversas variáveis, as quais, quando despercebidas, implicarão numa apreciação distorcida e equivocada da realidade.

É notável que a Psicologia Geral aplica-se aos diversos ramos profissionais. No que se refere ao Direito, a aplicação da ciência psicológica aos estudos jurídicos é atribuição da Psicologia Jurídica ou Judiciária, ciência que se detém à análise de questões suscetíveis de apreciação psicológica dos processos penal ou civil, tais como, fatores psicológicos que motivaram o delito, além da psicologia do testemunho.

Sobre a importância do tema se pronuncia o douto Hélio Gomes:

A importância da matéria é de tal ordem que por si mesma se impõe: não se pode inquirir, indagar da verdade, reduzir a termo depoimentos, defender, acusar, sentenciar, agir, em suma, com honestidade e eficiência, na vida forense, sem profundos e sólidos estudos de Psicologia Judiciária.

A psicologia do testemunho, importante estudo integrante da Psicologia Jurídica, tem como objeto a investigação dos diversos fatores que permeiam o ato de testemunhar. Analisam-se os elementos objetivos, como as conseqüências do tempo decorrido entre o fato e o depoimento; elementos subjetivos, referentes ao indivíduo que testemunha; além de técnicas para colher a prova testemunhal. São mais comumente aplicados os métodos advindos da Psicologia Experimental, através dos quais se busca dotar as investigações da cientificidade necessária à melhor confirmação dos resultados obtidos.

A aplicação de métodos científicos na apreciação da prova testemunhal é essencial para que a mesma seja devidamente apro-

veitada, o que resultará no alcance da veracidade dos fatos e melhor solução dos processos onde seu valor seja decisivo. É recomendado a todos os profissionais do Direito que lidam diretamente com o testemunho uma dedicação especial ao estudo deste capítulo da Psicologia Jurídica, para que, assim, obtenham um domínio das circunstâncias que envolvem a falibilidade do testemunho, conhecida como “a brasa que queima na mão”.⁴

De acordo com E. Mira y López, psiquiatra e psicólogo de renome e incontestável saber sobre o tema em análise:

*Em que disciplina da carreira do Direito estudam os futuros juízes ou advogados o modo de obter cientificamente as declarações judiciais? Esta falta de preparação psicológica para um ato tão essencial no processo jurídico justifica que agora nos detenhamos um pouco para estudar os elementos que integram o testemunho...*⁵

CAPITULO II

Noções sobre a Prova Testemunhal e o Direito Processual Penal

Todo aquele que presenciou ou teve conhecimento de fato litigioso pode ser chamado a relatar sobre o mesmo em juízo, o que configura a prova testemunhal, um dos instrumentos que têm como fim principal o alcance da verdade no processo.

Para o processo penal a prova testemunhal é quase sempre imprescindível, como bem se manifesta o mestre E. Magalhães Noronha:

(...) máxime no processo penal, é o testemunho a prova por excelência, já que o crime é um fato, é um

*trecho da vida e, consequentemente é, em regra, percebido por outro.*⁶

O sistema da livre apreciação é o que rege o Juiz no momento de valorar as provas coletadas no processo, além de que, em se tratando de processo penal, persegue-se o princípio da verdade real. Dessa forma, deve-se validar ou não a prova trazida aos autos, a partir não de um livre arbítrio, possível interpretação errônea desses princípios, mas de uma análise que confronte racionalmente as circunstâncias, devendo o Juiz averiguá-las, sem se manter passivo diante da produção das provas. O interesse público em ações penais não permite que o julgamento de uma contenda se subordine ao princípio da verdade formal.

De acordo com a Legislação Processual Penal⁷, qualquer pessoa pode ser testemunha, tendo esta a obrigação de depor, pelo próprio dever que têm os cidadãos de colaborar com o Poder Judiciário.

A testemunha, chamada a relatar o que souber, prestará o compromisso, prometendo dizer a verdade, não sendo, contudo, deferido tal compromisso no caso de pessoas doentes, deficientes mentais, menores de quatorze anos e as elencadas no art. 206 do Código de Processo Penal, as quais serão ouvidas como declarantes.

Em suma, e restringindo-se ao valor da prova testemunhal para o processo penal, tema ora em discussão e que será melhor analisado em capítulo posterior, lidar com o testemunho é discutir a falibilidade inerente à condição humana.

O ato de testemunhar envolve fatores diversos, provenientes tanto do indivíduo que depõe quanto do acontecimento por ele presenciado, o que implica numa exigibilidade de se utilizar um rígido e criterioso juízo de seleção, quando da verificação da veracidade dos testemunhos coletados.

Nesse sentido explicita a doutrina:

Quando o depoente jura que vai dizer a verdade e somente a verdade, ignora que inconscientemente irá

alterar a realidade, desde o momento ou fase da percepção até os diversos períodos em que evocará o fato. Quem presencia uma ocorrência criminal toma logo o partido de um dos adversários, além dos vícios de julgamento decorrentes...⁸

Deve-se, portanto, a tais razões o cuidado exigido para a apreciação da prova testemunhal, ocorrendo, em alguns casos, a necessidade de que a autoridade judiciária solicite perícia sobre a capacidade de testemunhar.

CAPÍTULO III

Noções sobre a Prova Testemunhal e o Direito Processual Civil

No processo civil aplica-se o princípio da verdade formal, o que limita o Juiz a apreciar os elementos probatórios trazidos pelas partes aos autos, implicando em que poderá julgar procedente ou não determinada demanda embasando-se na insuficiência de provas. Observa-se também, em campo de processo civil, a aplicação do sistema da livre investigação das provas.

O artigo 131 do Código de Processo Civil⁹ dispõe sobre o sistema doutrinariamente conhecido como da persuasão racional ou do livre convencimento:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Decorre, portanto, que o Juiz não pode se nortear apenas pela sua lógica e consciência individual, mas utilizar-se do raciocínio face aos fatos e circunstâncias dos autos, demonstrando os motivos que formaram sua convicção e o fizeram alcançar a sentença prolatada.

A prova testemunhal somente se caracteriza quando feita oralmente, sob compromisso legal, em audiência, estando presentes as partes e o Juiz. Existem as testemunhas presenciais, de referência e referidas, podendo ainda ser classificadas em instrumentárias e judiciárias.

Em consonância com a Lei Processual Civil, é sempre admissível a prova testemunhal, podendo o Juiz indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos que já foram provados por documento ou confissão da parte, ou que só possam ser comprovados por documento ou exame pericial.

Qualquer pessoa pode ser convocada para testemunhar, desde que não seja incapaz, impedida ou suspeita, casos estes, de incapacidade, impedimento ou suspeição, que se encontram taxativamente enumerados na lei. Contudo, ainda que a testemunha se inclua em alguma dessas circunstâncias, em se tratando de extrema necessidade, será ouvida como declarante, todavia sem prestar o compromisso de dizer a verdade, disposto no art. 415.

São, 'portanto, deveres da testemunha, o de prestar depoimento; de comparecer em juízo; e de dizer a verdade, todos objetivando viabilizar a elucidação e o esclarecimento da verdade no processo.

CAPÍTULO IV

Breve Estudo sobre a Psicologia do Testemunho

O tema a ser analisado neste capítulo está distante de ser exaurido em algumas laudas, pela variedade de fatores que exercem influência nos testemunhos, ademais, pelo fato de que cada aspecto discutido sugere inúmeras possibilidades de investigação.

Todavia, urge conhecer alguns dos vários aspectos que se interpõem aos testemunhos, pois, mesmo que sejam conhecimentos mínimos, diante da diversidade de circunstâncias, eles serão essenciais à obtenção e ao discernimento da melhor prova testemunhal.

Serão então analisados aspectos referentes ao indivíduo que testemunha; fatores inerentes aos testemunhos, circunstâncias outras que possam influenciá-los, além de algumas técnicas de interrogatório.

4.1 Elementos subjetivos ou fatores inerentes à testemunha

O depoimento de um indivíduo acerca de um determinado fato dependerá da sua percepção, da maneira como guardou na memória o acontecimento percebido, da sua capacidade de evocação e de exteriorização do fato memorizado.

A testemunha, a depender do seu grau de atenção, pode perceber total ou parcialmente o acontecimento sobre o qual vem a depor. Estão envolvidos os órgãos do sentido, os quais podem trazer à consciência uma realidade distorcida. A má iluminação ou o excesso de ruídos podem prejudicar a audição e a visão, sentidos estes tidos como os mais importantes, apesar de também falíveis, para a prova testemunhal. De acordo com a doutrina:

*Pormenores de grande interesse na elucidação judicial do fato passam despercebidos à testemunha. Casos há em que os acontecimentos ocorrem com tanta rapidez que não é possível acompanhá-los em todas as suas fases.*¹⁰

Podem ainda mitigar a percepção: a emoção, a angústia, o medo, a fadiga psíquica, a tendência afetiva, denominada catatimia, ou seja, quando se vê algo por desejo de que assim fosse visto. Ocorre também que, na maioria das vezes, a consciência preenche as lacunas deixadas por uma percepção, falha:

*Em virtude do hábito completamos de tal modo as percepções da realidade exterior, que basta que se encontrem presentes alguns de seus elementos para que nosso juízo de realidade se dê por satisfeito e aceite a presença do todo.*¹¹

São, portanto, inúmeras as circunstâncias que podem prejudicar a percepção humana, implicando em que alguns fatos não narrados da maneira como verdadeiramente aconteceram, assim o foram sem que houvesse a intenção da testemunha.

A partir do momento em que o fato se encontra reservado na memória, sua integridade não está livre de alterações. Aliando-se à capacidade de evocação, entendida como “*reprodução voluntária interna*”¹², a lembrança poderá sofrer modificações a cada momento de raciocínio por parte do indivíduo, isto é, o simples fato de trazer o assunto à meditação fará com que as hipóteses surgidas deturpem a idéia original. Sofre, ainda, o processo de evocação influências do choque psíquico, da repressão, motivadas em razão de que o acontecimento presenciado pode ter-se configurado como extremamente desagradável, provocando um sofrimento interno a cada lembrança, encarregando-se o inconsciente, como forma de defesa psíquica, de bloqueá-lo.

Quanto ao ato de expressão do testemunho, ou exteriorização do fato memorizado, considera a doutrina como um momento crucial. Muitas pessoas não possuem a aptidão necessária para exteriorizar bem o fato presenciado ou do qual tomou conhecimento. Perdem-se em detalhes desnecessários, sem citar os essenciais à elucidação da realidade, além de que, como já foi dito, suprimindo os pontos esquecidos ou não percebidos com narrativas fantasiosas. Conclui-se, portanto, que só a minoria das testemunhas consegue expressar de forma exata o que vivenciaram.

O que ocorre na maioria dos interrogatórios judiciais é que se não existe um deliberado propósito de resistência por parte do interrogado, este insensivelmente

*te vai descrevendo os fatos e as situações, não como os viveu, mas como parece ao juiz que ele os devia ter vivido.*¹³

Referem-se ainda à pessoa da testemunha fatores como a vaidade, a corrupção, a simpatia ou antipatia por uma das partes, a cultura intelectual, problemas mentais, a idade e o sexo.

São notáveis as conseqüências de cada um desses fatores, contudo, cabe alguma consideração acerca dos dois últimos. Quanto à idade, discute-se que o depoimento de crianças não é digno de confiança, em razão de que são facilmente sugestionadas, *“a inocência delas não distingue a verdade da mentira, nem o alcance moral relativo”*.¹⁴ O depoimento de velhos é aceito na medida em que se encontra conservada sua capacidade mental, diante de que vai-se enfraquecendo sua memória acerca de fatos recentes, conservando-se a lembrança dos acontecimentos passados e mais antigos. *“Num mesmo depoimento podemos encontrar fatos verídicos, precisos, exatos e fatos misturados, confundidos.”*¹⁵

No que se refere ao sexo, doutrinadores mais antigos desconsideram preconceituosamente o depoimento da mulher, o que já é modernamente fustigado, pois os homens podem sucumbir aos mesmos erros nos quais incidem as mulheres.

4.2 Elementos objetivos ou fatores inerentes ao testemunho

Diferenças essenciais se impõem ao testemunho obtido por narração livre e o obtido por interrogatório. Na narração livre, a testemunha pode-se perder em observações pessoais inúteis, diante de que falta a orientação em direção aos fatos que se deseja comprovar. No interrogatório, as perguntas podem provocar reações variadas no interrogado, intimidando-o ou até mesmo sugestionando-o.

Como forma de aproveitar os benefícios do sistema de narração livre, como a não interrupção, o resguardo de qualquer tipo de

sugestão, e os fatores positivos do interrogatório, como o direcionamento a um relato mais claro e objetivo, sugere-se a unificação dos dois sistemas, ou seja, a forma mista. A testemunha relata o que sabe e, em seguida, responde às indagações, sendo estas realizadas com as devidas precauções, como inteligentemente se manifesta o douto Mira y López:

Muito amiúde se pode obter uma declaração sincera perguntando os extremos que se deseja conhecer, mas relacionando-os com a atuação de uma pessoa neutra ao invés de referi-los à pessoa a quem se deseja favorecer.¹⁶

Dessa forma a testemunha não conseguirá fazer relações entre as perguntas e os riscos que suas respostas possam oferecer àquele que deseja proteger.

Um fator externo que pode também, exercer influência sobre o testemunho é a divulgação do litígio pela imprensa. A argumentação facciosa e o destaque dado a hipóteses alcançadas muitas vezes por meras especulações, podem sugerir a testemunha, vindo esta a alterar e retificar seu depoimento, distorcendo o fato primitivo.

O tempo decorrido entre o acontecimento percebido e o relato em juízo caracteriza-se como importante circunstância capaz de prejudicar a exatidão do depoimento. Quanto mais distante for o dia do relato do momento que ocorreu o fato, mais afastado da realidade será o testemunho, pelo simples motivo de que a meditação sobre o assunto, os relatos a outras pessoas durante esse tempo, farão com que o depoimento chegue a juízo distorcido.

No que se refere à redução a escrito do testemunho, esta concorre sobremaneira para o desvirtuamento da exteriorização do depoimento. Além de conseguir omitir alguns aspectos, pode dar significado completamente contrário ao relato expresso oralmente. Dificilmente consegue-se reproduzir em palavra escrita o que se passou durante o interrogatório. A testemunha pode titubear,

manifestar algum comportamento específico em reação a uma pergunta, mas nenhum desses aspectos será registrado.

Conhecidos os diversos fatores ora analisados, é oportuna a manifestação do ilustre mestre italiano Luigi Battistelli, de acordo com o qual este estudo

desperta no leitor como que um sentimento de desânimo, ao pensar no grande numero e na gravidade das injustiças que o mau emprego da prova testemunhal tem determinado, e continuará a determinar, nos julgamentos, tanto penais como cíveis, se na praxe judiciária não se abandonar o velho método inteiramente empírico, substituindo-o por normas mais racionais e conformes aos modernos critérios de valoração científica, ainda insuficientemente conhecidos e mal apreciados por Juízes e Advogados.¹⁷

CAPÍTULO V

A verdadeira mentira e métodos para obtenção da verdade

Foram anteriormente analisados alguns dos fatores capazes de levar a testemunha a incidir em erro quando do momento em que relata sua apreciação acerca de uma realidade vivenciada ou da qual teve ciência. Cabe nesse momento discutir a “verdadeira mentira”, definida como

coisa dita pela testemunha (...), não já de boa fé, (...) mas com a plena consciência de mentir, para convencer o Juiz de que é verdadeiro o que é completamente falso.¹⁸

Observa-se que a distorção do testemunho, ora analisada, deve-se agora, não a circunstâncias emocionais, tendências afetivas

ou fatores ambientais, mas ao intencional e deliberado desejo da testemunha de utilizar-se do seu depoimento para ludibriar a autoridade judiciária.

Tal intenção pode ser motivada por razões diversas, tais como: o desejo de vingança, espírito de solidariedade, obtenção de alguma vantagem material ou pessoal, razões políticas, ou seja, qualquer fim no qual acredita a testemunha que possa lhe trazer algum proveito.

A mentira pode advir ainda, independente de que se almeje obter vantagens materiais, do simples interesse da testemunha em ser considerada importante, bem informada e loquaz, a qual, em nome de sua vaidade, acrescenta e inventa, enxertando mentiras no seu discurso, as quais acarretarão prejuízos lesivos à apreciação da prova.

Diante do exposto, urge que aquele que interroga disponha de um conhecimento obrigatório da psicologia do testemunho, o qual possibilitará um domínio eficiente das circunstâncias que intervêm no ato de testemunhar, procedendo de forma coerente na instrução. Deve atentar, na prática, para que suas indagações não exerçam efeito oposto ao que se propõem. Com clareza se manifesta a doutrina quando se refere que, caso não haja a cautela necessária no trato com o indivíduo que testemunha:

*ele acabará por dizer o que não poderia dizer e não saberá já dizer aquele pouco que, no entanto, poderia ter dito.*¹⁹

A doutrina cinge-se, ademais, em discutir alguns métodos coercitivos para obtenção da verdade, como substâncias químicas ou a narco-análise, incluindo o soro da verdade; técnicas psicológicas, como as associações livres; e o conhecido “lie-detector”, denominada máquina da verdade. Independente de demonstrar como cada um desses métodos se processam, interessa saber que estes encontram defensores que os consideram como melhor expressão do desenvolvimento da ciência, enquanto outros estudiosos

acusam-nos veementemente, em razão de que violam gravemente o princípio da liberdade individual de manifestação do pensamento.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo a análise de alguns dos vários aspectos da psicologia do testemunho, partindo da instituição do Direito como agente que influencia o comportamento social, sendo da Psicologia Jurídica a atribuição de aplicar a ciência psicológica aos estudos jurídicos.

Relacionando a importância da prova testemunhal para o Direito Processual Penal e o Civil, em noções gerais, observaram-se algumas peculiaridades, tais como a imprescindibilidade de que se reveste tal prova para o processo penal.

Sendo evidente a interdependência existente entre a validade da prova testemunhal e os fatores que determinam o comportamento humano, tornou-se necessária a elucidação acerca dos aspectos inerentes à testemunha, elementos subjetivos, como as conseqüências, provocadas pela emoção, catatimia, entre outros, sobre a percepção e a memória; assim como os aspectos inerentes ao testemunho propriamente dito, a redução a termo, a influência da imprensa, os quais podem desvirtuar sobremaneira um relato testemunhal.

Além das circunstâncias que, independente da vontade da testemunha, conduzem-na a erro, existem motivos pelos quais o indivíduo intencionalmente depõe falsamente, caracterizando-se a “verdadeira mentira”. Exige-se, portanto, daquele que inquire uma capacidade extrema para obter a verdade e discernir o que pode ser aproveitado do testemunho. Numa tentativa de alcançar a verdade pura, a ciência investiga diversas técnicas, as quais são muitas vezes questionadas, no que se referem ao possível constrangimento pessoal.

Restou evidenciado que o conhecimento profundo acerca das normas jurídicas exigido de todo profissional do Direito pode

inviabilizar a dedicação deste ao estudo de disciplinas outras, como a Psicologia Jurídica, que só viriam em auxílio a melhor e mais coerente aplicação do Direito. Todavia, não se pode concluir que, em se tratando de um Juiz, pelo fato de deter o poder de decidir sobre as demandas individuais, teria concentrado em si o saber de todas as ciências. Obviamente tal assertiva não se impõe, diante de que “*em nome de meia dúzia de dogmas, mal apreendidos ou arbitrariamente pedidos ao chamado bom-senso*”²⁰, não se pode privar da opinião bem fundamentada e acurada de um especialista.

Verifica-se que a dificuldade em se obter resultados recentes acerca de pesquisas sobre o tema, implica na utilização de conceitos de doutrinadores antigos, os quais se conservam atuais em algumas análises, porém, em outras, perdem-se em observações preconceituosas, não aplicáveis ao tempo atual.

Diante das técnicas já explicitadas para a apreensão da melhor prova testemunhal, é necessário o estudo comparativo entre esta e as demais provas carreadas aos autos, haja vista que, dessa forma, poder-se-á alcançar uma solução justa e eficaz para a satisfação social.

Ressalte-se que a insuficiência de conhecimento científico não pode justificar a ausência de Justiça.

BIBLIOGRAFIA

- BATTISTELLI, Luigi. *A Mentira nos Tribunais*. 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1977.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Crime*. São Paulo, Editora Universitária de Direito Ltda.
- DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à Psicologia*. São Paulo, McGraw-Hill do Brasil, 1983.
- GARCIA, J. Alves. *Psicopatologia Forense*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti Editores, 1958.

- GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. Volume I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1994.
- LÓPEZ, E. Mira y. *Manual de Psicologia Jurídica*. Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1955.
- MACEDO, Gilberto de. *Criminologia*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas S/A, 1996.
- OLIVEIRA, Juarez de (Org.). *Código de Processo Civil*. 27ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997.
- _____. *Código de Processo Penal*. 37ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997.
- PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4ª ed., São Paulo, Edição Saraiva, 1953.
- SILVA, Dalmo, L. *A Psicologia Aplicada ao Direito e a Justiça*. 2ª ed., Rio de Janeiro, BVZ, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
1. Apud Moura. Prado Sampaio e a Idéia de Psicologia, p. 5
 2. Cf. Grinover et alii. *Teoria Geral do Processo*, p. 19.
 3. Cf. Gomes. *Medicina Legal*, p. 353.
 4. Apud Peixoto. *Criminologia*, p. 227.
 5. Cf. López. *Manual de Psicologia Jurídica*. p. 181.
 6. Apud Mirabete. *Processo Penal*, p. 302.
 7. Cf. Oliveira. *Código de Processo Penal*.
 8. Cf. Garcia. *Psicopatologia Forense* nº 470.
 9. Oliveira. *Código de Processo Civil*.
 10. Cf. Gomes. *Medicina Legal*, pp. 348-369.
 11. Cf. López. *Manual de Psicologia Jurídica*, p. 175.
 12. Idem, p. 177.
 13. Idem. pp. 180-181.
 14. Cf. Peixoto. *Criminologia*. p. 235.
 15. Cf. Gomes. *Medicina Legal*, p. 388.

PARECERES

2ª Instância

— Constitui ato lícito — estrito cumprimento de dever legal. A ordem de bloqueio de receita de Município, pelo Presidente do Tribunal de Contas, quando inadimplido o dever de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas em folha de pagamento. Inteligência do art. 20 da Constituição Estadual.

GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça

Insurge-se o Município de Lagarto, por seu representante legal, contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, consistente no bloqueio das parcelas pertinentes ao ICMS, sob a alegação de que tal providência está afetando o regular funcionamento da Administração Municipal, com reflexos na saúde e na educação. Confessa a existência débitos diversos, a exemplo dos resultantes de fornecimento de energia, água, e do atraso no pagamento dos servidores e recolhimento das contribuições devidas ao INSS — Instituto Nacional de Seguridade Social. Reconhece, igualmente, a retenção indevida das contribuições devidas ao IPES — Instituto de Previdência do Estado de Sergipe, correspondentes aos últimos 48 meses, descontadas dos seus servidores, em folha de pagamento.

1.a Invoca o Segurando, em reforço de sua pretensão, as normas dos arts. 195, § 3º, 158, inciso IV, e 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

2. Notificadas, as autoridades apontadas como coatoras, em sede de informações, defendem a legalidade do ato impugnado, assinalando o eminente Presidente da Corte de Contas, *in expressis verbis*:

“Ao contrário do alega o impetrante, o bloqueio das parcelas do ICMS em conta do impetrante, não é mera faculdade, mas sim obrigação e dever da Corte de Contas Estadual.”

A doutrina pátria assentou o entendimento de o verbo poderá se interpretar como um dever do juiz e não como medida opcional sua. É o caso dos autos. Além do mais, a decisão adotada pelo plenário nada teve de especial ou particular com relação ao Município de Lagarto. A medida foi adotada também contra outras Prefeituras, tais como: a de Aracaju, Nossa Senhora da Glória, Estância, Simão Dias, todas na mesma situação de inadimplência da do Município de Lagarto.

Logo, percebe-se que as insinuações feitas pelo representante legal do Município impetrante partem mais das suas desavenças particulares com o Prefeito antecessor, do que correlacionadas com a realidade fáctica e jurídica.

Por outro lado, a alegação do impetrante de que acordou com o IPES a quitação do débito é irrelevante. Afinal, acordo entre devedor e credor não desautoriza a ordem do impetrado, porque esta tem fundamento na escrita constitucional. Não há razão para o Instituto de Previdência do Estado de Sergipe pedir providências à Corte de Contas, porque não tem autoridade própria para obrigar o impetrante a cumprir a lei e, às caladas, compor-se “com ele em atitude que prejudica os próprios interesses do Instituto Previdenciário, estando a merecer, só por isso, fiscalização específica.”

2.a O Presidente do BANESE, ratificou, repisando-as, as razões expedidas pelo primeiro Impetrado, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, posto ter apenas obedecido a ordem manifestamente legal, à qual não poderia resistir.

2.b Chamado a integrar a lide, ex vi do r. despacho exarado à f. 39v, o IPES — Instituto de Previdência do Estado de Sergipe, que de relevo traz a lume a notícia sobre a inocorrência do acordo para parcelamento da dívida, em face da resistência do próprio Impetrante.

É o que, em síntese, se contém nos autos.

Passo ao exame do mandamus.

3. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

A legitimidade de parte, como condição para o exercício regular do direito de ação, significa na lição de ALFREDO BUZAID a “pertinência subjetiva da lide”. Sabendo-se, à luz do articulado pelo Impetrante que o conflito de interesses se manifesta pelo confronto entre “direito líquido e certo” à disponibilidade da receita e o “ato ilegal de autoridade” lesivo do primeiro, ter-se-á que razão assiste ao Segundo Impetrado. Ao suscitar a preliminar sob consideração.

3.a O Presidente do BANESE, na relação jurídica subjacente — lide —, é apenas destinatário da ordem emanada pelo Presidente da Corte de Contas do Estado de Sergipe. A ela não poderia resistir, salvo hipótese de manifesta ilegalidade. Demais disso, o polo passivo na ação de mandado de segurança é a autoridade a quem compete desfazer, cumprindo *in natura* a obrigação imposta em sentença concessiva do writ, desfazer o ato inquinado de ilegalidade, ou abuso de poder.

3.b Com efeito, não caberia ao Suscitante o desfazimento da suposta ilegalidade. Concedida que fosse a segurança, ou venha a ser, basta a comunicação do autor da ilegalidade, para solver a pendência, submetendo-se indiretamente ao comando emanado

do órgão jurisdicional. A imposição do dever de abstenção ou de desfazimento do ato acoimado de ilicitude, se dirige a quem o pratica em desconformidade com a lei. Portanto, parte legítima no presente feito somente o Presidente do Tribunal de Contas.

Por tais considerações, opino no sentido de que se acolha a preliminar, para o fim de excluir da relação jurídico-processual o Suscitante — Presidente do Banese.

4. DO MÉRITO

O exame acurado da inicial, por si só, é bastante para repudiar a pretensão à segurança. E que os pressupostos de sua admissibilidade — direito líquido e certo e ato ilegal de autoridade — não se fazem presentes. A postulação, *concessa venia*, é vaga e imprecisa, afogando-se em ilações e suposições que desinteressam à solução da lide.

4.a. Aqui, em sede de mandado de segurança, cumpre examinar da ocorrência efetiva de seus pressupostos constitucionais (art. 5º, LXIX) e legais (art. 1º, Lei 1.533/51). Ou seja: direito líquido e certo não amparável por habeas corpus ou habeas data e ato de autoridade tisdado pela ilegalidade e abuso de poder.

4.b Examine-se, em primeiro plano, os dispositivos da Lei Maior colacionados pelo Impetrante para agasalhar o reclamo da prestação jurisdicional. Ao invocar o art. 5º, inciso XXXV, o Segurando não fundamenta a *res in iudicio deducta* — desbloqueio das contas bloqueadas — mas, simplesmente, proclama a existência, em nosso Ordenamento Jurídico de um direito de ação, autônomo, abstrato e indeterminado. Todo cidadão — *ut civis* — tem o direito de garantia da justiça, ao qual corresponde o dever do Estado de assegurá-la. No mandamento sobredito, a expressão também do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, como função permanente, através da qual de prover o direito subjetivo com a incidência, num caso litigioso concretamente manifestado, do direito objetivo.

E esse direito de ação, abstratamente reconhecido e consagrado, adquire contorno definido, desce do plano abstrato para o plano concreto, quando se exterioriza o conflito intersubjetivo de interesses: a lide. Para o seu exercício, é preciso atentar para as condições indispensáveis ao seu regular exercício e para os pressupostos de existência da relação processual (juiz, partes e litígio). O preceito constitucional antevisto (art. 5º, XXXV), vale como referência, até mesmo como ilustração, não como fundamento da pretensão deduzida.

4.b.1 No que tange ao abrigo da pretensão sob o manto do art. 158, inciso IV, da Constituição Federal, não vislumbro, seja qual for o ângulo de análise, onde possa o imperativo servir-lhe de substrato. A questão debatida não é quanto à parcela do Município na arrecadação do ICMS, posto que inexistente controvérsia acerca do tema. Tanto não há, que, precisamente sobre dita parcela incidiu o bloqueio para assegurar o repasse das contribuições previdenciárias, descontadas em folha dos servidores do Impetrante, devidas ao IPES.

5. O núcleo da contenda aponta na verificação da legitimidade, ou não, da providência ordenada pela autoridade apontada como coatora — o Presidente do Tribunal de Contas. A exegese do art. 20 da Carta Política Estadual autoriza arrematar pela compatibilidade do ato impugnado com o modelo estabelecido na lei. Pouco importa se o Presidente do Tribunal de Contas Poderia ter se omitido quanto ao cumprimento da lei. Em se cuidando de agente do Poder Público, cômico de suas responsabilidades perante o Estado, não se poderia confiar em atitude diversa de sua parte senão a consistente na providência definida em lei. Diz-se, na doutrina moderna, que o verbo poderá, no âmbito do interesse público, importa consagração do poder de agir *secundum ius*, o que equívale ao dever de atuar sempre que verificadas as condições delineadas em norma expressa. A omissão, imaginada pelo Segurando, ao revés do que supõe, carregaria contra a autoridade as conseqüências, o descumprimento de dever legal. É dizer: pre-

variação. Correta, inegavelmente, a postura do Impetrado, em cumprir a lei. Se assim o é, não há cuidar-se de ilegalidade ou de abuso de poder.

5.a Por outro lado, em que consiste o proclamado direito líquido e certo do Impetrante: a) em não recolher as contribuições descontadas de seus servidores? b) em não sofrer nenhuma sanção, mesmo prevista na lei? c) em não se subordinar aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, sagrados pelo art. 37 da *Lex Legum*? d) em participar do bolo tributário do Estado, quando não se desincumbe de seus deveres frente à entidade previdenciária que lhe integra?

Não há direito líquido e certo à impunidade. O descumprimento de um dever jurídico rende ensejo à obrigação de responsabilizar-se pelas consequências do inadimplemento. *Jus et obligatio correlata sunt*.

Por todo o exposto, opino no sentido de que seja denegada a segurança, eis que ausentes os pressupostos que lhe informam a concessão.

É o parecer.

Aracaju, 20 de agosto de 1997.

Agravo Alimentos provisionais arbitrados em ação de divórcio litigioso, tendo como beneficiária a cônjuge virago. Reconhecida a necessidade de manutenção do “status” social da alimentanda, deve ser confrontada com os elementos materiais de prova (documentos) colacionados pelo recorrente, que estão devidamente aptos para demonstrar que houve um certo excesso de rigorismo da “a quo” na aferição da sua possibilidade, com forte repercussão no “quantum debeatur”.

Protuberância probatória evidente em favor dos argumentos do recorrente. A beneficiária percebe valores que lhe servem perfeitamente para atendimento das suas necessidades básicas — Deve ser priorizado sempre o princípio da igualdade entre os cônjuges, consagrada no texto constitucional (art. 5º, inciso I, c/c o art. 266, § 5º) quando da quantificação do valor arbitrado, para que não se elogie o ócio remunerado e o enriquecimento sem causa. Carência de elementos de prova que demonstrem a existência de

algum tipo de renda advinda dos bens comuns do casal, sob a administração do agravante — Impõe-se o dever de mútua assistência para o agravante, em face da enfermidade cardíaca da agravada — Pelo provimento parcial do pedido de reforma, para que seja reduzido o indicativo.

JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FILHO
Procurador de Justiça

Agravou José Roque da Cruz irresignado com a r. decisão interlocutória prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível, nos autos da ação de divórcio judicial litigioso cumulada com alimentos, arrolamento e seqüestro de bens, promovida por Maria Edilde Souza Cruz, sua esposa, que arbitrou alimentos provisionais nos seguintes termos: *“Arbitro em 15 (quinze) salários mínimos os alimentos destinados à requerente, conquanto não definidos ainda os rendimentos dos bens comuns...”*.

As razões do recorrente pugnam pela reforma do julgado monocrático argumentando, em apertada síntese: ter a recorrida sobrevivido durante 07 anos de separação de fato sem a necessidade de verba alimentar, pois recebe como estipêndio na condição de pedagoga inativa o valor de R\$ 1.575,56 (Um mil, quinhentos e setenta e cinco reais e cinqüenta e seis centavos); ataque à idéia de manutenção do “status” da beneficiária com a verba alimentar; ser a remuneração real do alimentante R\$ 3.375,56 (três mil, trezentos e setenta e cinco reais e cinqüenta e seis centavos), sendo inverídica a afirmativa que aponta para o numerário de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) como rendimentos do recorrente; a não obediência pelo despacho atacado do princípio do ônus da prova; e finalmente, a ausência de fundamentação do decisório.

Em contra-razões insurge-se a agravada para sustentar: a idéia de que deve ser considerada a manutenção do “status” da alimentanda; a condição de “lobista” do agravante, aumentando consideravelmente os seus vencimentos; a necessidade de que sejam repartidos os rendimentos do patrimônio do casal; a permuta de cargos na Assembléia Legislativa como forma de burlar a visão das possibilidades do recorrente; que durante os primeiros cinco anos da separação de fato do casal o agravante ajudou financeiramente sua consorte, só vindo a desconsiderar tal encargo após a união com a nova companheira; e, a existência de problemas de saúde da beneficiária.

Em despacho fundamentado às fls. 151, vê-se manifestação da lavra da ilustrada relatora do feito indeferindo o pedido de efeito suspensivo postulado nas razões da via impugnativa.

Junto à contraminuta, foram colacionados documentos, pelo que, em lídimo atendimento ao corolário do contraditório, foi oportunizado à parte agravante manifestar-se sobre os mesmo, iniciativa avistada às fls. 220 “*usque*” 222.

Informações do juízo “*a quo*” às fls. 211 e 212.

Ultrapassada a análise acerca da regularidade formal do recurso segundo os rígidos ditames dos arts. 524 e 525, ambos do Código de Processo Civil, concluindo-se pela sua regularidade procedimental, passa-se ao aprofundamento quanto as questões de fundo suscitadas.

Tratam os presentes autos de inconformismo não apenas com o “*quantum*” arbitrado a título de alimentos provisionais, mas também quanto a própria existência da obrigação alimentar.

A concessão dos alimentos provisionais está sujeita aos pressupostos peculiares às medidas cautelares específicas descritas no Código de Processo Civil, quais sejam: o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”.

Fixado o norte da nossa abordagem é imperativo seja firmada a natureza da relação jurídica entre os litigantes, para que se possa temperar acerca da incidência da obrigação alimentar negada. Apesar de não existir relação de parentesco entre as partes, o direi-

to da recorrida de pleitear a verba alimentar deriva da inteligência do art. 231, inciso III, do Código Civil que consagra o valoroso dever de mútua assistência entre os cônjuges, que não tende a se esvaír com a simples promoção da “actio”, pois ainda mantém-se íntegra a sociedade conjugal.

Portanto, presente à saciedade a viabilidade aparente do pedido segundo o ordenamento jurídico.

A obrigação de manutenção temporária do “status” do alimentado é circunstância fática reconhecida pela doutrina como característica dos alimentos civis, pois é cediço o notável prejuízo advindo de uma abrupta oscilação da situação social do beneficiário, principalmente quando é decorrente do desfazimento de enlace matrimonial, “*verbis*”:

“Natureza dos alimentos. Dependendo da natureza da relação jurídica que une alimentante e alimentado, os alimentos podem ser naturais ou civis. Os primeiros, também denominados necessários, destinam-se a prover as necessidades básicas do alimentado; os segundos, também denominados cõngruos, visam a manter, dentro de determinados padrões, a qualidade de vida do alimentando, até igualá-lo ao patamar que se reputa desejável à recuperação e à conservação de seu status social.” (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, in, CPC – Comentado, Ed. RT, p. 931)

Esse é um primeiro aspecto abordado pelo recorrente como ocorrência não justificadora do dever alimentar que, como visto, não pode prosperar, uma vez que o magistrado na aplicação da norma, principalmente a legislação familiar, não pode abandonar aspectos vicinais e de cunho moral da pretensão de subsistência material, sob pena de operar em desacordo com o mister de propiciar o equilíbrio entre os litigantes consagrado pelo princípio da igualdade.

Assim, confirmada a liceidade do pleito cautelar e a consequente presença da fumaça de bom direito e do perigo na demora da prestação jurisdicional, resta como questão controvertida apenas o “*quantum debeatur*” da prestação, que deve ser aferido necessariamente segundo os critérios do art. 400 do Digesto Civil, que passamos a abordar.

Os Recursos do Alimentante

Nesse particular tem-se um confronto entre tese e antítese trazidas pelas partes. O recorrente afirma que tem como vencimentos reais o numerário de R\$ 3.375,56, enquanto a agravada diz ser o valor de R\$ 25.000,00 aquele que melhor representa os rendimentos do seu esposo. A verificação da verossimilhança das alegações segundo os elementos de prova colacionados ao feito, e de crucial importância para se avistar as reais possibilidades do alimentante.

São provas documentais que integram os autos: contra-cheque do recorrente que percebe o valor líquido de R\$ 2.781,97 na condição de fiscal de tributos estaduais I (fls. 13); declaração da Coordenadora da divisão de movimentação e recursos da Assembleia Legislativa constatando que o agravante percebe, computados os descontos legais, R\$ 929,36; declaração do BANESE informando um débito do requerente que está sendo amortizado através de prestações mensais com previsão de término para 09.03.1999, no “quantum” de R\$ 1.012,23; contrato de locação de imóvel residencial tendo na condição de locatário o alimentante no valor de R\$ 600,00; e termo de audiência no qual fica clara a obrigação alimentar do recorrente para com os seus filhos no percentual de 20% do que perceber a qualquer título como fiscal de tributos, após deduzidos os descontos obrigatórios.

A agravada diz que o rendimento verdadeiro do agravante não corresponde ao numerário constante nas peças informativas, pois o Sr. José Roque da Cruz exerceria a função de “lobista” em

Prefeituras, sem no entanto trazer qualquer elemento concreto que aponte para tal ocorrência. A comprovação de tal alegação só poderá ser efetuada com segurança através da necessária dilação probatória oportunizada pela instrução do feito, sendo oficiadas as respectivas municipalidades para que digam acerca da inclusão do alimentante na sua folha de pagamento, ou elenco de gastos, seja a título formal (servidor), ou na condição de autônomo (prestador de serviços).

Fora dessa hipótese perdem-se no vazio as ponderações da agravada pela sua indubitosa fragilidade probante, destacadamente em face da contundência e protuberância da prova documental, que apesar de não estar em posição de destaque pelo fato da enumeração do art. 136 do Código Civil ser puramente exemplificativa, não pode ser mitigada apenas por argumentos alegados e ainda não provados.

Onde está nos autos a prova de que o recorrente seja possuidor de outras rendas? Qual o valor desses supostos numerários? Sem essas respostas entendo ser temerário, principalmente em se tratando de provimento *“spensa litis”*, não dar a devida guarida aos dados absolutos registrados nos documentos juntados pelo agravante.

Matéria que também merece ser abordada nesse tópico cinge-se à existência de rendas decorrentes do patrimônio comum do casal. É certo que o complexo de bens a ser partilhado existe, e que estes encontram-se sob a administração do varão, o que faria incidir ajusta regra de equivalência do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 5.478/68, *“expressis verbis”*:

Art. 4º. Ao despachar o pedido o juiz fixará, desde logo, alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casados pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente,

te, parte da renda líquida dos bens comuns administrados pelo devedor.

Aqui, por imperativo legal, é indispensável seja demonstrado pela alimentanda a efetiva existência da renda que supostamente advém do(s) bem(s), como são exemplos: possível contrato de locação de algum dos imóveis e extratos de conta de poupança ou aplicações financeiras, uma vez que, segundo sabemos, as denominadas contas-correntes não ensejam dividendos adicionais aos seus titulares, tais como correção monetária e juros.

Mais uma vez entendo deva o aplicador da lei debruçar-se no seu maior anteparo, qual seja, as provas do alegado, para concluir pela inexistência do mínimo suporte probatório apto para demonstrar as ponderações da recorrida.

Como é inteligível, com o substrato probante carreado ao feito, responder-se aos seguintes questionamentos?: Quais os bens que estão sendo objeto de exploração rentável pelo cônjuge administrador? E, admitindo-se a hipótese de existirem as rendas, quanto tem sido apropriado pelo agravante? Sem as respostas a essas perguntas é irresponsável levar em consideração tais numerários ideais na constatação das possibilidades do recorrente, apenas baseado na existência dos bens.

Um elemento argumentativo que não merece acatamento é a sustentação de que as modificações nos cargos em comissão do alimentante e da Sra. Josefa Consuelo da Silveira, seriam fruto de um embuste do agravante objetivando burlar a visão do julgador, pois, mais uma vez, limita-se a recorrida a mencionar a existência de colóquio amoroso entre os servidores transmudados, sem sequer fazer um início de prova da sua tese. Ademais, os atos administrativos têm a chancela do Presidente da Assembléia Legislativa do nosso Estado, que, creio veementemente, não pactuaria com um intento tão hediondo, orientado pelo escopo único de viciar a livre convicção do juiz.

Essa priorização da prova como pressuposto máximo para a credibilidade das razões das partes, assume tal caráter de relevân-

cia, em razão da consciência de que na quantificação dos provisionais o órgão judicante desenvolve cognição sumária e incompleta do direito material pleiteado, com essência satisfativa, que tem como antecedentes a urgência e provisoriedade da medida, circunstâncias que serão devidamente analisadas em momento oportuno, quando da análise da necessidade da agravada. Observe-se como se posicionou o TJMT, 1ª CC, 21.3.83, RT 586/205, “*verbis*”:

“na ação de alimentos o juiz fixa desde logo os alimentos provisionais, sem maior aprofundamento das causas do pedido. Essa faculdade, entretanto, não significa que possa decidir de forma arbitrária, sem base em elementos probatórios e sem fundamentar a decisão” — grifo meu.

Uma apreciação distante do conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência dos fatos, que pecasse na observação das reais condições do alimentante, causaria uma lesão literalmente irreparável no seu patrimônio, pois é cediço que a teoria alimentar tem como característica indissociável a irrepetibilidade dos alimentos pagos (TJPR, 3ª Câmara, 1.4.57, RT 279/722; 4ª Câmara, TJSP, 12.9.57, RT 270/191; 1ª Câmara, TJSP, 14.2.67, RT 388/125 ...) agravada pela regra impositiva do art. 3º, § 3º da Lei nº 5.478/68 que é categórico ao determinar: “Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário”, ocorrência que sacramentaria a impossibilidade de retorno desses valores, indevidamente quantificados, ao patrimônio do obrigado, ocasionando um reprovável enriquecimento ilícito da alimentanda. Nesse diapasão, não se pode esquecer a provável redução do recorrente à condição de inadimplente, fato que acarretaria conseqüências desastrosas para o seu “*ius libertatis*”, frente a iminência do seu encarceramento.

Veja-se como tem a jurisprudência acatado o nosso ponto de vista, “*litteris*”:

“mesmo quando tiver de fixá-los com base apenas nos documentos que instruem a inicial, deve o magistrado, além de redobrar-se em prudência para evitar possíveis danos irreparáveis, dada a irrestutibilidade dos mesmos, tomar em conta, ‘ex vi’ do disposto no art. 400 do CC, as necessidades do alimentário e os recursos da pessoa obrigada, presente, ainda, a circunstância de que a prestação alimentar não deve ser fonte de enriquecimento do beneficiário.” (TJSC, 1ª CC, 17.2.83, RT 576/192)

É por demais adequado o entendimento já manifestado por essa Corte de Justiça lançado na Revista do TJSE 3/217 nos seguintes termos:

“para fixação de alimentos provisórios, deve o juiz apoiar-se em elementos que lhe forneçam dados seguros quanto a situação econômico-financeira do devedor, sem o que poderá ser levado ao inadimplemento da obrigação imposta, acarretando-lhe aplicação das medidas coercitivas atinentes à espécie.”

No presente procedimento só é viável operar-se nos limites razoáveis da segurança, tendo-se como guia os documentos carreados, fora disso são ilações infundadas que se enxerga.

Essa, acredito, seja a melhor forma de se chegar à verdade do fato e ao conhecimento do justo.

As Necessidades da Beneficiária

A doutrina e jurisprudência contemporâneas, num claro manifesto de maturidade histórica, vem entendendo que a norma constitucional de plena executoriedade do art. 5º, inciso I, corroborado pela inteligência do art. 266, § 5º, da mesma “*Lex Legum*”, não

recepçionaram a idéia do homem como puro mantenedor da mulher, traçada no art. 233, IV do Cód. Civil, demonstrando a preocupação do legislador constituinte em evitar o elogio não volitivo a prática do ócio remunerado e do enriquecimento sem causa da mulher que, há muito tempo, deixou o estigma mentiroso de sexo frágil. Vejamos a jurisprudência, *“in verbis”*:

“no sistema de igualdade não há razão nenhuma para que o homem deva prosseguir na condição de mantenedor da mulher. A disposição do art. 233, IV, do CC, é uma das que têm que ser relidas à luz do art. 5º, I, da Constituição da República. Face à igualdade, não há mais obrigação específica em razão de sexo. Há bilateralidade no dever de manutenção...” (TJSP, 1ª CC, 9.5.89, RJTJSP 120/23)

*“da regra constitucional de igualdade absoluta entre a mulher e o homem na sociedade conjugal (§ 5º do art. 266), há duas conseqüências que devem ser desde logo ressalvadas. Uma é a revogação do art. 234 do CC, onde está estabelecida a obrigação do marido de sustentar a mulher; porque as posições de dependente e de responsável pessoal, respectivamente, que o preceito induz, não é compatível com o igualamento declarado na lei maior. Outra conseqüência é que a mesma regra de igualdade não afeta o princípio da mútua assistência entre os cônjuges (art. 231, III), porquanto a reciprocidade da obrigação de auxílio não contraria — antes confirma excelentemente — o pressuposto da igualdade. A autora, já não podendo invocar direito de dependência, pode todavia invocar o de assistência. Mas, como este último não é um direito absoluto, senão relativo as necessidades de um e outro — pois é mútuo e se trata de auxílio — **subordina-se à comprovada carência do que o invoca.**”* (TJSP, 2ª CC, 29.8.89, RT 647/86), Grifo meu.

“o casamento é não um mero ato de submissão de dois seres com forças desiguais. Não mais nos encontramos na infância das legislações, onde o somatório dos direitos matrimoniais se concentrava impiedosamente na mão do mais forte. O casamento, há muito, deixou de ser aquele regime tirânico, imposto pelo egoísmo e prepotência masculinos. O progresso da civilização fez apagar os mitos da inferioridade feminina e superou a crença medieval da decantada fragilidade da mulher, dando-lhe, à custa de ingentes esforços, um regime de igualdade, como determinam o inc. I, do art. 5º, e o § 5º do art. 226, ambos da Constituição Federal.” (TJSP, 6ª CC, Ap. 133.659-1, 28.11.91)

Esse também é o nosso entendimento.

O documento de fls. 18 informa um rendimento bruto da recorrida no montante de R\$ 1.575,56, valor que reconhecidamente serve para lhe garantir um sustento digno, uma vez que mantém o seu poder aquisitivo para morar bem, vestir-se condizentemente com os padrões da classe social que integra, e alimentar-se condignamente. Entretanto outros fatores devem ser considerados, como é o caso da sua obrigação alimentar para com os filhos, que, acredito, estejam em sua companhia, convívio que irrefutavelmente acarreta uma séria de pequenas despesas imediatas, que uma vez somadas, repercutem em seu desfavor quanto ao idêntico dever suportado pelo esposo, devendo tal fato ser considerado.

Mesmo admitindo-se como verossímil a sustentação da agravada de que dos sete anos de separação de fato nos quais se manteve silente em relação a sua necessidade de alimentos, em cinco deles ainda desfrutou a colaboração material do seu consorte, é relevante temperar-se que a omissão da beneficiária pelo período de dois anos, faz ver que a sua carência não urge de forma tão contundente.

É bem verdade que os alimentos devem ser fixados, em regra, apenas *“ad necessitatem”*, nunca *“ad utilitatem”* ou *“ad*

voluptatem”, o que faz sintetizar com a certeza de que não se poderia reconhecer o “status” como elemento aferível entre aqueles que dão face às necessidades do alimentante. Não acredito deva o assunto ser tratado com tamanha objetividade e tecnicismo jurídico, pois é uma situação que envolve elementos psicológicos do pretense beneficiário, de presença obrigatória na mente do juiz, para que não se perca de vista na aplicação da lei o indivíduo com as suas vicissitudes e particularidades, enquanto seu mais valioso objeto.

Poder-se-ia agasalhar o entendimento monocrático, se acaso fosse comprovada a existência de alguma renda proveniente dos bens comuns do casal que encontram-se sob a responsabilidade do cônjuge varão, todavia, como já dito inclusive, os autos são carentes sequer de indícios dessa situação.

O remate de toda essa abordagem acerca das reais necessidades da alimentanda, vai desaguar no nosso entendimento de que houve um certo excesso de valores na fixação do “*quantum debeatur*” dos provisionais.

Em operação aritmética primária, projetando-se o valor do novo salário mínimo para o país, com vigência a partir do mês de maio desse ano, vê-se que os 15 salários mínimos arbitrados a título de provisionais representam o montante de R\$ 1.950,00 que acrescidos à aposentadoria da recorrida no valor de R\$ 1.575,56, daria uma renda de exatos R\$ 3.525,56. Mesmo admitindo-se a construção racional mas temporária, de que o recorrente deva atender as necessidades periféricas da agravada, trata-se de numerário que ultrapassa em muito os rendimentos do agravante, cuja comprovação foi feita através de prova robusta, fato que daria clara vazão a um lógico instinto de acomodação da beneficiária, negando-lhe assim a busca de novas alternativas que possam lhe proporcionar uma melhor condição financeira, e, principalmente, permita-lhe construir um novo horizonte de metas pessoais para sua nova vida.

Todavia, os autos evidenciam uma patologia cardíaca que acomete a alimentanda (arritmia cardíaca), enfermidade que ocasiona

gastos com um forçoso acompanhamento médico abalizado e interestadual (fls. 185), devendo ser impingido ao recorrente o honroso mister de amparo da sua ex-consorte e mãe dos seus filhos, não apenas por puro altruísmo, mas primordialmente porque a situação está simetricamente adequada ao dever de mútua assistência.

Pelo exposto opina o órgão do Ministério Público pelo provimento parcial do recurso, para que se reduza o indicativo de 15 salários mínimos arbitrados a título de alimentos provisionais, para 08 (oito) salários mínimos, até que se ultime a prestação jurisdicional, por acreditar ser esta a melhor forma de se distribuir justiça, que deve estar sempre norteadada pela crença íntima de se estar dando a cada um o que é seu.

É o parecer.

Aracaju, 20 de abril de 1998

Direitos adquiridos. Majoração de vencimentos revogada por emenda à lei orgânica municipal. Considerada a natureza especial da lei orgânica, não estão suas disposições compelidas a respeitarem direitos adquiridos advindos de lei ordinária.

DARCILO MELO COSTA
Procurador de Justiça

Sindicato dos Trabalhadores Públicos Municipais de Aracaju — SEPUMA em nome de seus associados, visando reconhecimento judicial de direitos deferidos pela Lei nº 2.451, de 08 de outubro de 1996, da Câmara Municipal de Aracaju, posteriormente revogada pela Emenda nº 29/96, de 31 de dezembro de 1996 (deste mesmo Poder Legislativo Municipal), impetra o presente mandado de segurança invocando as disposições do art. 5º, inciso LXX, alínea “b” e inciso XXXVI da Constituição Federal e da Lei nº 1.533, contra o Senhor Prefeito Municipal de Aracaju.

I. Diz o impetrante, inicialmente, que representa seus filiados, funcionários da Prefeitura de Aracaju, conforme documentos comprobatórios de constituição da entidade sindical, na forma da lei, estando apto, conseqüentemente, para defesa de seus filiados na via do mandado de segurança, como previsto no texto constitucional.

II. Justificada a representação processual, passa o impetrante a narrar os fatos que motivam a impetração. Diz que pela Lei nº 2.451/96 o Município de Aracaju instituiu um reajuste dos vencimentos de seus servidores, o fazendo em duas etapas: pelos Anexos I a VI a majoração teve vigência a partir de setembro daquele ano de 1996, mas relativamente aos Anexos VII a XII os respectivos aumentos entrariam em vigor a partir de janeiro do ano seguinte, de 1997 (fls. 64). Todavia, apesar da disposição legal, foi

publicada uma Emenda à Lei Orgânica Municipal — Emenda Nº 29/96, de 31 de dezembro de 1996 — determinando que ficava proibido à Administração Municipal, no último ano do mandato, conceder aumento salarial para vigorar após o exercício financeiro anual (fls. 84). Entende o impetrante que esta nova disposição da referida Emenda, que introduziu disposições proibitivas ao art. 49 da Lei Orgânica Municipal de Aracaju, viola direitos adquiridos dos funcionários da Prefeitura Municipal, advindos da anterior Lei nº 2.451 de 08 de outubro de 1996, contrariando pois, mandamento constitucional (art. 5º, XXXVI).

III. De toda a petição inicial, se conclui que o impetrante sustenta a tese de que a Emenda somente pode ter aplicação para o futuro, a partir de sua publicação, não atingindo situações constituídas sob a égide da anterior lei Nº 2.451/96, ante o citado princípio constitucional da irretroatividade da lei. Finalmente, conclui o impetrante que não vale o argumento de que se trata de “Emenda à Lei Orgânica”, numa analogia às emendas constitucionais, que são consideradas como disposições da própria Constituição, quando é inadmissível o argumento do direito adquirido.

IV . Respondendo a citação, o impetrado, preliminarmente, argui ilegitimidade de parte do impetrante, alegando que não há lei autorizando a substituição processual do sindicato impetrante, sob fundamento de que não se confundem direitos individuais de alguns dos seus membros com direitos coletivos da categoria. No mérito, se opõe ao pedido sob alegação de que a emenda constitucional “tudo pode”, como o próprio texto de uma Constituição, para o qual não prevalecem direitos adquiridos, somente antepostos à lei ordinária. Citando Pontes de Miranda, sobre a interpretação da Lei de Introdução ao Código Civil, em matéria de direitos adquiridos, alega que não tem “significação no plano do direito constitucional”, não se devendo confundir a supressão da garantia constitucional do direito adquirido, com casos concretos de direitos advindos da lei ordinária. Corretamente a liminar foi indeferida, na conformidade das disposições da Lei nº 4.348/64. Em síntese, esta a postulação das partes. Tudo devidamente analisado, opinamos.

V. A preliminar não tem consistência alguma, *data vênia*. Diante do disposto no art. 5º inciso LXX, alínea “b” da Constituição Federal, os sindicatos foram autorizados a postularem na Justiça em defesa de direitos de seus filiados. Trata-se, portanto, de substituição processual admitida diretamente pelo texto Constitucional, de natureza auto-aplicável, em matéria de interesse da categoria: vencimentos no serviço público. A substituição processual somente não é reconhecida para defesa de direitos alheios às relações sindicais, como por exemplos: requerer, o Sindicato, uma ação locatícia; uma ação de alimentos, uma cobrança executiva, uma ação possessória (relação meramente exemplificativa). Frangente é a improcedência da arguição.

VI. No mérito, somos inclinados pela tese sustentada pelo impetrado, não obstante reconhecer que a tese contrária, do impetrante, não é destituída de fundamentos; até ousamos dizer que é extremamente simpática, sob a ótica de que se compreende (e em certas situações pode ser imperioso) a postura da defesa intransigente do direito adquirido, do cidadão, frente o Estado. Aqui, na defesa de direitos individuais, não se deve confundir “coletivo” (interesse da coletividade ou sociedade — conjunto dos indivíduos) com o “público”, no sentido do Estado (a pessoa jurídica). Com efeito, continua a vigor a máxima de que “o interesse da coletividade prevalece sobre direitos individuais”. Aqui, não é disto que se trata.

VII. Tudo se resume no seguinte: as “leis orgânicas municipais” são autênticas “constituições” em assuntos de município. Partindo deste conceito, surge a indagação se a emenda à lei orgânica tem o mesmo poder que a emenda à constituição. No pressuposto de que a, constituição “tudo pode”, ou seja, o poder constituinte originário, indaga-se: e a emenda à constituição? Já agora, tratando-se de um poder derivado, entende o impetrante que se impõe a distinção de que aquele poder soberano não se estende à atribuição constituinte derivada, ficando restrito àquele — poder constituinte originário. Por outras palavras: a Constituição não fica jungida a direitos adquiridos; mas a emenda à constituição tem

que respeitá-los, conclui a tese defendida pelo impetrante, o fazendo com raro brilho, e enriquecido pelo erudito trabalho junto aos autos, de dois ilustres constitucionalistas pátrios (fls. 118 a 122).

VIII. Pela natureza da emenda constitucional (CF art. 60, § 3º) parece-nos lícito equipará-la à própria Constituição. Com efeito, os cuidados que cercam sua iniciativa e sobretudo a forma de sua promulgação — diversa dos demais atos normativos do processo legislativo (com promulgação que independe de manifestação do Poder Executivo), diversamente dos demais — leis complementares e demais atos normativos dos incisos III a VII do art. 59 da CF — nos autoriza a conceituar as mesmas (as emendas à Constituição) como o próprio texto constitucional.

IX. Esta, a tradição constitucional brasileira, conforme observação de Francisco de Campos sobre o poder das reformas à Constituição frente o direito adquirido, como registra Pinto Ferreira, que vai além, concluindo que as emendas podem até desrespeitar a “coisa julgada” (além do direito adquirido e o ato jurídico perfeito). Comentando o art. 5º, XXXVI da Constituição da República, escreveu:

“Resta afinal considerar que o problema da eficácia revogatória da Constituição e das emendas constitucionais. Elas podem revogar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, visto que têm eficácia revogatória completa.” Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1º, pág. 148, Ed. Saraiva, 1989.

X. Destas conclusões não discrepa Celso Ribeiro Bastos:

“Há que se considerar ainda o caso da Emenda Constitucional. A esta, sem dúvida, pela força de que está revestida de norma constitucional, cabe o cassar direitos adquiridos.” Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol. pág. 191, Ed. Saraiva, 1989.

Entenda-se: desde que expressamente. Não há cassação por via implícita ou por inferência.

XI. Finalmente, seja-nos lícito ressaltar que a Emenda nº 29/26 encerra elogiável princípio de moralidade administrativa, não ensejando que “ao findar das luzes” de uma Administração seja promulgada lei de vencimentos para cumprimento pela Administração seguinte ou sucessora. Por outro lado, é de causar admiração que promulgada desde outubro de 1996 (Diário Oficial do Município de 14/10/1996) somente agora, passados quase dois anos (13/05/98), venham os interessados, por seu Sindicato, pleitear direitos ali declarados. Fica a impressão de que havia dúvidas sobre tais direitos!...

Do exposto, não se podendo reconhecer ilegalidade por parte do impetrado, na omissão de pagamento dos vencimentos reclamados pelo impetrante, não havendo, conseqüentemente, direito líquido e certo a ser reconhecido, pelo indeferimento do pedido se manifesta o Ministério Público.

Sub censura, este o parecer.

Aracaju, 17 de junho de 1998.

Agravo — Compete ao juiz requisitar às repartições públicas os dados necessários às alegações das partes, máxime quando se encontram eles protegidos pelo sigilo oficial, cujo acesso dependa de requisição judicial — Inteligência do art. 399, I, do CPC — Precedentes jurisprudenciais.

EDUARDO DE CABRAL MENEZES
Procurador de Justiça

Agravou José Ivo Sobrinho da decisão do Dr. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Aracaju que, nos autos da ação de execução que ali move contra Joaquim Lima dos Santos indeferiu pedido de expedição de ofício ao Banco Central do Brasil a fim de obter informações sigilosas sobre o executado.

No despacho atacado louvou-se a sua digna prolatora em decisão anterior, emanada do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em que se assentou que “compete à parte interessada diligenciar no sentido de trazer aos autos certidão ou documento que lhe aproveita, somente cabendo ao Juiz requisitá-los, na forma do art. 399 do CPC, em caso de negativa da repartição pública em fornecer” (Agravo de Instrumento nº 108/97, Relatora Des. CLARA LEITE DE REZENDE).

Embora compreendamos as razões que a levaram, a julgadora monocrática, a seguir a orientação provinda da superior instância, quer nos parecer que o recurso merece lograr provimento.

É que, — e sem que nisso vá qualquer quebra de respeito as decisões prolatadas, pelo colendo pariato — nesse particular o Tribunal de Sergipe tem se colocado na contramão do torrencial fluxo de decisões proferidas sobre a questão por outros tribunais brasileiros, não só quanto à requisição de informações ao Banco Central como a outros órgãos da administração pública nacional:

“Não indicando o executado bens suscetíveis de penhora e resultando infrutíferas as diligências do exeqüente para a localização de tais bens, configura-se legítima a requisição judicial ao Banco Central para obtenção de informações sobre a existência de contas bancárias em nome do executado, eis que essa constitui-se a única forma da agravante propiciar o prosseguimento da execução subjacente, não se podendo olvidar que tais informações estão protegidas pelo sigilo bancário” (Ac. da 2ª T. do TRF da 3ª R. de 13.08.1996, no Ag 96.03.038653-7, rel. Juiz Célio Benevides; RT 737/438).

“É legítima a requisição de informações, pelo Magistrado, ao Imposto de Renda, no interesse da Justiça. Nada justifica a proteção ao inadimplemento em detrimento da boa fé no mundo dos negócios e do prestígio da Justiça” (Ac. un. da 2ª T. do STF de 14.05.1985, no RE 105.544-8-SP, rel. Min. Cordeiro Guerra; DJ de 07.06.1985; RT 604/260).

“Pedido de informações à Delegacia da Receita Federal, sobre a situação financeira de contribuinte do Imposto de Renda, contra o qual foi proposta ação de execução, quando ele não nomeia bens à penhora e estes são desconhecidos do credor há possibilidade, desde que requisitadas tais informações pelo Juiz do feito, a requerimento do credor, com prévia compro-

vação de que, na execução, foram esgotados todos os meios a seu dispor para localização de bens existentes, na própria jurisdição, suscetíveis de penhora” (Ac. un. 31.224 da 2ª T. do TJPA de 24.04.1997, em Ag, rel. Des. Marques da Silva; RSTJ 42/143).

“Tem o Juiz a obrigação de requisitar às repartições públicas todo e qualquer documento, em certidão, necessário à prova das alegações das partes, até por impulso oficial como destinatário da prova, a seu nuto, não podendo a autarquia solicitada esquivar-se do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (Ac. un. 9.620 da 3ª Câmara do TJPR de 10.05.1994, no Ag 26.342-3, rel. Des. Nunes do Nascimento; Adcoas, de 10.03.1995, nº 146.576).

“A tendência hoje dominante, tendo em vista o interesse da própria Justiça na solução dos processos que lhe são submetidos, é a de atender os pedidos de requisição de informações à Receita Federal, nas hipóteses em que, esgotadas as providências processuais, não foram encontrados bens para satisfação da dívida excutida” (Ac. un. da 5ª Câmara do TJSP no Ag. 220.068-1, rel. Des. Jorge Taunus; JTJSP 160/234; ADV, de 21.05.1995, nº 69.385).

“Viável e a requisição pelo Juiz de certidões ou informações, dentro de determinado prazo, sob pena de responsabilidade da autoridade ou do servidor que retardar a expedição do documento solicitado” (Ac. un. da 6ª Câmara do TJSP de 16.02.1995, no Ag 242.070-1, rel. Des. Ernani de Paiva; JTJSP 169/212).

“Na busca de subsídios que levem ao conhecimento do patrimônio do devedor, quando este dificulta a ci-

tação e intenta subtrair bens à penhora, deve o Estado agir em prol da realização da justiça, requisitando informações sobre a situação declarada pelo executado ao fisco federal. A requisição de informações a Receita Federal é mais que suficiente para proporcionar conhecimento sobre bens do executado, devendo o Estado, nessa ação invasora da privacidade do devedor, limitar-se ao estritamente necessário, evitando a inócua extensão dessa pesquisa ao Detran e a Telemig, órgãos não estruturados para fornecer tais dados” (Ac. da 5ª Câmara do TAMG de 03.94.1997, no Ag 233.332-2, rel. Juiz Júlio Bueno; Rev. Jugs. TAMG 66/73).

“Pedido de expedição de ofício à Receita Federal ao propósito de localizar bens do executado, tem suporte legal nos arts. 399, 600, inc. IV, do CPC, bem como art. 198, parágrafo único do CTN” (Ac. un. da 8ª Câmara do TACivRJ de 02.08.1995, no Ag 769/95, rel. Juiz Jayro Ferreira; Arqs. TARJ 25/241).

“Ante o disposto no art. 399, inc. I, do CPC e no art. 198, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, é legítima a requisição à Receita Federal da declaração de bens do devedor, quando infrutíferas as diligências realizadas no sentido da localização de bens penhoráveis” (Ac. un. da 8ª Câmara do TACivRJ no Ag 180/96, rela. Juíza Cássia Medeiros; ADV, de 17.08.1997, nº 79.539).

“Se o devedor inadimplente se recusa a indicar os bens à penhora para execução, é perfeitamente adequada a requisição judicial, como meio de prova, de cópia de sua declaração de bens junto a Receita Federal, não havendo se falar em quebra de sigilo fiscal, uma vez caracterizado atentado à dignidade da justiça,

conforme disposto no art. 600, IV, do CPC" (Ac. un. da 12ª Câm. do 1º TACivSP de 14.11.1996, no Ag 717.059-8, rel. Juiz Campos Mello; R T 742/275).

Tão pacífico é entendimento de que é lícito ao credor se valer do Poder Judiciário para obter informações que lhe permitam lograr a penhora de bens do devedor em processos de execução que o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná chegou até a editar uma súmula sobre a matéria:

"Súmula nº 3 — É legítima a pretensão do credor em obter, para efeito de penhora em processo de execução, mediante requisição judicial, esclarecimentos sobre a existência de bens declarados pelo devedor perante a Receita Federal."

Pensar diferentemente seria beneficiar o fraudador de quem legitimamente reclama os seus direitos.

E o Judiciário não pode nem deve compactuar com quem queira se locupletar a custa de expedientes ilícitos.

Não se pode deslembrar que o art. 600, inciso IV, do Código de Processo Civil determina que:

"Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que:

I. frauda a execução;

II. se opõe maliciosamente à execução empregando ardis e meios artificiosos;

III. resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV. não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução."

Certo que *"a Constituição Federal confere a qualquer cidadão o direito de requerer informações em órgãos públicos (art. 5º, XXXII, CF)"*, como está no decisum confutado.

Não se está, todavia, diante de situação em que se tenha de esperar pelo indeferimento do órgão público para só então se requisitar a informação: sabe-se, de antemão, que o Banco Central, como, igualmente, a Receita Federal não fornecem dados a quaisquer pessoas.

Por que, então, não vir em socorro de quem bate às portas do Judiciário na esperança de ver reconhecido o seu direito, se, em última análise, o fazer justiça é a *ratio essendi* de sua existência?

Esse grande processualista pátrio que é HUMBERTO THEODORO JÚNIOR chega a ser enfático acerca da obrigação, e não simples faculdade, do juiz requisitar o que for necessário para provar o alegado pelas partes:

“Com relação aos documentos pertencentes à Administração Pública prevê o art. 399, n. I, o poder conferido ao juiz de requisitar, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ‘as certidões necessárias à prova das alegações das partes’.

*Requerida a certidão pelas partes, não cabe ao juiz, segundo o teor do art. 399, apenas a **faculdade** de requisitá-las, pois o Código determina imperativamente que o juiz **terá** de assim o fazer (In Curso de Dir. Proc. Civil, vol. I, pág. 460, 14ª ed. – grifos do original)”*

Ora, seria injustificável ingenuidade supor que o Banco Central do Brasil, ou a Receita Federal, forneceria informações a qualquer pessoa acerca de dados sigilosos por eles guardados.

No caso do Banco Central, inclusive — que é o estabelecimento a quem se busca a expedição de pedido de informações — existe até mesmo uma proibição legal para que isso possa ser feito sem autorização judicial: o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, estabelece que *“as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”*.

Será necessário prosseguir?

Pensamos que não.

De resto, seria impensável que o agravante, simples aposentado, despido de qualquer prerrogativa que lhe propiciasse acesso a informações sigilosas, se pusesse de agência bancária em agência bancária, no âmbito do nosso Estado ou mesmo do nosso País, à procura de elementos a cujo acesso sabe não poder aspirar pessoalmente, máxime quando a lei é bem clara ao lhe proteger:

“Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

I. as certidões necessárias à prova das alegações das partes.”

Em vista do exposto, estamos em que é de se prover o recurso em exame.

É o nosso parecer, s. m. j.

Aracaju, 16 de setembro de 1998.

Contrato de financiamento imobiliário — Cláusula de reajustes de prestações — Obediência ao índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança — Vigência da Lei nº 8.177/91 — Aplicação dos arts. 23/24 — Provisamento parcial.

PAULO MOURA
Procurador de Justiça

Apelou o Banco Bradesco S/A, irresignado com a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, nos autos da “Ação de Revisão Contratual”, que lhe move Huáscar Valença Padilha, pela qual foi julgado procedente o pedido, condenando o réu a reajustar as prestações segundo o disposto na Lei nº 8.100/90.

Vencidas as formalidades de praxe, os autos vieram a esta Procuradoria para o respectivo pronunciamento.

O apelo é tempestivo e foi devidamente preparado. Passo então a examiná-lo.

A apelação em exame volta-se contra sentença que examinou cláusula contratual de reajuste das prestações vinculadas ao “Instrumento Particular de Compra e Venda, Mútuo, Pacto Adjeto de Hipoteca e Outras Avenças”, do imóvel situado na Rua Antônio Fagundes de Melo, 300, Condomínio Solar da Praia, apto. 1.203, para determinar a aplicação do disposto na Lei nº 8.100/90, a fim de que fosse efetivado de acordo com o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional — PES/CP, eis que foram declarados inconstitucionais, pela Adin nº 493-0/DF, os artigos 23 e 24 da Lei nº 8.177/91, dispositivos que regulavam a forma de reajuste convencionada.

Alega o interponente, em síntese, que a forma de atualização das prestações foi objeto de livre deliberação entre os litigantes,

que, desprovidos de qualquer coação, elegeram o Plano de Atualização Mista — PAM, vinculando o reajustamento das prestações aos índices aplicados nos depósitos de contas de poupanças livres, mantidos nas Instituições integrantes do S.B.P.E. (Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo), sendo o mutuário responsável pelo saldo devedor ao final do contrato, uma vez que este não conta com a cobertura do FCVS — Fundo de Compensação da Variação Salarial, constituindo tal ajustamento em ato jurídico perfeito e acabado, nos termos do art. 6º, da Lei nº 4.657/42 e inciso XXXVI, art. 5º, da Constituição Federal. Afirma, baseado nessas alegações, que o apelado induziu o MM. Julgador *a quo* ao erro quando declarou que o contrato foi firmado sob a égide da Lei nº 8.177/91, uma vez que ela somente se aplica aos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial — PES.

Esclarece que a correção monetária nos contratos imobiliários foi instituída pela Lei nº 4.380/64, que também criou o BNH — Banco Nacional da Habitação, a Sociedade de Crédito Imobiliário, etc. Posteriormente, a Lei nº 4.595/64 criou o Conselho Monetário Nacional para comandar o Sistema Financeiro Nacional, juntamente com o Banco Central da República do Brasil. Em 1986, o BNH foi extinto através do Decreto-Lei nº 2.291, tornando o Conselho Monetário Nacional a entidade superior do Sistema Financeiro Nacional, enquanto o Congresso Nacional não reestruturá-lo, conforme determina o art. 192, da Constituição Federal.

Faz toda essa explanação para chegar à conclusão de que o crédito foi concedido ao apelado com base na Resolução nº 1.446, de 05.01.88, do Conselho Monetário Nacional, inciso II, alínea “a” e “c” e inciso VIII, c/c alínea “j”, inciso I, da Circular nº 1.278 de 05.01.88, e Circular nº 1.511 de 13.01.1989, do Banco Central do Brasil e não sob o império da Lei nº 8.177/91, que se refere apenas aos contratos atrelados ao PES/CP, firmados antes da edição da referida Lei.

Contra-razões tempestivas, pretendendo o apelado a manutenção da sentença fustigada, com o conseqüente improvimento do apelo.

Analisando o contrato no que se refere à cláusula de reajuste questionada, verifica-se que foi eleita a seguinte fórmula:

“O encargo mensal será reajustado de forma mista, pelo maior índice de aumento salarial estabelecido por lei ou Ato Normativo Federal e pela Repactuação anual, conforme a seguir se dispõe...”

Extrai-se daí, que o fator determinante para o reajuste da prestação é o aumento salarial do mutuário e a repactuação anual entre os litigantes, levando-nos a concluir que, embora não esteja escrito de forma expressa, o contrato em questão está sim vinculado ao Plano de Equivalência Salarial.

A exegese da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, indica que o apelante se utilizou do preceptivo contido no artigo 23, para aplicar ao cálculo das prestações o índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre, motivo de toda controvérsia, o que onerou, por demais, o valor das mensalidades.

Urge acrescentar, por imperioso, que esse não foi o motivo isolado provocador da oneração do contrato e da irrisignação do apelado que motivou a busca da tutela jurisdicional, outro aspecto reside no fato de que o apelante não respeitou o disposto no art. 24, caput, da mesma Lei nº 8.177/91, *verbis*:

“Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo.”

Portanto, a prestação deve ser reajustada pelo mesmo índice aplicado aos depósitos de poupança, ficando subordinada ao teto

máximo obtido da relação prestação/renda, verificada na data em que o contrato foi firmado, não podendo, de forma alguma, ultrapassar o percentual inicialmente encontrado. Essa a fórmula a ser utilizada.

Em outro pesar, vislumbrando a sentença combatida, percebe-se que efetivamente o MM. Julgador laborou em equívoco ao proferir que *"... como os supracitados artigos foram declarados inconstitucionais, mediante Adin. Nº 493-0/DF, relatada pelo Ilustre Min. Moreira Alves, infere-se que a forma de reajuste pactuada é igualmente inconstitucional..."*, pois tal Acórdão refere-se somente aos contratos relacionados com o Sistema Financeiro da Habitação e às operações com recursos da Caderneta de Poupança, formalizados antes do dia 01 de fevereiro de 1991, o que não é o caso do contrato em questão, uma vez que foi firmado em 22 de setembro de 1991.

Consequentemente, equivocou-se também o MM. Juiz a quo ao concluir que *"... como não se pode aplicar o disposto na Lei 8.692/93, que é o dispositivo que rege, atualmente, o reajuste mensal dos encargos sub exame, pois o seu art. 27 veda a sua aplicação aos contratos celebrados antes da sua vigência, utilizando-se o Princípio da Aplicabilidade da Lei no Tempo, evidencia-se que a forma de reajuste a ser seguida e a exposta na Lei 8.100/90, efeito jurídico denominado repristinação da lei..."*, uma vez que, como visto, a decisão da Adin nº 430-0 não abrange o contrato em tela.

Dessa forma, no tocante ao reajuste das prestações, deve o contrato continuar sendo regido pela Lei. nº 8.177/91, afastando-se a repristinação da Lei nº 8.100/90, evidenciada no *decisum* fustigado.

De todo o que foi discutido, conclui-se que tanto assiste razão ao apelado quanto ao apelante, pois ao meu ver outra não poderá ser a solução para o litígio ora submetido ao duplo grau de jurisdição senão a que se segue:

- a) as prestações deverão ser reajustadas de acordo com o índice derivado da taxa de remunera-

ção básica aplicável aos depósitos de poupança livre, em obediência ao art. 23, da Lei nº 8.177/91, pois o referido contrato não foi alcançado pelos efeitos da decisão da Adin nº 493-0/DF; b) no cálculo do reajuste de cada uma delas deve se levar em conta que o valor da prestação não deve exceder o percentual encontrado na relação prestação/renda verificado na data da assinatura do contrato de financiamento em exame — 22.09.91 — segundo determina o art. 24, da mesma Lei.

Esta a solução que, ao meu entender, demonstra-se mais justa para o litígio em tela, uma vez que beneficia equitativamente ambas as partes. O apelante terá garantida a fórmula de reajuste das prestações que pleiteia e, em contrapartida, ao apelado será assegurado que o valor da prestação não excederá a equivalência salarial encontrada no início do contrato, tudo em respeito ao império da Lei e do contrato.

Ex positis, somos porque se conheça do apelo, para dar-lhe parcial provimento, no sentido de modificar a decisão combatida, visando a aplicar ao contrato em epígrafe as determinações dos artigos 23 e 24 da Lei 8.177/91, acima mencionada.

É o parecer.

Aracaju, 8 de setembro de 1998.

PROMOÇÕES

1ª Instância

Sem lei estadual que o autorize, não pode o Estado-Membro figurar em operação de compensação envolvendo títulos de dívida emitidos pela União Federal.

MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS
Promotora de Justiça

E. T. T. — Empresa de Transporte de Turismo Ltda., promoveu a presente ação declaratória de existência de relação jurídica e do direito à compensação de dívidas c/c com tutela antecipada contra o Estado de Sergipe, objetivando seja declarada a legalidade da utilização de seus direitos creditórios para quitar a dívida tributária que tem junto ao requerido.

Requeru também a determinação liminar de expedição de certidão positiva de débito com efeito de negativa.

Relata que confessou-se devedora da Fazenda Estadual das importâncias indicadas na inicial, informando também que é proprietária de TDAs decorrentes do processo de desapropriação para fins de reforma agrária por interesse social, ocorrido em razão do Decreto Presidencial nº 91.841, de 25.10.85, que gerou a ação de desapropriação de número 00.43.257, em trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Cuiabá, Estado de Mato Grosso. Assim, pretende ofertá-los para pagamento do débito que possui junto ao requerido.

Alega que o T.D.A “constitui autêntica moeda e por isso não pode ser rejeitada por seu emissor”, tendo o próprio Governo Federal, através da MP 1.568, de 11.09.97, autorizado o INSS a recebê-lo em pagamento de seus créditos.

Funda o pedido nos artigos 17 do Decreto nº 59.443/66, 13 do Decreto nº 95.714/88 e 1009 do Código Civil.

Em sua contestação o Estado de Sergipe alegou:

1. Que o pagamento de qualquer débito tributário somente pode ser efetivado pelas formas previstas no artigo 162 do CTN.

2. Que não há lei estadual autorizativa do recebimento de TDAs como pagamento de débito tributário.

3. Que os dispositivos que fundamentam o pedido não constituem normas tributárias estaduais, conforme regra estabelecida nos artigos 146 e 155 da Constituição Federal.

Nos termos do artigo 1009 do Código Civil, a compensação somente é admissível entre duas pessoas que sejam ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra.

Na hipótese dos, autos, a petição inicial sequer afirmou a existência de débitos do requerido junto à autora. Não preenchendo o Estado de Sergipe a condição de devedor, inexecutível é a compensação pretendida.

Conforme salientou a própria requerente em seu petitório, o “TDA não pode ser rejeitado por seu emissor. (fls. 4, grifo nosso).

Não tendo emitido os títulos de dívida agrária entregues à autora, não está o Estado de Sergipe habilitado a figurar numa operação de compensação envolvendo tais documentos.

Pretender colocar o Estado de Sergipe na posição de devedor em face da requerente, em virtude de emissões procedidas pela União é o mesmo que negar o fundamento básico da forma de Estado adotada pela Constituição da República, — o federalismo — que consiste na autonomia dos Estados Federados.

Na lição de José Afonso da Silva,

O Estado Federal apresenta-se “como um Estado que, embora aparecendo único nas relações internacionais, é constituído por Estados-membros dotados de autonomia, notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas à sua competência.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, pgs. 88-89, 6ª ed.).

Idêntico é o entendimento de Roque Antônio Carrazza:

“Na Federação, os Estados que dela participam (Estados-membros) estão subordinados a uma Carta Magna, que lhes confere competências tanto quanto ao estado Central (União). Nela, a União e os Estados-membros são autônomos, mas não soberanos, já que encontram limites em seu agir na Constituição que, encimando-os, dá validade aos atos jurídicos que praticam.”

E enfatiza o renomado tributarista :

“Na Federação, a autonomia dos governos estaduais está a salvo das incursões do Poder Legislativo Federal. Dito por outro modo, as leis ordinárias da União não podem lanhar a autonomia dos Estados-membros, garantida pela própria constituição Federal.” (Curso de Direito Constitucional Tributário, pg. 76, 4ª ed.).

E ainda:

“Sendo autônomo, cada Estado deve, sem interferência federais ou estaduais, prover as necessidades de seu governo e administração. Para isto, a Lei Maior conferiu a todos o direito de regular suas despesas e, conseqüentemente, de instituir e arrecadar em caráter privativo e exclusivo, os tributos que as atenderão.” (Obra citada, pg. 86).

A compensação pretendida não pode ser levada a efeito porque, além de não ter o Estado de Sergipe débito junto à autora, não há lei estadual autorizativa de compensação envolvendo os títulos oferecidos , conforme exigido pelos artigos 1.017 do Código Civil e 170 do Código Tributário Nacional.

Observe-se que o INSS integra Administração Indireta da União, que figura como devedora nos títulos ofertados ao requerido para fins de compensação. Mesmo assim, para que pudesse aceitá-los em pagamento, foi preciso editar-se a MP 1.568/97, em obediência aos dispositivos acima referidos. E ainda: por conter regra excepcional, que foge à disciplina do art. 162 do CTN, aquele instrumento normativo atinge apenas a instituição que especifica, não se aplicando sequer à Fazenda Pública Nacional.

Por ferir o princípio da autonomia dos Estados, especialmente marcante em matéria tributária, a pretensão deduzida não é passível de atendimento.

Pelas razões expostas, opina o Ministério Público pela improcedência da ação.

Aracaju, 19 de agosto de 1998

TRANSAÇÃO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E ILICITUDE DO OBJETO – INADMISSIBILIDADE

Não pode a Administração Pública transacionar em juízo quando inexistente lei que a autorize a tanto, em face da indisponibilidade dos bens e interesses públicos.

De igual forma, ilícito é o objeto do acordo posto para homologação que vise burlar a ordem de apresentação dos precatórios, sob pena de tornar letra morta o princípio da impessoalidade nos atos da Administração.

MARCELO AUGUSTO COSTA CAMPOS
Promotor de Justiça

Vieram os autos com Vista ao Ministério Público para que a sua representação nesta comarca emita parecer opinativo sobre a petição encartada às fls. 180/181, que contém pedido de homologação da transação celebrada entre as partes nos termos ali indicados, isto é, o pagamento da quantia de R\$ 32.500,00 (trinta e dois mil e quinhentos reais) correspondentes a 13 (treze) meses da subvenção social não repassada à associação em 13 (treze) parcelas de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

É cediço que para o julgador analisar a viabilidade ou não da homologação do pacto celebrado entre as partes levará em conta, essencialmente, se estão presentes os requisitos do negócio jurídico, ou seja, se as partes são legítimas, se a forma é a prescrita ou

não é defesa em lei, e por fim se o objeto não é contrário ao direito.

Este, de igual forma, é o âmbito da análise aqui empreendida pelo órgão promotorial.

Antes, contudo, um breve resumo do que está enfeixado nos autos é conveniente para a correta compreensão da matéria.

A lide posta em juízo alberga pretensão de condenação do Município requerido a que sejam efetuados à associação autora, que foi declarada de utilidade pública pela Lei Estadual nº 3.228/92, os repasses de subvenção social autorizados na Lei Municipal nº 24/96 de diversos meses em atraso e dos subseqüentes ao ajuizamento da ação.

O Município contestou alegando, basicamente, que a entidade beneficiária nunca prestou contas dos repasses que foram recebidos e não comprovou que a subvenção autorizada por lei teria vigência também no exercício de 1997.

Considerando que as ações entre particulares não se confundem com as ações entre estes e o Poder Público, quando está em jogo o interesse público indisponível, ou seja, o próprio patrimônio da sociedade, uma incursão um pouco maior nos meandros da causa é indispensável por parte do agente ministerial, que possui entre suas funções institucionais a missão de proteger o patrimônio público.

Realizada esta operação, a conclusão a que se chega é a de que não deve ser homologada a transação em causa por duas singelas razões.

A uma, porque não pode a Administração Pública transacionar sem prévia autorização legal.

A duas, porque ainda que pudesse transacionar, no caso concreto está ausente a licitude do objeto na avença realizada, pois é de se levar em conta no estudo a ser desenvolvido que em casos que contam com a participação da Administração Pública tal característica somente pode ser notada quando presente o interesse público primário, não satisfazendo o requisito a presença unicamente do secundário, conforme célebre distinção de RENATO ALESSI.

Desta forma, e sem descer ao exame da adequação da via eleita, isto é, ajuizamento de ação ordinária de cobrança visando o repasse de verbas de subvenção social criada por lei, ambas as hipóteses são adiante criteriosamente examinadas.

DA IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO POR AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA A ADMINISTRAÇÃO TRANSACIONAR

Reformulando entendimento manifestado em outras oportunidades, pensamos que o acordo em pauta não pode ser objeto de homologação judicial porque a pessoa jurídica de direito público não pode transacionar sem prévia autorização legal.

No caso vertente, não foi sequer alegada a existência e/ou vigência de lei municipal que discipline as condições em que é possível à Administração firmar acordos em juízo, sendo desta forma dispensável o recurso à regra do art. 337, do Código de Processo civil.

O ponto de vista defendido encontra guarida em lição extraída de caso que se adequa por semelhança a hipótese em estudo, contida em parecer da lavra da ilustre Procuradora do Trabalho da 20ª Região, Dra. VILMA LEITE MACHADO AMORIM, emitido no processo nº 06.01.0616/97 (Erinaldo Gomes Santos X Município de Aquidabã) no sentido de que *“inexiste dúvida que está em jogo o Patrimônio Público, razão que faz prevalecer a indisponibilidade dos direitos, por pertencentes a toda a coletividade. Os agentes públicos são gestores de patrimônio que não lhes pertence, do qual não são senhores absolutos. Ao lidar com os bens públicos, os administradores manipulam interesses pertencentes a toda a coletividade e, como tal, não podem dele dispor, posto que tais bens não se encontram à sua livre disposição. Só a lei pode autorizar a prática de qualquer ato que implique disposição dos direitos públicos. Daí dizer-se que o patrimônio público é inalienável, impenhorável, etc..”*

Neste passo, convém trazer à colação os ensinamentos do insigne mestre do Direito Administrativo, de saudosa memória, Prof. HELY LOPES MEIRELLES¹:

“Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam a qualquer título, às entidades autárquicas e paraestatais.

No conceito de administração de bens se compreende normalmente o poder de utilização e conservação das coisas administradas, diversamente da idéia de propriedade, que contém, além desse o poder de oneração e disponibilidade e a faculdade de aquisição. Daí porque os atos triviais de administração, ou seja, de utilização e conservação e do patrimônio público, independem de autorização especial, ao passo que os de alienação, oneração e aquisição exigem, em regra, lei autorizadora e licitação para o contrato respectivo.”

É preciso, deste modo, apreciar a questão sob o prisma e com as peculiaridades do Direito Administrativo. O instituto da transação, de caráter eminentemente civilista (arts. 1.025 a 1.036) e que conceitualmente pode ser definido como o modo pelo qual as partes resolvem fazer concessões recíprocas com o fim de extinguir uma obrigação ou litígio, em tais casos, tem como condicionante de sua validade a observância prévia de preceitos de Direito Público.

O seguinte paralelo pode ser traçado para a melhor apreciação do tema: Para que um bem imóvel de propriedade privada seja vendido exige-se tão somente que as partes sejam capazes, que haja consenso sobre o preço e que o contrato seja feito por escritura pública levada a registro. Em relação à propriedade imóvel de pessoa jurídica de direito público, a transferência do domí-

nio também se dá segundo as regras da legislação civil, mas outras providências anteriores que dizem respeito tão somente às normas administrativas são exigíveis, a exemplo de autorização legislativa, precedente avaliação e licitação.

É então de se concluir que a Administração também pode transacionar, mas vedada fica tal possibilidade quando não houver previsão em lei.

Palmilhando este caminho, o Excelso Superior Tribunal de Justiça² já teve oportunidade de se pronunciar, tendo na ocasião registrado em aresto paradigma que:

“À Fazenda Pública, é defeso firmar ‘transação’, negócio jurídico de direito privado, salvo com autorização legal.” (STJ – 1ª Turma, REsp 68.177-4 – RS – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 02.09.96, deram provimento, v.u., DJU de 07.10.96, p. 37.589).

De mais a mais, a limitação à possibilidade de transacionar aqui vislumbrada, não é atinente apenas à Administração Pública, porque em situações outras no próprio direito privado restrições existem, sendo de bom alvitre mencionar aquelas lembradas pelo preclaro civilista Prof. ARNOLDO WALD³:

“A transação exige a capacidade geral necessária à prática dos atos jurídicos, havendo ainda restrições especiais em virtude das quais se limita o poder do representante e do assistente para transigir. Assim, os tutores e os curadores necessitam de autorização judicial para transigir em nome dos tutelados e curatelados (art. 427, IV, do CC, e art. 453), tendo a jurisprudência aplicado princípio idêntico aos pais em relação aos interesses dos seus filhos menores. O pródigo não pode transigir (art. 459 do CC), o marido e a mulher não o podem, um sem a au-

torização do outro, quando a transação importa na alienação ou oneração de imóveis, como também não podem transigir o sócio que não tiver a administração da sociedade (art. 1.387 do CC), o síndico da Massa Falida sem autorização do juiz e audiência do falido (Lei de Falências, art. 63, XVIII), os mandatários sem poderes especiais (art. 1.295, 1º, do CC e 108 do CPC) e os representantes do Ministério Público.”

Entre as situações acima retratadas e a questão ora debatida uma similitude não pode deixar de ser notada. Todos os exemplos são de representação de interesses alheios e da necessidade de alguma espécie de autorização para a disposição desses direitos. No caso fluente não é diferente, o Administrador Público é, como o mandatário, um gestor de interesses de terceiros, *in casu*, toda a sociedade, e somente pode transacionar com estes interesses nos termos em que esta mesma sociedade, através de seus representantes no Poder Legislativo, resolver dar autorização.

Por derradeiro, para por uma pá de cal sobre qualquer argumento em contrário e demonstrar o acerto deste ponto de vista, vale mencionar que no plano da União Federal existe lei específica regulando as ocasiões em que é admissível a transação.

A esse propósito, a dicção do art. 4º, VI, da Lei Complementar à Constituição Federal nº 73/93 é a seguinte:

“Art. 4º. São atribuições do Advogado-Geral da União:

VI. desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.” (grifos nossos)

Atualmente a Lei Federal de nº 9.469, de 10 de julho de 1997, dispõe sobre a matéria, que já foi também objeto de atenção pelas Leis 8.197/91 e 6.825/80.

No mesmo diapasão, o art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 33, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu o Código de Organização e Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe, dispõe, nesta esfera de Poder, acerca das situações em que a Administração fica desobrigada do dever de interpor recursos contra decisões judiciais. Ora, se mesmo havendo sentença condenatória, ou seja, com o direito já definido no comando do julgado, a Fazenda Pública Estadual somente pode deixar de recorrer nas hipóteses previamente autorizadas pelas exceções legais, corolário lógico e insuperável é de que também não pode transacionar ao livre talante do administrador.

Se assim é, por que no âmbito municipal não haveria necessidade de existência de lei própria?

Assim, demonstrado está o impedimento em a pessoa jurídica de direito público transacionar sem antecedente autorização legal, pelo que não deve ser homologado o presente acordo.

Antes, porém, que se diga que não há tal necessidade na situação concreta porque o direito está estabelecido na própria lei municipal nº 24/96 e não teria sentido a Câmara de Vereadores autorizar por duas vezes a realização de uma despesa, deve ser registrado que também outro fundamento serve de estorvo para a consecução do fim intencionado pelos litigantes, que é justamente a inexistência de qualquer direito de crédito.

Destarte, segundo pensamos, acaso vencido este obstáculo, deve ainda ser rechaçada a pretensão das partes pelo vício apontado no tópico abaixo, abordado em atenção ao princípio da eventualidade.

DA IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO POR FALTA DE LICITUDE DO OBJETO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E FRUSTRAÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA DE APRESENTAÇÃO DOS PRECATÓRIOS

Ora, o direito a receber uma subvenção social mensal no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) dos cofres municipais afirmado pela autora na inicial, ficou condicionado pelo art. 2º da aludida Lei Municipal nº 24/96 à efetiva prestação de contas do repasse anterior, ainda que não tivesse sido consumido o respectivo valor.

Conclusão que não pode ser arredada é a de que se não houve regular prestação de contas, cessou o direito à tantas vezes mencionada subvenção.

A autora, com a inicial, trouxe os documentos de fls. 23 a 166, na tentativa de afastar o seu inadimplemento com a obrigação mensal de prestar contas. Entretanto, tal desiderato não pode ser tido como atingido, posto que se trata de documentos produzidos unilateralmente pela parte autora — até aí nenhum vício —, que não se desincumbiu do ônus de demonstrar que as prestações de contas foram entregues à verdadeira destinatária, a Prefeitura Municipal.

Ainda que seja o bastante tão somente a verificação de que a associação autora se omitiu no dever de prestar contas, não é possível deixar de dizer que o exame realizado sobre a documentação adunada revela uma situação estarrecedora, capaz de deixar feridos de morte os mais mezinhos princípios da contabilidade e da razoabilidade, como se verá a seguir, suficiente até para dar margem a que se levantasse dúvida sobre a sua regularidade, acaso pudesse ser afastada a questão da não comprovação, da apresentação das contas ao município réu.

Frise-se que foi o próprio Município de Pacatuba que contestou dizendo que jamais recebeu qualquer prestação de contas,

como está escrito com todas as letras no tópico nº 2.3 da peça de resposta (fls. 173/174). Se esse é um pressuposto necessário ao surgimento do direito ao repasse seguinte, como já foi demonstrado por ser uma exigência da Lei Municipal nº 24/96, como admitir agora a transação posta em juízo para exame?

Antes, porém, deve ficar assentado que a aludida lei local exigiu a abertura de conta especial para a movimentação dos recursos relativos à subvenção, assim sendo feito com a abertura da conta de nº 10.348-9 — no que andou bem, pois por força do contido no § único do art. 1º, da lei 8.429/92, suas disposições se aplicam aos gestores da associação autora e assim pretendeu-se possibilitar a atividade fiscalizadora —, e determinou que da prestação de contas deveria constar o seguinte: balancete financeiro; relação dos pagamentos efetuados; xerocópias dos documentos comprobatórios de despesa; cópia do extrato bancário e conciliação do saldo bancário.

Insta acentuar, de logo, que a exigida “relação de pagamentos efetuados” não está inserida na documentação de nenhum mês, não sendo possível admitir que a ausência estaria suprida pela presença dos comprovantes de despesa, porque esta é uma outra exigência.

Por outro lado, é curioso que o ofício que “encaminha” a prestação de contas no mês de maio/96 (primeiro mês), faz equivocada alusão à “Prestação de contas do Convênio nº 24/96”. Curioso porque faz menção a “convênio” que não existe e nunca existiu e ainda porque o número foi colocado à tinta posteriormente.

E o mais curioso ainda é que exatamente os mesmos equívocos são notados, da mesma forma, em todos os outros ofícios que “encaminham” prestações de contas que residem nos autos.

É o momento, então, de exemplificar as constatações mais estranhas que se extraem das contas constantes nos autos.

Prestação de Contas do mês 06/96 — encaminhado em 30.06.96 (fls. 24)

Em que pese a prestação abranger as despesas realizadas no período de 01 a 30.06.96, observa-se o seguinte:

Recibo de fls. 29 — datado de 31.03.96
Recibos de fls. 30/37 — datados de 30.04.96
Recibo de fls. 38 — datado de 30.07.96
Recibos de fls. 39/46 — datados de 31.01.96
Recibos de fls. 47/54 — datados de 29.02.96

Por outro lado o extrato bancário de fls. 59 revela que no período houve apenas 01 (um) lançamento a crédito e 02 (dois) a débito, o que demonstra, pelo menos, que se os valores foram sacados para que os diversos pagamentos fossem realizados em dinheiro foi frustrada a previsão legal de que toda a movimentação fosse feita pela conta corrente especialmente aberta.

Prestação de Contas do mês 07/96 — encaminhado em 31.07.96 (fls. 55)

No mês em questão o extrato bancário de fls. 59 não registra qualquer movimento na conta corrente, apesar das contas oferecidas indicarem receita e realização de despesas no mesmo montante de R\$ 2.500,00, o que enseja, pelo menos, a que se pense que a movimentação não foi efetuada pela conta específica.

Prestação de Contas do mês 09/96 — encaminhado em 30.09.96 (fls. 92)

No referido mês é registrado pelo extrato bancário o saque de apenas dois lançamentos a débito (docs. de nºs 35.284-5 e 35.285-3), apesar do número de despesas ter sido bem superior, o que demonstra, pelo menos, que se os valores foram sacados para que os diversos pagamentos fossem realizados em dinheiro foi frustrada a previsão legal de que toda a movimentação fosse feita pela conta corrente especialmente aberta.

De mais a mais, em que pese o período abrangido ser o de 01 a 30.09.96, constata-se dos documentos carreados que:

Recibo de fls. 98/104 — datados de 31.09.96
Recibos de fls. 106/107 — datados de 31.10.96

Recibos de fls. 108/109 — datados de 30.11.96

A primeira evidência que entra em rota de choque com a realidade é que a data que consta em nada menos que 07 (sete) recibos é o dia 31 de setembro, que simplesmente não existe em nosso calendário.

A outra, é que apesar das datas desconstruídas entre os comprovantes de despesa apresentados, não é possível dizer que foi devido a mero erro no momento de juntá-los, pois a soma dos valores constantes de todos eles (fls. 97 a 109) dá exatamente R\$ 2.230,00 (dois mil duzentos e trinta reais), ou seja, igual àquele que consta no balancete financeiro de fls. 93 como o total gasto no mês referido com despesa de pessoal.

Prestação de Contas do mês 10/97 — encaminhada em 31.10.96 (fls. 112)

Da mesma forma que em meses anteriores o número de débitos que consta do extrato de fls. 115 não é compatível com o número de despesas realizadas, podendo ter ocorrido as mesmas falhas antes apontadas.

De outra parte, nos documentos apresentados são notadas algumas incoerências, como é fácil demonstrar pelos seguintes exemplos, onde se constata datas de emissão posteriores à alegada apresentação:

Nota fiscal de fls. 117 — datada de 30.11.96

Nota fiscal de fls. 118 — datada de 30.11.96

Recibos de fls. 121/122 — datados de 30.11.96

Nota fiscal de fls. 123 — datada de 30.11.96

Por tudo o que se viu, não é lícito o objeto do acordo ora submetido ao crivo de V. Exa., uma vez que sendo os interesses da Administração Pública marcados pelo traço indelével da indisponibilidade, não pode esta mesma Administração transacionar assumindo obrigações que já se comprovou serem inexigíveis desde que a Associação São Félix de Pacatuba deixou de demonstrar o atendimento ao requisito legal de apresentação de prestação de contas mensais, como já exaustivamente repetido, como *conditio*

sine qua non para a obtenção dos repasses seguintes, deixando, destarte, perecer qualquer direito.

Por outra vertente, não bastassem os argumentos até agora expendidos, o acordo em questão tem objeto ilícito por erigir-se o mandamento estampado no art. 100 da Constituição da República em óbice intransponível ao fim colimado pelas partes, senão vejamos:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Note-se que o dispositivo constitucional sob comento falando em “sentença judiciária” abrange, como não poderia deixar de ser, as hipóteses de sentenças homologatórias, sem qualquer distinção.

Não se pode perder de vista, ainda, é que é “mister evitar que se burle a lei e se façam pagamentos que, a pretexto de transação, estariam antes e na verdade a inverter a ordem dos precatórios, em violação à Constituição” e por outro lado que a “Fazenda Pública não está impedida de fazer acordo” — desde que haja prévia autorização legislativa — acrescentamos. “Só não pode empenhar sua solução na verba destinada, pelo orçamento, ao pagamento dos precatórios judiciais, porque isto implicaria procrastinar o pagamento de obrigações preferenciais, resultaria em ilegal interferência na posição dos exequentes que permanecessem na fila, para receber seu crédito no exercício programado pela respectiva previsão orçamentária, obedecida a ordem cronológica dos precatórios”⁴, única forma de garantir permaneça incólume o princípio da impessoalidade, norteador de toda atividade administrativa.

De ver-se, ainda, que somente há prova de previsão orçamentária para fazer face aos desejados repasses de subvenção social quanto aos meses de novembro e dezembro de 1996 — o que não muda o enfoque a ser dado, tendo em vista a já mencionada perda do direito —, sem qualquer demonstração de que o orçamento de 1997 previu tal realização de despesa.

Assim, contendo o acordo firmado na petição de fls. 180/181 pretensão de pagamento imediato das parcelas referidas, também quanto a este aspecto afetada fica a juridicidade do objeto, é que prosseguindo o processo o curso normal e sendo eventualmente julgado procedente o pedido o valor da condenação somente será pago pela via do precatório.

Não se perca de vista, aliás, que o art. 730 do CPC determina que a citação da Fazenda Pública na execução por quantia certa é apenas para opor embargos e em não sendo opostos, o juiz deverá requisitar o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente.

Onde então se constata a presença de alguma concessão por parte da associação autora em favor do réu?

Parece que não há, e se não existe concessões de parte a parte é porque em verdade de transação não se trata, o que rende ensejo mais uma vez a se verificar a apregoada ilicitude do objetivo almejado.

DA CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, opinamos pela não homologação do acordo celebrado entre as partes, seja porque não pode a Administração Municipal transacionar em juízo quando esta possibilidade não esteja legalmente franqueada, ou seja porque o objeto do pacto realizado é ilícito.

É o parecer, S.M.J.

Pacatuba, 27 de abril de 1998.

NOTAS

¹ In *DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*, Saraiva, 16ª ed., págs. 422 e 425.

² Theotonio Negrão, in *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E LEGISLAÇÃO PROCESSUAL EM VIGOR*, Saraiva, 29ª ed., pág. 262, nota ao art. 269. III, do CPC.

³ In *CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO — OBRIGAÇÕES E CONTRATOS*, Ed. Revista dos Tribunais, 12ª ed., pág. 112.

⁴ NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, in *Código de Processo Civil Comentado*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., págs. 128 e 129 (notas ao art. 100 da Constituição Federal).

Partilha – Nulidade – Herdeiro necessário excluído – Art. 1030 do CPC – Para anular a partilha, os herdeiros dela excluídos, que não participaram do inventário, devem utilizar-se da ação de nulidade ou petição de herança vintenária, e não da rescisória” (STF, RE 93.700, DJU de 22.10.82, rel. Min. Rafael Mayer, RT 567/235).

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça

Trata-se de AÇÃO DE NULIDADE DE PARTILHA proposta por JOSÉ CARLOS SILVA LOPES e outros contra LAIRA SILVA LOPES e outros, sob a alegação de que o inventariante tendo conhecimento de que seu pai tinha além dos filhos nominados e listados na inicial como nas primeiras declarações, omitido dolosamente o nome dos requerentes, com o intuito de deserdá-los, ludibriando com este ato irreflexo e criminoso a própria Justiça, induzindo o Poder Judiciário ao erro, vez que, em nome das declarações omissas e dolosas apresentadas, bem como de uma Partilha Amigável que promoveu às fls. 30 a 32 dos autos, o Juízo de Vossa Excelência em 19 de julho de 1995, homologou a mesma, porém em bom tempo e, exercendo com responsabilidade o chamado Juízo de cautela, ressaltou o direito de terceiros, esse que neste momento os requerentes exercem, até porque foram indevidamente preteridos da herança.

Em sua contestação os requeridos alegaram que não houve o dolo sinalizado contra o inventariante, posto que ausente a intenção de prejudicar. Foram relacionados os herdeiros que constituíram seu procurador comum o qual não está obrigado a saber se há outros herdeiros ou, se há, qual seja a sua qualificação pessoal para mandar citá-los.

Concluem que, se houve dolo, tal ocorreu, isto sim, por sua intencional indiferença, deixando o processo tramitar até o seu final (agosto de 1994 a julho de 1995), para então impugná-lo, numa manobra tão dolosa quanto torpe e “*Ninguém pode alegar em seu benefício a própria torpeza*”.

O processo foi regularmente processado.

É o relatório.

Passo a emitir o parecer.

PRELIMINARMENTE: DA PRESCRIÇÃO

Sabe-se que são diversos os prazos de prescrição nas ações de nulabilidade e nas de nulidade de partilha. Evidentemente que, se se tratar de ação de nulidade, inaplicável seria a prescrição de um ano regradada pelo parágrafo único do art. 1.029 do CPC, isso porque o preceito refere a casos de anulidade. Mas, igualmente não se poderá dizer que seria a prescrição de 20 anos regulada pelo art. 177 do CC. De ressaltar que a jurisprudência tem admitido esse prazo para as ações de nulidade de partilha mas somente para situações de nulidade de pleno direito, envolvendo exclusão ou ausência de herdeiros necessários do processo de inventário. A propósito, menciono os seguintes julgados: RJTJRGs 68/261, rel. Des. Peri Condessa; RJTJRGs 73/167, rel. Des. Bonorino Butteli e RJTJRGs 121/358, rel. Des. Oscar Gomes Nunes.

Como estabeleceu o STF (RTJ 103/706 e 38/272), segundo anotado por Theotonio Negrão, três são os prazos para a prescrição da partilha: a) em 1 ano, quando anulável; b) no prazo da ação rescisória, quando de violação de direito expresso; c) em 20 anos, nos casos de nulidade absoluta (CPC, 18ª ed., nota ao art. 1029, p. 407).

A ação direta de nulidade ou querela *nulitatis* só tem lugar na hipótese de nulidade de pleno direito equivalente a nulidade absoluta. No dizer novamente, de Humberto Theodoro Júnior, a nulidade *ipso iure* situa-se da nulidade da relação processual, inutilizando o processo como um todo e projetando-se, também, sobre a sentença.

No caso da presente ação, por tratar-se de exclusão dos herdeiros necessários no processo de inventário, não há que se cogitar da ocorrência da prescrição, tendo em vista que a hipótese acima tratada é de nulidade absoluta, portanto, a prescrição é de 20 anos regulada pelo art. 177 do CC.

NO MÉRITO

O pedido constante na inicial se sustenta em nulidade absoluta, pela exclusão de herdeiros. O prazo prescricional, no caso, é de vinte anos, como previsto no art. 177 do CC (Washington de Barros Monteiro, *Direito das Sucessões*, fls. 313).

Lembra Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, v. 4, ed. 88, fls. 119): “Quando, na partilha, se preterir herdeiro que participou da formação do processo, ela será rescindível por ação rescisória, mas, se o herdeiro não foi citado para o inventário nem dele participou, não está sujeito à eficácia da coisa julgada e, conseqüentemente, poderá reclamar a herança através de ação comum prescrevendo sua pretensão em 20 anos...”

Nesse mesmo sentido preleciona Clóvis do Couto e Silva (*Comentários*, v. XI/397) entende que “quem não participou do inventário não pode ser atingido pela sentença de partilha, devendo-se obedecer à disposição do art. 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual a sentença não beneficia e nem prejudica a terceiros, de modo que a eles não são aplicáveis as regras a respeito do prazo da rescisória da sentença”.

Esta, exatamente, a situação destes autos, pois os requerentes não foram partes na partilha amigável, esta é atacada de nula, face à exclusão dos requerentes considerados herdeiros.

Diante do exposto, o Ministério Público por seu representante que esta subscreve, manifesta-se pela Nulidade da Partilha e de todos os atos que lhes antecederam a partir das primeiras declarações.

Este é o parecer.

Capela, 08 de outubro de 1997

Revisão Contrato Bancário – Direito do Consumidor – Nulidade de Cláusulas Abusivas. a) Juros Sobre Juros: Ilegalidade. b) Juros de 12% a/a: Vigência do Decreto 22626/33. c) Comissão de Permanência: Inadmissibilidade. Alteração de Cláusulas Contratuais em Virtude da Ilegalidade e Desequilíbrio.

MARIA HELENA SANCHES LISBOA
Promotora de Justiça

"BANCOS SÃO INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE PEDEM O SEU RELÓGIO EMPRESTADO PARA LHE DIZER AS HORAS. ALGUNS NÃO O DEVOLVEM."

Mark Twain (1835/1910)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através da Promotora de Justiça em exercício nesta Comarca, na qualidade de fiscal da lei, vem à presença de Vossa Excelência manifestar-se nos moldes a seguir delineados:

DOS FATOS:

O Requerente postula em Juízo, visando a Revisão Parcial de Contrato celebrado com o Banco do Brasil S/A, sob a alegação de que as taxas de juros cobrados pela instituição bancária são abusivas, superiores a 90% (noventa por cento), ensejando a necessidade de revisão das cláusulas insertas nos referidos contratos, para garantir o equilíbrio contratual e aplicação das medidas legais pertinentes.

Depreende-se da leitura da exordial e da documentação acostada, que o Requerente celebrou contrato de nº 95/00054/2, em

14.02.95, para o levantamento junto ao Banco do Brasil S/A do valor original de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ocorre que, em face da impossibilidade de quitação do débito na data aprazada, o Requerente assinou confissões de dívida, conforme escrituras em apenso, declarando ser devedor das importâncias de R\$ 86.890,74 (oitenta e seis mil oitocentos e noventa reais e setenta e quatro centavos) e R\$ 19.920,33 (dezenove mil novecentos e vinte reais e trinta e três centavos), através de novações dos débitos anteriores.

Cumprir registrar que o Requerente afirma em sua peça inaugural o fato da instituição bancária, além da cobrança de juros remuneratórios inexplicáveis, correção monetária, cobrava também a denominada taxa de comissão de permanência.

Em sua contestação, o Requerido alega, preliminarmente, que o contrato fora celebrado de livre e espontânea vontade, devendo prevalecer o princípio do *pacta sunt servanda*.

No mérito, afirma serem legais a cobrança de correção monetária, visto que expressamente pactuada entre as partes; a capitalização dos juros, sob o mesmo argumento; bem como não ser possível a aplicação da taxa de juros de 12% (doze por cento) ao ano, por não ser auto-aplicável tal dispositivo.

Declara ainda, o Requerente, serem inaplicáveis aos Contratos Bancários em exame, regras de Direito do Consumidor, isto porque o objetivo do mútuo, no caso em tela, é empreender novas atividades, não sendo o Requerente o consumidor final; mas apenas um intermediário do capital de giro.

DA PRELIMINAR:

Analisando-se detidamente os termos do presente, verifica o Ministério Público que efetivamente o contrato celebrado entre as partes fora firmado espontaneamente, sem qualquer vício externo comprovado.

Outrossim, os atuais doutrinadores e as legislações contemporâneas alteraram profundamente o princípio da força obrigatória

do contrato. Com efeito, fosse a função do Poder Judiciário apenas referendar a cláusula inserida em contrato (*pacta sunt servanda*), sem o exame da legalidade, quando questionada pelo obrigado, seria ele um poder inútil.

Não há como negar-se ao Contrato Bancário, o caráter de contrato de adesão, onde o Contratante adere em bloco às cláusulas ali contidas, sem qualquer possibilidade de discussão, para a garantia do equilíbrio e modificação de condições.

A própria mecânica da contratação *sub judice*, todos os instrumentos avençados entre as partes, no transcurso desse relacionamento comercial, se apresentam como autênticos contratos de adesão, conforme vê-se a seguir:

“Quem contrata com um Banco só tem a possibilidade de aceitar em bloco as condições impostas ou recusá-las em sua totalidade, deixando de celebrar o contrato. Digamos: ou adere às condições ou não contrata. Não pode, entretanto, modificá-las ou pretender discuti-las com o Banco” (Sérgio Corvello, Contratos Bancários, pg. 44).

Nesse contexto, evidencia-se que à parte inferiorizada cabe tão somente aceitar a integralidade do contrato apresentado, nos exatos termos impostos, sem que lhe seja oportunizado discutir suas cláusulas e convenções ou então negar-se a celebrar o negócio.

Vale registrar que, justamente em decorrência do evidente cerceio na manifestação volitiva da parte aderente, pois só cabe dizer sim ou não acerca do contrato formulário que lhe é apresentado pronto e acabado, a doutrina e a jurisprudência elegem a regra hermenêutica da interpretação *contra stipulatorem*, ou seja, o teor do instrumento é interpretado contra aquele que o redigiu.

Nesse ponto, também há se invocar o que contém o artigo 47 da Lei 8.076/6/90, aplicável integralmente no âmbito dos contra-

tos bancários, devendo prevalecer o princípio contido no Código de Defesa do Consumidor, de que as cláusulas abusivas serão tidas como não escritas.

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – BANCOS”

1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º § segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco” (STJ 4ª Turma Resp Nº 57974/0 RS. Min Ruy Rosado de Aguiar).

Assim, entende o Ministério Público ser inteiramente descabida a preliminar argüida de força obrigatória das cláusulas pactuadas, devendo ser analisada a sua legalidade perante o Judiciário, visto que tal princípio não se apresenta absoluto e intangível, posto que o contrato somente faz lei entre as partes se as convenções nele contidas encontram-se em consonância com a lei. A lei pode mais do que o contrato, ou seja, *lex potest plus quam pactum*.

DO DIREITO:

1) CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS:

A hipótese narrada nos autos revela que a instituição bancária, valendo-se de seu poder econômico, impôs ao Requerente a assi-

natura de novos contratos de mútuo objetivando adimplir o saldo devedor decorrente das operações anteriores, ou seja, renegociar (renovar) total ou parcialmente o contrato anterior através da assinatura de novos contratos.

A nova ótica jurídica revela que tal circunstância não tem respaldo legal, sendo necessária a revisão contratual:

“CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO JUDICIAL DEFERIDA INCLUSIVE PARA CONTRATOS JÁ QUITADOS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 955 DO CC.

Se a prova revela que entre o banco e o devedor se estabeleceu continuidade negocial, em que os contratos subseqüentes quitavam os anteqüentes, gerou-se situação jurídica continuativa, a possibilitar a revisão negocial em sua globalidade, inclusive para retirar juros inconstitucionais dos contratos já quitados. Inconstitucionalidade dos juros é nulidade que não convalesce considerações sobre a autonomia da vontade.” (Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul – Apelação Cível nº 194002903) in Revista do TAERRGS 90/167).

Interessante mencionar que o egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se pronunciou em situação idêntica à presente, em acórdão da lavra do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, decidindo que: *“Ilíquida se apresenta a nota promissória fundada em novação quando demonstrada a capitalização dos juros”,* tendo o seguinte teor:

“Essa é a exata caracterização da capitalização, ou seja, apurado o montante devido e não pago, tomar-se novo empréstimo para saldar o anterior. Nesse mútuo são agregados as parcelas nas quais se decompõe a dívida anterior (capital

mais encargos) e os custos da nova obrigação.”
(STJ – 4ª Turma, julgado em 17.09.91. Resp Nº 7432).

Assim analisado, entende o Ministério Público que a mecânica do financiamento diluído em diversos contratos encadeados e sucessivos resulta na essência da condenada prática do anatocismo, posto que, no caso em exame, ainda que por vias oblíquas, torna-se patente a incidência de juros sobre juros.

Cediço que a capitalização de juros se revela prática proibida em lei (Decreto nº 22.626/33, artigo 4º e 11), inclusive para as operações financeiras, consoante a vigorante Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, já que a Súmula 596 não afasta a aplicação da Súmula 121.

Inúmeras decisões dos Tribunais e uníssona doutrina no sentido da nulidade da capitalização de juros, conforme verificamos abaixo:

“DIREITO PRIVADO – Juros – Anatocismo – A contagem de juros sobre juros é proibida do Direito Brasileiro, salvo exceção dos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. Inaplicabilidade da Lei de Reforma Bancária (Nº 4595, de 31.12.94). Atualização a Súmula 121 do STF – Recurso Provido.” (STJ – 3ª Turma Resp nº 2293. Ministro Cláudio Santos).

“DIREITO PRIVADO – Juros – Anatocismo – Vedação incidente também em instituições financeiras. Exegese do enunciado 121, em face do nº 7586, ambos da Súmula STF. Precedentes da Excelsa Corte. A capitalização de juros (juros de juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do artigo 4º do Decreto nº 22.626/33 pela Lei 4595/94. O

anatocismo, repudiado pelo verbete nº 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o Enunciado nº 596 da mesma Súmula (STJ), 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo.”

Sem sombra de dúvida, o cálculo dos encargos foi efetuado em desacordo com a lei, sendo nula a obrigação novada.

Há nulidade cominada por expressa disposição da lei – o Código Civil (artigo 145, incisos II e V) é taxativo em determinar que:

“É nulo o ato jurídico quando for ilícito ou impossível seu objeto; bem com quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.”

Cumpra deixar registrado que a prática de capitalização de juros tem sido constante nas instituições bancárias, sendo que, nem as incontáveis decisões dos Tribunais, nem a lei têm o condão de reprimir tal situação, isto porque, o único objetivo de tais órgãos é o lucro desmedido, desde as épocas mais remotas, trazendo graves prejuízos para os que necessitam recorrer aos mesmos, em virtude de ser o seguinte pensamento dominante dos dirigentes dos bancos na sua usura desenfreada:

“O tempo só melhora duas coisas na vida: os vinhos guardados e os juros compostos.”

John Perpont Morgan Jr. (1867-1943) Banqueiro

2) JUROS DE 12% AO ANO:

No que concerne ao juros de 12% (doze por cento) ao ano, nos termos do artigo 192, § 3º da Constituição Federal, entendeu o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 04, não ser auto-aplicável tal norma.

Com efeito, mesmo que não auto-aplicável tal regra constitucional, o fato é que os juros estão limitados ao patamar de 12% (doze por cento ao ano), por força de legislação vigente.

Os juros estão limitados ao patamar de 12% ao ano devido ao que dispõe a Lei de Usura, a qual não foi revogada em nenhum momento da história brasileira, tendo apenas a sua incidência, no que tange às instituições financeiras, bloqueadas pelo disposto no artigo quarto, IX e XVII, da Lei 4595/64 e Súmula 596 do STF, os quais concediam ao CMN verdadeiro poder de estabelecer regras sobre as taxas de juros.

O momento político em que se inseriram a criação da Lei 4595/64 e a edição do enunciado 596 foi caracterizado por atos discricionários do governo, justificando-se a outorga de poderes “legiferantes” ao Executivo, via Conselho Monetário Nacional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma sensível alteração do regime jurídico nacional, no que diz respeito à política monetária, sobretudo com as atuais medidas, que têm por objetivo a estabilidade econômica, devendo ser respeitadas as regras constitucionais:

- O artigo 22, VI e VII, da Constituição Federal, estabelece:

Compete privativamente à União legislar sobre:

VI. *Sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;*

VII. *política de crédito, câmbio , seguros e transferência de valores.*

- O artigo 48, XII, CF, hipótese de competência exclusiva do Congresso Nacional:

Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos 49, 50 e 51, dispor sobre todas as matérias da competência da União especialmente sobre:

XIII. matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;”

Tal dispositivo deixa claro que a incidência da Lei de Usura voltou a atingir as instituições financeiras, consoante julgado a seguir:

“O dispositivo do artigo 192 § 3º da CF não é auto-aplicável, conforme estabelecido na ADIN Nº 04. Todavia, isso, por si só, não implica liberação da taxa de juros. A CF revogou a legislação anterior que permitia a fixação pelo CMN, via BACEN. Da conjugação dos artigos 22 e 48 da Carta Magna, resulta que só o Congresso pode dispor sobre matéria financeira (incluídas aí, por óbvio, as taxas de juros) vedada qualquer delegação de poderes nessa matéria (art. 68). Por outro lado, o artigo 25 do ADCT revogou expressamente, no prazo de seis meses da promulgação da carta, toda a legislação permissiva de delegações executivas. Restaram, assim, revogadas a Lei 4595/64, nessa parte, e as resoluções do Banco Central liberadoras das taxas de juros. A matéria deveria ter sido regulada por lei aprovada no Congresso e tal não ocorreu. Vigente, pois, ainda, o Dec. 22626 – Lei de Usura – não revogado pela Lei 4595/64, apenas declarando não incidente às instituições financeiras, segundo Súmula 596 do STF. Limitação de juros de 12% ao ano mantida, mas por fundamento diverso.” Apelação Cível nº 194232419 – 5ª Cível – TARCS – julg. 21/12/95.

Em suma, a legislação vigente, após uma análise cuidadosa dos fatos e leis, é do Decreto 22.626/33, tal regramento incide sobre todos os negócios jurídicos travados no território nacional. A

inserção de cláusulas contratuais que estipulem taxa superior aos 12% a/a é abusiva, sendo fulminada pelo vício insanável da nulidade.

3) DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA:

No que diz respeito à comissão de permanência, estabelecida na Resolução nº 1129/86 do BACEN – criando fórmula compensatória do atraso do pagamento de débito – fica evidente que tal resolução é ilegal, implicando em cumulação de correção monetária.

Há de ressaltar o entendimento do Egrégio Tribunal do Estado de São Paulo, corroborando com tal pensamento:

“COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – Correção Monetária – Cumulação – Inadmissibilidade – Ilegalidade da Resolução 1129 de 1986 do Banco Central – Incidência somente de correção monetária, nos termos da lei 6899/81. Recurso provido em parte para excluir a indigitada comissão” (1º TACiv.-SP – 8ª Câ., apel. 418.218.5)

Com efeito, tal comissão caracteriza-se como um excesso na execução, um procedimento draconiano, proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, gerando onerosidade excessiva, isto porque permite à instituição financeira taxar indevidamente os débitos existentes, cobrando a maior taxa de juros existente no mercado, juntamente com a correção monetária, chegando-se a cálculos absurdos, conforme os autos analisados.

DAS PROVAS:

A documentação acostada, comprova que efetivamente a instituição bancária celebrou contratos com novação de dívidas, incluindo cláusulas abusivas e ilegais.

Depreende-se, também, das planilhas acostadas, que efetivamente foram efetuados cálculos, com a incidência de capitalização de juros, ou seja, juros sobre juros; juros compensatórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano e ainda a comissão de permanência.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, com fulcro nas razões apresentadas nos dispositivos legais supracitados e nos artigos 39, XI e 51 IV do Código de Defesa do Consumidor, opina o Ministério Público pelo deferimento do pedido, para que seja efetuada a revisão nos contratos firmados entre as partes, tornando-se nulas de pleno direito as cláusulas abusivas e ilegais, com as seguintes alterações:

- a) Nulidades das cláusulas que estabelecerem juros capitalizados afastando-se o anatocismo;
- b) Estabelecimento de taxa de 12% ao ano, nos termos da pretensão inicial deduzida ante a lesão evidenciada;
- c) Afastar a incidência da comissão de permanência, por ser ilegal;
- d) Seja efetuado o cálculo de correção monetária tomando-se por base o valor recebido no primeiro contrato firmado pelo Requerente, com a nulidade dos subseqüentes.

É o parecer !
S.M.J.

Umbaúba, 25 de setembro de 1998.

Usucapião. Alegação de posse adquirida de pai falecido. Ausência de comprovação e ilegalidade dos meios de transmissão invocados. Filho que mora em companhia dos pais, verdadeiros possuidores do imóvel, equipara-se a mero detentor, fâmulos da posse, não tendo ação contra os co-herdeiros, que também são co-possuidores. Inteligência dos artigos 1.776 e 487, do Código Civil.

NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR
Promotor de Justiça

AGAMENON DE ARAÚJO e MARIA FILOMENA NETA DE ARAÚJO, casados entre si, ingressaram perante esse Juízo com AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL, visando à declaração, em seu favor, do domínio do imóvel rural denominado “Sítio São Francisco”, localizado no Município de N. S. de Lourdes/SE, cujas especificações e confrontações estão descritas na inicial, encontrando-se ainda representado na planta anexada à fl. 06 dos autos. Fundamentaram o pedido na Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981.

O processo já se encontra com sentença de mérito proferida (fls. 218/225) nesse Juízo, julgando improcedente o pedido, com parecer do órgão Ministerial no mesmo sentido (fls. 213/216), tendo sido ainda os autores condenados por litigância de má fé, ao pagamento de despesas e custas processuais, além dos honorários advocatícios, estes na base de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

A parte autora apelou da decisão de primeiro grau, estando as razões recursais expostas às fls. 232/234.

Através do despacho de fls. 235/237, a Douta Magistrada julgou deserta a apelação, por falta de preparo. Dessa decisão houve agravo (fls. 241/243), encontrando-se autuado em apenso sob o nº 181/96, sendo submetido a julgamento perante a Colenda Câmara

Civil, Grupo I, do Egrégio Tribunal de Justiça (Rel. Des. ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA), em 18/08/97, que deu provimento ao Agravo, determinando o processamento da apelação.

Em cumprimento à Decisão irrecorrida da Corte Superior deste Estado, foi dado prosseguimento ao recurso de apelação, tendo o Apelado oferecido contra-razões ao recurso, as quais estão expostas às fls. 274/275.

Segundo os Autores haviam exposto no pedido, os mesmos pretendem usucapir o imóvel em litígio, alegando estar na posse do mesmo há mais de cinco anos, de forma mansa e pacífica, como se donos fossem. Concluída a instrução, afirmaram, em memoriais fls. 205/507), que o Autor varão, AGAMENON DE ARAÚJO, recebeu o imóvel por doação do seu genitor, FRANCISCO JOSÉ DE ARAÚJO, como compensação pelos valores desembolsados por ele, Autor, no tratamento de saúde do seu pai, em razão do que este, antes de falecer, teria deixado o Sítio “São Francisco” para o Autor.

Os fundamentos da sentença recorrida, que concluiu pela improcedência do pedido, foram, em síntese, os seguintes:

- A posse do imóvel era exercida pelo Sr. Francisco José de Araújo e pela Sra. Eulina Lima de Araújo, pais do Autor, sendo que este, como filho, residia no mesmo imóvel, inclusive depois de casado, e lá permaneceram ambos os autores mesmo após a morte do Sr. Francisco. A posse do Autor nunca foi, assim, exercida em nome próprio.
- Com a morte dos verdadeiros possuidores, o direito sobre o imóvel se transmitiu aos herdeiros, estabelecendo-se o condomínio entre os mesmos, e se o Autor ficou na posse direta do bem, assim estava na condição de administrador de coisa indivisa, não de dono, e enquanto dura o estado de indivisão, a coisa não pode ser

usucapida por um dos condôminos contra os demais.

- Ausência de *animus domini* por parte dos Autores, já que o imóvel não é o único bem do espólio.
- Quanto à alegação autoral de que o imóvel seria a compensação, na forma de doação, como pagamento pelas despesas feitas pelo autor com o tratamento do seu genitor, e despesas de sustento deste, e demais pessoas da casa (mãe do autor, e sobrinhos menores, filhos de Gileno José de Andrade, irmão do Autor, pré morto ao pai), não pode ser considerada válida essa doação, posto que não formalizada, e inadmissível doação verbal de imóvel. Também não se vislumbra qualquer contrato de troca, entre pai e filho, de objetos de valores equivalentes.

Das razões do Apelo (fls. 230/233) consta a alegação de que o imóvel não pertenceria ao acervo hereditário dos falecidos pais do Apelante varão, uma vez que teria sido transferido aos Apelantes em troca de um caminhão que pertencia a estes, e que foi vendido para custeio de despesas efetuadas com o tratamento e sustento dos seus pais. Alegam ainda que desde a época em que o genitor do Apelante faleceu, e sua mãe ficou paralítica, ambos os Apelantes passaram a exercer a posse do imóvel, de forma exclusiva, situação que se prolongou após a morte dos anteriores possuidores, quais sejam, do Sr. Francisco, em 1984, e da Sr. Eulina, em 1994.

Em suas contra-razões (fls. 274/275), os Apelados aduziram que o bem usucapiendo integra o acervo hereditário dos bens deixados pelos falecidos genitores do Apelante varão, ressaltando ainda que os Apelantes não oferecem qualquer prova quanto a possíveis despesas efetuadas com o antigo possuidor do imóvel, e mesmo assim, e ainda que tivessem apresentado prova nesse sentido, não seriam suficientes para validar uma troca sem o consentimento dos demais herdeiros.

É o relatório.

Cremos que a matéria é eminentemente de Direito. Nesse mister, a respeito dos fatos sobre os quais não dissentem as partes, temos que:

O imóvel em litígio não tem propriedade declarada, porém está cabalmente comprovado que os únicos possuidores de que se teve notícia ao longo de vários anos, antes dessa lide, durante os quais não houve qualquer oposição de melhor direito, foram o Sr. Francisco José de Araújo e D. Eulina Lima de Araújo, pais do Apelante varão.

Entre os filhos do referido casal, possuidor e morador do imóvel até seus últimos dias de vida, estão o Apelante, Agamenon de Araújo, João Marques de Araújo (certidão de fl. 197), e Gileno José de Andrade. Este último, por sua vez, falecera anteriormente ao seu genitor, deixando a sua esposa, CARMELITA RODRIGUES DE ARAÚJO, e filhos, quais sejam, HERMES DE ARAÚJO, MARIA MAGNA DE ARAÚJO SANTANA, e LAURA ARAÚJO, MARCELO DE ARAÚJO e MARIA MAGNÓLIA DE ARAÚJO SANTOS, conforme certidões de fls. 190/197 dos autos.

O titular da posse do “Sítio São Francisco” eram os genitores do Apelante. Mesmo enquanto ambos estavam vivos, os seus filhos, entre os quais o Apelante, moravam na mesma propriedade, o que, absolutamente, não os tornavam possuidores, pois não exerciam a posse em nome próprio. Aliás, em se tratando de pais e filhos, é uma situação que nada tem de invulgar.

Quando da morte do Sr. Francisco, os Apelantes ainda moravam na propriedade, e bem assim alguns dos netos já citados, filhos do irmão do Apelante, Gileno José de Araújo, que falecera antes do seu pai. Obviamente, um e outros, ou seja, tanto o Apelante, AGAMENON DE ARAÚJO, quanto os Apelados, aqui assistidos por sua genitora, são herdeiros do Sr. Francisco e de D. Eulina, o primeiro por direito próprio, quanto aos demais, por direito de representação, já que são netos do autor da herança.

É sabido que os bens deixados pelo “*de cujus*”, falecido “*ab intestato*”, transmitem-se aos herdeiros, logo após a abertura da

sucessão, o que se dá com a morte, na forma do art. 1.572, do Código Civil, que dispõe:

“Art. 1.572. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

A questão é, quando da morte do Sr. Francisco, e bem assim da D. Eulina, quem era o titular da posse sobre o imóvel cujo usucapião se pretende – os Apelantes ou seus genitores?

Essa a *“vexata quaestio”*.

Nesse aspecto reside o cerne da controvérsia. Isso porque, no primeiro caso, a coisa alcançaria o status de *res habilis*, ou seja, bem suscetível de ser adquirido por usucapião; no segundo caso, a consequência seria diametralmente oposta, já que o bem seria considerado integrante do acervo a ser objeto de partilha entre os herdeiros.

Visando ao esclarecimento da questão, algumas considerações não de ser feitas:

Percebe-se que os Autores/Apelantes, na fundamentação do seu direito, invocam a proteção possessória oscilando ora em razão de uma troca, ora de uma doação, além de alegar ainda uma suposta compensação de dívidas, sendo que todas essas negociações envolvendo um bem que lhes pertencia (caminhão), e outro, dos genitores do Apelante, qual seja, o Sítio São Francisco.

Tais negócios, que teriam sido a causa de aquisição da posse, registre-se, teriam como partes ele, o Apelante varão, e os seus ascendentes, o que, por si só, já enseja maiores cautelas, posto que a Lei limita a vontade e a liberdade dos contratantes, em se tratando de pais e filho.

Ademais, convém ressaltar, as avenças em cuja existência os Apelantes se baseiam para invocar a posse em seu favor, teriam como objeto um bem imóvel, e não teriam se formalizado através de nenhum instrumento.

O que pretendem os Autores/Apelantes seja reconhecido é que, antes da abertura da sucessão, a posse do imóvel já lhe tinha sido transferida, embora os possuidores anteriores, seus pais, continuassem no imóvel, como se tivessem perdido a posse deste por uma espécie de constituo possessório (Código Civil, art. 494, IV).

Porém, a que título adquiriram essa posse? Absolutamente, nenhum. Os meios de aquisição invocados não são válidos, ou não ficaram demonstrados.

O raciocínio dos Apelantes, nesse aspecto, é tão simplório quanto falacioso: vejamos:

Um filho mora em companhia dos pais, num imóvel possuído por estes. A partir de determinado momento dessa convivência, passa a ajudar na manutenção dos genitores, no tratamento de problemas na sua saúde debilitada pela velhice, e, para tanto, alega que chegou a vender um bem (caminhão) de sua propriedade (do filho). Depois do falecimento dos pais, alega, em outros termos, que estes, quando em vida, transferiram ao Apelante a posse do imóvel.

Ou seja, sua ajuda não foi uma liberalidade, e o Sítio dos seus genitores, na verdade, seja como objeto de doação ou de troca, independentemente do nome da avença, constituiu-se no pagamento feito pelos pais ao filho, por tê-los ajudado na sobrevivência.

Tudo isso sem qualquer prova, só a palavra dos Apelantes. Absolutamente insustentável. Seria um atentado à segurança das relações jurídicas, admitir que essa circunstância gerasse a proteção possessória.

E se, mesmo abstraindo-se a falta e necessidade de comprovação, gastos houve, não é demais lembrar, como aliás já fez a Douta Magistrada em sua inatacável decisão, que entre pais e filhos existe o dever de assistência mútua, norma que, além de decorrer de princípios de ordem moral e religiosa, tem o caráter de imposição legal, já que o Código Civil a contempla nesses termos:

“Art. 397. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filho, e extensi-

vo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Eis, portanto, os fundamentos:

- Os genitores do Apelante eram os possuidores do imóvel em litígio, e exerceram efetivamente essa posse durante toda a vida, em nome próprio, com “*animus domini*”.
- Os Apelantes nunca exerceram a posse pretendida, em nome próprio, senão como meros detentores, chamados ainda “*fâmulos da posse*”.
- Não existe qualquer fundamento jurídico que milite em favor dos Apelantes, no sentido de que estes adquiriram a posse antes da abertura da sucessão.
- Desprovida de qualquer substrato fático a alegada celebração de troca ou doação do imóvel entre o Apelante e o “*de cujus*”. E, apenas para argumentar, ainda que tivesse havido, não se teria revestido das formalidades legais.

E em sendo assim, considerando superada a possibilidade de ter havido aquisição da posse, pelos Apelantes, mediante alienação do imóvel pelo “*de cujus*” antes de sua morte, fica cristalizado que, com a abertura da sucessão, mesmo que os Apelantes àquela época, e no decorrer do tempo que se seguiu, tenham ficado na posse, não há que se falar em posse “*ad usucapione*”.

Os fundamentos acima explorados, devidamente sistematizados, são mais do que suficientes para responder ao questionamento anterior, colocado como ponto crucial da controvérsia, ou seja, se, quando da morte do Sr. Francisco, e bem assim da D. Eulina, os Apelantes já exerciam a posse do imóvel em nome próprio: negativo.

Dissemos acima que, se positiva fosse a resposta, a coisa alcançaria o status de *res habilis*, ou seja, bem suscetível de ser adquirido por usucapião, o que não ocorreu.

Em sendo negativa, como demonstramos que o é, passamos à segunda situação prevista, e nesta a consequência é diametralmente oposta. Isso porque o bem deve ser considerado integrante do acervo a ser objeto de partilha entre os herdeiros.

E aqui cabe tão somente lembrar a norma contida, e já transcrita, no art. 1.572, do Código Civil.

Perfilhando o entendimento da Digna Juíza prolatora da decisão recorrida, no que pertine ao imóvel em litígio, bem como em relação a qualquer outro eventual bem deixado pelos pais falecidos, estabeleceu-se entre os herdeiros a comunhão de direito sobre os mesmos. No caso do bem em análise, de que os autores da herança eram possuidores, com sua morte, estabeleceu-se o instituto denominado de composesse, previsto no art. 488, da Lei Civil. Pouco importa se foram os Apelantes quem permaneceram, com exclusividade, na posse direta da coisa. Se assim agiam, era na condição de meros administradores, nada que afete, prejudique ou exclua o direito dos co-herdeiros. Não têm os Apelantes melhor posse do que os outros herdeiros, não podem opor a estes o seu direito em prejuízo dos mesmos.

Acolher a pretensão dos Apelantes, reforçando o entendimento já exposto pelo então Representante do órgão Promotorial em seu parecer lançado às fls. 213/216, seria permitir a um herdeiro que, por via oblíqua, em sucessão "*ab intestato*", fosse favorecido com maior quinhão, preterindo o direito de outros herdeiros da mesma classe.

"*Ex positis*", o MINISTÉRIO PÚBLICO, através do Promotor de Justiça que oficia perante este Distrito, OPINA pelo conhecimento do apelo, para que lhe seja NEGADO PROVIMENTO, devendo subsistir a R. decisão de fls. 218/225, em todos os seus termos.

É o parecer, "*sub censura*".

Itabi (SE), 10 de setembro de 1998

Após o deferimento de juntada dos documentos nos autos, o juiz deve determinar seja ouvida a parte contrária. Se isto não ocorrer e o documento influir no julgamento do juiz, em sentido contrário ao do interesse da parte preterida, a sentença que vier a ser proferida é nula, e assim deve ser declarada, já que manifesto está o cerceamento de defesa. Todavia se o documento não é relevante, mas simples complementação de prova já feita, a audiência da parte contrária pode ser dispensada a critério do juiz.

JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO
Promotor de Justiça

Dizendo-se ao amparo no que prescreve o art. 513 do Código de Processo Civil, apelou EVERALDO PRATA GOES, da decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca da Estância, que julgou procedente o pedido feito pela apelada na ação de despejo por falta de pagamento, decretando a extinção da locação por falta de pagamento nos aluguéis do imóvel locado ao apelante EVERALDO PRATA GOES, situado na Travessa Francisco Pires nº 26, centro, nesta cidade, e por conseguinte o despejo do locatário apelante com base nos arts. 59, 62 e 63, parágrafo primeiro, "a" da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, determinando, ainda, a desocupação voluntária no prazo de 15 dias, fim do qual seria executado o despejo, tendo fixado caução igual a doze valores do aluguel mensal anteriormente pactuado para hipótese de execução provisória. Por fim condenando o apelante ao pagamento de honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, e custas processuais.

O recurso observou o prazo legal para sua interposição, e foi recebido em ambos os efeitos, ou seja suspensivo e devolutivo.

Consoante faz ver o apelante EVERALDO PRATA GOES, nas suas razões, o seu inconformismo deve-se ao fato da retro sentença recorrida, ser prolatada sem que fosse sanado defeito processual de representação da apelada SOCIEDADE DE BENEFICÊNCIA AMPARO DE MARIA, uma vez que o outorgante de procuração representando aquela Sociedade Civil, Sr. AILTON SOARES ÁVILA, e Diretor Administrativo do Hospital Regional Amparo de Maria, na qualidade de funcionário da Fundação Hospitalar de Sergipe, e como, no entender do apelante o referido defeito de representação não fora sanado, logo a sentença torna-se manifestamente nula, uma vez que seria caso de extinção do processo sem julgamento do mérito por força do art. 267, VI, do CPC, ao invés de se prestar no processo a prestação jurisdicional pleiteada pela apelada. E isso porque a Sociedade seria representada pelo seu presidente Sr. CARLOS OLIVA SOBRAL, conforme normatização estatutária contida no art. 26, que poderia delegar poderes ao Diretor Administrativo do Hospital Amparo de Maria para representá-la ativa e passivamente em Juízo ou fora dele. Assim não procedeu a Sociedade ora apelada, pois dos documentos que instruíram a peça inaugural não se vislumbram entre eles a delegação feita pelo Presidente da Sociedade de Beneficência Amparo de Maria, ao Sr. José Ailton Soares Ávila, conforme prevê o seu Estatuto. Argumenta, ainda, ser nula a sentença por omissão da autoridade judiciária em observar a norma processual contida em art. 398, do CPC, uma vez que a apelada ao promover a *replicatio* juntou documentos aos autos, e o juiz monocrático deveria mandar ao apelante na qualidade de réu falar sobre os documentos juntados com aquela peça, e não o fez, passando, de plano, a designação da audiência preliminar de conciliação, sem que fosse encerrada a fase postulatória com o pronunciamento do réu sobre os documentos apresentados com a *replicatio*, sendo que aqueles eram imprescindíveis para o desate da causa. A omissão do magistrado perpetuou-se em que pese os protestos do apelante na primeira oportunidade que teve para se manifestar no processo, onde alegara a existência da nulidade. Se não bastasse a postulação do apelante, também o representante do

Ministério Público em sua cota promotorial avistada as fls. 63/65, chamou a atenção da autoridade judiciária para o fato, tendo inclusive requerido no item 17, “a”, que fosse o feito chamado à ordem para anular todos os atos processuais praticados após a oferta da *replicatio* pela apelada, mandando o apelante falar sobre os documentos juntados aos autos com a dita peça processual, ex vi do art. 398, do CPC. Mesmo assim, o juiz monocrático preferiu omitir-se no atendimento aos reclamos do apelante e ao requerimento do Órgão do MP. Logo, a sentença é nula, uma vez que havia ato processual nulo, então inadmissível seria a tutela jurisdicional enquanto não se purgasse a nulidade. Mas, o juiz monocrático deu tratamento diverso ao mandamento da lei, e ao invés de mandar expurgar a nulidade sanável preferiu o entendimento de julgar o processo conforme o seu estado, entregando a prestação jurisdicional com base exclusiva em prova documental e ao final da fase postulatória, mesmo que esta não houvesse sido ultimada. Acrescentou, ainda, o recorrente que os instrumentos de mandato avistados as fls. 85/86, são considerados como falsos, porque somente vieram ao bojo do processo depois de reiteradas cotas promotoriais onde se requer a regularidade de representação da parte autora. Que tais documentos nunca existiram e foram forjados posteriormente, portanto evidenciada está sua falsidade.

Pelas razões que apresentou a apelante, pede ao Egrégio Tribunal de Justiça que conheça do recurso para anular todo o processo, e por via de consequência a nulificação da sentença ora guerreada, postulando, ainda, pela extinção do feito sem julgamento do mérito com forte em o art. 267, VI, c/c o art. 243 e seguintes do CPC, e ainda com base no art. 145 do CC.

Por sua vez, conforme faz ver a apelada, o recurso apelativo do recorrente não deverá ser provido ante as indigentes razões que lhes serve de embasamento. Alega a recorrida que a sentença ora combatida não merece ser reformada uma vez que se encontra alicerçada no direito, nos fatos e nas provas que esta conduziu ao bojo do processo, rechaçando a pretensão do apelante que não fez jus a prestação jurisdicional que pleiteou. Não assiste razão à

recorrente no que tange ao defeito de representação que sustenta não haver sido sanado, uma vez que conforme se vislumbra as fls. 08/12, 36/54, 67/79 e 85/87 dos autos, a recorrida reuniu documentos necessários para provar que o Sr. José Ailton Soares Ávila, poderia representar em Juízo ativa e passivamente a Sociedade Beneficente Amparo de Maria. Tanto é verdade que o Órgão do Ministério Público analisando o instrumento de mandato coligido aos autos as fls. 85, mereceu manifestação de acolhimento através da cota promotorial de fls. 93/95, onde diz aquele Órgão de que foram atendidas as normas de direito material consubstanciadas no Código Civil referente ao mandato, bem como as normas processuais da legislação vigente. Quanto à falsidade dos instrumentos de mandato suscitada pela recorrente, não se pode sustentar o argumento, pois que já se encontra preclusa a sua pretensão, uma vez que de acordo com o art. 390 do CPC a arguição de falsidade teria de ser suscitada no prazo de 10 dias, contados da intimação da sua juntada aos autos. Em que pese haver a apelante em sua manifestação as fls. 89/91, haver pedido o desentranhamento daqueles documentos, sob o argumento de serem falsos e fraudulentos, não o fizera de forma procedimental correta, e por isso não foi acatado o seu requerimento pelo juiz monocrático. O incidente de falsidade deveria ser suscitado em autos apartados, somente apenso aos autos principais, depois de encerrada a instrução. Como assim não procedeu o recorrente, logo precluso está o seu direito, não devendo a Corte de Justiça Superior conhecer este argumento e dar-lhe provimento.

Alega, ainda, a recorrida que, o objeto da ação era o despejo do apelante por falta de pagamento dos aluguéis, em face de uma relação contratual de locação existente entre a apelada e o recorrente. Este foi citado para contestar a ação, e no entanto, em sua resposta não impugnou os fatos narrados na exordial, não purgou a mora, nem também se manifestou quanto ao valor dos aluguéis cobrados. Preferiu suscitar como defesa a negativa da existência do contrato de locação, alegando sem provar a existência dos institutos da enfiteuse e do usufruto. Logo, como a apelada provou

com documentos a relação locatícia, e o recorrente apenas negado esta relação suscitando sem provar a existência dos institutos jurídicos acima referidos, encerrou a fase postulatória, julgando antecipadamente a lide por entender que a questão de mérito era unicamente de direito, não havendo necessidade de produzir prova em audiência, já que não existia divergência sobre as questões de fato, posto que o recorrente em sua pela de resposta reconheceu o direito de propriedade da apelada que havia provado nos autos com documentos o domínio daquela sobre o imóvel objeto da demanda. Como o recorrente não contestou como deveria a ação, e estando o processo expurgado de nulidades, agiu corretamente o juiz monocrático quando julgou antecipadamente o litígio inspirado no princípio da economia processual, e isso o fez de forma correta e coerente, razão porque não merece ser reformada a sentença ora reprochada, razão porque espera a apelada que a Egrégia Câmara Cível deste Tribunal negue provimento ao recurso interposto, e confirme a decisão guerreada, por ser de justiça.

De plano, quer nos parecer que assiste razão em princípio ao recorrente, e isso no que tange ao argumento dos documentos acostados pela autora apelada por ocasião da réplica a contestação ofertada pelo réu apelante. Não assistindo razão ao mesmo em suas alegações a respeito de não haver sido expurgado o defeito de representação por parte da Sociedade de Beneficência Amparo de Maria, por considerar como falsos ou fraudulentos os instrumentos de mandato acostados às fls. 85/86, e isso porque não suscitou o incidente de falsidade de acordo com a forma procedimental exigida pelo Código de Processo Civil no prazo estipulado na norma do art. 390, e por tal se encontra atingido pela preclusão temporal. O mesmo não ocorreu no que tange à nulidade relativa a não abertura de vista ao réu apelante dos documentos que foram acostados com a réplica pela autora apelada, uma vez que sendo nulidade relativa foi esta aduzida tempestivamente, logo não ficou sanada pela preclusão. De outro modo, também não assiste razão ao recorrente em não haver se desincumbido do ônus de defender-se, vez que na resposta não impugnou o fato constitutivo do pedi-

do da autora apelada, pelo contrário, reconheceu que ocupava imóvel de propriedade daquela, porém dando conotação diferente a esta ocupação, alegando se tratar de enfiteuse e usufruto, o que é manifestamente um paradoxo, os dois institutos jurídicos não poderão existir concomitantemente. Ora, se não impugnou o fato constitutivo do pedido da autora recorrida, tal fato será tido como verdadeiro, ficando para o réu apelante o ônus de provar a “existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (Art. 333, II, do CPC), e, conseqüentemente, o ônus de aduzir tais fatos. Em verdade aduziu os fatos, no entanto não provou a existência destes fatos.

Assiste razão à recorrida, quando alega que o réu apelante não cumpriu o ônus de defender-se, posto que aquele tinha de na contestação manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na exordial, pois, agindo de forma contrária, se estabeleceria a presunção de serem verdadeiros os fatos não impugnados, e foi o que aconteceu. Logo a impugnação especificada dos fatos, que era uma imposição feita ao réu apelante, foi desatendida. Razão, também lhe é conferida no que se refere ao argumento de falsidade dos instrumentos de mandato que juntou aos autos, feita pela parte recorrente, pois se eram fraudulentos porque no prazo legal não suscitou o incidente de falsidade observando-se a forma procedimental exigida e prevista no art. 390 do CPC? Preferiu ser atingido pela preclusão temporal ao invés de agir. De outro modo, a mim me parece não lhe assistir razão, também em parte, quando afirma que o processo houvera sido julgado antecipadamente porque já teria sido expurgada toda e qualquer nulidade relativa, e a fase postulatória houvera chegado ao seu final, e a questão de mérito em sendo unicamente de direito dispensava a realização de audiência porque as questões fáticas apresentavam-se incontroversas, e isso em face do réu apelante não haver atendido plenamente o ônus defender-se.

Inicialmente, há de se afirmar como correta a decisão do juiz monocrático quanto ao mérito da ação, posto que em verdade existe uma relação contratual locatícia entre o apelante EVERALDO PRA-

TA GOES, e a apelada SOCIEDADE DE BENEFICÊNCIA AMPARO DE MARIA, e os aluguéis não vinham sendo pontualmente pagos, sendo justificável a pretensão deduzida por aquela em rescindir o contrato, postulando o despejo e a cobrança dos aluguéis em atraso. Todavia, no trâmite do procedimento ocorreu uma nulidade processual não expurgada, que poderá torná-lo ineficaz, por haver infringência da lei. Esta omissão do juiz monocrático, que tinha o dever de mandar falar o réu recorrente dos documentos que juntou a autora apelada com a *replicatio*, traduz-se a princípio em cerceamento de defesa, uma vez que contrariado foi o contraditório processual. Se o autor juntar documento aos autos, cumpre ao juiz mandar o réu de novo falar, ex vi do art. 398 do CPC. Ora, a autora apelada juntou com a réplica os documentos avistados às fls. 36/53, e no entender do órgão do Ministério Público estava o juiz pelo império da lei processual obrigado a abrir vista ao réu apelante para falar sobre aqueles, sob pena de nulidade processual. Se foi omisso, logo gerou uma nulidade processual relativa e que carecia ser expurgada antes de se declarar como terminada a fase postulatória, o que não ocorreu.

Após o deferimento de juntada dos documentos nos autos, o juiz deve determinar seja ouvida a parte contrária. Se isto não ocorrer e o documento influir no julgamento do juiz, em sentido contrário ao do interesse da parte preterida, a sentença que vier a ser proferida é nula e assim deve ser declarada (CPC 294).

Os documentos carreados pela recorrida junto com a réplica foram cópias da certidão de registro do Estatuto da Sociedade, da ata da reunião do Conselho Administrativo, do depoimento pessoal do Sr. Renato Silva Carvalho, originário da Ação de Reintegração de Posse, anteriormente proposta, e que foi pedida sua extinção, revelando se tratar as ocupações dos imóveis advindas de relação locatícia, dos impostos prediais do imóvel efetivamente pagos em nome da Sociedade, da ata da sessão extraordinária que autorizou a sociedade a contrair financiamento dando o imóvel objeto da presente ação em garantia e do traslado de escritura de contra garantia acessória de instrumento particular de financiamento com garantia fidejussória.

Eminentes Desembargadores, entende o órgão do Ministério Público que os documentos acostados com a réplica eram complementação da prova já feita no processo, logo não seriam relevantes para o julgamento da causa, então não se evidencia a nulidade processual, e por via de consequência a suscitada nulidade não teve o condão de macular a sentença, então não deverá ser declarada nula, já que no mérito se encontra perfeita e inatacável.

De outra forma seria, se a circunstância de não se ter dado vista à parte contrária para se pronunciar sobre os documentos, e estes se apresentassem relevantes para o deslinde da causa, logo existiria a nulidade argüida por presuntiva infração ao disposto no art. 398 do CPC.

Em socorro da tese defendida pelo recorrente tem-se a posição jurisprudencial dos Tribunais Pátrios:

Cerceamento de defesa. Constitui cerceamento de defesa, se ou quando o Juiz, admitindo a produção de documentos novos, profere sentença, sem que fosse dada oportunidade à parte contrária, para que sobre eles se manifestasse (STJ RMS 1199 – BA, rel. Min. Waldemar Zveiter, J. 13.04.1992, in DJU 08.06.1992, p. 8615).

É nula a sentença ou o acórdão se, tratando-se de documento relevante, com influência no julgamento proferido, a parte contrária não se manifestou sobre a sua juntada aos autos” (STJ- 4ª Turma, Resp 6.081 – RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 21.05.91, deram provimento, v.u., DJU 25.05.92, p. 7.398, 2ª col., em.; STJ – 1ª Turma, Resp 1.998-RJ, rel. Min. Pedro Acioli, j. 18.490, deram provimento, v.u., DJU 7.5.90, p. 3.826, 2ª col., etc.

Contrapondo-se à tese defendida pelo recorrente, vem em auxílio da posição do órgão do Ministério Público, também corrente jurisprudencial pátria:

Documento irrelevante para o julgamento da causa. Se o documento não é relevante, mas simples complementação de prova já feita, a audiência da parte contrária pode ser dispensada a critério do juiz (Teixeira, PCSTJ, 322).

Não ocorre nulidade, porém, se o documento for irrelevante, podendo a audiência da parte contrária ser dispensada, a critério do juiz (STJ – 3º Turma, Resp 2.459-RJ, rel. Min. Gueiros Leite, j. 28.6.90, não conheceram, v.u., DJU 10.09.90, p. 9.124, 2ª col; em.).

Defeito de representação é considerada defesa processual dilatória que por definição não extingue o processo, como deseja o recorrente, mas apenas amplia, estende e dilata o curso do procedimento. No entanto, em que pese ser uma defesa dilatória poderá tornar-se peremptória. Dar-se-ia o caso, se o juiz houvesse marcado prazo razoável para que a recorrida sanasse o defeito, e se porventura aquela não cumprisse o despacho judicial, seria decretada a nulidade do processo (CPC, art. 13). Todavia, assim não ocorreu, o juiz monocrático determinou que a parte recorrida sanasse o defeito de representação sem assinar qualquer termo para cumprimento, e inobstante não haver sido determinado o prazo para cumprimento do despacho judicial, a parte recorrida cumpriu aquele despacho e juntou os instrumentos de mandato visto às fls. 85/86, onde o Presidente da Sociedade de Beneficência Amparo de Maria, Sr. CARLOS OLIVA SOBRAL, outorga poderes para que o Sr. JOSÉ AILTON SOARES ÁVILA, Diretor Administrativo do HRAM, represente em juízo ou fora dele. Logo, desde então ficou sanado o defeito de representação, e aqui não há falar-se em documentos fraudulentos pelo fato de serem confeccionados depois de haver sido proposta a ação, muito embora as datas de suas emissões sejam contemporâneas à propositura da referida ação. Fato é que não se cogita em extinguir o processo, mas de extensão e

dilatação do curso do procedimento, não sendo possível a defesa dilatória no caso vertente transformar-se em peremptória, em face do cumprimento pela parte recorrida do despacho judicial sanando o defeito de representação com a juntada dos documentos acima já mencionados.

O Douto Magistrado firmou o seu convencimento para julgar antecipadamente o litígio, especificamente a cópia da Ata da Reunião realizada no dia 27.09.1971, avistada as fls. 09/10, onde claramente ficaram fixados os preços dos aluguéis dos imóveis de sua propriedade e locados a vários outros locatários além do recorrente, todavia sem prejuízo dos demais documentos que comprovam nos autos a existência de um contrato de locação celebrado entre as partes envolvidas.

Em verdade, o contrato de locação não exige forma especial para que seja válido, o princípio comum é o da forma livre, já que a lei assim não o exige, logo o contrato valerá, seja qual for a forma que se revestir. Não será, portanto, necessário que a manifestação válida da vontade dos contraentes, formadora do contrato, seja feita por documento escrito (2º TACSP, Súmula 20; RT, 613:159, 617:131). A locação é um contrato consensual, que independe de forma especial para a sua celebração. Por isso, poderá ser ajustada por escrito ou verbalmente, a não ser em casos especiais, para os quais a lei requer forma escrita. Por exemplo, nas hipóteses dos arts. 13 e 51, I e II, da Lei nº 8.245/91, e do art. 1,202, parágrafo 1º, do Código Civil.

Dever-se-á acreditar na palavra do locador, até prova em contrário, em tudo que se referir à locação (RT, 117:153; RF, 192:218). Presumir-se-ão como verdadeiras as suas declarações, porém dever-se-á provar o contrato por qualquer meio admissível em direito, inclusive por meio de testemunhas (CC, art. 136), se acionar pessoa que não está ocupando o prédio. Em sendo assim, a cópia da data associada aos demais documentos são provas documentáveis irrefutáveis, e embasaram a decisão ora reprochada.

Revestida de brio e acerto a decisão no que se refere ao mérito, podendo douto juiz monocrático prestar a tutela jurisdicional a

parte recorrida, porque não teria de expurgar nulidade processual inexistente, já que existia apenas na aparência. Ora, se julgou conforme o estado do processo, após haver encerrado a fase postulatória, logo produziu decisão não passível de anulação como quer o recorrente, já que da análise da prova produzida no bojo dos autos não se registrou a necessidade de se produzir prova em audiência, porque a controvérsia tinha por objeto apenas questões de direito.

Equivocou-se o réu recorrente quando alegou como defesa a negativa da relação locatícia contrapondo-se àquela afirmando a existência da enfiteuse e do usufruto, como se fosse possível a existência dos dois institutos concomitantemente. Como no caso *sub judice* de trata de ato negocial por ato inter vivos, seria preciso que o recorrente provasse a aquisição do direito real, apresentando nos autos o título constitutivo materializado em escritura pública devidamente inscrita no Registro Imobiliário (Lei nº 6.015/73, art. 167, I, nº 10) .

Doutro modo, a constituição de usufruto de imóveis que não resulta de direito de família (como no caso em apreço), dependerá de inscrição no respectivo Registro Imobiliário, que se sujeitará às formalidades do art. 167, I, nº 7, da Lei nº 6.015/73, pouco importando se constituído o ônus real por ato inter vivos ou causa mortis. Imprescindível será esse assento para que o usufruto constitua direito real oponível *erga omnes*. Aqui, também, o recorrente não trouxe ao bojo dos autos a prova exigida para o usufruto alegado.

Como logo se depreende, o recorrente não se desincumbiu do ônus de defender-se, uma vez que os fatos que alegara para desconstituição do direito da autora recorrida, não conseguiu provar dentro dos autos do processo, apenas alegou e não provou, logo os fatos alegados tem-se como inexistentes.

Conclui-se que no que toca ao mérito, não assiste razão ao apelante, portanto neste aspecto a sentença está sendo injustamente atacada, devendo ser mantida sem reforma, por ser de inteira justiça.

Frente a tudo isso, manifesta-se o órgão do Ministério Público porque não se conheça do recurso e por tal não se dê provimento

ao mesmo, mantendo-se a sentença ora injustamente guerreada, porque não carece de ser reformada ou anulada, uma vez que a nulidade processual apontada é meramente aparente, posto que os documentos acostados serviram apenas como complementação de prova já feita nos autos, porque somente assim se estará fazendo a devida justiça.

É o nosso parecer, s.m.j.

Estância, 12 de agosto de 1998

Estupro – Violência presumida em razão da debilidade mental da vítima.

Apelação da Defensoria Pública – Intempestividade do recurso – Preliminares de nulidade improcedentes.

No mérito: comprovadas a autoria e a materialidade do fato e restando evidente que o autor tinha ciência da debilidade psíquica da vítima, merece ser mantida a condenação – Pelo improvimento do recurso.

FÉLIX CARBALLAL SILVA
Promotor de Justiça

BREVE RELATO

Em 19 de abril de 1996, o Ministério Público Estadual ofereceu DENÚNCIA contra o recorrente supracitado, como incurso nas sanções penais previstas no art. 213 c/c art. 224, “b”, ambos do Código Repressor (fls. 3/4).

Iniciada a instrução com o interrogatório do réu (fls. 50 usque 52), nesta oportunidade este afirmou que tinha advogado, o Bel. João de Oliveira.

Referido causídico foi notificado através do mesmo mandado, para apresentar DEFESA PRÉVIA, bem como, para comparecer à audiência de instrução (fls. 53). Contudo, nem apresentou a peça processual, nem compareceu à solenidade.

Diante da ausência imotivada do advogado de defesa, o juízo *a quo* nomeou defensor para o ato, o Bel. Durand Noronha Silva (fls. 55).

A fls. 77 o recorrente constituiu novo patrono, o Bel. Fabiano Alves de Souza.

O Ministério Público entendendo violado o princípio da ampla defesa, requereu fosse declarada a nulidade da instrução (fls. 81 v), tendo o Juízo a *quo*, acatando o pleito ministerial, chamado “o feito à ordem para tornar sem efeito toda instrução” (fls. 82 v).

O Bel. João de Oliveira renunciou ao mandato outorgado pelo recorrente (fls. 89).

Na novel audiência de instrução, foi o recorrente inquirido sobre seu defensor, e esclareceu que não tinha condições financeiras de constituir um. Foi nomeado o Bel. Jorge Fraga como defensor dativo (fls. 90).

Na ocasião da oitiva das testemunhas, estas simplesmente confirmaram o que tinham declarado anteriormente, nesses termos: “Que confirma o depoimento de fls.” (fls. 92 usque 96).

Em Alegações Finais, o MP requereu a condenação do acusado nos termos da exordial acusatória (fls. 100 e 101). O defensor do réu, por seu turno, pleiteou a absolvição do mesmo (108/110).

O Juízo de primeira instância condenou o denunciado a oito anos de reclusão (fls. 111 a 113).

A defesa, inconformada com referido *decisum*, interpôs recurso de Apelação (fls. 119).

Vêm os autos ao parquet para oferecimento de Contra - Razões de Recurso.

In limine

Antes de ingressar na análise do mérito, tornam-se indispensáveis algumas considerações preliminares.

1. Tempestividade

O Defensor Público foi intimado da sentença em 26.03.98 (fls. 116). Contudo o condenado só foi intimado no dia 24.04.98 (fls. 117 v.) – na mesma data foi juntado o mandado devidamente cumprido aos autos (fls. 116 v.). O recurso foi interposto no dia 07.05.98 (certidão emanada do cartório a fls. 119).

Seguindo corrente coerente, justa, favorável aos réus – por consequência obediente ao princípio maior da ampla defesa – e

francamente dominante¹, entendemos que nesta hipótese o prazo começa a fluir a partir do último ato de comunicação.

Destarte, considerando que a última intimação foi efetuada no dia 24.04.98, uma sexta-feira, infere-se que o cômputo só teve início na segunda-feira subsequente, dia 27.04.98. Considerando outrossim que a Defensoria Pública dispõe dos prazos em dobro (art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, com a redação da Lei nº 7.871/89) verifica-se que o termo final ocorreu no dia 06.05.98.

Em que pese o prazo bastante longo, decorrente das peculiaridades do caso, o recurso foi extemporâneo.

Diante da intempestividade da apelação, requeremos o não conhecimento do recurso.

2. Nulidades argüidas pelo recorrente

2.1 Laudo Pericial

Questionou-se a nulidade do laudo pericial de fls. 73 usque 75, sob a alegação de que foi assinado apenas por um perito oficial.

O argumento não pode prosperar.

A uma, porque referido exame, na verdade, apenas complementou o Laudo de fls. 13 (e este foi firmado por dois peritos oficiais), ratificando o mesmo. Observe-se que no tópico intitulado “Discussão” (fls. 13 v), os dois peritos oficiais concluíram, *verbis*:

“Pelo exposto podemos afirmar que a pericianda não é virgem, está gestante e é portadora de doença mental.”

Destarte, constata-se que há nos autos, provas além das exigidas por lei, porquanto três peritos oficiais atestaram a deficiência mental da vítima.

A duas, *ad argumentandum tantum*, porque ainda que só existisse o laudo atacado, perfeitamente cabível seria o entendimento

do Excelso Pretório², abordando situação semelhante, embora sobre exame de corpo de delito, segundo o qual:

“O STF já considerou corpo de delito indireto o laudo assinado por um só perito, corroborado por testemunhas.”

Por outro lado, esclarece Julio Fabbrini Mirabete³:

“Ensina a doutrina que não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, normalmente revelado por prova testemunhal.”

Os depoimentos colhidos são uníssonos no sentido de que a vítima é portadora de distúrbios mentais, conforme demonstraremos quando da análise do mérito. Tal qualidade da mesma é pública e notória, perceptível ao menor contato.

2.2. Cerceamento de defesa

No que pertine ao cerceamento de defesa alegado pelo apelante, esta tese, assim como a anterior, não merece ser acolhida. Senão vejamos.

Como foi salientado alhures, no interrogatório, o recorrente indicou seu advogado, conforme lhe faculta o art. 266 do CPP. Este apesar de devidamente notificado para comparecer à audiência de instrução (fls. 53) não apareceu.

O Juízo a quo então, nada mais fez senão aplicar a lei, mas precisamente o parágrafo único do art. 265 do Diploma Penal Adjetivo, que estabelece *verbo ad verbum*:

“A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz, nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.”

Com efeito, a lei não poderia dispor de forma diversa, sob pena de propiciar a profissionais astutos larga facilidade para procrastinar os feitos. Se o apelante elegeu seu defensor, deve arcar com a responsabilidade de seus atos e omissões (*culpa in eligendo*).

A doutrina pátria, neste momento representada pelos eminentes Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarence Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho⁴, não discrepa desse entendimento:

“O não comparecimento do defensor, regularmente intimado, impõe a nomeação de outro para o ato.”

Nessa mesma linha de raciocínio é a interpretação da nossa mais alta Corte de justiça:

“Se o advogado renuncia ao mandato, é necessário que disso seja cientificado o réu, para que constitua outro”⁵. “Não há necessidade da intimação quando o defensor não renuncia, mas sim falta ao dever de atuar.”⁶

Há entendimentos inclusive, no sentido de que mesmo no caso de renúncia deve ser designado defensor dativo:

“Ocorrendo renúncia expressa ou tácita do mandato, não é necessário seja intimado o réu para constituir outro defensor, devendo ser nomeado defensor dativo.”⁷

Diante desses argumentos, conclui-se que a decisão de fls. 82 v – que decretou a nulidade da instrução probatória – *data maxima venia* – foi equivocada e deve ser corrigida por este Tribunal, atribuindo-se validade aos referidos atos.

Encerrado este tema, que por si só colocaria um ponto final na alegação de cerceamento de defesa, prossigamos o estudo com

base nos atos processuais, de acordo com a ordem cronológica em que os mesmos foram praticados.

Verifica-se que após a decisão supra discutida, foi designada nova audiência. Nesta solenidade, o juízo a *quo* indagou ao apelante se esse possuía advogado e a resposta foi negativa (fls. 90). Ora, da mesma forma que o réu pode constituir advogado *apud acta* (independentemente de instrumento de mandato – art. 266 do CPP) durante a audiência, pode outrossim, desconstitui-lo. Conforme máxima tradicional: onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito.

Percebe-se pois, que neste momento o recorrente asseverou categoricamente que não dispunha de patrono, tendo o juízo de primeiro grau cumprido o estabelecido no art. 263 do CPP, nomeando-lhe um dativo para o ato.

A alegação da Defensoria Pública constata a fls. 105 dos autos, realmente não poderia ser acolhida, como não foi (fls. 105 v). Repetimos: na audiência registrada a fls. 90 o apelante ao dizer que não possuía advogado, revogou quaisquer contratos de mandato que porventura tivesse firmado. Também é aforismo consagrado: ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.

3. Testemunha – Confirmação de depoimento anterior – Nulidade?

Apenas para registrar o fato, evitando omissões, note-se que de modo estranho, quando a audiência de instrução foi renovada, os depoimentos das testemunhas, a rigor, não foram colhidos. Estas apenas se limitaram a repetir: “Que confirma o depoimento de fls.”.

Conquanto esta prática não tenha sido abordada pela combativa defesa, faz-se mister estudar a questão que, em tese, poderia levar o intérprete a enxergar nulidade absoluta, declarando-a de ofício.

Se na instrução criminal as testemunhas não tivessem sido ouvidas em momento algum, o assunto poderia levantar bastante

polêmica e nós certamente entenderíamos existente nulidade absoluta. Isso porque o princípio do contraditório não tem aplicação na fase policial, e dessa forma, sem a oitiva dos personagens em Juízo, estaria sendo inobservado tal princípio constitucional, baluarte do Estado Democrático de Direito.

Entretantes, no caso concreto *sub examine*, não houve ofensa ao princípio basilar. Observe-se que as testemunhas foram ouvidas em Juízo anteriormente (fls. 55 usque 60) na presença de defensor. De igual modo, quando a solenidade foi renovada, também estava presente o advogado de defesa (92 usque 96).

Percebe-se, assim, que o contraditório foi assaz assegurado: o defensor dispôs de duas oportunidades para inquirir as testemunhas.

Vale destacar um julgado:

“que admitiu serem válidas reiteraões de depoimentos anteriores, após ter sido anulado o processo, com o argumento de que esteve presente o defensor, com oportunidade de fazer reperguntas.”⁸

Uma vez traçadas tais considerações, passemos ao exame do mérito.

MÉRITO

No mérito, a decisão não merece reparos.

Restaram suficientemente comprovadas a autoria e materialidade, do fato.

O próprio apelante confessou a prática da conjunção carnal com a vítima (fls. 26/27 – fls. 52). Esta confissão foi corroborada pelos demais elementos de prova trazidos aos autos (fls. 13, 08/09, 15/16, 34).

No que tange à debilidade mental da vítima, esta restou comprovada à saciedade, através dos laudos periciais já analisados, bem

como pelos depoimentos colhidos. Resta-nos perscrutar: o recorrente tinha conhecimento desta especial condição da vítima?

A resposta é indubitavelmente positiva. O apelante agiu sabendo que estava se aproveitando de uma incapaz para satisfazer seu instinto libidinoso. Vejamos:

MATILDE DOS SANTOS (fls. 18): *“... conhece a vítima desde criança, assim como o indiciado. Que todos no povoado, inclusive o indiciado, têm conhecimento que a vítima sofre de debilidade mental”*.

O próprio tio do apelante, JOSÉ EDIVALDO DOS SANTOS (fls. 34), asseverou:

“... o indiciado chegou em casa dizendo ao mesmo, que havia “tirado a MUDA”, ou seja, a desvirginado debaixo de um pé de mangueira... Que o declarante ao saber do fato, ficou indignado, pois não podia acreditar que o seu sobrinho fosse capaz de fazer tamanha coisa, devido o estado da vítima.”

Realmente, diante dos exames realizados e do comportamento da vítima, qualquer pessoa de sã consciência percebe *prima facie* que a mesma sofre de problemas mentais. E não há nos autos sequer suspeita de que o recorrente também sofra de distúrbios psicológicos. Pelo contrário, é pessoa consciente, sabia o que estava fazendo.

Importante trazer à colação algumas decisões dos nossos Tribunais, para se ter em mente as interpretações jurisprudenciais, *ad litteram*:

“Estupro – Violência presumida – Ofendida portadora de deficiência mental moderada – Desnecessidade de total irresponsabilidade para que seja protegida pelo disposto no art. 224, “b”, do CP – Não se faz necessário que a vítima seja

totalmente irresponsável para que seja protegida pelo disposto no art. 224, "b", do CP."⁹

Registre-se que na hipótese *sub judice* a situação é pior, porquanto a deficiência mental registrada na ofendida é de natureza grave (fls. 75).

*"Verificada debilidade mental pela observação médica e também pelo registro pessoal da impressão deixada nas autoridades policial e judiciária, não há mais discutir se a vítima era incapaz de determinar livremente sua vontade, isto é, se pode ser considerada débil mental referida no texto da lei penal."*¹⁰

EX POSITIS

Ante o exposto, requeremos:

1. O não conhecimento do Recurso de Apelação, pela desobediência de pressuposto recursal objetivo, qual seja, TEMPESTIVIDADE;
2. *Ad cautelam*, na hipótese pouco provável deste Tribunal não se convencer da intempestividade do recurso, seja o mesmo improvido, pelos motivos de fato e de direito invocados.

P. deferimento.

Itabaiana, 31 de julho de 1998.

NOTAS

¹ RT, 585:313, 587:360, 588:429, 595:474, 604:469, 607:419, dentre outros.

² RTJ 65/816.

³ In Processo Penal, 4ª edição, Atlas, 1995, p. 270.

- ⁴ In As Nulidades no Processo Penal, 3ª ed., 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1994, p. 135.
- ⁵ STF – RTJ 48/797.
- ⁶ STF – RT 553/462 e RTJ 99/144.
- ⁷ RTJ 72/38 e RT 553/467.
- ⁸ RTJ 70/502.
- ⁹ TJSP – AC – Rel. Cid Vieira – RJTJSP 93/372.
- ¹⁰ TJSP – AC – Rel. Adriano Marrey – RT 436/339.

“A fundamentação de inexistência de justa causa não se presta a concessão do remédio heróico, a não ser quando nem mesmo em tese o fato constitui crime, ou, então, quando se verificar, “*prima facie*”, que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação das provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal.” (STJ – RT 668/334)

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO
Promotor de Justiça

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por seu Promotor de Justiça em exercício na 10ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, vem respeitosamente, perante uma das Colendas Câmaras Criminais desse Egrégio Tribunal, impetrar uma ordem de HABEAS CORPUS em favor de ANTÔNIO JACKSON SANTOS JÚNIOR, também conhecido por “Jacó”, solteiro, pintor, com 21 anos de idade, filho de Antônio Jackson Santos e Maria de Lourdes Araújo Santos, residente e domiciliado na rua “N”, nº 179, Conj. Prisco Viana, Barra dos Coqueiros/SE, porém ora recolhido à Penitenciária de Aracaju, por determinação do Douto Juízo da 10ª Vara Criminal desta Comarca, em razão dos seguintes fatos:

1. O paciente foi denunciado pelo cometimento do crime de homicídio qualificado porque, em 20 de fevereiro de 1997, juntamente com José Ádson Araújo Santos, vulgo “Gordo” (seu irmão) e Erasmo Carlos Fagundes Santa Bárbara teriam ocidado a vítima Cícero Francisco da Silva (Doc. 1);

1.1. Posteriormente, José Ádson Araújo Santos, vulgo “Gordo”, foi excluído da relação processual, uma vez que tinha apenas 17 anos de idade à época do evento criminoso, portanto inimputável (Doc. 2);

2. No entanto, ainda na fase inquisitiva, o meritíssimo Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju decretou as prisões preventivas de todos os indiciados, não obstante tenha sido efetuada apenas a prisão do paciente, em 26/02/97, uma vez que tinha sido o único a permanecer em sua residência, enquanto os demais fugiram (Doc. 3);

3. Tendo em vista que o acusado Erasmo Carlos Fagundes Santa Bárbara, também conhecido por “Erasminho”, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado, ficaram suspensos o processo e o decurso do prazo prescricional em relação a ele;

3.1. Por isso, foi pronunciado apenas o paciente (Doc. 4);

4. Todavia, em fevereiro do corrente ano, a polícia conseguiu executar a prisão do acusado “Erasminho” (Doc. 5), sendo o mesmo interrogado no último mês de maio (Doc. 6), quando confessou que apenas ele foi o autor do delito em apuração. Com isso, isentou totalmente o paciente, como, aliás, fizeram as demais testemunhas que prestaram depoimentos no processo, inclusive as arroladas pelo Ministério Público. A este respeito, veja-se os depoimentos das testemunhas de acusação Luzia Lima (esposa da vítima), Halames Wagner (sobrinho da vítima) e José Carlos Soares, prestados na repartição policial e em Juízo (Doc. 7 a 12), como também o da testemunha de defesa Kátia Cristina Couto (Doc. 13);

4.1. Contra o paciente existe apenas o depoimento de José Carlos Soares na polícia (Doc. 11). No entanto, em Juízo (Doc. 12), afirmou que não teria dito que o paciente (“Jacó”) se encontrava junto com “Erasminho”;

4.1.1. Em seu depoimento em Juízo (Doc. 12), José Carlos Soares diz *“que por ocasião do espancamento o depoente chegou a pedir para que a vítima não fosse espancada pois era um pai de família, oportunidade em que o acusado Erasmo e o menor Jacó (não há grifo no depoimento) advertiram o depoente para não se meter pois senão ‘pipocaria’ este. Que o menor de nome Gordo (também grifado agora) se encontrava armado e advertiu o depoente...”* Ao transcrever parte desse depoimento o Ministério Públi-

co está querendo demonstrar o equívoco que houve por parte da digitação, pois, quando foi consignado o nome “Jacó”, na realidade era para ter sido digitado o nome do menor Gordo, que, efetivamente, é quem é o menor de idade (como foi feito da segunda vez);

5. A nobre defensora do paciente requereu a revogação da sua prisão preventiva em três oportunidades (Doc. 14 a 16), sendo o seu pedido indeferido em todas elas. Inclusive a última foi indeferida em 13/06/98 (Doc. 17);

6. É sabido de todos que a finalidade do HABEAS CORPUS consiste em fazer cessar o constrangimento ilegal. Por isso, poder-se-ia dizer que toda a matéria enfocada nos itens retros é eminentemente de mérito e, assim, não poderá ser apreciada em Habeas Corpus, posto que exigirá um exame aprofundado e valorativo da prova. Quem assim afirmar, está com a razão; mas apenas em parte;

7. Com efeito, o que se busca com este remédio jurídico é tutelar a liberdade do indivíduo, pois o paciente ANTÔNIO JACKSON SANTOS JÚNIOR (“JACÓ”) se encontra preso desde 26/02/97, portanto por muito mais tempo do que determina a lei, uma vez que exatamente hoje são completados 01 ano e 04 meses de sua segregação provisória;

7. 1. E o pior: com o surgimento desse fato novo, qual seja a prisão do outro acusado, o processo demorará ainda mais para ser concluído uma vez que ainda terão que ser produzidas alegações finais, pronúncia, libelo, etc.;

8. E, por isso, a apreciação da documentação ora adunada, a qual demonstra que os indícios que existiam contra o paciente foram transformados em meras “suspeitas”, será de extrema importância para a concessão do “writ”;

9. Ante a flagrante ilegalidade da prisão do paciente, que se encontra preso por muito mais tempo do que determina a lei, excesso de prazo totalmente injustificado, requer o impetrante que seja concedida LIMINAR DA ORDEM, a fim de que cesse o constrangimento e transtornos a ele provocados;

9.1. Não seria fora de propósito aduzir que, com os depoimentos e o interrogatório do acusado “Erasminho” ora adunados, os quais demonstram que não há envolvimento do paciente no crime em tela, a coação passa a ser ilegal também porque falta-lhe justa causa, não obstante já exista até sentença de pronúncia;

9.1.1. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu nesse sentido:

“A fundamentação de inexistência de justa causa não se presta a concessão do remédio heróico, a não ser quando nem mesmo em tese o fato constitui crime, ou, então, quando se verificar, “prima facie”, que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação das provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal” (R T 668/334).

9.1.2. No mesmo sentido e também emanado do STJ: JSTJ 49/293-4; RSTJ 75/100;

10. Por fim, aguarda o julgamento favorável do pedido, independentemente de requisição de informações da autoridade coatora, pois podem ser dispensadas porque os documentos que instruem este requerimento evidenciam, de plano, a ilegalidade da coação;

10.1. Dessa forma, deferido LIMINARMENTE o presente HABEAS CORPUS, requer a expedição de CONTRAMANDADO DE PRISÃO em favor de Antônio Jackson Santos Júnior (“Jacó”), por ser de JUSTIÇA.

PEDE DEFERIMENTO

Aracaju, 26 de junho de 1998

Não deve ser mantida decisão do Tribunal do Júri que contrariou inteligências dos artigos 489 e 593, inciso III, letra “D” e 599, todos do Código de Processo Penal.

WILTON ARAÚJO SANTOS
Promotor de Justiça

Irresignado com a decisão, data vênua, do Conselho de Sentença que absolveu no dia 13 de maio de 1997, o réu MAURÍCIO DA CONCEIÇÃO SANTOS, decisão esta que foi contrária às provas dos autos, maxime que os crimes em epígrafe foram praticados pelo citado apelado em co-autoria com mais dois réus ROBSON SANTOS FERREIRA e MARCELO MATIAS DOS SANTOS, sendo que estes foram condenados, conforme se vê na sentença prolatada pelo Presidente do Segundo Tribunal do Júri, Dr. JOÃO GUILHERME CARVALHO, (vide fls. 332 a 335), dos autos, ferindo, assim, as inteligências dos artigos 489 e 593, inciso III, letra “d”, combinado ainda com a inteligência do artigo 599, todos do Código de Processo Penal, este órgão promotorial interpôs a presente apelação.

Insignes julgadores, o órgão Promotorial denunciou os acusados ROBSON SANTOS FERREIRA, MARCELO MATIAS DOS SANTOS, ANTÔNIO MARCOS DA SILVA E MAURÍCIO DA CONCEIÇÃO SANTOS, sendo este, ora apelado, em virtude dos mesmos entre os dias 22 e 23 de dezembro de 1996, antevéspera de Natal, em companhia do adolescente de 17 anos de idade, RIVALDO SANTANA SILVA, assassinaram a vítima FÁBIO CÉSAR DE ARAÚJO, no local denominado PARQUE DA CIDADE, nesta capital, quando os citados acusados em companhia do adolescente atraíram a vítima para tomar inicialmente cerveja no bar da testemunha EDMILSON PESSOA SANTOS, mais conhecido por “BIBI”,

cerca de quatro cervejas e após este fato convidaram a inditosa vítima para fumar maconha juntamente com eles no sítio de que Tonho toma conta e inopinadamente o adolescente RIVALDO começou a aplicar pauladas na cabeça da vítima, e sem que a vítima pudesse se defender, vindo esta cair e, em ato contínuo, o acusado MARCELO desferiu vários golpes de faca peixeira no abdome da vítima, no que foi seguido pelo acusado MAURÍCIO, este ora apelado, conforme os acusados confessaram na fita de vídeo tape, acostada aos autos de fls. 213, confissões estas que estão dentro da letalidade do LAUDO DE EXAME CADAVERÍCO da vítima FÁBIO CÉSAR DE ARAÚJO, IN VERBIS: fls. 11 v e 12, do processo: *“múltiplas escoriações na face e tronco; ferimento inciso superficial na região clavicular direita, ferimento corto-contuso na face superior do antebraço direito, ferimento perfuro-cortante na região cervical lateral, inferior esquerda, medindo 5 cm, e ferimento na região cervical lateral inferior foi penetrante para tórax – perfuração do pulmão esquerdo, hemotórax”*, como também o **exame pericial do local do crime (fls. 45, dos autos)**, disse que: *“Examinando o local e a vítima constatamos uma pequena mancha de sangue sob o corpo da vítima, a 50 m do local mais alto onde existe um pequeno campo de futebol, constatamos **um copo de vidro, pedaços de bambu espedaçados e manchas de sangue**, que levados em consideração os aspectos citados fica evidenciado que o local onde encontrava-se o corpo não foi o local da execução...”* (negritos nossos).

Portanto, íncritos julgadores, apesar da fita de vídeo tape comprovarem cabalmente que os acusados ROBSON SANTOS FERREIRA, MARCELO MATIAS DOS SANTOS e o APELADO MAURÍCIO DA CONCEIÇÃO SANTOS, confessarem perante as câmeras da TV JORNAL, maxime que não foram coagidos e nem obrigados a prestarem a entrevista, pois um outro indiciado ALEXANDRO VIANA que estava também preso e apareceu no vídeo tape e não quis dar entrevista, e que tinha sido indiciado em virtude de Bia, irmã do mentor do assassinato o adolescente de 17 anos Rivaldo (vide seu depoimento de fls. 73, dos autos, apesar do

mesmo aparecer também na fita de vídeo tape adunada aos autos de fls. 213, do processo, porém não confessou o crime, nem no inquérito policial e nem perante a aludida fita de vídeo tape, e por isso mesmo este órgão promotorial não o denunciou, não pela reportagem contida na fita, pois esta só foi juntada após a denúncia, inclusive depois da oitiva das testemunhas arroladas com a denúncia, conforme se vê às fls. 210, do processo, pois até então este órgão promotorial não sabia da existência de tal fita, sendo trazida aos autos por familiares da vítima, fato este que veio elucidar o crime perpetrado pelo apelado e os demais acusados (ora condenados), e a entrevista dada pelo apelado e outros condenados, foi espontânea e sem qualquer pressão, como também os mesmos não foram coagidos quer psicologicamente quer fisicamente, face não haver nenhuma prova nos autos, maxime que só o apelado disse em seu interrogatório em Juízo (fls. 150, quando foi perguntado se o que consta no depoimento prestado na fase policial às fls. 78 e 79 é verdadeiro, respondeu que não, pois foi compelido a declarar o que ali contém porque se encontrava constrangido), sendo que quando em plenário ele disse que “os policiais forçaram o interrogando a confessar o crime, pois a contrário seria pior para o mesmo” (vide fls. 315), contudo os demais acusados, quer quando da instrução criminal e quer no plenário não falaram nada a respeito de que foram “constrangidos” para confessarem quando do inquérito policial e quer na entrevista perante a fita de vídeo tape, como também não houve qualquer tipo de constrangimento quando da reportagem da TV JORNAL, maxime em juízo, perante DR. JOÃO GUILHERME DE CARVALHO, quando os mesmos foram ouvidos. E nada disseram a respeito que foram obrigados a prestar a aludida entrevista, como também não houve em juízo, ou em plenário qualquer impugnação da juntada da fita de vídeo tape por parte do defensor dos acusados, inclusive os jurados condenaram os outros dois acusados e por um erro na votação dos quesitos absolveram, diga-se de passagem, injustamente, o ora apelado MAURÍCIO DA CONCEIÇÃO SANTOS, indo de encontro a inteligência do artigo 489, inclusive o douto Juiz Presidente quis sub-

meter este a nova votação, e o defensor do acusado não concordou com tal proposição, apenas queria que fosse votada apenas os outros condenados.

Preclaros Desembargadores, componentes desta excelsa Câmara Criminal, quando do sumário de culpa, não só ficou comprovada a materialidade dos fatos delitóticos, esta através do LAUDO DE EXAME CADAVÉRICO de fls. 11 a 12, como também a autoria do crime perpetrado pelo ora apelado e em co-autoria com os demais acusados e, por este motivo, foram todos pronunciados e submetidos ao Tribunal do Júri, sendo que o apelado MAURÍCIO foi absolvido contra as provas dos autos, em virtude de um erro de um jurado, sendo que os demais foram condenados, evidenciado, assim, uma injustiça tremenda, pois os outros acusados foram condenados e o apelado absolvido contra as provas dos autos, maxime que os crimes perpetrados contra a vítima FÁBIO CÉSAR DE ARAÚJO foram em co-autoria, uma vez que não só o apelado confessou, como também os demais condenados confessaram quando do inquérito policial (fls. 78, o apelado MAURÍCIO), o adolescente RIVALDO (fls. 86 a 87), o acusado ROBSON (fls. 70) e o acusado MARCELO (fls. 82), apesar de negarem em juízo e em plenário, contudo com a juntada da fita de vídeo tape (confissão perante as câmeras de Televisão), de fls. 213, onde não só o apelado e como os demais confessaram friamente a perpetração do crime, conforme este órgão promotorial já abordou quando das alegações finais, vide fls. 229 a 232, do processo. Aliás, há um provérbio chinês que diz: “Melhor de que milhões de palavras é uma imagem”.

As testemunhas ouvidas às fls. 189 a 192, do processo, foram unânimes em afirmar, *de auditu*, inclusive todos os comentários levavam que foram os acusados ROBSON, MARCELO E MAURÍCIO (APELADO) os autores dos crimes, ora *sub judice*, contra a vítima FÁBIO, e disseram também que eles estavam ameaçando algumas testemunhas para que não contassem nada a respeito do inditoso crime, inclusive a testemunha ouvida no sumário de culpa às fls. 197, também confirmou que foram os acusados os auto-

res do bárbaro crime perpetrado contra a vítima, inclusive o depoimento da testemunha ouvida às fls. 198 informou também que os acusados se utilizaram do uso de maconha, tendo também no vídeo tape juntado aos autos, os dois outros condenados e o ora apelado MAURÍCIO confessaram que no dia do crime estavam fumando a aludida erva, juntamente com a vítima, como também beberam juntamente com a mesma no BAR DA TESTEMUNHA EDMILSON PESSOA SANTOS, MAIS CONHECIDO POR "BIBI", como também o copo encontrado no local do crime foi levado por um dos acusados, como também ficou sobejamente comprovado que os acusados estavam no Bar da pré-falada testemunha na noite do crime e saíram com a vítima, quando numa trama diabólica mataram-na, de forma impiedosa, cruel e macabra e ainda com requintes de selvageria, tendo inclusive furtado a vítima FÁBIO CÉSAR DE ARAÚJO, após o cometimento delitígeno desta.

Os álibes oferecidos pelos condenados ROBSON, MARCELO e O APELADO MAURÍCIO CAEM POR TERRA, pois, in casu, o ônus da prova incumbe a quem alega, conforme inteligência do artigo 156, do Código de Processo Penal, e principalmente, o acusado MARCELO em juízo, quando do seu interrogatório (fls. 151, disse que no dia do crime se encontrava na casa de sua sogra, enquanto que em plenário do julgamento, (fls. 316), respondeu que se encontrava trabalhando no G. BARBOSA. Quanto ao ora apelado MAURÍCIO E ACUSADO ROBSON NÃO CONSEGUIRAM PROVAR QUE SE ENCONTRAVAM EM SUA RESIDÊNCIA, MAXIME QUE ÁLIBE APRESENTADO POR ELES NÃO FOI COMPROVADO, A CONTRÁRIO SENSU, confessaram os crimes perpetrados contra vítima, quer de maneira indireta, (judicialmente), quer de maneira direta (extra judicialmente, confissão na polícia e na fita de vídeo tape (fls. 213, dos autos, máxime as jurisprudências abaixo citadas, se encaixarem como uma luva ao caso vertente, in verbis:

ÁLIBI:

"Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão (4º grupo de Câms. do TACRIMSP, RvCrim 116.058, em 22.9.82 - v. un. - Rel. o então juiz Jarbas Mazzonni)."

DA CONFISSÃO EXTRA JUDICIAL:

No seu livro da prova processual penal, 2, ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p.87, Camargo Aranha, assim se expressou a respeito da confissão obtida extra judicialmente, in verbis:

“Com relação à confissão extra judicial, normalmente de natureza policial, há que se estabelecer um profundo marco divisório: não servirá como prova justificadora da condenação se atuar como único elemento incriminatório: todavia, poderá alicerçar a procedência da denúncia se encontrar algum apoio nos elementos probatórios restantes, mesmo que indiciários, ainda quando não confirmada ou retratada em juízo”.

Com respeito o que acima foi dito, pelo eminente jurista, pautam-se os arestos jurisprudenciais, em sua maciça maioria, pela mesma linha de raciocínio, trilhada pelos clássicos acórdãos, in verbis:

“A confissão da autoria vale não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que ela contém” (RT, 95:563).

“A confissão policial com riqueza de detalhes, peculiar daquele que praticara ou participara do delito, e a isolada retratação do réu em juízo, autorizam a condenação”(Ap. 335.527), TACRIMSP).

“A jurisprudência já é pacífica no sentido de que a confissão policial, retratada ou modificada posteriormente em juízo, embora extra judicialmente, tem o seu valor e serve como alicerce condenatório desde que encontre apoio nas provas colhidas”. (JTACrim, 149:431).

“Embora a confissão policial possa ser retratável em Juízo, é mister que essa retração, de um lado, seja verossímil, e, de outro, encontre algum amparo, ainda que em elementos indiciários ou circunstanciais. É necessário que o confitente esclareça os motivos dele, oferte pelo menos um franco começo de prova”, (Ap. 173.561, TACRIMSP, Rel. Gonçalves Sobrinho).

Portanto, senhores Desembargadores, as jurisprudências e a doutrina citadas supra, se encaixam como uma luva ao caso ver-

tente, pois não só a confissão do apelado e dos demais condenados perante o inquérito policial, mais a confissão contida na fita de vídeo tape, e as testemunhas ouvidas tanto no inquérito policial, e em juízo, corroboram cabalmente que foram o apelado e os demais condenados os autores dos crimes perpetrados contra a vítima FÁBIO CÉSAR DE ARAÚJO, caindo por ter a versão do apelado que foi constrangido na polícia, enquanto que os demais jamais falaram em constrangimento, quer na polícia, quer na fita de vídeo tape, quer quando do plenário do Tribunal do Júri. A respeito do “constrangimento sofrido pelo apelado MAURÍCIO,” este sequer apontou como foi o constrangimento, ou seja, a confissão não foi obtida por tortura, maxime que nas confissões, tanto do ora apelado, como dos demais condenados, foram assinadas na presença de várias testemunhas, conforme se vê respectivamente às fls. 70 a 71 (ROBSON DOS SANTOS FERREIRA), MAURÍCIO DA CONCEIÇÃO (APELADO), fls. 78 a 79, MARCELO MATIAS DOS SANTOS (fls. 82 a 83) e só quem disse que sofreu constrangimento, tanto em Juízo e em plenário foi o ora apelado MAURÍCIO e os demais não, numa prova cabal que não houve constrangimento e nem tortura alguma, maxime a fita de vídeo tape não constar nenhum constrangimento, inclusive o indiciado ALEXSANDRO VIANA, que tinha sido acusado pela Bia, irmã do adolescente Rivaldo, mentor da perpetração do crime, estava com os mesmos na entrevista da Reportagem, contudo sequer deu entrevista, numa prova cabal que eles deram a entrevista livremente, sem qualquer constrangimento de quem quer que seja. Aliás o adolescente RIVAILDO SANTANA SILVA, devidamente acompanhado de sua genitora confessou, às fls. 86, como os crimes foram praticados contra a vítima, fatos estes incontrovertidos no processo.

Alfim, só resta esta douda Câmara Criminal, dá provimento ao recurso de apelação, a fim de submeter o apelado MAURÍCIO DA CONCEIÇÃO SANTOS, a novo julgamento, pelo Tribunal Popular, uma vez que a absolvição do mesmo foi, **data vênia**, contrária às provas dos autos, pois os crimes perpetrados contra a vítima FÁBIO CÉSAR DE ARAÚJO, foram em co-autoria, inclusive, caso

Vossas Excelências assim não procedam estarão cometendo uma grande injustiça com os co-autores ROBSON SANTOS FERREIRA E MARCELO MATIAS SANTOS, pois estes foram condenados pelo mesmo Conselho de Sentença que absolveu, diga-se de passagem, injustamente, o citado apelado, porque só assim estarão os doutos julgadores fazendo justiça, não só com os dois outros condenados, como também estarão eliminando a impunidade do ora apelado que saiu livremente pela porta de entrada do Tribunal do Júri impunemente e, mais ainda, se assim os senhores não agirem, desta forma, estarão contribuindo para o florescimento da maldade.

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através da Coordenadoria Geral, com interesse e legitimidade fincados nos arts. 129, III, da Carta Magna, 118, III, da Constituição Estadual, 1º, inciso IV, e 21, da Lei nº 7.347, de 24-7-85, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Excelência propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO LIMINAR, contra o MUNICÍPIO de ARACAJU, pessoa jurídica de direito público interno, representado legalmente pelo Prefeito Municipal, com sede na Pç. Olímpio Campos, nº 180, Centro, nesta Capital, e contra a ENERGIPE - EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S.A, pessoa jurídica de direito privado, com sede na rua Itabaianinha, nº 66, nesta Capital, pelas razões fáticas e jurídicas que a seguir expõe:

1 - DOS FATOS

1.1 - Consta do Inquérito Civil nº 001/98, que a Lei Municipal nº 207, de 07 de outubro de 1971 (doc, de fls. 24) , instituiu taxa de iluminação pública em vias e logradouros públicos, e autorizou a cobrança desse tributo através de convênio com a ENERGIPE-EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE (doc. de fls. 19 a 23), à época pertencente ao Estado de Sergipe, com o escopo de custear os serviços de iluminação pública desta Capital.

1.2- Após o advento da Carta Magna de 1988, o Município de Aracaju, ao editar a lei nº 1547/89 - Código Tributário Municipal, ratificou a instituição dessa taxa, facultando a continuidade de sua arrecadação mediante convênio celebrado com a citada empresa distribuidora.

1.3- Desde os idos de 1976, coube à ENERGIPE o encargo de proceder a arrecadação mensal da taxa “sub examine”, utilizando-se, para tanto, das faturas relativas a contas de energia elétrica de cada consumidor, pessoa física ou jurídica, com residência ou casa -comercial localizada em vias servidas pela rede de iluminação pública.

1.4- O serviço de iluminação pública desta Capital, prestado de forma coletiva à comunidade em geral, é remunerado como se de utilização específica fosse, pois o valor arrecadado, a título de taxa de iluminação pública, baseia-se no consumo de energia elétrica individual dos usuarios acima referidos.

1.5- Contraditoriamente, a lei complementar nº 002, de 30 de dezembro de 1991, que fixa a base de cálculo da taxa de iluminação pública — quantidade de Kwh consumida por imóveis lindeiros as vias e logradouros beneficiados pela iluminação pública — , isenta, sem qualquer motivo lógico, do pagamento da taxa em tela, os prédios públicos municipais. Diz o texto da lei: “Os prédios públicos municipais são isentos do pagamento da TIP”.

1.6- Apesar da receita da arrecadação desse tributo ser superior ao total das despesas com a rede de iluminação pública, desde o ano de 1993 o montante recolhido não tem sido traspassado ao Erário Municipal, permanecendo nos cofres da ENERGIPE - Empresa Energética de Sergipe S/A., cf. declarações prestadas pelo sr. Eduardo Porto Filho, Secretário de Administração e Controle Interno do Município de Aracaju e pelo sr. João Batista Didou Filho, servidor da empresa concessionária (docs. de fls. 70 a 73), o que constitui acintoso descumprimento da cláusula quarta do termo de convênio de fls., que reza:

“A Energipe se obriga a contabilizar, mensalmente, o produto da arrecadação da taxa de iluminação e a recolhê-lo ao Banco do Estado de Sergipe S/A na conta nº 16.533 - Prefeitura de Aracaju, fornecendo à Municipalidade, até o dia 10 (dez)

do mês subsequente, recibo de depósito e demonstrativo da arrecadação, bem como das despesas efetuadas”.

1.7- Após algumas audiências públicas realizadas na sede do Ministério Público, na data de 02 de julho de 1998 o Município de Aracaju e a Energipe, fizeram encontro de contas, em face das dívidas municipais de energia elétrica.

1.8 - De acordo com o elencado no instrumento particular de reconhecimento e quitação recíproca (doc. de fls 88 a 91), o produto da arrecadação da TIP- taxa de iluminação pública - serviu não só para o pagamento do consumo e manutenção da rede de iluminação, mas também para remunerar o consumo de energia elétrica de varias unidades administrativas da Prefeitura Municipal.

1.9- A receita alcançada com o recolhimento da mencionada taxa não pode ser usada para pagamento de outras dívidas do Município, nem mesmo daquelas atinentes ao consumo interno de energia elétrica de prédios públicos municipais, visto que a taxa foi instituída para prover o consumo e a manutenção da rede de iluminação pública, entendendo-se como tal a iluminação externa das vias, praças e monumentos, conforme dispõe a cláusula primeira, 1.2 do termo de convênio, a saber:

“Para efeito do presente convênio, são considerados como pertencentes à Rede de Iluminação Pública somente os materiais e equipamentos exclusivamente destinados a iluminação das vias, praças, monumentos (externamente) e logradouros públicos, ou seja, luminárias, lâmpadas, braços de iluminação, reatores, condutores, relés foto elétricos, interruptores, postes ornamentais, eletrodutos e transformadores.”

1.10- Vale frisar que já recai sobre os ombros dos cidadãos aracajuanos pesada carga tributaria imposta pelas três entidades governamentais: União, Estado e Município. Todavia, grande parcela da população encontra-se compelida a pagar uma taxa ilegal que não se amolda a nenhuma das figuras tributarias delineadas na Carta Política de 1988, conforme veremos adiante, e sustentam, sem saber, a iluminação interna de unidades administrativas sob a responsabilidade da Prefeitura Municipal e a manutenção da rede de iluminação pública pertencente à própria Energipe.

1.11 - No dia 06 de julho pretérito, foi assinado, perante o Ministério Público, termo de ajustamento de conduta pelas representantes judiciais do Município e da Energipe (doc. de fls.). Embora carente ainda das assinaturas do Prefeito Municipal e do Diretor-Presidente da Energipe a matéria foi amplamente divulgada, em decorrência da nítida inconstitucionalidade que envolve a taxa de iluminação pública.

1.12- O citado termo de ajustamento de conduta foi enviado aos representantes legais do Município de Aracaju e da Energipe para a aposição de assinaturas. Surpreendentemente, essas autoridades negaram-se a fazê-lo.

1.13- O predito termo de ajustamento de conduta suspendia a cobrança da taxa de iluminação pública, a partir do mês de agosto de 1998. Isto é, nas faturas do mês de setembro que se referem ao consumo aferido no mês de agosto, não mais deveriam constar o valor da referida taxa, já que é rotina nos pagamentos de serviço de energia elétrica, as contas serem endereçadas ao usuário no mês posterior ao do consumo.

1.14- Diante da inexplicável recusa do Prefeito Municipal em assinar o termo de ajustamento de conduta, cf. atestam os docs. de fls. 98 a 108, cabe ao Ministério Público levar a questão diretamente ao Poder Judiciário, pois somente através de ordem judicial poderá ser coibida a cobrança do tributo ilegal.

2- DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2. 1 - O escopo da presente demanda é a suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública, revestida de incontestável

inconstitucionalidade, e a consequente devolução aos consumidores contribuintes dos valores pagos indevidamente. A ação civil pública é o instrumento processual mais adequado e eficaz ante o inexorável interesse social que desses pleitos advém, transcendendo a esfera do direito ou interesse exclusivamente individual para atingir a ampla categoria de pessoas lesadas pela instituição do tributo em tela, de trato sucessivo, eivado de nítida ilegalidade.

2.2- É Indiscutível a legitimação do Ministério Público, consagrada expressamente nos art. 127, caput, c/c os arts. 129, inciso III, da Carta Política de 1988. Contestar a legitimidade extraordinária do Ministério Público seria o mesmo que questionar a constitucionalidade do art. 25, IV, alínea "a" da Lei nº 8.625/93 e, especialmente, do art. 1º, inciso IV e 21 da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública. Esses diplomas legais foram editados para aparelhar o "Parquet" na defesa dos interesses coletivos estritamente considerados e individuais homogêneos oriundos de ilegal obrigação tributária atrelada a relação de consumo.

2.3- Com efeito, o Município repassa ao consumidor de energia elétrica o encargo econômico proveniente da prestação do serviço de iluminação pública. Há duas relações jurídicas entrelaçadas, uma de consumo, a outra tributária. A Energipe - Empresa Energética de Sergipe S.A está no polo ativo da relação consumerista, na qualidade de fornecedora dos serviços de iluminação pública. Confundem-se, na mesma pessoa, as figuras do consumidor e do contribuinte, em decorrência da injusta criação de um tributo, que olvida os ditames constitucionais.

2.4- Na medida em que se reconhece judicialmente a ilegalidade da taxa de iluminação pública, é necessário o ressarcimento dos valores pagos indevidamente, ou seja, a repetição do indébito.

2.5 - O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a matéria:

"PROCESSUAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CANCELAMENTO DE TAXA ILEGAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DECLARAÇÃO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONA-

LIDADE. 1- O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTÁ LEGITIMADO PARA O EXERCÍCIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NO OBJETIVO DE PROIBIR A COBRANÇA DE TAXA ILEGAL. II - É VIÁVEL, EM PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, A DECLARAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE". (STJ, Recurso Especial 0109013 UF: MG ANO: 96)

2.6 - No que concerne à repetição do débito, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul já se posicionou:

"TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - EXAÇÃO LEGAL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO

A taxa de iluminação, por não possuir os requisitos de especificidade e divisibilidade, exigidos na Constituição Federal e na Estadual, é inconstitucional. Antes, porém, é ilegal por violar os arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional. Paga a taxa, sendo ela ilegal, a repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal, é medida de justiça. Apelação improvida." (TA - RS - Ap. 193.149.408- 1°C. - j. em 08.02.94 - Rel. Juiz Juracy Vilela)

E mais:

"TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – SERVIÇO NÃO INDIVIDUALIZADO – REPETIÇÃO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Embora o fato gerador da taxa de iluminação seja a utilização efetiva ou potencial de energia elétrica, falta, como complemento, a sua qualificação como serviço público específico e divisível prestado a cada município. Serviço não indivi-

dualizado, porque impossível de ser especificado o “quantum” de energia elétrica consumido pelo contribuinte. Ilegalidade da cobrança, por ofensa ao art. 145, II, da CF vigente e art. 77 do CTN. Obrigação do Fisco de restituir o que pago acrescido de correção monetária, a partir da data de cada recolhimento indevido. Juros de mora de um por cento ao mês, computados desde o trânsito em julgado da decisão. Procedimento de recurso.” (TACiv – RJ – Ap. 8347/88 – 6ª C. – reg. em 05.04.90 – Rel. Juiz Clarindo de Brito).

3. DO DIREITO

3.1. Cuida a presente ação civil pública de questão jurídica atinente à ilegalidade da cobrança da taxa de iluminação pública – TIP, abordando a inconstitucionalidade desse tributo, em face do seu fato gerador e de sua base de cálculo.

3.2. A Carta Política de 1988, recepcionando o teor do art. 77, do Código Tributário Nacional, reza em seu art. 145, inciso II, da CF, que as taxas, tributos vinculados, têm como fato gerador o *“exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”*.

3.3. O Código Tributário Nacional, em seu art. 79, inciso I e II, conceitua serviços específicos e divisíveis, os primeiros como aqueles destacáveis *“em unidades autônomas de intervenção de utilidade ou de necessidade pública”*, os segundos como aqueles *“suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários”*. Tais serviços, geralmente de natureza domiciliar, como os de água, energia elétrica, esgoto, tem remuneração proporcional e mensurável ao uso individualizado do destinatário, portanto, denominados *“uti singuli”*.

3.4. A instituição de taxa está vinculada a fato gerador que importe atuação estatal específica diretamente relacionada ao con-

tribuinte, que pode ser o exercício do poder de polícia, ou a fruição específica e divisível de serviço público de utilização efetiva ou potencial, desde que compulsória, pois, tratando-se de serviços facultativos a remuneração será feita por tarifa, ou preço público.

3.5. O serviço de iluminação pública é serviço de uso comum do povo, *“uti universi”*, genérico, prestado indistintamente à coletividade, sem medição. É impossível fracionar o uso do serviço de iluminação pública para transformá-lo em serviço específico e divisível, mesmo porque seus usuários são indetermináveis.

3.6. O alcance social do serviço de iluminação pública revela-se ao enfocarmos a questão da segurança pública, pois os logradouros imersos nas sombras são um convite a ação de delinquentes, colocando em risco a vida e a integridade física da população.

3.7. Não pode a Municipalidade onerar arbitrariamente o patrimônio de parte dos contribuintes, como os proprietários de imóveis situados nas vias ou logradouros servidos pela rede de iluminação pública, isentando, ao seu talante, outros, pois todos desfrutam do mesmo benefício, inclusive, os motoristas e pedestres em trânsito no local.

3.8. Cabe pois ao Município o ônus de arcar com as despesas relativas ao serviço de iluminação pública, através do dinheiro público obtido com a arrecadação dos impostos gerais dentre eles o IPTU.

3.9. A doutrina é unânime em afirmar que o serviço de iluminação pública não é divisível nem específico, não devendo incidir qualquer taxa sobre a utilização desse serviço. Adiante, transcreve-se excertos de obras dos mais renomados juristas, que indicam o melhor caminho a ser seguido pelo intérprete da lei. Vejamos:

3.10. Hely Lopes Meireles leciona que *“somente a conjugação desses dois requisitos, especificidade e divisibilidade, aliada a compulsoriedade do serviço pode autorizar a imposição de taxa. Destarte, não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não*

configuram serviços específicos nem divisíveis, por serem prestados “uti universi” e não “uti singuli”, do mesmo modo que seria ilegal a imposição de taxa relativamente aos transportes urbanos postos à disposição dos usuários, por faltar a esse serviço, específico e divisível, a compulsoriedade de utilização” (Finanças Municipais, ed. RT, 1979, págs. 14/15)

3.11. Kiyoshi Harada por sua vez ratifica o posicionamento esposado pelo Mestre Hely Lopes Meirelles, afirmando que *“a iluminação pública não configura um serviço específico e divisível, na medida em que não comporta destaque em unidades autônomas, e nem é passível de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários. A iluminação pública é um melhoramento que passa a integrar ruas, praças e avenidas, bens de uso comum do povo, nos estritos termos do art. 66, I, do Código Civil Brasileiro. Trata-se, portanto de serviço público prestado ‘uti universi’, e não, ‘uti singuli’. Não há como individualizar e mensurar o serviço de iluminação pública, usufruído pelo povo em geral, não só pela população paulistana, como também, por quaisquer outras pessoas que circulem pelas vias e logradouros públicos iluminados. Tratando-se de um serviço geral a manutenção da rede de iluminação pública deverá ser custeada pela receita proveniente de impostos – que é um tributo desvinculado de qualquer atuação estatal – a exemplo do que ocorre com outros serviços públicos gerais, como serviço de saúde pública, de ensino público, de segurança pública, etc.”* (Taxa de Iluminação Pública, JTACSP Lex 121/023).

3.12. Seguindo a mesma trilha, Regis Fernandes de Oliveira ensina que *“é preciso que se possa medir (mensuração) o serviço em face de cada consumidor. O STF já decidiu que o benefício especial objetivo, mensurável, é condição especial para que o tributo seja conceituado como taxa (...). No caso do serviço de iluminação pública, inadmissível a cobrança, por parte de qualquer Município, porque não cuida de serviço específico e divisível. Como benefício genérico, é suportado por toda a comunidade, e, pois pelos impostos”* (Taxa de Iluminação, Cadernos de Direito Municipal, RDP 79/197).

3.13. Finalmente, importa transcrever a lição de Ruy Barbosa Nogueira: *“Não é constitucional, legal ou juridicamente possível a cobrança de taxa pelos Municípios para, custear serviço comum de iluminação pública. O custo dessa manutenção é despesa geral, a ser custeada com a arrecadação de impostos”* (1981, p. 278). Extraído das informações jurídicas prestadas pelo IBAM (doc. de fls.).

3.14. Após esgotar o tema, citando os ensinamentos doutrinários dos mais festejados juristas, colacionamos à presente, alguns acórdãos prolatados por diversos Tribunais pátrios, trazendo à baila inicialmente ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Tributário. Taxa de iluminação pública. Ilegalidade. Sem os requisitos da especificidade e da divisibilidade, previstos no Código Tributário Nacional, não se justifica a cobrança da taxa. O serviço de iluminação pública tem caráter genérico e não divisível ou específico, sendo prestado à coletividade, como um todo, sem benefício direto para determinado imóvel ou certo contribuinte.” (STJ, Rel. Ministro Hélio Mosimann, decisão por votação unânime, Resp 17.702-SP, RT 598/112)

“Taxa de Iluminação Pública. Ilegalidade de sua cobrança. A iluminação pública é serviço prestado a toda população. Visa à segurança do trânsito de veículos e a própria segurança individual, pois é sabido que uma boa iluminação afugenta os marginais, que preferem agir nas sombras. Não se trata, por isso, de serviço prestado ‘uti singuli’ mas ‘uti universi’. Não contém os requisitos de especificidade e divisibilidade que são inerentes às taxas. Na verdade, todos indis-

tintamente se utilizam da iluminação pública, seja o morador, seja a pessoa que eventualmente passa a pé. Não é possível eleger entre todos os usuários, um que deve custear o serviço, que não está, especificamente, à sua disposição. Portanto, não é possível a sua divisibilidade. O custeio deve ser suportado pelos impostos, cujos recursos são destinados a financiar as despesas com a atividade pública da administração” (Ac. un. 6 do TA Cív. RJ – Ap. 4.204/94 – Rel. Juiz Nilson de Castro Dião – j. 20.09.94).

“Taxa de Iluminação pública. Lei instituidora. Inconstitucionalidade. Ação civil pública. Suspensão. Serviço. Especificidade e divisibilidade. Descaracterização do tributo ‘taxa’. O que caracteriza o tributo ‘taxa’ é a especificação quanto ao serviço prestado e a individualização quanto à pessoa beneficiada. Não se configuram como serviços específicos nem divisíveis aqueles que são prestados uti universi e não uti singuli. Destarte, a iluminação de vias e logradouros públicos é de natureza genérica, atingindo indistintamente a um universo de pessoas, e imune, na essência, à medição individualizada” (Ac. un. da 2ª C. Civ. do TJMG – Ap. 40.831/0 – Rel. Des. José Brandão de Resende – j. 04.08.95).

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO DE ARACAJU

4.1. Não obstante o art. 3º do Código Tributário Municipal cancelar sua subordinação à Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional e demais Leis Complementares, nos arts. 223 e

224, ratifica a instituição da taxa de iluminação pública, prescrevendo:

“A taxa de iluminação pública tem como fato gerador a prestação de serviços de iluminação pública em vias e logradouros públicos.

Contribuinte da taxa é o proprietário, possuidor a qualquer título ou a pessoa que tem o domínio útil do imóvel lindeiro em vias ou logradouros públicos que possuam iluminação pública.”

4.2. Ao determinar que a prestação de serviços de iluminação pública, em vias e logradouros de uso comum do povo, é o fato gerador da taxa em tela, o Código Tributário Municipal contraria frontalmente o disposto no art. 145, inciso II, da Carta Magna vigente, reproduzido pela Constituição Estadual, art. 134, II, pela Lei Orgânica do Município de Aracaju, art. 136, inciso II, e ainda os arts. 77 a 79, do Código Tributário Nacional, pois tal serviço não é de utilização específica nem divisível, tema este já exaurido no tópico antecedente.

4.3. Quanto à base de cálculo, o legislador constituinte, no § 2º, do citado art. 145, enfatizou: *“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”*. E arremata no art. 153, § 3º, da CF: *“A exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum tributo poderá incidir sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”*.

4.4. De acordo com a lei complementar municipal nº 002, de 30 de dezembro de 1991 (doc. de fls. 24), o contribuinte que apresentar um consumo mensal em prédio residencial, na faixa de 61 a 90 Kwh, por exemplo, pagará taxa de iluminação pública no valor de 5% da UFIR, e aquele que possuir terreno pagará 10% da UFIR por metro linear de testada real, ao ano, estando isentos do pagamento da TIP os prédios públicos municipais.

4.5. Ainda no que pertine à lei complementar nº 002/91, percebe-se clara violação do art. 145, § 2º, da CF, acima transcrito, igualando a base de cálculo da taxa de iluminação pública àquela

própria do ICMS – Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviço, que é a quantidade de energia elétrica consumida pelo contribuinte, no caso de operações dessa natureza.

4.6. De outra parte, a taxa *sub examine* incide sobre operações relativas a energia elétrica, não se compatibilizando com o comando normativo do supracitado art. 153, § 3º, da CF, que veda a incidência de tributo sobre as operações relativas a energia elétrica, com exceção do ICMS, dos impostos de importação e exportação.

4.7. O entendimento pretoriano é pacífico ao explicitar que a cobrança de taxa, com base no consumo de energia elétrica individual, posterga dispositivos contidos na Lei Maior e no Código Tributário Nacional:

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – FATO GERADOR IGUAL A IMPOSTO – INADMISSIBILIDADE

Tendo a Taxa de Iluminação Pública por fato gerador o consumo de energia elétrica, confunde-se com o imposto – Lei 2.308/54 – ferindo, em consequência, os art. 77, parágrafo único, do CTN, e 18, § 2º da CF” (TA-RS – Reex. Nec. 186085239 – 1ª Câmara Cível. j. em 21.04.87 – Rel. Juiz Alceu Benato de Moraes – COAD – Verbete nº 119662).

“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – ILEGALIDADE

Padece de ilegalidade, dando azo à repetição do indébito, a taxa de iluminação pública cobrada pelo Município do Rio de Janeiro, porquanto, desvestidas dos predicativos de especificidade e divisibilidade, ainda apresenta base de cálculo idêntica a do imposto único sobre energia elétrica (Constituição anterior, art. 18, §

2º, Constituição atual art. 145, § 2º, CTN, art. 77 e parágrafo único. Confirmação do acórdão recorrido. Rejeição dos embargos” (Taci. RJ-Eap. 86133 – 1º Gr. Câmara – Reg. em 21.08.90 – Rel. Juiz Laerson Moura – COAD verbete nº 50957).

“Tributo. Energia elétrica. Estabelecimento. Em face do disposto no artigo 155 e § 3º, da CF, compete ao Estado, e não ao Município, estabelecer tributo sobre operações relativas a energia elétrica” (TJ-AL – Ac. Nº 1.147 – un. Rem. Ex-officio 10.506 – Delmiro Gouveia – Rel. Des. Paulo da Rocha Mendes – j.31.08.94).

4.8. É absolutamente inconstitucional a taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Aracaju, tributo vinculado a serviço genérico, com base de cálculo própria de imposto, que diverge de maneira ostensiva dos mandamentos da Carta Magna de 1988, tornando-se uma figura tributária divorciada do arcabouço do sistema jurídico pátrio.

4.9. Outrossim, interessa afirmar que, como foi dito anteriormente, o serviço de iluminação pública deve ser mantido pelos recursos próprios do Município advindos da arrecadação dos impostos gerais, principalmente, pelo IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, já que a rede de iluminação pública é um dos requisitos, dentre outros elencados no art. 32, § 1º, do CTN e no art. 134, do Código Tributário Municipal, que ensejam a incidência do citado imposto.

“Art. 134. Para os efeitos deste imposto entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 02 (dois) itens seguintes, construídos ou mantidos pelo poder público:

- I.
- II.
- III.
- IV. *rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar.*”

4.10. Ademais, 25% do produto total da arrecadação do ICMS, imposto estadual, é destinado aos Municípios, cf. preconiza o art. 158, inciso IV, da CF, observados os critérios prenunciados no parágrafo único do mesmo artigo e no art. 3º, da Lei Complementar nº 63/90.

4.11. Vale salientar que o nosso ordenamento jurídico disciplinou os meios legais para viabilizar o custeio do serviço de iluminação pública, basta que o Gestor do Município administre a receita dos impostos de maneira a priorizar o pagamento dos serviços de cunho puramente coletivo, como o de iluminação pública, que afeta a segurança pública. Dessa forma, o Poder Público Municipal assume sua responsabilidade financeira, deixando de onerar os munícipes ao arrepio da lei.

5. DO DANO

5.5. O dano ao patrimônio dos cidadãos está retratado no pagamento de uma taxa ilegal, agravado com o uso da receita arrecadada para custeio do consumo de energia de unidades administrativas sob o comando da Prefeitura Municipal.

5.6. Flagrante o descaso do Município de Aracaju em relação ao patrimônio individual dos contribuintes, que consentiu na permanência da verba pública nos cofres da Energipe – Empresa Energética de Sergipe S.A. para pagamento dos débitos do erário municipal. A citada empresa, por sua vez, agiu com negligência ao deixar de repassar para a Municipalidade o dinheiro coletado a título de taxa de iluminação pública.

6. DO PEDIDO LIMINAR

6.1. 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*”.

6.2. O “*fumus boni iuris*” exsurge da ostensiva ilegalidade da taxa de iluminação, utilizada indevidamente para o adimplemento do consumo de energia elétrica de unidades administrativas municipais, sendo intolerável tão absurda lesão ao patrimônio dos contribuintes–consumidores, que, como o resto da população, já pagam os impostos municipais.

6.3. É oportuno dizer que, em todo país, estão sendo deflagradas ações civis públicas, com concessão de liminares e procedência do pedido principal, em face da comprovada inconstitucionalidade da taxa iluminação pública, inclusive em cidades do interior do nosso Estado, como Lagarto e Itabaiana, onde já foram expedidas medidas liminares.

6.4. O “*periculum in mora*” se manifesta no elemento temporal como causa de maior dano ao cidadão, não podendo o povo aracajuano ficar ao arbítrio do Poder Público Municipal, em face das delongas normais dos ritos processuais, sob pena de perder-se o caráter social da demanda, razão pela qual impõe-se a expedição de medida liminar, com base no art. 12, da Lei nº 7.347/85, após a audiência com o representante judicial do Município de Aracaju e inaudita altera pars, quanto a Energipe – Empresa Energética de Sergipe S.A., a concessão de liminar, vindicada nos seguintes termos:

- a) seja determinado ao Município de Aracaju e à Energipe – Empresa Energética de Sergipe S.A. a suspensão imediata da cobrança da taxa de iluminação pública até final julgamento do *meritum causae*.
- b) sejam encaminhadas cópias da medida liminar concedida a todas agências bancárias, casas

- lotéricas e órgãos arrecadadores, nesta Capital, com o escopo de que recebam o pagamento das contas de energia elétrica com exclusão do valor da taxa de iluminação pública – TIP, a partir da data em que for deferido o pleito liminar.
- c) seja fartamente divulgada a medida liminar nos termos em que for 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.
 - d) seja ordenado ainda a aplicação de multa diária igual a R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), se houver desobediência às ordens judiciais, devendo o montante ser revertido para o Fundo criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85, de acordo com o § único do art. 100, da Lei nº 8078/90.

7. DO PEDIDO

7.1. Requer o Ministério Público o seguinte:

- a) sejam condenados os réus à OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER consistente em cessar definitivamente o lançamento e cobrança da taxa de iluminação pública, sendo determinado à ENERGIPE – EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S/A, a retirada do valor da TIP – taxa de iluminação pública das faturas de energia elétrica endereçadas à residência dos consumidores.
- b) seja condenado o Município de Aracaju à OBRIGAÇÃO DE FAZER, devendo restituir aos con-

tribuintes as importâncias pagas, a título de taxa de iluminação pública, corrigidas monetariamente, a partir de cada recolhimento.

- c) sejam citados o MUNICÍPIO DE ARACAJU, na pessoa do Exmo. Prefeito ou do Procurador do Município, e a ENERGIPE – EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S/A, na pessoa de seu Diretor Presidente, para que, querendo, possam contestar a presente ação e acompanhá-la até decisão definitiva do processo.
- d) sejam condenados os suplicados ao 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 8078/90.

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 de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para efeitos meramente fiscais.

Aracaju, 17 de agosto de 1998

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Coordenador-Geral do Ministério Público
Procurador de Justiça
ANA PAULA MACHADO COSTA MENEZES
Promotora de Justiça

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
COMARCA DE SÃO CRISTÓVÃO/SERGIPE**

“A noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural.”

CARTA DE VENEZA, Veneza, maio de 1994.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por sua Promotora de Justiça que esta subscreve, no exercício das atribuições perante a Curadoria do Patrimônio Público, Social, Cultural e Natural de São Cristóvão, vem ante VOSSA EXCELÊNCIA, com fundamento nos artigos 129, III e 216 da Constituição Federal, artigos 4º, inciso III e 44, inciso IV, alínea “a” da Lei Complementar Estadual nº 02/90, corroborados com os artigos 1º, III, 2º, 3º, 5º, 11 e 12 da Lei 7.347/85 e ainda nos artigos 1º e 17 do Decreto-lei 25/37, Decreto-lei nº 94/38 e Lei 7.489/86, bem como dispositivos aplicáveis da legislação processual civil, propor.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

Contra o Município de São Cristóvão, na pessoa do seu Prefeito Municipal, Sr. ARMANDO BATALHA, com endereço na sede do Poder Executivo Municipal, com base nas razões de fato e de direito que passa a expor.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A legitimidade dativa *ad causam* do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação decorre do artigo 129, inciso III da Constituição Federal, *in verbis*:

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

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

Ademais, o artigo 5º da Lei 7.347/85, conferiu ao Ministério Público legitimidade para agir em defesa dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo, conforme dispõe o artigo 1º da citada norma.

DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO

O artigo 2º da Lei 7.347/85 estabelece:

“As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”

Nessas ações, mesmo que haja interesse e/ou intervenção da União, a competência para a Ação Civil Pública é da justiça estadual.

“Não havendo vara da Justiça Federal no lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, a compe-

tência para julgamento da Ação Civil Pública é da justiça comum estadual, mesmo que haja interesse da União como parte ou interveniente” (RSTJ 28/40 E 50/30; RTFR 154/23).

Sobre o assunto, Nelson Nery Júnior ao comentar o artigo 109 da Constituição Federal na obra Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, pág. 219, ressalta:

“A LACP 2º fixa a competência do local do dano, de natureza funcional (absoluta), para o processamento e julgamento da ACP. Mesmo que a União, suas autarquias ou empresas públicas sejam partes ou intervenientes, a ACP será julgada pela justiça comum estadual, nos locais onde não houver vara da justiça federal.”

DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de São Cristóvão, através da Secretaria Municipal de Obras e Transporte, objetivando a revitalização do Rio Paramopama, localizado neste município, está executando obras nas margens do citado leito fluvial, mais precisamente nas imediações da Rua Graccho Cardoso, conforme se pode verificar através do convênio nº 535/97, cópia em anexo, firmado entre o Poder Executivo Municipal e o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal.

Ocorre que, às margens do Rio Paramopama, encontra-se erguida uma Capela denominada IGREJA DA SANTA CRUZ ou CAPELA SÃO MIGUEL DOS ANJOS, construção secular, segundo consta, em relação a qual é pretensão dos executores da mencionada obra a sua demolição.

Além da demolição da Capela da Santa Cruz, existe também a previsão de demolição da ponte sobre o Rio Paramopama,

construída em 1946, conforme nos foi dito pessoalmente em conversa informal com o Secretário de Obras do Município e Prefeito Municipal, com a finalidade de melhorar o acesso principal da cidade, favorecendo o trânsito local.

Em 04 de agosto pretérito, o Ministério Público de Sergipe foi procurado por alguns munícipes, os quais levaram o fato ao nosso conhecimento, encaminhando, inclusive, abaixo assinado com mais de cem assinaturas, protestando pela não realização das obras no que diz respeito à demolição da Igreja de Santa Cruz.

O fato, conforme se pode verificar através dos documentos adunados à presente ação, é também do conhecimento do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e da Procuradoria da República.

DAS PROVAS

Através dos documentos encartados, constata-se que efetivamente as obras estão sendo executadas pela Prefeitura Municipal de São Cristóvão, estando, portanto, estreme de dúvidas a questão em relação a esse aspecto o que, outrossim, poderá ser verificada *“in loco”* através de inspeção judicial.

DO DIREITO

É público e notório o tombamento da cidade de São Cristóvão.

A primeira norma que elevou SÃO CRISTÓVÃO à categoria de monumento histórico foi editada em 22 de junho de 1938, através de decreto do Governo Estadual – DECRETO-LEI Nº 94 – que estabelece em seu artigo 1º:

“É ELEVADA À CATEGORIA DE MONUMENTO HISTÓRICO A CIDADE DE SÃO CRISTÓ-

VÃO, FICANDO O GOVERNO NA OBRIGAÇÃO DE LHE APLICAR A PROTEÇÃO DE QUE TRATA O ARTIGO 134 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO NOVO.”

Por fim, a Lei Federal nº 7.489, de 11/06/86, erigiu em monumento nacional a Cidade de São Cristóvão:

“Art. 1º. É ERIGIDA EM MONUMENTO NACIONAL A CIDADE DE SÃO CRISTÓVÃO, NO ESTADO DE SERGIPE.”

É de se observar que, mesmo analisando-se perfunctoriamente as normas acima transcritas, sem necessidade de maiores exegeses e, independentemente de qualquer tombamento individual de quaisquer monumentos ou obras consideradas de valor histórico, o monumento histórico e monumento nacional ao qual se reportam o decreto estadual e a lei federal retromencionadas, É A CIDADE DE SÃO CRISTÓVÃO.

Portando, A CIDADE DE SÃO CRISTÓVÃO, frise-se mais uma vez, É UM MONUMENTO HISTÓRICO NACIONAL.

Partindo-se dessa premissa, chegaremos à conclusão que a esse monumento se aplica qualquer norma de proteção relativa ao patrimônio histórico, além das disposições previstas no Decreto-lei nº 25, de 30/11/37 o qual organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, que estabelece em seu artigo 17:

“As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa...” (Grifos nossos).

A Constituição Federal conceituou patrimônio cultural brasileiro como *“os bens de natureza material e imaterial, tomados*

individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I. as formas de expressão;*
- II. os modos de criar, fazer e viver;*
- III. as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*
- IV. as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*
- V. os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”*

O § 1º do artigo 216 inclui o tombamento como forma de acautelamento e preservação, dentre outros meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Observe-se que, qualquer bem que esteja incluído na relação estabelecida nos incisos do artigo 216, podem ser protegidos mesmo que não tenham direta ou indiretamente vínculos à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Há que se ressaltar a competência legislativa concorrente estabelecida no artigo 24 da Constituição Federal no que diz respeito à proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (24, VII) entre a União, Estados e Distrito Federal.

A execução da legislação incumbe ao mesmo tempo à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, III e IV da Constituição Federal), sendo que os municípios têm o precípuo dever de “*promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local*” (art. 30, IX da Constituição Federal).

A tarefa de conservação do patrimônio natural e cultural não é somente do Estado, pois sem o apoio das populações locais dificilmente se conseguirá êxito na ação oficial conservadora.

Por outro lado, a repartição do dever de tomar entre os três níveis políticos de poder, não só reforça a eficácia do tombamento,

como evita que o outro se omita na fiscalização ou dê permissões que firam o interesse a ser preservado, assim como não significa que se o bem foi tombado por uma das esferas de governo, a outra esteja excluída.

O patrimônio cultural é cada vez mais ameaçado de destruição não somente pelas causas naturais de degradação, mas também pela evolução da vida social que as agrava através de fenômenos de alteração ou de destruição.

O desaparecimento ou a degradação de um bem desse patrimônio constitui um nefasto empobrecimento do patrimônio de todos os povos.

A proteção do patrimônio cultural encontra-se fortalecida, inclusive, com a imposição de penalidades administrativas previstas no Decreto-lei 25/37 e atualmente não apenas em face da indigitada norma, como é matéria tratada nos artigos 62, 63 e 65, parágrafo único da Lei 9.605/98 que prevê como CRIME a destruição, inutilização ou deterioração de bem especialmente protegido por lei, bem como alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local identicamente protegido, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Por fim, a proteção constitucional estabelecida nos artigos 216, §§ 4º e 5º, LXXIII da Constituição Federal não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa.

DO PEDIDO LIMINAR

O conjunto de fatos trazidos aos autos pela Representante do Ministério Público Estadual evidencia os requisitos necessários a respaldar o pedido de concessão de MEDIDA LIMINAR, patenteados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* pelo andamento das obras realizadas pela demandada, colocando em risco o patrimônio histórico de São Cristóvão, e por todos os fundamentos e documentos acostados.

Estando o *fumus boni juris* corporificado na plausibilidade do direito e demonstrado pelo Ministério Público, resta, quanto ao *periculum in mora*, trazer à baila o magistério de R. Reis Friede, in ***Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares e Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular***, 2ª edição:

“a apreciação da efetiva presença do periculum in mora é realizada (...) através de apenas um único julgamento valorativo denominado probabilidade, sobre probabilidade de dano ao provável direito pedido em via principal.”

Diante disso, requer o Ministério Público seja expedida ORDEM LIMINAR, sem justificação prévia, a fim de que seja determinada ao Poder Público Municipal, através do Prefeito, a preservação da Igreja de Santa Cruz e da ponte construída em 1946 sobre o Rio Paramopama, até decisão final da presente ação.

Requer, ainda, liminarmente, no sentido de compelir a ré ao cumprimento da obrigação:

- a) apresentação de projeto da obra a ser submetido à apreciação do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e da Secretaria de Estado da Cultura, através do Instituto do Patrimônio Cultural;
- b) notificação do DER – Departamento de Estradas e Rodagens para que designe profissional técnico capacitado (engenheiro) para realizar vistoria na ponte, descrevendo seu estado, bem como quanto a utilização de método capaz de preservá-la, sem necessidade de demolição;
- c) divulgação da liminar nos locais de costume e FÓRUM, bem como por outras formas de divulgação e comunicação à Câmara de Vereadores.

DO PEDIDO PRINCIPAL

- a) a citação da ré, na pessoa do Prefeito Municipal de São Cristóvão, para, querendo, contestar a presente ação, sob pena de revelia;
- b) seja notificado o Ministério Público Federal para intervir na qualidade de assistente litisconsorcial, na forma do artigo 54 do Código de Processo Civil, uma vez que, sendo facultativo e unitário o litisconsórcio ativo na Ação Civil Pública, o nosso diploma processual não admite a sua constituição ulterior, uma vez instaurada a relação processual por um dos co-legitimados;
- c) a procedência da ação com a conversão do pedido liminar em tutela definitiva, sob pena de execução específica e/ou cominação de multa diária;
- d) condenação da ré nos ônus da sucumbência, dispensado o requerente do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, face o disposto no artigo 18 da Lei 7.347/85;
- e) a intimação de todos os atos processuais nos termos do § 2º do artigo 236 do Código de Processo Civil;
- f) a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente depoimento pessoal do representante legal da requerida, inspeção judicial, documentos, testemunhas e prova pericial.

Inobstante ter a causa valor inestimável, dá-se à presente o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para os efeitos legais.

Pede deferimento.

São Cristóvão, 01 de setembro de 1998.

ANA GALGANE PAES
Promotora de Justiça

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara desta Comarca de Nossa Senhora do Socorro, Sergipe

“Na Administração Pública não há liberdade, nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíba, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa poder fazer assim, para o administrador público significa dever fazer assim.”

HELY LOPES MEIRELLES

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por seu Promotor de Justiça que oficia nesta Comarca na qualidade de Curador do Patrimônio Público e de Defesa do Meio Ambiente, bem assim no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos Arts. 129, Inciso III, da Constituição Federal, 118, Inciso III, da Constituição Estadual, 25, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, 4º, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 02/90, e Lei nº 7.347/85, vem à presença de Vossa Excelência para promover a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Com pedido de concessão de liminar, contra o MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DO SOCORRO, pessoa jurídica de direito público interno, com sede administrativa à Pç. Getúlio Vargas, s/n, neste município, representado por seu Prefeito municipal, a COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE – DESO, pessoa jurídica com sede administrativa à Rua Campo do Brito, nº 331, município de Aracaju – SE, representada por seu Diretor-Presidente, a EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S/A – ENERGIPE, pessoa jurídica com sede administrativa à Rua Itabaianinha, nº 66, Centro, município de Aracaju – SE, representada por seu Diretor-Presidente, ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “D”, nº 15, Conj. Jardim II, muni-

cípio de Nossa Senhora do Socorro – SE, BENEDITO PACÍFICO DE SOUZA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “H”, nº 41, Conj. Jardim II, município de Nossa Senhora do Socorro – SE, CÍCERO ALECRIM DE JESUS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua João Alves Filho, nº 287, Conj. Jardim I, município de Nossa Senhora do Socorro – SE, GEORGE BOMFIM DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “H”, nº 03, Conj. Jardim III, município de Nossa Senhora do Socorro – SE, JOSÉ CARLOS DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “H”, nº 21, Pov. Palestina, município de Nossa Senhora do Socorro – SE, JOSÉ EDÉLZIO SOARES, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “X-1”, nº 113, Conj. Jardim I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ LOURENÇO DE JESUS BARROS, brasileiro(a) , comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “E”, nº 02, Conj. Jardim III, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA DAS GRAÇAS CUNHA DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “N”, nº 66, Conj. Jardim I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ADEMIR TAVARES DE MOURA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. “A”, Quadra 130, s/n, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, AILDA MARIA ANDRADE CRUZ, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “13-A”, nº 52, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ALESSANDRO DOS SANTOS LIMA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “43”, nº 509, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ANDRÉ COSTA ANDRADE, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “02”, nº 41, Conj. Fernando Collor de Melo, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ANTÔNIO FERREIRA DE BRITO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “D”, nº 128, Pov. Piabeta, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, BENÍCIO DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua “A-13”, nº 335, Conj. Marcos Freire II, muni-

cípio de Nossa Senhora do Socorro - SE, CÍCERA DINORAL DA COSTA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "17", nº 125, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, EDILSON SOARES DA SILVA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "29", nº 28, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro-SE, ELIEL OLIVEIRA DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "F-2", nº 440, Jardim Centenário, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, GILENO SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "218", nº 91, Conj. Marcos Freire III, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, GINALDO TAVARES ROCHA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "07", nº 01, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JAILSON NOGUEIRA SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua do Sal, nº 170, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JAILSON SOARES DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "C-4", nº 05, Conj. Augusto Franco, bairro Atalaia Velha, município de Aracaju - SE, JOSÉ ADALBERTO NONATO DO NASCIMENTO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "30", nº 13, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSENALDO FARIAS DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua Minita, nº 65, Pov. Taiçoca, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ PEREIRA DA COSTA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "31", nº 28, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ WILLAME RODRIGUES, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "06", nº 30, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSIAS BISPO DE JESUS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. "A-13", nº 54, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, LANEIDE SEVERO DA SILVA DO CARMO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua José Campos de Moraes, nº 4.165, Conj.

Orlando Dantas, município de Aracaju - SE, LUIZINHO MARQUES DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) no Pov. Taíçoca de Dentro, s/n, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA CRIZÔNIA DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. Areal Mangabeira, nº 876, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA DE LOURDES SANTOS MORAES, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. "L", nº 03, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA DO SOCORRO NOGUEIRA GUIMARÃES, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "A-13", nº 409, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA ERICLEIDE DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "49", nº 15, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA GENIER SILVA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "67", nº 20, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA JOCILEIDE MATA BARRETO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "A-26(B)", s/nº, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MARIA NILVA LIMA MOURA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "67", nº 10, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ORLANDO DE MELO VIEIRA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "21", s/nº, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ROBERTO MOURA DE MELO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "22", s/nº, Conj. Fernando Collor de Melo, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, SEBASTIÃO SOARES SANTOS SOBRINHO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua Alagoas, nº 06, bairro Siqueira Campos, município de Aracaju - SE, SILVÂNIA DE MELO VIEIRA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "227", nº 10, Conj. Marcos Freire III, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, SILVÂNIO DE MELO VIEIRA, brasileiro(a), comerciante, residen-

te e domiciliado(a) à Rua "A-17", s/nº, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, TELMO REIS SANTOS BASTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "18", nº 18, Conj. Fernando Collor de Melo, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, WALLACE MENDONÇA SILVA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "67", nº 90, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JAILSON RODRIGUES DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "31", nº 25, Conj. Marcos Freire I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, NORANEY SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "A-19", nº 39, Conj. Marcos Freire II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ANTÔNIA MARIA CAMURÇA LIMA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. "I", s/nº, Quiosque nº 07, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, DALVA MARIA ALVES MOREIRA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. "I", s/nº, Quiosque nº, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ CARLOS VITURINO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "40", nº 28, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ LUIZ VIEIRA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. Augusto Franco, s/n, Parque Diamante, Ed. Brilhante, apart. 312, bairro Ponto Novo, município de Aracaju - SE, ou à Rua "07", s/nº, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ELIZABETE BOMFIM DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua Rio do Sal, nº 392, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, RAIMUNDO NONATO BRASILEIRO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "41", nº 602, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ADAILTON SANTOS LIMA, brasileiro (a) , comerciante, residente e domiciliado (a) à Av. "H", nº 02, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ SEVERINO MOURA, brasileiro(a), comerciante, residente e

domiciliado(a) à Av. "L", nº 268, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ ROBERTO FERREIRA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "I", nº 120, Conj. João Alves Filho, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, ADEMAR MOREIRA DA SILVA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "38", nº 161, Conj. Fernando Collor de Melo II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, EUNICE MARIA DA SILVA, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "03", nº 51, Conj. Fernando Collor de Melo I, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, JOSÉ REGINALDO DOS SANTOS, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "144", nº 71, Pov. Santa Cecília, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, MANOEL MESSIAS DOS SANTOS BISPO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Rua "39", nº 05, Conj. Fernando Collor de Melo, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, NOEL BISPO, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. Coletora "A", nº 209, Conj. Fernando Collor de Melo, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, VANEIDE LEMOS BOMFIM, brasileiro(a), comerciante, residente e domiciliado(a) à Av. Coletora "A", nº 34, Conj. Fernando Collor de Melo II, município de Nossa Senhora do Socorro - SE, pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir alinhados:

I. DOS FATOS

Conforme consta dos documentos incluídos, em meados de agosto de 1996, o Representante do Ministério Público e Curador do Meio Ambiente e Patrimônio Público de Nossa Senhora do Socorro recebeu a visita de alguns populares, esses fazendo encaminhamento de um abaixo assinado pedindo providências contra supostas doações de áreas públicas feitas pela municipalidade, a fim de serem construídos diversos "BARES 24 HORAS".

De plano e com as notícias prestadas, colheu-se diversos depoimentos preliminares, quando então ficou delineado que o Po-

der Público Municipal de fato estava “doando”, ao arrepio da lei, diversas áreas de uso comum do povo para a construção de estabelecimentos comerciais a serem explorados por particulares.

Constatou-se, também, que ditas áreas eram as encravadas nos canteiros centrais das avenidas e praças públicas dos Conjuntos Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, inclusive suas expansões, até mesmo por onde passam as tubulações de água que se prestam ao abastecimento dos referidos núcleos habitacionais; sendo as seguintes áreas, entre outras:

1. Praça na confluência das Ruas “B” e “C”, e a Avenida “A”, no Conjunto Jardim I (Fotografias de 01 a 03 em anexo: Largo da Gruta (Bar do Sr. Antônio).
2. Praça na confluência da Avenida “C” com a Travessa “D”, no Conjunto Jardim I (Fotografias de 04 a 06: Bar do Sr. George Bomfim).
3. Canteiro Central da Avenida “01”, do Conjunto Gov. João Alves Filho (Fotografias de 07 a 27: passagem da tubulação de água) .
4. Praça na confluência da Avenida “A”, ou Nossa Senhora do Socorro, com a Rua Auxiliar “01”, no Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias 28 e 29: Bar da Sra. Eunice M^a. da Silva).
5. Praça e áreas verdes na confluência das Ruas Auxiliar “01”, “02” e “03”, com a Avenida Coletora Nossa Senhora do Socorro, no Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias de 30 a 34: Bares no Terminal de Ônibus).
6. Praça destinada a um Mercado Regional, não dividida em lotes. Confluência das Ruas “11”, “21” e Auxiliar “01”, do Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias de 35 a 38).
7. Praça destinada a um Centro Comunitário, não dividida em lotes. Confluência das Ruas “08”,

- "09" e Auxiliar "01", do Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias 39 e 40: Bar da Sra. Vaneide).
8. Praça na confluência das Ruas "05", "06", "07" e Auxiliar "01", do Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias de 41 a 43).
 9. Canteiro Central da Av. Coletora "A", no Conjunto Min. Marcos Freire II (Fotografias de 44 a 48: passagem da tubulação de água).
 10. Continuação do Canteiro Central da Av. Coletora "A", no Conjunto Min. Marcos Freire II (Fotografias de 49 a 51: passagem da tubulação de água).
 11. Praça na Rua 77/75, do Conjunto Min. Marcos Freire II (Fotografia 52).
 12. Canteiro Central da Av. Principal, no Distrito Industrial de Nossa Senhora do Socorro (Fotografia 53: passagem da tubulação de água).

Mais ainda, com o transcorrer das investigações, logrou-se apurar que no ano de 1996 a Municipalidade, sob a justificativa de padronizar a edificação de bares nos diversos conjuntos habitacionais, fez distribuir com os DEMANDADOS planta baixa única, que deveria ser seguida por todos.

Aqui, por oportuno que é, vale lembrarmos que tais conjuntos habitacionais são verdadeiros loteamentos promovidos pelo Poder Público Estadual através da CEHOP, estando, assim, sujeitos à legislação específica (Lei nº 6.766/79), que impõe a reserva de áreas verdes e para edificação de equipamentos públicos, cuja afetação não pode ser alterada.

Como consequência desse "mínimo" detalhe, acaso seja necessário ao Poder Público Municipal alienar tais bens, deve primeiro promover a respectiva desafetação, isso acompanhado da imperativa autorização legislativa, para só depois implementar a alienação sob qualquer espécie, sem abandonar o procedimento licitatório; o que não ocorreu no nosso caso.

Não fosse isso suficiente, mister se faz registrarmos, também, que pelos canteiros onde estão sendo edificados os diversos Bares,

passam os dutos de abastecimento de água à população residente dos núcleos habitacionais, o que, havendo qualquer manobra irregular, pode ocasionar o colapso no abastecimento, como de fato já aconteceu.

Neste particular, imperativo é registrarmos que tal risco já vem sendo alertado à Municipalidade desde 1º de junho de 1994, quando a DESO oficiou ao Senhor Prefeito Municipal noticiando a irregularidade e pedindo fossem proibidas as edificações.

Mormente tudo isso, as “doações” continuaram a ser implementadas, quando então a Municipalidade cedeu diversas áreas nos canteiros centrais e praças públicas dos conjuntos habitacionais, onde hoje já se encontram edificados diversos bares e outras casas de negócios, pelo que as Companhias de Água e Luz (DESO e ENERGIPE) seguiram promovendo as suas ligações específicas.

II. DO DIREITO

Para o lançamento de um loteamento, há que se atender determinados parâmetros, sem os quais, impossível é a sua efetivação; senão vejamos:

Como Estatuto basilar para o parcelamento do solo urbano, temos a Lei nº 6.766, de 19/12/79, que dispõe sobre tal matéria, disciplinando não só os requisitos mínimos de um loteamento mas, também, todo o processo de registro imobiliário, venda, etc., bem assim as disposições penais pertinentes.

Por este Diploma Legal, além de outras legislações pertinentes (Código Municipal de Urbanismo, Decreto Estadual nº 5.372/82, etc.), vê-se que o projeto de um loteamento deve atender a determinados requisitos para, só então, obter dos órgãos competentes do Estado e Município a devida anuência prévia, quando então o loteador deve executar o empreendimento contendo, no mínimo, as seguintes características urbanísticas (art. 4º, da Lei 6.766/79:

1. Lotes com área mínima de 125 m² e frente de 5m;
2. Ruas com 10 m de largura;
3. Delimitação das quadras e respectivos lotes;
4. Serem as ruas piçarradas;
5. Colocação de meio-fio no contorno das quadras; e
6. Reservas de Áreas para implantação de equipamentos urbanísticos e comunitários em área nunca inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba total.

Cumpridas essas etapas e executado o loteamento, não se faz mais possível alterar a destinação dessas áreas, isso para atender aos ditames da Lei nº 6.766/79, que diz:

“Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias, as praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei.”

Para o menos avisado, poder-se-ia pensar que somente o loteador, aprovado o loteamento, não poderia alterar a destinação de tais glebas, cabendo ao Poder Público promover as mudanças a seu bel-prazer.

Ledo engano.

Após essas etapas e executado o loteamento, ditas áreas livres passam a integrar o domínio do Município, sob as características dos BENS DE USO COMUM, segundo a classificação adotada por nossa Lei Substantiva Civil, nos precisos termos da Lei nº 6.766/79, que impõe:

“Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.”

Agora, já se tratando de bem público, as regras a serem seguidas para a desafetação são outras. Aqui, é possível a alienação, porém seguindo-se normas bastante rígidas.

Neste particular, como bem lembra o Prof. Hely Lopes Mirelles, *“os bens públicos podem ser alienados, desde que a administração satisfaça certas condições prévias para a sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública. O que a Lei Civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação específica”* (in *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed., 1993).

No caso em tela, as praças e canteiros foram “doados”, “cedidos”, “permitido o uso” – ou outra nomenclatura qualquer para a alienação promovida – sem que ditas áreas fossem previamente desafetadas, maculando todos os princípios básicos da administração, esses estampados no Art. 37, Caput, da Carta Política brasileira; quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Diz a Carta Magna:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:”

Assim, se a mudança de destinação das áreas era realmente necessária, imperativo seria atender primeiro a legalidade do pro-

cedimento com a desafetação dos bens através de disposição legislativa para, depois de avaliados, serem alienados na forma da lei. Isso não foi o que aconteceu.

No mesmo diapasão, de se ver que o Ato da Municipalidade também contrariou o princípio da moralidade, já que esse não diz respeito à moral comum, mas sim jurídica, onde os conceitos do bem e do mal, do honesto e o desonesto, do justo e do injusto, etc., se fazem bem mais amplos.

Para esse princípio, a autorização do uso de bem público, mormente quando em ano eleitoral, deve ser cercada de cuidados infundáveis, de forma a possibilitar que um número maior de pessoas tenha acesso à oportunidade ofertada, pouco importando as paixões políticas. Isso também não foi o que aconteceu.

Mais ainda, vê-se com clareza a ofensa ao princípio da finalidade, na medida em que se retira do povo em geral a possibilidade de diversão em equipamentos públicos (em áreas que tinham essa destinação específica), para se dar início a uma exploração particular e por pessoas escolhidas dentre Os AMIGOS DO REI, cujo requisito de participação para terceiros é o DINHEIRO. Desviou-se, assim, a finalidade do bem público.

Noutro passo, não se pode deixar de ver que a publicidade também foi ferida mortalmente, na medida em que nenhuma divulgação oficial houve, de forma a possibilitar o conhecimento geral das intenções do Poder Público, ou mesmo das “doações” e/ou “cessões” propriamente ditas.

Por tudo visto e analisado, de se afirmar que o domínio exercido pelo Poder Público Municipal em relação aos bens de uso comum do povo, não o é de forma arbitrária, que se possa confundir com o direito à propriedade do particular.

Aliás, neste particular, bom é lembrarmos o Dr. Eduardo Antônio Seabra, quando de ação civil pública intentada contra o Município de Aracaju, no exato passo que afirmou não poder o Administrador Público *“promover a alquimia jurídica de transformar um bem de todos em bem de poucos e doar ou alienar, ou vender a estes poucos um imóvel de que não tem propriedade, retirando*

dos adquirentes de lotes, casas e apartamentos do conjunto... o logradouro público, deformando as características estéticas do loteamento e alterando de modo irreparável a paisagem local”.

Como vemos, os Atos do Poder Público Municipal não podem subsistir sob qualquer de análise, devendo, pois, serem nulificados, retornando tudo ao seu *status quo ante*, inclusive com a demolição de tudo aquilo que esteja edificado nos logradouros públicos ao arrepio da norma vigente.

III. A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR

Com sabedoria, o legislador pátrio ao editar a lei que disciplina a matéria AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Lei nº 7.347/85 – atinou para a necessidade de, mais das vezes, a prestação jurisdicional ter que ser imediata, sobretudo quando em matéria de meio ambiente e/ou patrimônio público.

Em tal antecipação, como não poderia deixar de ser, há de serem vislumbrados os requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, como sendo, respectivamente, a demonstração de existência dum provável direito e o perigo de se ver ineficaz uma tutela jurisdicional posterior, tardia.

Transportando tudo para o caso vertente, logo podemos afirmar que a demonstração do direito encontra-se por inteiro no item anterior, onde se vê não só à fumaça, mas o direito propriamente dito, sendo certo afirmarmos que os Atos da Municipalidade não podem se perpetuar no tempo; tão pouco suas conseqüências.

Noutro passo, da documentação aqui acostada, podemos constatar que:

1. Os bares e estabelecimentos comerciais de alguns dos DEMANDADOS já se encontram edificados, sendo que alguns em fase inicial;
2. Alguns dos DEMANDADOS não iniciaram suas construções;

3. As edificações foram erguidas, na quase totalidade, por sobre dutos de água que abastecem as comunidades por onde passam;
4. Alguns erros nas construções já provocaram acidentes com os dutos de água, causando prejuízos não só à população, mas também à Companhia de Água; e
5. A continuidade das edificações irá gerar novas ligações de água e luz sem o atendimento às normas básicas, podendo provocar novos acidentes.

Com essas observações, podemos afirmar que a continuidade das obras, ou mesmo a permanência das que ali estão, pode ocasionar um sem número de acidentes com a tubulação de água que atende às comunidade, causando, sem dúvidas, um colapso no abastecimento, além de prejuízos efetivos às empresas concessionárias.

IV. DO PEDIDO

Ex positis, LIMINARMENTE, requer o Ministério Público a Vossa Excelência, ordenadamente, que:

- I. Ouvindo-se as Empresas Concessionárias (DESO e ENERGIPE) no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos termos da Lei nº 8.437/92, seja determinado, liminarmente, o desligamento de todas as ligações de água e luz existentes nos bares e/ou estabelecimentos comerciais edificadas nos canteiros centrais das avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, com suas respectivas expansões;

- II. Ouvindo-se, também, a Municipalidade no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos termos da Lei nº 8.437/92, seja determinado, liminarmente, ao Poder Público Municipal que abstenha-se em “doar”, “ceder” e/ou “permitir o uso” dos bens públicos de uso comum, bem assim promova a retirada e/ou derrubada de todos os bares e/ou estabelecimentos comerciais edificadas nos canteiros centrais de avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, com suas respectivas expansões;
- III. *Inaudita altera pars*, seja determinado aos demais DEMANDADOS a imediata paralisação e demolição das construções de bares e/ou estabelecimentos comerciais que estejam sendo edificadas nos canteiros centrais de avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, com suas respectivas expansões, bem assim proíba sejam iniciadas novas edificações que ainda não tenham sido começadas.

No mérito, requer o Ministério Público a Vossa Excelência a citação de todos os DEMANDADOS, por si ou por seus representantes legais, para, querendo e no prazo de lei, conteste a presente, sendo ao final julgada essa inteiramente procedente, tornando definitiva a liminar concedida, e mais que:

- I. Determine às Empresas Concessionárias (DESO e ENERGEPE) que não mais promovam as ligações de água e luz em bares e/ou estabelecimentos comerciais edificadas nos canteiros centrais das avenidas e praças públicas nos Conjuntos

Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, que estejam em desacordo com a legislação vigente;

- II. Determine ao Município de Nossa Senhora do Socorro - SE que abstenha-se de doar, ceder, permitir o uso ou alienar genericamente os bens públicos de uso comum, especialmente os canteiros centrais das avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, sem o atendimento à legislação pertinente;
- III. Decrete a inconstitucionalidade e ilegalidade de todas as “doações”, “cessões”, “permissões de uso” ou “alienações” em geral de áreas públicas já efetivadas pela Municipalidade, isso no que tange às áreas dos canteiros centrais de avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, com suas expansões, declarando-as nulas de pleno direito, bem assim determinando a derrubada de todos os prédios edificadas em tais locais públicos, imitando-se o Município na posse das glebas em questão, especialmente nas seguintes áreas:
 - a) Praça na confluência das Ruas “B” e “C”, e a Avenida “A”, no Conjunto Jardim I (Fotografias de 01 a 03 em anexo: Largo da Gruta (Bar do Sr. Antônio).
 - b) Praça na confluência da Avenida “C” com a Travessa “D”, no Conjunto Jardim I (Fotografias de 04 a 06: Bar do Sr. George Bomfim).

- c) Canteiro Central da Avenida "01", do Conjunto Gov. João Alves Filho (Fotografias de 07 a 27: passagem da tubulação de água).
- d) Praça na confluência da Avenida "A", ou Nossa Senhora do Socorro, com a Rua Auxiliar "01", no Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias 28 e 29: Bar da Sra. Eunice M^a da Silva).
- e) Praça e áreas verdes na confluência das Ruas Auxiliar "01", "02" e "03", com a Avenida Coletora Nossa Senhora do Socorro, no Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias de 30 a 34: Bares no Terminal de Ônibus).
- f) Praça destinada a um Mercado Regional, não dividida em lotes. Confluência das Ruas "11", "21" e Auxiliar "01", do Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias de 35 a 38) .
- g) Praça destinada a um Centro Comunitário, não dividida em lotes. Confluência das Ruas "08", "09" e Auxiliar "01", do Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias 39 e 40: Bar da Sra. Vaneide).
- h) Praça na confluência das Ruas "05", "06", "07" e Auxiliar "01", do Conjunto Pres. Fernando Collor de Melo (Fotografias de 41 a 43).
- i) Canteiro Central da Av. Coletora "A", no Conjunto Min. Marcos Freire II (Fotografias de 44 a 48: passagem da tubulação de água).
- j) Continuação do Canteiro Central da Av. Coletora "A", no Conjunto Min. Marcos Freire II (Fotografias de 49 a 51: passagem da tubulação de água).

- k) Praça na Rua 77/75, do Conjunto Min. Marcos Freire II (Fotografia 52).
 - l) Canteiro Central da Av. Principal, no Distrito Industrial de Nossa Senhora do Socorro (Fotografia 53: passagem da tubulação de água).
- IV. Determine ao Município de Nossa Senhora do Socorro - SE que promova a urbanização de todos os canteiros centrais de avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, a fim de atender aos fins do Município e evitar novas ocupações ilegais; e
- V. Determine aos demais DEMANDADOS a imediata paralisação e demolição das construções de bares e/ou estabelecimentos comerciais que foram ou estejam sendo edificadas nos canteiros centrais de avenidas e praças públicas nos Conjuntos Habitacionais Jardim, Gov. João Alves Filho, Pres. Fernando Collor de Melo e Min. Marcos Freire, em especial nas áreas descritas no item III anterior, com a proibição de iniciar novas edificações para os que ainda não tenham começado suas obras;

Requer, ainda, sejam os DEMANDADOS condenados nas custas processuais, bem assim nas demais despesas que derem causa.

Por derradeiro, a fim de provar todo o alegado, protesta e requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pelos depoimentos pessoais dos DEMANDADOS e seus representantes legais, perícias, documentos e das testemunhas arroladas em anexo, pelo que pede sejam as mesmas intimadas para prestarem seus depoimentos em juízo.

Dá à causa, para os efeitos de lei, a valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

TERMOS EM QUE PEDE E ESPERA DEFERIMENTO.

Nossa Senhora do Socorro, 28 de fevereiro de 1997.

EDUARDO B D'ÁVILA FONTES

Promotor de Justiça

ESTUDOS E CONSULTAS

É dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos pobres. Inexigibilidade de atestado emitido por autoridade policial, bastando a simples afirmação do interessado de que não tem condições de pagar as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e da família. Lei Estadual nº 2.529/85 (§ 1º do art. 2º) – limitação a três salários mínimos. Incompatibilidade com a Lei Federal nº 1.060/50, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.510/86 – dispositivo da norma estadual não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

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

1. Cuida-se de analisar expediente oriundo da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos e Ouvidoria Geral, endereçado ao Procurador-Geral de Justiça, encaminhando “consulta” sobre prestação de assistência judiciária no Estado de Sergipe formulada pelo Escritório-Modelo da Universidade Tiradentes. Na consulta acostada ao ofício da Ouvidoria Geral, o Professor responsável pelo estágio dos alunos de Direito da UNIT afirma que *“nos últimos meses alguns juízes recém-empossados estão indeferindo os pedidos de Justiça Gratuita exigindo que os interessados apresentem documentação cujos rendimentos não ultrapassem a 03 (três) salários mínimos vigentes, e também atestado de pobreza fornecido pela autoridade policial mais próxima da residência do beneficiário”*. Acrescenta ainda que *“na nossa ótica está existindo confronto entre a CF/88 no capítulo que trata das garantias e direitos fundamentais, a Lei nº 1.060/50 que criou a Assistência Judici-*

ária e que não estipula o número de salários percebidos pelo candidato a beneficiário da Justiça Gratuita, e o posicionamento de alguns representantes do Poder Judiciário do Estado de Sergipe". Termina por solicitar à Secretaria Nacional de Direitos Humanos "orientação no sentido de resolver o impasse", a qual houve por bem encaminhar ao Ministério Público do Estado de Sergipe cópia da consulta "para conhecimento e providências julgadas cabíveis".

2. Inicialmente, convém lembrar que a Lei Federal nº 1060/50 que estabelece normas para a concessão de Assistência Judiciária aos necessitados teve seu texto modificado pela Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986, especialmente os artigos 1º e 4º.

Antes da alteração, o art. 4º da Lei nº 1060/50 assim dispunha:

Art. 4º. A parte que pretenda gozar os benefícios da assistência judiciária, requererá ao juiz competente lhos conceda, mencionando na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família.

§ 1º. A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo Prefeito Municipal, sendo dispensado à vista do contrato de trabalho comprobatório de que o mesmo percebe igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional.

§ 2º. Nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, o atestado da competência do Prefeito Municipal poderá ser expedido por autoridade expressamente designada pelo mesmo.

A nova redação do art. 4º da Lei assim se apresenta:

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afir-

mação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

§ 2º. A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

(Artigo e §§ 1º e 2º com redação determinada pela Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986)

Importa também relemburar o parágrafo único do artigo 2º da mesma lei que dispõe:

Art. 2º.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

3. Ocorre que, em 1985, lei estadual de Sergipe, Lei nº 2.529, de 25 de fevereiro de 1985, com a redação da Lei nº 2.545/85, ao criar as Varas Privativas de Assistência Judiciária, adentra no conceito de beneficiário da Justiça Gratuita assim estabelecendo:

Art. 2º. Fará jus ao benefício da Assistência Judiciária pessoa cuja situação financeira não lhe permitir pagar as despesas processuais e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

§ 1º. *Considera-se, salvo caso excepcional a critério do juiz, em situação financeira prevista neste artigo, quem perceber rendimentos não superiores ao equivalente a três vezes o salário mínimo.*

§ 2º. *Na falta de documento comprobatório de remuneração, ou no caso de inexistir vínculo empregatício, o juiz apreciará a situação financeira do interessado valendo-se de qualquer providência ou meio legítimo de prova.*

§ 3º. *A parte adversa poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação do benefício da Assistência Judiciária desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais a sua concessão.*

§ 4º. *Quando a parte vencida não estiver amparada pelo benefício da Assistência Judiciária, deverá recolher ao Erário Estadual, mediante guia própria, as custas devidas.*

Como se vê, a lei estadual incursionou no que houvera sido definido pela lei federal, inclusive reproduzindo o contido no parágrafo único do artigo 2º dessa norma, acrescentando, ainda, que o beneficiário da justiça gratuita seria aquele que percebesse rendimentos até 03 salários mínimos. Naquela época, 1985, quando vigorava a Lei 1060/50, na sua versão original, a lei estadual tinha um conteúdo mais liberal: não exigia o atestado de pobreza e referia-se a três salários mínimos quando a lei federal se reportava ao dobro do mínimo. No entanto, após a edição da lei estadual, o artigo 4º da lei federal, em 1986, foi modificado, estabelecendo que “*presume-se pobre, até prova em contrário quem afirmar essa condição*”, dispensando qualquer juntada de documento.

4. Cumpre ressaltar, ainda, que a assistência jurídica aos necessitados recebeu agasalho na Constituição de 1988, erigida a direito fundamental, na conformidade do art. 5º, inciso LXXIV da Carta Magna.

Como ensinam Humberto Pena de Moraes e José Fontenelle T. da Silva, em sua obra ***"Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado"***, pág. 141/144:

"A Assistência Judiciária, assegurada aos economicamente fracos, não é um simples ou esqualido benefício, fruto de mero favor, mas um direito público subjetivo e, como diz Pontes de Miranda, é pretensão de Direito Público, munida de ação e a ação munida de processo.

.....
A respeito do assunto, afirmaram, com propriedade, Alberto Deodato Maia Barreto Filho, Ana Maria Villela e Paulo Lara, citando Cayetano Franceschini:

"Para nós, a ministração da assistência judiciária aos necessitados está justificada na própria estrutura do Estado moderno, que, por ser de Direito, deve possibilitar a seu componente o livre desenvolvimento de suas faculdades, sem desprestígio da dos demais concidadãos.

Com efeito, é hoje um direito que o pobre tem a exigir do Estado. Constitui violação da igualdade tratar igualmente os necessitados e não necessitados e aplicar-lhes os mesmos ônus processuais.

Esta idéia de direito do pobre não tem sua fonte no sentimento da caridade. A caridade repele o direito. A caridade, como lembra Franceschini, poderá cooperar com este Direito, e será sua cooperação grandemente benéfica, produtora da paz e do bem. Entretanto, a caridade não basta para cumprir a tarefa de satisfazer necessidade tal, sendo para tanto, insuficiente. A assistência judiciária precisa de estabilidade, or-

ganização e regularidade, que só se podem encontrar em uma função estatal."

.....
"Assim, enfocando o tema sob a ótica dos direitos humanos, repisou o desembargador Felipe Augusto de Miranda Rosa, com rigorosa adequação:

"É possível resumir então os princípios que constituem o enunciado básico dos direitos humanos no que concerne ao funcionamento dos órgãos judicantes, ditos judiciários, do aparelho do Estado. São eles: (a) a igualdade de todos perante a lei (como ponto de partida e norma informativa de tudo o mais); (b) o direito de toda pessoa invocar, perante o aparelho judicial do Estado, o que entender de seu direito (em matéria civil, criminal, trabalhista, ou qualquer outra, inclusive contra o próprio Estado); e finalmente, (c) a colocação à disposição de todos, pela lei e pelo Estado, dos meios práticos para fazê-lo, principalmente a assistência judiciária aos necessitados. Este terceiro princípio fundamental está implícito em diversos ordenamentos jurídicos e em alguns documentos internacionais, ou explícitos em outros, entre os quais (e é o que mais nos interessa) na Constituição Brasileira.

Com efeito, de que vale o Estado assegurar direitos aos deserdados, se ele próprio não oferece quem os defenda e garanta? De que vale o Estado prometer jurisdição, se somente os afortunados podem invocar-lhe a prestação? Por onde andar a Justiça? Justiça para alguns não é Justiça, e, sim, odiosa discriminação, incompatível com os conceitos do Estado moderno.'."

5. A consulta formulada pelo ilustre professor da UNIT se reporta à exigência, por parte de alguns juízes, da apresentação, pelo beneficiário da justiça gratuita, de atestado de pobreza fornecido por autoridade policial. Descabe qualquer exigência neste sentido, porquanto, como visto, em 1986, foi modificado o art. 4º da Lei 1060/50 que estabelecia a necessidade de ser a petição inicial instruída com tal documento.

Vale ainda, trazer à colação o disposto na Lei 7115, de 29 de agosto de 1983:

Art. 1º. A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, (...) quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

Inexigível pois, sem qualquer dúvida, a apresentação de atestado de pobreza emitido por autoridade policial.

6. Refere-se ainda o professor que tem sido exigido por alguns juízes que *“os interessados apresentem documentação cujos rendimentos não ultrapassem a 03 (três) salários mínimos”*.

Quanto a isso, é necessária uma análise mais detalhada da matéria, pois, conforme já salientado, a lei estadual 2529/85 considerou como beneficiário da justiça gratuita *“quem perceber rendimentos não superiores ao valor equivalente a três vezes o salário mínimo, salvo caso excepcional a critério do juiz”*, sendo que o recente Provimento 06/98 da Corregedoria-Geral de Justiça de Sergipe agasalhou o entendimento da citada lei.

7. Nesse passo, cabe examinar a validade da lei estadual 2529/85 com a redação dada pela Lei 2545/85, no que pertine ao destinatário da justiça gratuita. Pode Lei estadual dispor sobre tal matéria, definindo quem é beneficiário da assistência judiciária?

A Constituição de 1988, em seu art. 24, inciso XIII, estabeleceu que cabe, concorrentemente, à União e aos Estados, legislar sobre assistência jurídica, acrescentando os parágrafos desse arti-

go que a competência da União limita-se a estabelecer as normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados. E como afirma J. Cretella Júnior, em **Comentários à Constituição de 1988**, IV vol. 1ª edição, pág. 1813: *“normas gerais federais e normas suplementares estaduais sempre deverão estar em harmonia, estas com aquelas”*.

A esse respeito vale trazer a cotejo posicionamento de constitucionalistas pátrios.

Segundo Pinto Ferreira em **“Comentários à Constituição Brasileira”**, 2º vol., pág. 114:

“A União expede normas gerais, porém o Estado exerce uma competência suplementar ou supletiva, pois suplementar significa tão-somente suprir as lacunas em que a regra geral foi omissa. A União legisla disciplinando o direito que considera como fundamental, porém os Estados suprem as lacunas.”

José Afonso Silva, em sua obra **“Curso de Direito Constitucional Positivo”**, pág. 415, afirma que na competência concorrente a União tem primazia no que tange à fixação de normas gerais.

Walgran Junqueira Ferreira, em sua obra **“Comentários à Constituição de 1988”**, 1ª edição, pág. 409, esclarece:

“Quando a União expedir normas gerais, os Estados-membros podem suplementá-las. Suplementar significa complementar aquilo em que a norma geral foi omissa... Quando a União emite o direito, que entende fundamental, podem os Estados-membros suprirem as lacunas e deficiências existentes...”

Para Alexandre de Moraes, em **“Direito Constitucional”**, pág. 244, a Constituição brasileira adotou a competência concorrente

não cumulativa ou vertical, reservando-se um nível superior a União que fixa os princípios e normas gerais. Ao Estado-membro cabe complementar a matéria, se já existente lei federal. Esta é que fixa as diretrizes essenciais, as linhas básicas.

Pontes de Miranda examina, com a acuidade que lhe é peculiar, a questão da competência concorrente, em seu ***“Comentários à Constituição de 1967”***:

“A legislação estadual que se não limita à função supletiva ou complementar é inconstitucional, portanto, excluível, em sentença pelo Poder Judiciário” (pág. 170).

“Enquanto não há legislação federal a legislação estadual é aplicada, ainda em se tratando de regra jurídica geral, ou regra jurídica fundamental” (pág. 171).

“É preciso que a legislação local não dispense exigência da regra jurídica federal, nem na atenuação. Só o exame do caso concreto pode dizer se a lei federal providenciou; pois, se houve provimento, nada pode estatuir a lei estadual ou municipal” (pág. 173).

“A lei estadual não se choca com a lei federal somente quando dispense, ou diminua exigências, isto é, somente que repare suficiente o que não é pela lei federal. Também com ela se choca quando, tendo-se por suficiente para a aquisição de direito, ou para o estabelecimento de situação jurídica, certo número de pressupostos, a legislação estadual exige mais” (pág. 174).

8. Como já assinalado, a lei federal fixou as linhas essenciais sobre a matéria. É norma geral, sem dúvida, pois, tratando-se de assistência jurídica, define quem é o seu beneficiário, estando, assim, a regra básica já delineada pela lei federal.

Não cabe, pois, à lei estadual incursionar sobre a espécie, restringindo o âmbito da lei federal, fixando regra limitativa ao acesso à justiça gratuita a três salários mínimos, salvo caso excepcional.

9. Vários julgados de Tribunais brasileiros corroboram o entendimento de que para o acesso à justiça gratuita, basta a afirmação de pobreza do beneficiário, até prova em contrário, como estabelece o art. 4º da Lei 1060/50, com a redação dada pela Lei 7510/86, como se pode constatar a seguir:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – IMPUGNAÇÃO – ALEGAÇÃO QUE A BENEFICIÁRIA TEM CONDIÇÕES DE ARCAR COM AS DESPESAS DO PROCESSO – DEPÓSITO DE POUPANÇA NÃO REPRESENTATIVO, QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ELIDIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO UNILATERAL DE POBREZA – RECURSO PROVIDO. Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário (RSTJ 7/414). A presunção de pobreza para o fim de obter a assistência judiciária decorre da simples afirmação dessa condição, que mais se afirma quando a requerente exerce profissão sabidamente mal remunerada. (Ap. Cív. Nº 44.669, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar). (TJSC – AC 48.827 (88.081909-1) – 4ª C.C. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – j. 05.06.1997)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – IMPUGNAÇÃO – RECURSO PRÓPRIO – CONCEITO DE NECESITADO PARA EFEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – RECURSO DESPROVIDO. O art. 17, da Lei 1.060/50 está em vigor. Cabe apelação para enfrentar decisão relacionada com o

pedido de assistência judiciária. O agravo de instrumento apenas é oportuno quando a decisão decide de plano, nos autos do processo principal, o pedido de assistência judiciária (Lei 1.060/50, art. 5º) – (RSTJ 40/563). A declaração unilateral de pobreza é meio de prova a que o próprio legislador acabou por conferir cunho de veracidade, inobstante ilidível pela parte contrária ou mesmo pelo órgão do Ministério Público. Por isso mesmo, para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário. Inteligência do art. 4º, da Lei nº 1.060/1950. O conceito de necessitado não se confunde com indigência (RT 286/612). Não basta que a parte possua bens, para que só por isso se lhe negue o benefício. Indispensável é demonstrar que com esses bens pode pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família. (RTJES 6/328) – (TJSC – AC 51.507 (88.089464-3) – 4ª C.C. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu - j. 05.06.1997)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PROVA DE POBREZA – INEXIGIBILIDADE. É dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita, princípio que não deve sofrer restrição no sentido de se exigir requerimento específico mediante prova da pobreza. Ao contrário, assim como previsto na lei especial, basta a simples afirmação, na própria inicial ou na contestação, de que não tem condições de pagar as custas processuais e os honorários advocatícios. A pobreza, no caso, é presumida, podendo a parte contrária impugnar o pedido. Afinal, trata-se de conferir trata-

mento igual, isonômico, ao que tem posses. A pobreza, se não humilha, desigual o litigante rico e o necessitado de recursos financeiros” (STJ) – (TJSC – AI 96.012592-2 – 3ª C.C. – Rel. Des. Eder Graf – j. 18.03.1997)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PROVA DE POBREZA. DECLARAÇÃO DO INTERESSADO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. Assistência judiciária gratuita estado de pobreza. Presunção legal. Para que ao interessado seja concedido, in limine, o benefício da assistência judiciária gratuita, basta afirmar, no requerimento, por si, ou por seu advogado, que não está em condições de suportar a sucumbência, sem prejuízo seu ou de sua família” (Leis nº. 7115, de 29.8.83, e 7510, de 4.7.86). Recurso provido. (TARS – AC 186.040.606 – 3ª C. Civ. – Rel. Juiz Celeste Vicente Rovani – j. 27.08.1986)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. CONCESSÃO. OPORTUNIDADE. PROVA DE POBREZA. DECLARAÇÃO DO INTERESSADO. PRESUNÇÃO DE – Ação de execução. Embargos. Assistência Judiciária. Concessão. O benefício da assistência judiciária pode ser concedida a qualquer tempo e grau de jurisdição, e para obtê-lo basta que a parte afirme sua carência econômica, até prova em contrário. Irrelevante que seja proprietária de imóvel, se não produz renda que permita pagar as custas do processo e honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou de sua família. Precedente jurisprudencial. Sentença parcialmente reformada.” (TARS – AC 193.184.579 – 1ª CCiv. – Rel. Juiz Juracy Vilela de Sousa – j. 16.11.1993)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PROVA DE POBREZA. DECLARAÇÃO DO INTERESSADO. PRESUNÇÃO DE – Assistência judiciária. Benefício postulado na inicial, que se fez acompanhar por declaração firmada pela autora. Inexigibilidade de outras providências. Não revogação do art. 4 da Lei 1060/50 pelo disposto no inc. LXXXIV do art. 5º da Constituição. Precedentes. Recurso conhecido e provido. Em princípio, a simples declaração firmada pela parte que requer o benefício da assistência judiciária, dizendo-se “pobre nos termos da lei”, desprovida de recursos para arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogado, e, na medida em que dotada de PRESUNÇÃO ‘iuris tantum’ de veracidade, suficiente a concessão do benefício legal.” (TARS – RES 38.124 – 1ª CCiv. – Rel. Juiz Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 20.10.1993)

“Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50, na redação da Lei nº 7.510/86). Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário (art. 4º e § 1º). Recurso especial conhecido por ambos os fundamentos e provido.” (STJ – 3ª Turma – 1989 – RSTJ nº 7/414 – Relator Nilson Neves).

“JUSTIÇA GRATUITA – LEI Nº 1.060/50, NA REDAÇÃO DA LEI Nº 7.510/86. I. Nos termos da CF, art. 5º, LXXIV, a assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado, é um direito dos que comprovarem insuficiência de recursos para litigarem. II. Cumprida a exigência contida no

§ 1º, do art. 4º, da Lei 1.060, ainda que na fase recursal, cabível a concessão do benefício, tendo em vista a previsão contida no art. 6º do mesmo diploma.” (TRF 2ª R. – AI 90.02.24599.8 – RJ – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Arnaldo Lima – DJU 21.05.1991)

Mesmo o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir:

“ACESSO À JUSTIÇA – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – LEI 1.060, DE 1950 – CF, ART. 5º, LXXIV – A garantia do art. 5º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça.” (C.F., art. 5º, XXXV). (STF – RE 206.354-1 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 02.05.1997)

10. Como se vê, é reiterada a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, de que para o acesso à justiça gratuita é suficiente a declaração, feita pelo próprio interessado, de sua pobreza, até prova em contrário. Colocar-se a exigência de três salários mínimos, salvo caso excepcional, é afrontar as disposições da lei federal.

Como já foi salientado, a Constituição de 1988 estabeleceu a competência concorrente da União e Estado de legislar sobre assistência jurídica. No caso, existe lei federal, plenamente em vi-

gor, estabelecendo as normas gerais sobre a matéria, sendo a lei estadual incompatível com ela. Assim, o dispositivo da lei estadual concernente ao assunto não tem aplicabilidade. Não é caso de inconstitucionalidade, pois a lei estadual é anterior a Constituição. Cuida-se de dispositivo não recepcionado pela Constituição de 1988. Só subsistiria o multicitado dispositivo, se inexistisse normatização geral, a nível federal, como prevê o § 3º do art. 24 da CF. Mas não é o caso sob exame, pois, existente e eficaz a lei federal sobre a matéria – Lei 1060/50, com redação dada pela Lei 7510/86.

Pelo exposto, é de se concluir que:

1. É inexigível a apresentação de atestado de pobreza emitido por autoridade policial para acesso à justiça gratuita.
2. O parágrafo 2º do art. 2º da Lei Estadual nº 2529/85 não foi recepcionado pela nova Carta Magna, não integrando mais o ordenamento jurídico capitaneado pela CF/88.

É o nosso entendimento.

ARACAJU, 16 de setembro de 1998.

* Núcleo de Apoio Operacional
das Atividades Cíveis e Criminais

“Nós, os operadores do Direito, seremos os únicos responsáveis pelo sucesso ou insucesso da Lei nº 9.099/95, à medida que é apenas em nossas mentes que se encontra o maior aliado deste ou daquele resultado.”
(Joel Dias Figueira Júnior)

MARIA CRISTINA G. S. FOZ MENDONÇA
*Assessora da Corregedoria-Geral
do Ministério Público*

O MM. Juiz de Direito Substituto no 2º Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju, encaminhou expediente ao DD. Defensor Público Geral deste Estado, datado de 13 de agosto de 1998, solicitando a urgente designação de um segundo Defensor Público para atuar junto àquele Juizado, tendo em vista que as audiências preliminares em que as partes comparecem desacompanhadas de advogados não estão sendo realizadas, já que o único Defensor lotado no Juizado não pode assistir juridicamente o autor do fato e a vítima. Anexou Termo de Audiência Preliminar que deixou de ser realizada porque o Representante do Ministério Público negou-se a participar face à ausência de advogado ou defensor que prestasse assistência jurídica à suposta vítima.

Por seu turno, o Chefe da Defensoria Pública Geral, através do Ofício nº 479/98, endereçado ao Coordenador-Geral do Ministério Público, manifestou seu pesar por não dispor de profissionais em número suficiente para atender ao que foi solicitado pelo 2º Juizado Especial, anexando cópia do quadro de distribuição dos Defensores Públicos nas Varas, Juizados e Comarcas do Estado.

Diante deste fato, foi formulada a indagação quanto à indispensabilidade, ou não, da presença de advogado ou defensor não apenas para promover a defesa dos acusados, como também para prestar assistência jurídica às vítimas, nos termos do art. 72 da lei nº 9.099/95.

Diz o citado dispositivo legal:

“Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por 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.”

Buscando respostas em autores que tratam dos Juizados Especiais Criminais, encontramos entendimentos divergentes. Senão, vejamos:

Júlio Fabbrini Mirabete, **Juizados Especiais Criminais**, Ed. Atlas, 2ª edição:

“Na audiência preliminar devem ser tentadas a composição dos danos civis e a transação, ou seja, nos termos da lei, a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade (art. 98, I da CF). Além disso, resultando não ocorrer uma ou outra, possibilita-se o oferecimento de denúncia. Por essa razão devem estar presentes, obrigatoriamente, para a tentativa de conciliação e transação, além do juiz, o representante do Ministério Público, o autor do fato, seu advogado constituído por instrumento próprio ou verbalmente na própria audiência (apud acta), ou, na sua falta, o defensor público que o juiz deve nomear no ato, e a vítima. A presença do advogado ou defensor ad hoc é obrigatória diante do comando do art. 233 da Constituição Federal... Podem estar presentes ainda o responsável civil, quando exista, que terá interesse em apreciar eventual proposta de composição dos danos civis. Também pode participar da audiência o

representante legal da vítima quando tiver menos de 21 anos e se tratar de infração penal que se apura mediante ação penal privada ou por ação pública dependente de representação. Nesses casos é também titular do direito de queixa ou de representação, que podem ser oferecidos se não ocorrer a conciliação ou a transação (art. 75 e 77, § 3º). A vítima, o representante civil e o representante legal podem estar acompanhados de advogados. (pág. 68)

.....

Estando a vítima desacompanhada de advogado, deve ser ela assistida por procurador da Assistência Judiciária ou equivalente, se houver. Caso contrário, entendemos que o representante do Ministério Público, como fiscal da lei, deve aconselhar quanto à proposta de composição dos danos, esclarecendo-lhe que a aceitação da proposta implicará na renúncia ao direito de queixa e de representação.” (pág. 69).

Ada Pellegrini Grinover et alii, **Juizados Especiais Criminais**, adota entendimento diverso:

“Indispensabilidade da Presença de Advogado – A lei exige expressamente a presença dos advogados do autuado e da vítima na audiência de conciliação, para que se resguarde sua livre vontade na transação e haja a devida orientação técnica por parte de quem é comprometido com a defesa.

.....

Já para a transação, a submissão ou a renúncia no campo civil, a presença do advogado do autuado, da vítima e do responsável civil poderia parecer dispensável, por versar o acordo civil

sobre matéria disponível, que pode até ser objeto de transação extrajudicial. Mas a transação civil, nos Juizados, está estritamente vinculada à transação penal, para a qual a atuação do defensor é indispensável. Ademais, nos casos de representação e queixa, a homologação do acordo civil corresponde à renúncia ao direito de exercê-las, sendo assim extintivo da punibilidade. Por tudo isso, os advogados não poderiam mesmo ser dispensados. Se a vítima e o responsável civil comparecerem sem advogado, o juiz lhes nomeará defensor de ofício, em coerência com o disposto no art. 72 e em simetria com o que ocorre com o autuado. Mas a diferença de tratamento deste último, com relação aos primeiros, fica evidenciada pela precaução do art. 68, tomada somente no que lhe diz respeito.” (fls. 109 e 110).

Joel Dias Figueira Júnior colaciona jurisprudência sobre o assunto (***Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*** – pág. 480):

“Designada a audiência, intimados o réu e seu advogado, o ofendido e o Promotor de Justiça, para os fins dos art. 72 e 89 da Lei 9.099/95, o ofendido deverá ser alertado de que poderá se fazer acompanhar de advogado, se assim o desejar.” (TACRIM, Apel. 979.683.6 – Rel. Roberto Mortari, 12.12.1995)

Com idêntico teor: TACRIM, Apels. 996.261.0 e 1.000.019.7, Rel. Roberto Mortari, 27.02.1996; TACRIM, Apel. 975.231.6, Rel. Marques da Silva, 12.12.1995; TACRIM, Apel. 988.123.2, Rel. Marques da Silva, 06.02.1996; TACRIM, Apel. 995.965.8, Rel. Passos de Freitas, 27.02.1996.

Também em ADV/COAD nº 3/14005 encontramos a seguinte ementa:

“Juizado Especial Criminal – audiência preliminar – Vítima desacompanhada de advogado – Nomeação de dativo para a vítima – impossibilidade. Seria um contra-senso, adotar-se o critério de nomeação de dativo também para a vítima, quando desacompanhada de causídico, para os fins da Lei 9.099/95, justamente em procedimento que prima pela informalidade e simplicidade. Somente o réu ou autor do fato não pode permanecer indefeso.” (Ac. Un. da 7ª C. do TACRSP – SER. 1.077.907/3 – Rel. Juiz Luís Ganzerla – j. 23.10.97 – DJ SP II 26.11.97, p.32 – ementa oficial).

Verificamos, portanto, que a posição que se vem tornando majoritária é aquela que considera facultativa a presença do advogado da vítima.

De fato, sendo os Juizados Especiais Criminais destinados ao julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, orientados pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, não é razoável exigir-se a presença do advogado da vítima, o que na atual situação da Defensoria Pública equivaleria a decretar a quase paralisação do Juizado Especial Criminal, acarretando a extinção da punibilidade de muitos crimes pela prescrição e prejudicando a própria possibilidade das vítimas terem reparados os danos sofridos.

Acresce que, na falta de advogado ou defensor, pode a vítima ser orientada na audiência preliminar pelo órgão do Ministério Público, que ali se encontra como fiscal da lei, estando presente também o Juiz togado que fará os esclarecimentos de que trata a parte final do art. 72.

Por outro lado, tendo o ilustre Promotor que suscitou a questão perante o Juizado Especial mencionado em sua manifestação

que: “o Estado tem o dever de prestar assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos” e que “não cabe ao Ministério Público patrocinar assistência jurídica em procedimento criminal, cabe esta função a Defensoria Pública do Estado de Sergipe”, conforme art. 134 da CF e Lei Complementar nº 80 de 12/01/94”, cremos interessante mencionar, como convite à reflexão, recente acórdão do Supremo Tribunal Federal, que abordou questão semelhante sob ângulo diverso, enfatizando que a realidade fática muitas vezes se impõe à própria possibilidade de realização da norma da Constituição:

“MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO PARA PROMOÇÃO, NO JUÍZO CÍVEL, DO RESSARCIMENTO DO DANO RESULTANTE DE CRIME, POBRE O TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO: C. PR. PEN. ART. 68, AINDA CONSTITUCIONAL 9 CF. RE 135328: PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LEIS,

1. *A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. (grifamos).*
2. *No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Minis-*

tério público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública; essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.” (RE nº 147.778-8 – STF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – 1ª Turma – DJU de 18.06.98 – pág. 09)

Concluímos, portanto, que embora seja útil e desejável a presença de advogado ou defensor para assistir o ofendido na audiência preliminar, não é a mesma indispensável, podendo ser realizado o ato supra referido com a presença do Representante do Ministério Público, mormente diante da comprovada insuficiência dos quadros da Defensoria Pública para prover a assistência jurídica das vítimas.

E o parecer,

S.M.J.

Aracaju, 31 de agosto de 1998

RESOLUÇÕES DO CPJ

RESOLUÇÃO Nº 004/98 – CPJ

Aprova Projeto de Lei que estabelece critérios para fixação do subsídio dos membros do Ministério Público de Sergipe.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais previstas no inciso II do art. 35, da Lei Complementar nº 02/90,

RESOLVE:

Art. 1º.Fica aprovado o Projeto de Lei que estabelece critérios para fixação do subsídio dos membros do Ministério Público do Estado de Sergipe.

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, PLENÁRIO GOVERNADOR DJENAL TAVARES QUEIROZ, em Aracaju, ____ de setembro de 1998, 177º da Independência e 110º da República.

José Gomes de Andrade
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes

José Jorge Santos Mesquita

Maria Eugênia da Silva Ribeiro

José Costa Cavalcante

Fernando Ferreira de Matos

Darcilo Melo Costa

Gilberto Vila Nova de Carvalho

Pedro Iroito Dória Leó

Heli Soares Henriques Nascimento

Moacyr Soares da Motta

José Renato Lima Sampaio

José Carlos de Oliveira Filho

Paulo Moura

PROJETO DE LEI Nº 198/98

De ____ de _____ de 1998

Estabelece critérios para fixação do subsídio dos membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e do Ministério Público Especial.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado aprova e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, Procuradores de Justiça do Ministério Público Estadual, Conselheiros e Procuradores do Tribunal de Contas, corresponderá a noventa por cento do subsídio dos Ministros dos Tribunais Superio-

res, mantido idêntico referencial, sucessivamente, entre o subsídio daqueles e o dos Juizes de Direito, Promotores de Justiça e Sub-Procuradores das demais categorias da carreira.

Art. 2º. Aos membros inativos do Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e Ministério Público Especial, respeitado o disposto no art. 37, inc. XI, da Constituição Federal, com redação dada pelo art. 3º, da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, aplicam-se as disposições do artigo anterior.

Art. 3º. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei serão levadas à conta dos recursos próprios alocados nas dotações orçamentárias do Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 5º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, ____ de _____ de 1998; 177ª da Independência e 110ª da República.

RESOLUÇÃO Nº 005/98 – CPJ

Denomina Pavimento “Governador Albano Franco”, o 4º andar do Edifício Walter Franco.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais, e,

Considerando, que o Governador Albano do Prado Pimentel Franco, vem dando integral apoio aos pleitos do Ministério Público Sergipano;

Considerando, que sua atitude ao destinar ao Parquet o 4º Pavimento do Edifício Walter Franco para ampliação de suas instalações físicas é modo incontestado de apoio do seu Governo à Instituição;

Considerando, que o novo pavimento vem atender, no momento, às necessidades de serviço do Ministério Público, nas diversas áreas de atuação em favor da comunidade.

RESOLVE:

Art. 1º.Fica denominado Pavimento “Governador Albano Franco”, o 4º andar do Edifício Walter Franco.

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, PLENÁRIO GOVERNADOR DJENAL TAVARES QUEIROZ, em Aracaju, 06 de outubro de 1998, 177º da Independência e 110º da República.

José Gomes de Andrade
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes

José Jorge Santos Mesquita

Maria Eugênia da Silva Ribeiro

José Costa Cavalcante

Fernando Ferreira de Matos

Darcilo Melo Costa

Gilberto Vila Nova de Carvalho

Pedro Iroito Dória Leó

Heli Soares Henriques Nascimento

Moacyr Soares da Motta

José Renato Lima Sampaio

José Carlos de Oliveira Filho

Paulo Moura

RESOLUÇÃO Nº 006/98 – CPJ

Denomina Pavimento “Procurador de Justiça José Gomes Andrade”, o 5º andar do Edifício Walter Franco.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais, e,

Considerando, que o Procurador-Geral de Justiça José Gomes de Andrade, tem prestado relevantes serviços ao Ministério Público Sergipano;

Considerando, que na sua Chefia proporcionou à Procuradoria Geral de Justiça ampliações de suas instalações, bem como dotou as Promotorias de Justiça dos meios necessários e condignos para o perfeito funcionamento do Parquet.

RESOLVE:

Art. 1º.Fica denominado Pavimento “Procurador de Justiça José Gomes de Andrade”, o 5º andar do Edifício Walter Franco.

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, PLENÁRIO GOVERNADOR DJENAL TAVARES QUEIROZ, em Aracaju, 06 de outubro de 1998, 177º da Independência e 110º da República.

Heli Soares Henriques Nascimento
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,
Em Exercício

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes

José Jorge Santos Mesquita

Maria Eugênia da Silva Ribeiro

José Costa Cavalcante

Fernando Ferreira de Matos

Darcilo Melo Costa

Gilberto Vila Nova de Carvalho

Pedro Iroito Dória Leó

Moacyr Soares da Motta

José Renato Lima Sampaio

José Carlos de Oliveira Filho

Paulo Moura

RESOLUÇÃO Nº 007/98 – CPJ

**Regulamenta a eleição da Lista Tríplice
de Procuradores de Justiça para nomea-
ção do Procurador-Geral de Justiça**

**O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTA-
DO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais,**

RESOLVE:

Art. 1º. A eleição dos integrantes da Lista Tríplice para Procurador-Geral de Justiça será realizada no dia 23 de outubro de 1998, mediante voto secreto, obrigatório e plurinominal de todos os membros do Ministério Público de Sergipe, do quadro ativo da carreira.

Parágrafo único. Somente concorrerão à eleição os Procuradores de Justiça que se inscreverem até às 13:00 horas do dia 16 de outubro de 1998, mediante requerimento, devidamente protocolado, dirigido ao Colégio de Procuradores de Justiça, através do seu Presidente.

Art. 2º. Fica adotada a cédula única, contendo os nomes dos Procuradores de Justiça inscritos, pela ordem alfabética de seus prenomes.

Art. 3º. A eleição realizar-se-á no período das 08:30 às 12:30 horas.

Art. 4º. Cada eleitor assinalará na cédula o quadro correspondente ao nome de até 03 (três) Procuradores de Justiça, assinando a lista de votação, ao depositá-la na urna.

Art. 5º. Concluída a votação proceder-se-á, imediatamente, à apuração pelo Presidente do Colégio de Procuradores de Justiça, servindo de escrutinadores o Procurador de Justiça e o Promotor de Justiça mais antigos, dentre os presentes.

Art. 6º. É nulo o voto constante de cédula em mais de três nomes assinalados ou destinado a Procurador de Justiça, não constante da cédula.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, é igualmente nulo o voto do qual conste qualquer sinal ou grafia susceptível de identificá-lo.

Art. 7º. Considerar-se-ão integrantes da lista tríplice os 03 (três) Procuradores de Justiça mais votados, observada, em caso de empate, a ordem de preferência do § 2º, do art. 68, da Lei Complementar nº 02/90.

Art. 8º. Será lavrada pelo Secretário do Colégio de Procuradores de Justiça ata circunstanciada do pleito, publicando-se extrato no Diário Oficial do Estado.

Art. 9º. Na lista tríplice, os nomes dos Procuradores de Justiça constarão pela ordem de votos obtidos, registrando-se o número destes.

Art. 10. Organizada a lista, esta será remetida, no prazo da lei, ao Chefe do Executivo Estadual.

Art. 11. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Ficam revogadas as disposições em contrário.

SALA DAS SESSÕES DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA, PLENÁRIO GOVERNADOR DJENAL TAVARES QUEIROZ, em Aracaju, 06 de outubro de 1998, 177º da Independência e 110º da República.

José Gomes de Andrade
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes

José Jorge Santos Mesquita

Maria Eugênia da Silva Ribeiro

José Costa Cavalcante

Fernando Ferreira de Matos

Darcilo Melo Costa

Gilberto Vila Nova de Carvalho

Pedro Iroito Dória Leó

Heli Soares Henriques Nascimento

Moacyr Soares da Motta

José Renato Lima Sampaio

José Carlos de Oliveira Filho

Paulo Moura

ORIENTAÇÕES DE SERVIÇO

- **Corregedoria-Geral**
- **Coordenador-Geral**

ORIENTAÇÃO DE SERVIÇO Nº 01/98

O CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pela Lei complementar nº 02/90, e,

Considerando que o artigo 72 da Lei nº 9.099/95 dispõe que: “na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o representante civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”;

Considerando que a Defensoria Pública do Estado de Sergipe não dispõe atualmente de Defensores Públicos em número suficiente para assistir as vítimas nas audiências preliminares dos Juizados Especiais Criminais;

Considerando que a presença de advogado da vítima, diversamente do que ocorre em relação ao advogado ou defensor do autor do fato, tem sido entendida como facultativa;

Considerando, finalmente, a necessidade de assegurar-se não só a celeridade que deve nortear o funcionamento do Juizado Especial Criminal, como a efetiva aplicação da lei penal, as quais restariam prejudicadas pelo indefinido adiamento das audiências, preliminares, sempre que a vítima comparecesse desacompanhada de advogado;

RESOLVE:

Art. 1º. Orientar os Senhores Promotores de Justiça que oficiam junto aos Juizados Especiais Criminais, no sentido de observar que a vítima seja esclarecida sobre a possibilidade de se fazer acompanhar por advogado quando da designação da audiência preliminar.

Art. 2º. Orientar os Senhores Promotores de Justiça que as audiências preliminares podem ser realizadas, mesmo na ausência do advogado da vítima, sendo, neste caso, conveniente a presença do membro do Ministério Público, desde que o ato seja presidido pela Autoridade Judiciária.

Art. 3º. A presente Orientação de Serviço entrará em Vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, 02 de setembro de 1998.

HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
Corregedor-Geral do Ministério Público

ORIENTAÇÃO DE SERVIÇO Nº 005/98

O COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas, pela Lei Complementar nº 02/90, e,

Considerando que o Brasil é signatário da Convenção de Haia, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 63, de 19 de abril de 1995 – DOU 28/04/1995;

Considerando que a nova leitura interpretativa do Art. 52, da Lei nº 8.069/90 trata de um poder/dever: *A adoção internacional é*

condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção; criada em Sergipe através da Portaria nº 02/94 de 25 de abril de 1994, com alteração introduzida pela Portaria nº 031/98 de 20 de julho de 1998, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, em exercício;

Considerando que, ao Ministério Público compete nos termos do art. 129 de CF, 201 VIII, X 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizar todas as ações em que haja interesse de criança e adolescente;

RESOLVE:

Art. 1º. Orientar os Promotores de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência no sentido de :

I. Quando tiver de manifestar-se nos pedidos de adoção internacional, verificar “a priori”, os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a excepcionalidade da medida e a observância da habilitação outorgada pela CEJAI-Se, Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional de Sergipe.

II. Solicitar, quando necessário, informações da CEJAI-Se sobre pretendentes à adoção internacional.

III. Verificar o cumprimento do que determina o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Art. 2º. A presente Orientação de Serviço entrara em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, 30 de setembro de 1998.

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

Coordenador-Geral do Ministério Público

ORIENTAÇÃO DE SERVIÇO Nº 006/98

O COORDENADOR-GERAL DO MINISTERIO PÚBLICO, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pela Lei Complementar nº 02/90, e,

Considerando que a fiscalização do Sistema Único de Saúde constituem função institucional do Ministério Público, por interpretação dos arts. 129, II e 197 da Constituição Federal;

Considerando que a Saúde é direito fundamental de grande relevância social, previsto no art. 6º da Carta Magna Brasileira;

Considerando a recente deliberação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (Carta de Palmas em Defesa da Saúde).

Considerando, finalmente que, na condição de fiscal da lei, ao Ministério Público incumbe exigir que a norma geral e abstrata seja concretizada por parte do Poder Público, na implementação efetiva e adequada do Sistema Único de Saúde (SUS).

RESOLVE:

Art. 1º. Orientar aos Promotores de Justiça, com atribuições relativas a Promotoria de Justiça dos Direitos do Cidadão no sentido de:

- 1 - Fiscalizar no âmbito do cumprimento da Lei nº 8.080/90:
 - a) a regularidade, necessidade e execução dos convênios e contratos firmados entre o SUS e entidades sem fins lucrativos e filantrópicos, além daquelas entidades de iniciativa privada e profissionais liberais voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como o cumprimento do disposto em seu artigo 38;
 - b) as execuções das atividades de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador, de assistência terapêutica e farmacêutica;

- c) a regularidade na elaboração dos planos de saúde previstos no artigo 37, por meio de atividades de controle, avaliação e auditoria, com acesso a documentos, pessoas e instalações, se necessário;
- d) a gratuidade e universalidade das ações e serviços de saúde nos setores públicos e privados contratados.

II - Fiscalizar a formação e o funcionamento dos Conselhos de Saúde, bem como os repasses dos recursos ao Fundo de Saúde.

- a) O Promotor de Justiça participará das reuniões ordinárias e extraordinárias do(s) Conselho(s) que reputar necessárias;
- b) O Promotor de Justiça velará pelo cumprimento das decisões do(s) Conselho(s) de Saúde, fiscalizando a atuação dos gestores de saúde, requisitando os relatórios de gestão e comunicando aos Conselhos toda e qualquer irregularidade no âmbito de suas atribuições.

III - Fiscalizar a formação, o funcionamento e a aplicação do Fundo de Saúde, mediante requisição de todas as informações que entender pertinentes aos órgãos relacionados à prestação de serviços de saúde pública e aos responsáveis pela arrecadação de verbas destinadas a saúde.

IV - Acompanhar a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde nos casos excepcionais de calamidade pública e situações emergenciais.

V - Inspeccionar periodicamente a regularidade dos livros e guias de atendimento dos estabelecimentos hospitalares beneficiados pelo Sistema Único de Saúde, requisitando, se necessário, as sindicâncias que venham a ser instauradas no âmbito interno dos hospitais ou pelo Conselho Regional de Medicina.

VI - Inspeccionar o regular funcionamento das seções equipamentos médicos de atendimento aos pacientes beneficiados pelo Sistema Único de Saúde, bem como o efetivo cumprimento da carga horária dos profissionais da área médica.

VII - Fiscalizar os estoques de medicamentos, observando a forma de aquisição junto aos fornecedores e, sobretudo, a data de validade e correto armazenamento. No âmbito dos estabelecimentos farmacêuticos, velar pela exigência da receita médica para aquisição de remédios e presença de farmacêutico em período integral.

VIII - Inspeccionar os locais destinados ao fixo hospitalar, atendendo para as condições de armazenamento dos resíduos dentro de critérios de segurança que visem a minorar o impacto ambiental.

Art. 2º. A presente Orientação de Serviço entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, 14 de outubro de 1998

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

Coordenador-Geral do Ministério Público

ORIENTAÇÃO DE SERVIÇO Nº 007/98

O COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pela Lei Complementar nº 02/90, e,

Considerando que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230 da Constituição Federal);

Considerando que cabe ao Ministério Público, como fiscal da Lei, acompanhar as políticas nacional, estadual e municipal de atendimento ao idoso;

Considerando, finalmente, que o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza.

RESOLVE:

Art. 1º. Orientar aos Promotores de Justiça, com atribuições relativas à Promotoria de Justiça dos Direitos do Cidadão no sentido de:

I- Manter permanente contato e intercâmbio com os Conselhos dos Direitos do Idoso e outras entidades públicas e privadas, que direta ou indiretamente, dediquem-se ao estudo ou à proteção ao idoso;

II- Propor Ação Civil Pública ou outras medidas judiciais cabíveis, visando à promoção e proteção ao idoso;

III- Fiscalizar a formação e o funcionamento dos Conselhos de Defesa do Idoso;

IV- Promover ou sugerir a realização de curso, palestras e outros eventos para discussão das questões relativas à velhice e ao envelhecimento;

V- Estimular junto aos Poderes, Público e organizações não governamentais a prestação de assistência social aos idosos nas modalidades asilar e não-asilar;

VI- Incentivar a criação de Centro de Convivência, local destinado a permanência diurna do idoso, objetivando atividades físicas, laborativas, recreativas, culturais, associativas e de educação para a cidadania.

Art. 2º. A presente Orientação de Serviço entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, 05 de novembro de 1998.

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

Coordenador-Geral do Ministério Público

NOTICIÁRIO

AGIOTAGEM EM SERGIPE ESTÁ SOB A MIRA DO MP E BANCO CENTRAL

Representantes do Banco Central no Nordeste, estiveram visitando o Ministério Público de Sergipe, no início desta semana. O Procurador Regional da Delegacia Regional do BC em Recife, Wagner Tenório Fontes, e o Delegado Regional do BC na Bahia, Arício José Fortes, foram recebidos pelo Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, pelo Corregedor e Coordenador-Geral do Ministério Público de Sergipe, Heli Soares Henriques Nascimento e Pedro Iroito Dória Leó, respectivamente.

Durante a visita de cortesia, eles vieram conhecer de perto o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público Estadual, principalmente na área da Defesa dos Consumidores. Na oportunidade, visitaram as novas instalações da sede da Procuradoria-Geral de Justiça, elogiando o trabalho do chefe do Ministério Público Sergipano, José Gomes de Andrade.

Segundo o delegado regional do Banco Central na Bahia, Arício José Fortes, é pensamento da diretoria daquela instituição, estreitar cada vez mais o relacionamento com o Ministério Público Sergipano, que tem um amplo e sério trabalho na defesa dos consumidores, conhecido a nível nacional.

Fortes explicou ainda que, no momento, o Banco Central e outras instituições da esfera federal estão preocupados no combate à agiotagem e as ações das empresas que se predispõem a emprestar dinheiro com juros acima do mercado, as quais não possuem, sequer, cadastro no BC.

Gomes de Andrade colocou o Ministério Público Sergipano à disposição do Banco Central, a fim de desenvolver um trabalho conjunto ao combate a agiotagem e às empresas financeiras que atuam no mercado sergipano que venham prejudicar os consumi-

dores sergipanos, trabalho este que já vem sendo realizado, através da Promotoria Especializada do Consumidor de Aracaju.

A partir de agora, o trabalho realizado pelo MPE nesta área contará com o apoio mais intensivo da Delegacia Regional do Banco Central, sediada em Salvador, que fornecerá informações e mais subsídios, se necessários, para um completo trabalho da Promotoria Especializada do Consumidor, que já vem recebendo várias reclamações sobre o problema.

(GAZETA DE SERGIPE, 18/09/98)

MP ORIENTA SOBRE ADOÇÃO DE CRIANÇAS

Se mostrando preocupado com o cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Ministério Público do Estado de Sergipe (MP), através de sua Coordenadora-Geral, está orientando os Promotores de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência no sentido de que respeitem os requisitos exigidos pelo artigo do Estatuto que trata da adoção de crianças por estrangeiros. Segundo o Coordenador-Geral do MP, Pedro Iroito Dória Leó, o principal objetivo da orientação é evitar que haja uma falta de unidade e os Promotores acabem agindo de formas diferentes.

Datada de 30 de setembro, a Orientação de Serviço 005/98, assinada por Pedro Iroito, leva em consideração para a tomada de decisão três aspectos fundamentais: 1º, o fato do Brasil ser signatário da Convenção de Haia, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 63, (de 19 de abril de 1995; 2º, a nova leitura interpretativa do artigo 52, da Lei nº 8.069/90 que afirma que "a adoção internacional é condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, criada em Sergipe através da Portaria nº 02/94 de 25 de abril de 1994; e 3º, que compete ao Ministério Público, nos termos do artigo 129 da CF, 201 VIII, X 202 do ECA, fiscalizar todas as ações em que haja interesse de criança e adolescente.

É com base nesses aspectos que o MP está orientando os Promotores de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência no sentido de quando tiverem que se manifestar nos pedidos de adoção internacional, verifiquem a priori os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a excepcionalidade da medida e a observância da habilitação outorgada pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional de Sergipe; solicitem, quando necessário, informações à mesma sobre pretendentes à adoção internacional; e como última instrução, que verifiquem o cumprimento do que determina o artigo 50 do Estatuto.

Segundo o artigo 50 do ECA, "a autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outras de pessoas interessadas na adoção".

Pedro Iroito afirma que as orientações servem ainda, para evitar que estrangeiros façam a adoção de crianças ou adolescentes para serem explorados sexualmente, como mão-de-obra escrava ou até mesmo tenha seus órgãos comercializados no exterior, conforme denúncias feitas pela imprensa nacional. "O Promotor deve fazer um criterioso levantamento do adotante e do adotado. Em algumas comarcas, inclusive, já se faz um acompanhamento da criança que foi adotada", enfatizou.

Jornal da Manhã, 9/10/98

PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA PROMOVE ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA NO POVOADO ALOQUE

O Programa de Defesa Comunitária idealizado pela Coordenadoria-Geral do Ministério Público e com integral apoio da Procuradoria-Geral de Justiça e da Universidade Federal de Sergipe, continua prestando serviços à comunidade carente de Aracaju.

Implantado em agosto de 1997, já assistiu o Bairro “Largo da Aparecida” e este ano atuou no povoado “Aloque”, um dos mais carentes da Capital.

Além da assistência jurídica e de proporcionar à população carente melhoria à qualidade de vida, o Programa de Defesa Comunitária prestou assistência odontológica durante o mês de agosto, face o apoio da Fundação de Desenvolvimento Comunitário de Sergipe (FUNDESE) e promoveu várias palestras educativas.

MODERNIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO É UMA REALIDADE

O Procurador de Justiça, José Gomes de Andrade, após quatro anos a frente da Chefia do Ministério Público Sergipano, concluiu o segundo mandato no último dia 04 de novembro. José Gomes de Andrade, fez um balanço das atividades desenvolvidas nos últimos quatro anos, afirmando que, embora tenha enfrentado uma crise que se abateu sobre os Estados e Municípios brasileiros, resultando em cortes no orçamento e tendo que conter despesas, sempre procurou formas de agilizar ações para o aperfeiçoamento da instituição e oferecer melhores condições de trabalho aos seus membros.

Contando com o apoio dos seus pares da administração Superior do Ministério Público e dos Poderes Executivo, especialmente do Governador do Estado Albano Franco e do Secretário da Fazenda, José Figueiredo e do Legislativo, o Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, disse que sempre procurou fazer o possível para modernizar cada vez mais o “parquet”, visando sobretudo, o fiel cumprimento das suas atribuições Constitucionais, imprescindíveis para a consolidação da Democracia e da Cidadania da sociedade sergipana, na defesa dos seus direitos.

“Nós integramos um dos Ministérios Públicos Estaduais mais respeitados do Brasil, cujos quadros são compostos por profissio-

nais competentes e de grande capacidade no campo das Ciências Jurídicas - afirmou Gomes de Andrade - portanto, temos o dever de oferecer aos nossos colegas condições dignas de trabalho, para o desempenho de suas funções". Para tanto, não mediu esforços em investir nas melhorias físicas e funcionais dos locais de trabalho dos membros do Ministério Público de Sergipe.

Nos últimos quatro anos, com a construção e recuperação de F6runs no interior do Estado, inclusive, o moderno Fórum de Aracaju - "Gumersindo Bessa", a Procuradoria Geral de Justiça, teve que investir em equipamentos para acomodações pessoais e funcionais dos Promotores de Justiça.

Precisamente em Aracaju, com a construção do moderno Fórum "Gumersindo Bessa", pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, no Centro Administrativo "Gov. Augusto Franco", todas as salas próprias dos Promotores de Justiça, foram devidamente equipados com aparelhos de ar condicionados, móveis e outros acessórios.

A exemplo da capital, o interior do Estado também foi alvo das atenções da Procuradoria Geral de Justiça, que equipou não só as salas destinadas aos representantes do Ministério Público, como também, as suas acomodações pessoais (apartamentos), com mobílias pessoais, oferecendo dignas condições de trabalho, propiciando a permanência do Promotor de Justiça na sua Comarca. Para se ter uma idéia, nos últimos quatro anos foram investidas melhorias em praticamente todo o Estado de Sergipe, além da capital, podendo citar como exemplo todas as Varas Cíveis e Criminais de Aracaju e das Comarcas de São Cristóvão, Cristinápolis, Riachuelo, Laranjeiras, Nossa Senhora da Glória, Lagarto, Nossa Senhora do Socorro, Estância, Maruim, Poço Redondo, Ribeirópolis, Pacatuba, Canindé do São Francisco, Itaporanga D'Ajuda, Aquidabã, Neópolis, Boquim, Umbaúba, Nossa Senhora das Dores, Carira, Porto da Folha, Tobia Barreto, Japaratuba, Propriá e Poço Verde.

02. INFORMATIZAÇÃO

Chegando ao final do Século XX e no limiar de um novo milênio, a informática, foi, sem dúvida, o grande avanço tecnológico da humanidade. Sem a informática, o homem, as instituições e a

sua própria existência param no tempo, sem acompanhar o desenvolvimento.

Pensando nisso, o Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, também, investiu firmemente na informatização da Procuradoria-Geral, em todos seus setores administrativos, bem como nas Promotorias de Justiça.

De acordo com a Coordenadoria de Informática da Procuradoria Geral de Justiça, praticamente todas as Promotorias de Justiça das Comarcas do interior do Estado foram equipadas com o sistema de informática, contando com aparelhos modernos de computadores, além dos sistemas de informações de consultas interligados ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, contendo informações precisas sobre Jurisprudências.

DEFESA INSTITUCIONAL

Com as novas atribuições Constitucionais desde 1988, o Ministério Público Sergipano, vem atuando diurnamente em defesa dos direitos coletivos e difusos, a exemplo da defesa do meio ambiente, patrimônio público, consumidor, idosos, crianças e adolescentes, cidadão, enfim, os direitos e garantias individuais e coletivos da sociedade, o Ministério Público Sergipano vem desenvolvendo um amplo trabalho, contando com o apoio de sua administração superior.

Para melhor atender a sociedade, o Procurador-Geral de Justiça, José Gomes de Andrade, ampliou todo o 4º andar do edifício Walter Franco, onde funcionam todas as Promotorias Especializadas que desenvolvem especialmente estas atividades.

Além disso, há quase dois anos foi implantado pelo Procurador de Justiça Iroito Leó Coordenador-Geral do Ministério Público, o Programa de Defesa Comunitária, que visa levar diretamente às comunidades carentes dos bairros periféricos de Aracaju, atendimento ao público, com a participação de Promotores de Justiça, estagiários dos cursos de Direito e Assistência Social da UFS, que diagnosticam e levam soluções aos mais variados problemas enfrentados pela população. Atualmente o programa está sendo rea-

lizado nos bairros Alogue e Largo da Aparecida. Posteriormente, será levado a outros Bairros de Aracaju, onde já estão sendo feitas os primeiros levantamentos.

REFORMAS

Ao receber do Poder Executivo o 4º e parte do 5º pavimentos do edifício Walter Franco, sede da Procuradoria-Geral de Justiça, de imediato, foram iniciadas as obras de reforma e adequação às atividades do Ministério Público de Sergipe, hoje, totalmente reformados. Atualmente, a Procuradoria Geral de Justiça ocupa do 4º ao 7º pavimentos do edifício Walter Franco.

As obras iniciais foram feitas no 4º andar, onde funciona toda a parte dos trabalhos institucionais do MP, a exemplo das Promotorias Especializadas, Centro de Apoio Operacional, com modernas instalações e adequações não só às atividades Ministeriais, como também, ao atendimento ao público, contando com gabinetes dos Promotores de Justiça e atendentes, duas amplas salas de audiências, sala do perito, arquivo, mini-auditório, biblioteca, sala de reunião do Centro de Apoio Operacional, copa e sanitários, tudo em pleno funcionamento.

O 5º pavimento, onde funciona a parte administrativa, também sofreu uma ampla reforma, com confortáveis gabinetes destinados ao setor médico, Secretaria Geral, almoxarifado, coordenadorias de informática, administrativa, Recursos Humanos e Comunicação Social.

Já no 6º pavimento, estão localizados os gabinetes dos Procuradores de Justiça, estes ampliados, contando com quatro salas, sendo três destinados aos assessores e um ao Procurador de Justiça.

O 7º andar, destinado à Administração Superior do Ministério Público, também, sofreu reformas expressivas na sua estrutura física, com ampliação dos gabinetes do Procurador-Geral, do Coordenador Geral e Corregedor-Geral, além do cartório e uma sala de reuniões do Conselho Superior do Ministério Público e do Colégio de Procuradores de Justiça.

Diante das reformas, como forma de homenagear àqueles que se empenharam diretamente para a concretização das obras, o Colégio de Procuradores de Justiça, denominou o 4º pavimento "Governador Albano Franco", enquanto o 5º recebeu o nome do "Procurador de Justiça José Gomes de Andrade".

(Transcrito do "Jornal da Cidade")

PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA PROCEDERÁ LEVANTAMENTO SOCIAL EM NOVOS BAIRROS

Com vista a um atendimento que proporcione à população carente melhorias na qualidade de vida, o Ministério Público, através do Programa Defesa Comunitária, vem desenvolvendo um trabalho de importância imprescindível ao aspecto social, primando, prioritariamente, pelo exercício da cidadania.

Os trabalhos desenvolvidos no Programa Defesa Comunitária englobam uma gama de atividades executadas por profissionais e estagiários das áreas de Direito e Serviço Social. São práticas direcionadas a um público alvo, constituído por pessoas carentes, que compreendem atendimentos individuais e coletivos, buscando, assim, responder às necessidades sociais dessa população.

As comunidades contempladas pelo programa, até então, foram a comunidade do Largo da Aparecida, situada no bairro Jabotiana, município de Aracaju, e o Povoado Aloque, sem localização demarcada oficialmente.

As estagiárias de Serviço Social realizaram visitas domiciliares em ambas as localidades, no intuito de elaborar um diagnóstico social que aborde o levantamento das questões sociais e/ou pro-

blemáticas pelas quais passam a população, bem como, situar as mesmas em seu município, através do histórico (localização, surgimento, estatísticas etc.), inserido no mesmo documento.

Especificamente, aponta-se como prática do Serviço Social: levantamento de dados, através de visitas domiciliares e contato direto com os comunitários em suas respectivas comunidades; elaborar propostas de ação para viabilizar possíveis melhorias e/ou soluções para as problemáticas em questão.

Paralelo a essa prática, o profissional desenvolve um trabalho educativo com o fim de estimular a reflexão, que, por sua vez, precede a participação do indivíduo, remetendo-o a um estágio em que o mesmo abre-se para novas discussões e práticas, constituindo-se, dessa forma, num ser atuante em sua sociedade.

Aspectos observados na realidade

a) No Largo da Aparecida:

- Necessidade de policiamento em toda comunidade;
- Precariedade no espaço físico do reforço escolar, bem como a necessidade de ampliação do quadro profissional do mesmo;
- Animais que vivem à solta nas ruas pondo em risco a segurança da população;
- Precariedade do espaço físico da lavanderia comunitária;
- Presença de um matagal que margeia grande parte da comunidade, sendo o mesmo utilizado por marginais como desova de corpos e esconderijo;
- Depredação dos orelhões públicos, da praça e da iluminação pública (postes);

Poluição de meio ambiente através a atuação infratora de uma marmoraria instalada na comunidade;

Presença e manutenção de uma lixeira que encontra-se na entrada da comunidade;

Carência de clínico geral no posto de saúde, Carência de vagas na creche;

Mais de 50% das residências sem escrituras.

b) No Povoado Aloque:

- Falta de documentação individual e coletiva de grande parte da população;
- Alto índice de natalidade;
- Necessidade de segurança na localidade;
- Transporte coletivo escasso e com horários irregulares;
- Estrada de acesso em condições físicas precárias, e sem iluminação pública (postes) ;
- Localização do povoado não oficializada;
- Ausência de sanitários em mais de 90% das residências; Alto índice de analfabetismo entre jovens e adultos;
- Insuficiência de telefone público;
- Necessidade de filtros de água;
- Alto índice de desemprego;
- Necessidade de utensílios básicos (cobertores, colchões, entre outros);
- Iminência de desabamento em aproximadamente trinta casas.

O que foi encaminhado aos órgãos competentes pelo Ministério Público.

a) Do Largo de Aparecida

O policiamento foi implantado pela Secretaria da Segurança Pública, fazendo uma ronda de três a quatro dias semanais na comunidade;

O carro de coleta recolhe o lixo diariamente, mas as caixas coletoras não foram colocadas no local da lixeira, pela EMURB, como fora solicitado;

Os orelhões públicos foram consertados pela TELERGIPE;

Os processos de usucapião encontram-se em andamento pelo Departamento de Engenharia Civil da Universidade Federal de Sergipe.

b) Do Povoado Aloque

- Foi providenciado, pela EMURB, solução paliativa de melhoramento da condição física da estrada de acesso;

- Foi implantado o policiamento na localidade pela Secretaria da Segurança Pública com o tráfego diário de um carro da rádio patrulha;
- O transporte público, inicialmente foi regularizado e ampliado pela Viação Progresso instituindo-se os seguintes horários: 6:00h, 7:00h, 10:00h, 12:00h, 14:00h, 18:00h, 21:00h. Atualmente, o tráfego voltou a escassear, retirando-se os horários de 7:00h, 10:00h e 19:00h;
- Foi realizado pelas estagiárias de Serviço Social cadastramento residencial no povoado solicitado pela Fundação Nacional de Saúde que comprometeu-se a elaborar projeto de construção dos sanitários residenciais a partir dos resultados do cadastramento;
- Foi implantado um curso de alfabetização para jovens e adultos, pela Prefeitura de Aracaju, no Centro Social Irmã Caridade, porém, há carência de material didático;
- Foram distribuídos, pela FUNDESE, setenta filtros de água no povoado;
- Foi elaborado, pelas Estagiárias de Serviço Social junto à comunidade, um organograma de palestras educativas diversas;
- Foram realizadas palestras educativas sobre planejamento familiar, cidadania, higiene e saúde pelas Estagiárias de Serviço Social e supervisor de Ensino e Ministério Público;
- Foi encaminhado pelas Estagiárias de Serviço Social cadastramento das residências que encontram-se em risco de desabamento, solicitado pela defesa civil;
- Foram distribuídos trinta colchões e trinta cobertores, na comunidade, pela defesa civil.
- Foi prestada assistência odontologia.

Atividades realizadas pelas Estagiárias de Serviço Social

Além das atividades acima mencionadas, foram desenvolvidas:

Contribuição ao processo de organização e participação da comunidade com a colaboração na organização da festa natalina e dos festejos juninos;

Registros audiovisuais (fotos e filmes) da comunidade;

Orientação social nas visitas domiciliares.

NOVOS BAIRROS

O Programa de Defesa Comunitária idealizado e implantado pela Coordenadoria Geral do Ministério Público terá continuidade no próximo ano e em face disso as Estagiarias do Serviço Social já estão procedendo o levantamento de outras comunidades.

O Coordenador-Geral do Ministério Público Procurador de Justiça Iroito Leó, idealizador do programa, afirmou que o mesmo terá continuidade na nova gestão. Como se sabe o mandato, conclui em fevereiro do próximo ano, e o novo Coordenador-Geral dará, por certo, todo o apoio ao Programa, que tem prestado relevantes serviços a comunidade.



MOACYR SOARES DA MOTTA NOVO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

O Procurador de Justiça Moacyr Soares da Motta foi escolhido pelo Chefe do Executivo Sergipano como novo Procurador-Geral de Justiça, face a sua indicação em lista tríplice, o qual foi o mais votado.

Moacyr Soares da Motta, nasceu em Jequié/BA, em 25 de outubro de 1946, fixando residência em Aracaju ainda durante os primeiros anos de idade. É casado com a Dra. Yolanda Guimarães – Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju (1º Tribunal do Júri). Formado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Antiga Faculdade de Direito de Sergipe, em 1970, após quatro anos de formado ingressou na Universidade Federal de Sergipe, através de concurso público exercendo o cargo de Professor-adjunto, onde lecionou durante 22 anos a disciplina Direito do Trabalho.

Em 1978 ingressou na carreira do Ministério Público, através de concurso público, tendo sido aprovado em 3º lugar, exercendo o cargo de Promotor de Justiça na Comarca de Nossa Senhora da Glória. Em 1981 foi promovido, por merecimento, para a Comarca de Aracaju, passando a atuar no Tribunal do Júri por cinco anos. Em 1990, atendendo ao convite do então Governador do antigo Território Federal do Amapá, Gilton Garcia, exerceu o Cargo de Secretário de Justiça e Segurança Pública, assumindo o Governo interinamente por cinco anos.

Ao retornar a Aracaju e às suas atividades no Ministério Público, em novembro de 1990 foi promovido, por merecimento, ao cargo de Procurador de Justiça, atuando junto ao Tribunal de Constas e a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe. Durante sua carreira no Ministério Público, exerceu ainda os cargos de Corregedor-Geral substituto e membro do Conselho Superior, chegando agora ao ápice da carreira ao assumir o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe.

FATOS E FOTOS

**MINISTÉRIO PÚBLICO
MODERNIZA-SE PARA O SÉCULO XXI**



Procurador Geral de Justiça, **José Gomes de Andrade.**



Corregedor Geral do Ministério Público, **Heli Nascimento.**



Coordenador Geral do Ministério Público, **Pedro Iroito Dória Leó.**



Recepção do 4º pavimento.



Sala de espera do 4º pavimento - atendimento ao público.



Aspecto geral dos gabinetes dos promotores que atuam no 4º pavimento.



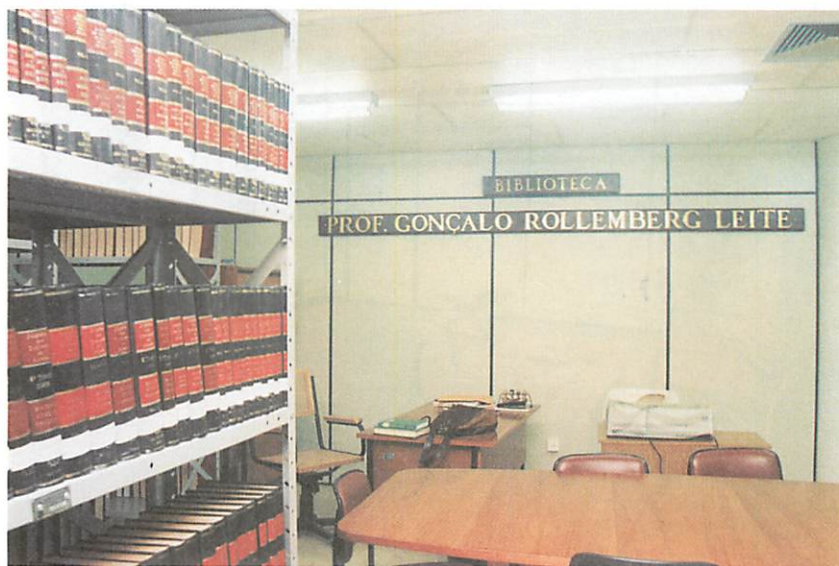
Gabinete individual das Promotorias Especializadas.



Mini-auditório do 4º pavimento.



Sala de audiências das Promotorias Especializadas.



Biblioteca "Prof. Gonçalo Rollemberg Leite"- 4º andar.



Sala de Reuniões do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público.



Recepção e Protocolo no 5º andar- parte administrativa da PGJ.



Aspecto geral da área interna do 5º andar.



Gabinete do Secretário Geral da PGJ.



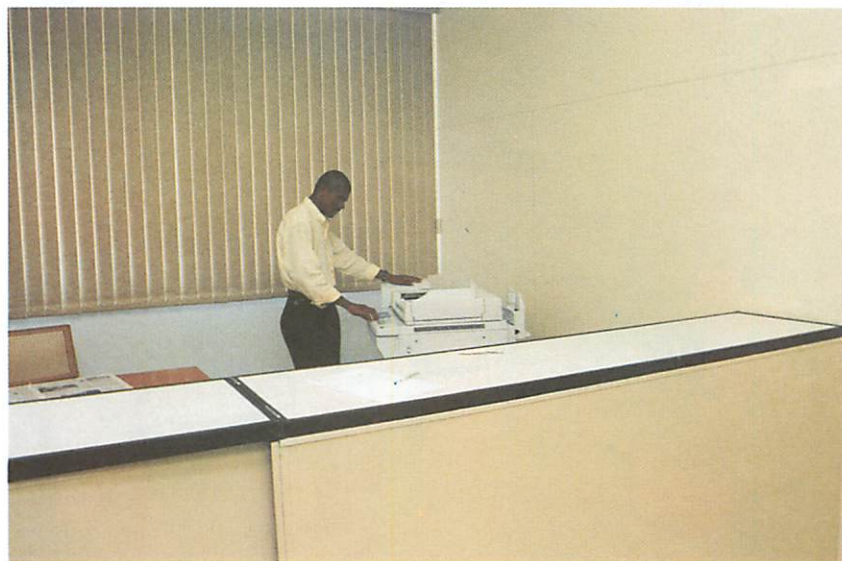
Sala da Coordenação de Informática.



Gabinete Médico.



Salas administrativas.



Sala de Xerografia.



Gabinete dos Procuradores de Justiça- 6º pavimento.



Recepção do 7º pavimento- administração superior do MP/SE.



Área interna do 7º andar.



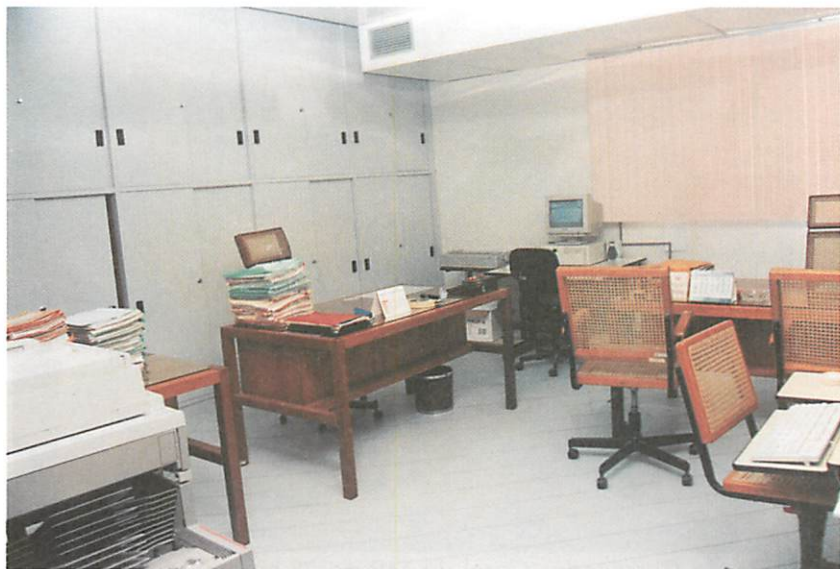
Recepção do Gabinete do Procurador Geral.



Aspecto geral da área interna do Gabinete do Procurador Geral.



Sala de reuniões do Colégio de Procuradores.



Cartório da PGJ no 7º pavimento.



Gabinete do Coordenador Geral do MP no 7º andar.



Gabinete do Corregedor-Geral do MP no 7º pavimento.



Sala de reuniões do Conselho Superior.



Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de Sergipe, constituído dos Procuradores de Justiça **Fernando Ferreira de Matos, Pedro Iroito Dória Leó, Moacyr Soares da Motta, Darcilo Melo Costa, José Costa Cavalcante, José Jorge Santos Mesquita, Gilberto Vila Nova de Carvalho, José Carlos de Oliveira Filho, Maria Eugênia da Silva Ribeiro, Eduardo de Cabral Menezes, José Gomes de Andrade, Heli Soares Henriques Nascimento, Paulo Moura e José Renato Lima Sampaio.**

PROCURADORES GERAIS DE JUSTIÇA



PROCURADORES GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO



PROCURADORES GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO



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

ENCONTROS REGIONAIS



Procurador de Justiça FERNANDO MATOS Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público.

No segundo semestre do ano de 1997 o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Sergipe, através do seu Diretor o Procurador de Justiça Fernando Matos, realizou encontros regionais no interior do Estado, com o objetivo de promover o intercâmbio de experiências e verificar os principais problemas nas Comarcas de todo o Estado. As reivindicações apresentadas nos encontros foram levadas aos Órgãos Superiores do Ministério Público.

CONGRESSO ESTADUAL

No mês de março próximo passado foi realizado o Congresso Estadual do Ministério Público, que contou com a participação de Juristas Nacionais, tais como: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, EDILSON M. BOMFIM e ALEXANDRE MORAIS.

Ao evento compareceram Procuradores, Promotores, Desembargadores, Juízes, Defensores e Advogados, quando foram discutidos temas relevantes e de interesse da comunidade jurídica.

REUNIÃO PREPARATÓRIA PARA O CONGRESSO 1999



Procurador de Justiça FERNANDO MATOS, comandando reunião preparatória, com os Promotores de Justiça para o Congresso Estadual do Ministério Público de 1999.

O Procurador de Justiça Fernando Matos realizou no último dia 21 de setembro de 1998, uma reunião para avaliar com todos os integrantes da Instituição o Congresso Estadual realizado este ano e receber sugestões para o Congresso de 1999. Todas as observações foram acata-

das e formada uma comissão para organizar o evento no próximo ano.

A QUESTÃO DO LIXO FOI DEBATIDA NO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Grupo de Estudos do Meio Ambiente, coordenado pelo Procurador de Justiça Fernando Matos realizou uma reunião no último dia 14 de setembro de 1998 com as Secretarias do Meio Ambiente e Indústria e Comércio, Infraero, Codise, Ensurb, Adema,



Reunião com diversos segmentos da Sociedade em busca de uma solução para a questão do lixo na grande Aracaju.

para tentar buscar uma solução viável para a questão do lixo na grande Aracaju. Os técnicos presentes apresentaram várias sugestões e o Grupo de Estudo vai designar nova reunião.

GRUPO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O Grupo de Estudos de Direito de Família está com seu trabalho bem avançado e dentro em breve devem apresentar para publicação.

DEBATE HISTÓRICO

O Procurador de Justiça Fernando Matos convidou todos os colegas para apresentar suas propostas como candidato a Procurador Geral de Justiça, bem como os demais candidatos.

A coordenação do debate ficou a cargo do Procurador de Justiça Fernando Matos, e todos os candidatos tiveram oportunidade de apresentar suas Propostas, tornando um debate histórico para o Ministério Público de Sergipe.

CONSELHO NACIONAL DOS CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**FUNDADO EM 25 DE MARÇO DE 1994
CORUMBÁ - MATO GROSSO DO SUL**

Presidentes

CARLOS BOBADILLA GARCIA*

27/03/94 a 26/08/94

MP-MS

NILTON MARCOS CARIAS DE OLIVEIRA

26/08/94 a 22/11/95

MP-PR

NILTON MARCOS CARIAS DE OLIVEIRA**

22/11/95 a 21/12/95

MP-PR

PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

21/12/95 a 09/11/96

MP-SE

ZÉLIA MADRUGA**

09/11/96 a 05/04/97

MP-RN

JOSÉ EDUARDO OROFINO DA LUZ FONTES

05/04/97 a 08/12/97

MP-SC

JOSÉ RICARDO PEIRÃO RODRIGUES **

08/12/97 - 11/08/98

MP-SP

CARLOS OTAVIANO BRENNER DE MORAIS

11/08/98 - 12/11/98

MP-RS

FRANCISCO PINTO DE OLIVEIRA NETO

12/11/98

MP-MS

* Presidente Provisório.

** Renunciou por ter concluído o mandato de Corregedor-Geral do Ministério Público.

*Os idealistas fazem a história do Ministério Público,
enquanto que os exibicionistas fazem manchetes*

Iroito Leó

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.

