

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



DO ESTADO DE SERGIPE

ANO IX

1999

Nº 16



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 IX
Aracaju, 1991

Nº 16

1999

1. Direito – Periódico - Brasil, I – Título, II
Heli Soares Henriques Nascimento, 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 IX	1999	Nº 16
--------	------	-------

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

PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA
Moacyr Soares da Motta

DIRETOR
Heli Soares Henriques Nascimento

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

REVISÃO
Ricardo Alcantara Machado

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente
de seus autores.

Pede permuta.

On demande l'échange.

We ask for exchange.

Um austausch wir gebeten.

Endereço:
Praça Fausto Cardoso, s/nº — Edifício Walter Franco — Pavimento
"Procurador de Justiça Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila"
ARACAJU-SERGIPE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

CORREGEDOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Paulo Moura

SUPLENTE:
VAGO

COORDENADOR GERAL
Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA

SECRETÁRIO GERAL DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA:
Promotor de Justiça ODIL SILVA OLIVEIRA

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

PRESIDENTE:	Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
SECRETÁRIO:	Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
SUPLENTE:	Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE
MEMBROS:	Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
	Procurador de Justiça JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
	Procurador de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
	Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE
	Procurador de Justiça 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 HENRIQUES NASCIMENTO
	Procurador de Justiça JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
	Procurador de Justiça PAULO MOURA

COMISSÕES PERMANENTES

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

PRESIDENTE: Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES
MEMBROS: Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ
Procurador de Justiça JOSÉ GOMES DE ANDRADE

ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

PRESIDENTE: Procurador de Justiça FERNANDO FERREIRA DE MATOS
MEMBROS Procurador de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PRESIDENTE: Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
MEMBROS: Procurador de Justiça HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
Procurador de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA
CORR.-GERAL Procurador de Justiça PAULO MOURA
SECRETÁRIO: Promotor de Justiça ODIL SILVA OLIVEIRA

ASSESSORIA DO PROCURADOR-GERAL

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Assessores do Procurador-Geral
Eduardo de Cabral Menezes
Maria Eugênia Da Silva Ribeiro
José Carlos De Oliveira Filho
Fernando Ferreira De Matos

ASSESSORIA DA CORREGEDORIA-GERAL
Promotor de Justiça CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ

ASSESSORIA DA COORDENADORIA-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 JORGE SANTOS MESQUITA
Procuradora de Justiça	MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça	FERNANDO FERREIRA DE MATOS
Procurador de Justiça	JOSÉ GOMES DE ANDRADE
Procurador de Justiça	GILBERTO VILA NOVA DE CARVALHO
Procurador de Justiça	PEDRO IROITO DÓRIA LEO
Procurador de Justiça	HELJ SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
Procurador de Justiça	JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
Procurador de Justiça	PAULO MOURA

- COORDENADORIA GERAL -

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MISNISTÉRIO PÚBLICO

Diretor

Procurador de Justiça JOSÉ COSTA CAVALCANTE

NÚCLEO DE APOIO OPERACIONAL DAS ATIVIDADES CÍVEIS E CRIMINAIS

Promotor de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

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 JUSTICA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SOCIAL E CULTURAL

Promotor de Justiça EDUARDO ANTONIO SEABRA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE E URBANIZAÇÃO
Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA MENEZES
Promotor de Justiça JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E SAÚDE PÚBLICA
Promotor de Justiça EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES
Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR E SERVIÇO DE RELEVÂNCIA JURÍDICA
Promotora de Justiça MARIA LILIAN MENDES CARVALHO
Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO
Promotor de Justiça LUIZ ANTONIO ARAÚJO MENDONÇA
Promotora de Justiça EDJILDA REZENDE DE LIMA GUERRA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA
Promotora de Justiça MARIA ISABEL SANTANA DE ABREU
Promotora de Justiça EDJILDA REZENDE DE LIMA GUERRA

PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA
Procurador de Justiça DARCILO MELO COSTA
Promotora de Justiça MARIA C. DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA
Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA
Promotor de Justiça EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES
Promotor de Justiça JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
MOACYR SOARES DA MOTTA

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PAULO MOURA

PROCURADORES DE JUSTIÇA
JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
PAULO MOURA

PRESIDENTE DA ASMP
LUIZ ALBERTO MOURA ARAÚJO

DIRETOR
Procurador de Justiça HELI SOARES H. NASCIMENTO

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
LUÍZ ALBERTO MOURA ARAÚJO

5º Promotor de Justiça
MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

6º Promotor de Justiça
EDUARDO ANTONIO 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 ANÍZIO 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 da Adolescência
MARIA ISABEL SANTANA DE ABREU

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

1º Promotor de Justiça Distrital
CARMEN LÚCIA B. 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 FOZ MENDONÇA

1º Promotor de Justiça Criminal
CELSO LUIS DÓREA LEO

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
VAGO

6º Promotor de Justiça Criminal
ADÉLIA MOREIRA PESSOA

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

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

Promotor de Justiça Militar
ODIL SILVA OLIVEIRA

Promotor de Justiça das Execuções Criminais
LUÍS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

COMARCAS DO INTERIOR DE 2ª ENTRÂNCIA

ITABAIANA
Promotor de Justiça Criminal
GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA
Promotor de Justiça
PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS

ESTÂNCIA
Promotor de Justiça Criminal
RAUL JOSÉ VIEIRA NETO
Promotor de Justiça
JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

LAGARTO

Promotor de Justiça Criminal
VICENTE CABRAL LEÃO
Promotor de Justiça
PORFÍRIO MARTINS FÉLIX

PROPRIÁ

Promotor de Justiça
PAULO VIEIRA MESSIAS

BOQUIM

Promotor de Justiça
EDUARDO FRANKLIN M. DE OLIVEIRA

TOBIAS BARRETO

Promotor de Justiça
RICARDO SOBRAL SOUZA

NOSSA SENHORA DO SOCORRO

Promotor de Justiça Criminal
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO
Promotor de Justiça
EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

SÃO CRISTÓVÃO

Promotor de Justiça
GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS
Promotor de Justiça Distrital
ANA CRISTINA SOUZA BRANDI

COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA**AQUIDABA**

ANTONIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

ARAUÁ

LUÍS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

BARRA DOS COQUEIROS

ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

CAMPO DO BRITO

SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO

PETERSON ALMEIDA BARBOSA

CAPELA

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

CARIRA

JOÃO RODRIGUES NETO

CEDRO DE SÃO JOAO

ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

CRISTINÁPOLIS
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

FREI PAULO
ALDO SOUZA ARAGÃO

GARARU
FÉLIX CARBALLAL SILVA

ITABAIANINHA
NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR

ITAPORANGA D'AJUDA
ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

JAPARATUBA
MARCELO AUGUSTO COSTA CAMPOS

LARANJEIRAS
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

MARUIM
JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

NEÓPOLIS
MARIA JOSÉ PIZZI DE MENEZES MOREIRA

NOSSA SENHORA DAS DORES
DEIJANIRO DE JONAS FILHO

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA
WALTER CÉSAR NUNES SILVA

PACATUBA
(VAGO)

POÇO VERDE
ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO

POÇO REDONDO
EMERSON OLIVEIRA ANDRADE

PORTO DA FOLHA
JULIANA E SOUZA CHECCUCCI

RIACHUELO
MARIA EUGÊNIA DEDA

RIBEIRÓPOLIS
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

SIMÃO DIAS
CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES

UMBAÚBA
MARIA HELENA MOREIRA SANCHES LISBOA

COMARCA DE ARACAJU — 1ª ENTRÂNCIA

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 MENEZES

4ª Promotoria de Justiça Especial Cível
MIRIAM TEREZA CARDOSO MACHADO

5ª Promotoria de Justiça Especial Cível
BERENICE ANDRADE DE MELO

1ª Promotoria de Justiça Especial Criminal
JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

2ª Promotoria de Justiça Especial Criminal
ANTONIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Estância
FÁBIO VIEGAS MENDONÇA DE ARAÚJO

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Lagarto
ADEMILTON DE O. SANTOS

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

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de N. Sra. do Socorro
GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES

Promotoria de Justiça Especial Cível e Criminal de Itabaiana
MÁRCIA MENDES MATOS

1º Promotor de Justiça Auxiliar
JULIVAL PIRES REBOUÇAS

2º Promotor de Justiça Auxiliar
(VAGO)

3º Promotor de Justiça Auxiliar
FABIANA CARVALHO VIANA FRANÇA

4º Promotor de Justiça Auxiliar
(VAGO)

5º Promotor de Justiça Auxiliar
LENILDE NASCIMENTO ARAÚJO

6º Promotor de Justiça Auxiliar
BELARMINO ALVES DOS ANJOS NETO

7º Promotor de Justiça Auxiliar
MAURA SILVA DE AQUINO

8º Promotor de Justiça Auxiliar
CECÍLIA CARVALHO MARINS

9º Promotor de Justiça Auxiliar
ANA CLÁUDIA MACHADO COSTA MORAES

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

DIRETOR

Procurador de Justiça HELI SOARES H. NASCIMENTO

CONSELHO EDITORIAL

Procurador de Justiça PEDRO IROITO DÓREA LEÓ

Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE O. FILHO

Promotor de Justiça CARLOS AUGUSTO A. MACHADO

APOSENTADOS

PROCURADORES DE JUSTIÇA

CARLOS GOMES DE CARVALHO LEITE

JUGURTA LIMA BARRETO

FERNANDO BARRETO NUNES

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 BATISTA 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:

DES. MANUEL PASCOAL NABUCO D'ÁVILA

Sumário

DOUTRINA

A ESFINGE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Carlos Frederico Brito dos Santos	19
AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DO DIREITO PÁTRIO: DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE PRÓPRIA OU EXCLUSIVA – Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira	29
SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL E DO PRAZO PRESCRICIONAL EM FACE DA LEI Nº 9.271/96 – CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS – Marcos de Oliveira Pinto	47
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTROLE DOS ARQUIVOS DE CONSUMO – Euza Maria Gentil Missano	58
ACIDENTE DO TRABALHO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO: INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – Paulo Rego Monteiro Rocha	62
A CONSTITUIÇÃO E A CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> – Sílvio Roberto Matos Euzébio	66
AS EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O USO DO SOLO URBANO – Carlos Augusto Alcântara Machado	78
PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO DOS INSTRUMENTOS DA GESTÃO URBANA – Pedro Victório Daud	90

ESPAÇO LIVRE

CHOPIN — SESQUECENTENÁRIO DE MORTE – Darcilo Melo Costa	117
PROJETO LIXO E CIDADANIA EM SERGIPE	128
INQUÉRITOS CÍVIS, PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E AÇÕES CÍVIS EM CURSO NO ESTADO DE SERGIPE	147

PARECERES - 2ª INSTÂNCIA

APELAÇÃO NÃO RECEBIDA – Darcilo Melo Costa	161
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Eduardo de Cabral Menezes	165
UNIÃO ESTÁVEL – Pedro Iroito Dória Leó	171
RESPONSABILIDADE MÉDICA – Paulo Moura	177
APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – José Carlos de Oliveira Filho	185

SEM INSTRUMENTO DE MANDATO O ADVOGADO NÃO SERÁ ADMITIDO EM JUÍZO – Eduardo de Cabral Menezes	195
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DECORRENTE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – Darcilo Melo Costa	199
OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM TODAS AS FASES DO PROCEDIMENTO – Pedro Iroito Dória Leó	204
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – Paulo Moura	212
LISTA TRÍPLICE PARA PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, MANDADO DE SEGURANÇA – Eduardo de Cabral Menezes	215

PROMOÇÕES – 1ª Instância

CONTRATO DE LEASING – Wilton Araújo Santos	225
PRINCÍPIO “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF” – Alonso Gomes Campos Filho	236
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Marcelo Augusto Costa Campos	245
INFRAÇÕES DE TRÂNSITO – João Raimundo M. Guimarães	252
INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Josenias França do Nascimento	257
JURI – NULIDADES – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – ALEGAÇÕES IMPROCEDENTES – Alonso Gomes Campos Filho	271
CONTRATOS DE SEGURO – João Raimundo M. Guimarães	276
CONCUBINATO IMPURRO – José Elias Pinho Oliveira	280
USUCAPIÃO: JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – Newton Silveira Dias Júnior	285
AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – Deijaniro Jonas Filho	300

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO – Pedro Iroito Dória Leó e Maria Lilian Mendes Carvalho	311
CARGOS EM COMISSÃO – INTERESSE PÚBLICO – Verônica Lazar Amado	324
MEIO AMBIENTE – PATRIMÔNIO PÚBLICO – Ana Galgane Paes	334
CLÁUSULAS ABUSIVAS – NULIDADES – Maria Lilian Mendes Carvalho e Ana Paula M. Costa Menezes	343
DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES CIVIS DE FINS ASSISTENCIAIS – Josenias França do Nascimento	366
TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – RÉPLICA ÀS CONSTESTAÇÕES – Pedro Iroito Dória Leó e Ana Paula M. Costa Menezes	382

RECOMENDAÇÕES

RECOMENDAÇÃO Nº 01/99 – CGMP	417
RECOMENDAÇÃO Nº 01/99 – PGJ/CGMP	421

DISCURSOS

TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE – Moacyr Soares da Motta	429
TRABALHO E HARMONIA – Heli Soares Henriques Nascimento	439
MINISTÉRIO PÚBLICO SOCIAL – Pedro Iroito Dória Leó	444
VITACILIAMENTO – Heli Soares Henriques Nascimento	448

RESOLUÇÕES DO CPJ

Resolução Nº 01/99 CPJ	457
Resolução Nº 02/99 CPJ	459
Resolução Nº 03/99 CPJ	462
Resolução Nº 04/99 CPJ	466
Resolução Nº 05/99 CPJ	473
Resolução Nº 06/99 CPJ	475

LEGISLAÇÃO

LEI COMPLEMENTAR Nº 44/99	479
---------------------------------	-----

NOTICIÁRIO	485
------------------	-----

QUADRO DE ANTIGÜIDADE DO MP DE SERGIPE	495
--	-----

MANDAMENTOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

– Paulo Monteiro do Rego Rocha	503
--------------------------------------	-----

DOUTRINA

A ESFINGE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

(Considerações Sobre o Caput do Art.11 da Lei Nº 8.429/92)

Carlos Frederico Brito dos Santos
Promotor de Justiça do Estado da Bahia

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Em que pese o inegável avanço trazido pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (“Lei de Improbidade Administrativa” — LIA), que foi editada para dar exeqüibilidade ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, alguns deslizes técnicos foram cometidos pelo legislador e que certamente serão corrigidos pela jurisprudência, como aliás já vem sendo feito pela doutrina.

Inquestionavelmente, o dispositivo que mais tem intrigado os aplicadores da LIA, incluídos aí promotores de Justiça, advogados, juízes e administradores públicos, é o art. 11 — onde, segundo o nosso entendimento, o legislador deu margem à possibilidade de existência de graves excessos de interpretação, fato aliás alertado por MARCELO FIGUEIREDO¹, que chama atenção para a necessidade de um esforço doutrinário para traçar um conceito jurídico de ato improbidade administrativa, estabelecendo os seus precisos limites, que, lamentavelmente foi olvidado pelo legislador, tornando o art. 11 naquilo que denominamos no I Simpósio Goiano sobre Improbidade Administrativa como a esfinge² da LIA, que pede aos operadores do Direito que decifrem com urgência o seu enigma, sob pena de devorar a honra, a paz e o patrimônio de inúmeros agentes públicos dignos por possíveis hermenêuticas ex-

tensivas (apressadas interpretações ao pé da letra) que venham a qualificar como improbidade administrativa qualquer ato ilegal praticado por agente público, gerando assim uma verdadeira balbúrdia na ordem jurídica, ou seja, fazendo com que um simples fato corriqueiro e que motivasse apenas de uma sanção disciplinar punível com advertência se transmudasse por exagero em ato de improbidade administrativa por violação ao art. 11 e, conseqüentemente, acarretando as duras sanções decorrentes do art. 12, inciso III, da LIA, como a perda da função pública que, em tese, seria aplicada cumulativamente com as demais ali previstas, e assim por diante. Exemplos semelhantes não faltarão para demonstrar a preocupação dos doutrinadores com possíveis excessos de interpretação, sendo importante aqui lembrarmos as antigas lições de Direito Romano acerca do princípio da equidade desenvolvido por seus juristas, bem como a lapidar definição de Direito que nos foi legada por CELSUS³, segundo o qual *“jus est ars boni et aequi”*, ou seja, *“a arte do bom e do equitativo”* (grifos nossos)

E é em relação à violação do princípio da legalidade onde a atenção do exegeta deve ser mais cuidadosa. Como já advertiu FÁBIO MEDINA OSÓRIO⁴, não será qualquer ilegalidade que poderá ensejar a configuração da improbidade administrativa, entendendo o ilustre colega do Parquet gaúcho que a caracterizaria *“apenas os atos que, além de ilegais, se mostrarem fruto da desonestidade ou inequívoca e intolerável incompetência do agente público”*. Em que pese preferirmos outra fundamentação, consoante com a nossa proposição adiante exposta, existe um consenso acerca de não se levar às últimas conseqüências a interpretação do preceito legal que cuida da violação ao princípio da legalidade. Afinal, se tal ocorresse, como exemplifica FÁBIO MEDINA OSÓRIO⁵, toda ação de mandado de segurança que fosse julgada procedente, por exemplo, acarretaria a conseqüente responsabilização da autoridade coatora por prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra o princípio da legalidade, fato que redundaria em grande descalabro para a administração pública, onde passaria a reinar a insegurança jurídica com inestimável prejuízo aos próprios administrados.

Portanto, assiste inteira razão ao ilustre colega gaúcho quando afirma que não é a *“mera ilegalidade pura e simples”* a suficiente para caracterizar o ato de improbidade administrativa por violação ao princípio da legalidade — que exige, obviamente, um plus jurídico para a sua caracterização — aduzimos nós.

Quando falamos das dificuldades do art. 11, obviamente não nos referimos aos seus incisos de I a VII, cujos perfis ou limites estão perfeitamente delineados, mas ao preceito do caput que define genericamente os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, ou seja, dos atos que violem os deveres de honestidade, impessoalidade, legalidade e lealdade às instituições, onde reina certa imprecisão e justamente onde também sentimos a falta de um conceito legal e preciso de ato de improbidade administrativa que nos ajude no seu deslinde hermenêutico.

O problema ganha especial relevância quando constatamos que reside justamente no art. 11 o principal dentre os muitos avanços trazidos pela LIA em relação, por exemplo, a Lei de Ação Popular (4.717/65), porquanto além de não exigir a ocorrência da lesividade para a caracterização de todas as hipóteses que preceitua, ou seja, para a consumação dos “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública”, o artigo funciona ainda como uma espécie de “malha fina” do sistema de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, significando, conforme o magistério de MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR⁶, que *“o art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica”*, e isso decorre da flexibilidade do disposto no art. 21, que estabelece a inexigibilidade da ocorrência de efetivo dano para a sua efetiva caracterização.

2. PROPOSIÇÃO

À míngua de uma conceituação legal para o ato de improbidade administrativa e sem pretendermos traçar aqui o seu esboço doutrinário (que não é o objetivo do nosso trabalho), por entendermos a necessidade de se fixar os limites de preceitos tão genéricos — princípios administrativos — até mesmo para tornar tão importante dispositivo legal (o caput do art. 11) exeqüível, após perquirirmos a etiologia da Lei nº 8.429/92 (LIA), concluímos que na interpretação da espécie de improbidade administrativa por violação de princípios ali prevista, se exige, inexoravelmente, a conjugação de mais dois elementos para a sua caracterização além da (a) ação ou omissão dolosa do agente público, e de que (b) a conduta viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, que são, respectivamente:

- c) a demonstração da efetiva ocorrência de perigo de dano ao patrimônio público na ação ou omissão do agente que atente contra os princípios administrativos;
- d) que diante do potencial ofensivo da conduta, a opção pela aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA, não atente contra o “princípio constitucional da proporcionalidade”.

Em relação aos dois últimos elementos que entendemos imprescindíveis para a efetiva caracterização do ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da administração pública e que — frise-se — dizem respeito tão-somente ao caput do art. 11, nos deteremos um pouco adiante, em tópicos específicos, uma vez que as demais já constam do dispositivo legal comentado e não necessitam de maiores esclarecimentos.

Para exemplificarmos o nosso raciocínio, no sentido de, dentro do método da análise que propomos, caracterizarmos corretamente uma conduta como violadora de princípio administrativo e, por conseguinte, como infratora do preceito contido no caput do art. 11, expomos aqui duas distintas hipóteses, a primeira delas extraída de um artigo de jornal de nossa autoria⁷:

- a) o advogado de empresa, mesmo privada, mas que recebesse, p. ex., subvenção ou incentivo, fiscal ou

creditício (ou que estivesse na situação prevista no art. 1º, caput, ou no seu parágrafo Único), e que aceitasse defender, quer em ação popular quer em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, qualquer agente da respectiva empresa, mesmo que o fizesse no exercício de sua advocacia particular e se remunerado pelo aludido agente, violaria o art. 11, caput, e cometeria ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, especificamente por violação aos deveres de moralidade e de lealdade que deveria ter para com a entidade cujos interesses a ele caberia defender. Constituiria absurdo contra-senso que o advogado aceitasse a imoral defesa do agente acusado de ter causado prejuízo à instituição a qual a ele caberia defender, mesmo quando a empresa não tivesse se habilitado como interveniente, ou não figurasse em um dos pólos da relação processual, que, *in casu*, estariam ocupados pelo cidadão (na ação popular) ou Ministério Público (na ação civil pública por ato de improbidade administrativa), no polo ativo, e pelo agente ímprobo no polo passivo.

Na hipótese, haveria sem dúvida o perigo concreto de prejuízo ou dano ao patrimônio público, uma vez que este teria corrido o risco de deixar de receber os valores legalmente previstos no art. 12, como por exemplo, a multa civil e, a depender da situação, o ressarcimento pelo dano sofrido pela empresa que estivesse na situação prevista pelo art. 1º, caput, ou no seu parágrafo único. Por outro lado, diante da gravidade da infração e o potencial de dano revelado na situação de perigo não estaria amparado, *in casu*, o causídico ímprobo, pelo princípio da proporcionalidade;

- b) o servidor que comete falta funcional para a qual está cominada pena de advertência, por exemplo, em que pese a sua conduta ter operado, em tese, a subsunção ao preceito legal contido no caput do art. 11, haveria a

inocorrência do ato de improbidade administrativa diante do potencial ofensivo da conduta não justificar a aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA, consoante o implícito princípio constitucional da proporcionalidade.

Em suma, podem existir três situações distintas, cada uma reclamando solução diferente:

- I. se não ocorrer perigo de alguma forma de dano ao patrimônio público, não se caracterizariam as hipóteses do caput do art. 11 da LIA;
- II. se tal perigo ou risco de dano ocorrer, mas o potencial ofensivo da conduta perigosa caracterizar a “improbidade de bagatela”, o princípio da proporcionalidade recomendaria a adoção das sanções disciplinares como suficientes para a reprovação do ato ilícito;
- III. por outro lado, sempre que o perigo de dano fosse relevante, estaria o agente automaticamente desamparado pelo princípio da proporcionalidade, sendo-lhe aplicável, por conseguinte, o disposto no caput do art. 11 combinado com o art. 12, inciso III, da LIA.

3. O PERIGO DE DANO

A teoria do delito de periclitación tem sede no Direito Penal, onde se encontra devidamente assentada e pode nos fornecer grande auxílio no esforço hermenêutico de buscar uma aplicação equitativa e de acordo com os fins visados pelo legislador constituinte quando esculpiu os preceitos do art. 37, caput e § 4º da Constituição Federal, que restou um tanto extrapolado pelo legislador ordinário quando da edição da Lei nº 8.429/92 (LIA).

Em linhas gerais, segundo o ensinamento de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS⁸, ao contrário dos crimes de dano, que exige para a sua consumação a efetiva lesão ao bem jurídico (como no homicídio e nas lesões corporais), nos crimes de perigo ocorre a consumação tão-somente com a possibilidade do dano (como, v. g.,

no delito de perigo de contágio venéreo — art. 130, caput, do Código Penal, — que não prevê a ocorrência efetiva do contágio para a sua consumação, bastando que o agente mantenha relação sexual com a vítima, consciente de que pode lhe transmitir a moléstia).

Do contexto da Lei nº 8.429/92, especialmente do disposto no art. 21 — que estabelece que para a aplicação das sanções prevista na LIA, independe a efetiva ocorrência de dano — e dos artigos 9º e 10, concluímos, com MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR⁹, que a não exigência de dano ao patrimônio público para a caracterização do ato de improbidade administrativa é possível em todas as hipóteses do art. 11 e em algumas do art. 9º. Contudo, para atermo-nos aos liames deste trabalho, nos limitamos aqui à análise do caput do art. 11 e da violação de seus princípios administrativos.

Diante disso, a lógica recomenda atentar-se para o relevo de que se reveste a situação de perigo para a caracterização das infrações ali previstas, em conjunção ao princípio da proporcionalidade, sobre o qual discorreremos adiante.

Diferentemente de seu caput, os incisos de I a VII do art. 11 não apresentam as mesmas dificuldades de interpretação diante do fato do legislador, segundo o nosso entendimento, ter estabelecido as hipóteses ali descritas como de perigo presumido, que é, ainda segundo a lição do ilustre mestre paulista¹⁰, *“o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo”*, tendo o legislador o presumido *juris et de jure*, ou seja, a presunção legal que não precisa ser provada.

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, devemos a FÁBIO MEDINA OSÓRIO¹¹, o esforço pioneiro de integração do princípio da proporcionalidade aos seus dispositivos, verdadeira chave para a solução dos maiores problemas enfrentados pelos profissionais do Direito que atuam e necessitam interpretar e aplicar diariamente a LIA, por enquanto com repercussão na doutrina, mas brevemente com reflexos na jurisprudência pátria, como esperamos.

A propósito, entende PAULO BONAVIDES¹² que, de partida, ao se tratar do princípio da proporcionalidade, é necessário ponderar a advertência do mestre francês XAVIER PHILIPPE, para quem há princípios mais fáceis de compreender do que definir, e para quem o princípio da proporcionalidade pode ser ilustrado na máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.

Como não cabe neste trabalho adentrarmos na análise de tão complexo tema do Direito Constitucional, como, aliás, o faz com a maestria de sempre o festejado publicista cearense, apenas salientamos aqui que, já aplicado par nossos tribunais na área do Direito Tributário, como necessidade de se rever os excessos da atuação do Fisco, o princípio da proporcionalidade consiste, em linhas gerais, na exclusão ou na atenuação das consequências sancionatórias decorrentes da infração de um determinado preceito legal diante da ausência, na conduta ilícita, de um mínimo de nocividade social que justifique a sua subsunção aos rigores da legislação.

Busca-se evitar a desproporção entre a ilicitude de bagatela e as duras penas da lei, justificando-se, para tanto, a existência do princípio constitucional da proporcionalidade, implícito na Lei Maior e que autoriza o Poder Judiciário a buscar o equilíbrio na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infra-constitucionais.

Apesar de poder ser utilizado nas três espécies de ato de improbidade administrativa, neste trabalho optamos por limitar o nosso esforço à solução do enigma constante da esfinge da LIA — o caput de seu art. 11, como já dissemos.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto e demonstrado nas linhas acima, concluimos, em essência, que a solução para a justa interpretação dos preceitos contidos no caput do art. 11 da LIA (violação de princípios administrativos) exige a conjugação das seguintes condições:

1. a demonstração da efetiva ocorrência de perigo de dano ao patrimônio público na ação ou omissão dolosa do agente que atente contra os princípios administrativos;

2. que diante do potencial ofensivo da conduta, a opção pela aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA, não atente contra o “princípio constitucional da proporcionalidade”.

NOTAS

- ¹ Probidade Administrativa (Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar), 3ª edição atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Edições, 1998, pp. 59/61.
- ² Monstruosa figura mitológica com corpo de leão, cabeça humana e asas, que na tragédia grega Édipo Rei, de Sófocles, devorava os que não conseguiam decifrar o seu enigma.
- ³ Apud Curso de Direito Romano, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 7ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 24.
- ⁴ Improbidade Administrativa (Observações sobre a Lei 8.429/92), 2ª Edição Ampliada e Atualizada, Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, pp. 129/137.
- ⁵ Opus citata, p. 129.
- ⁶ Improbidade Administrativa (Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público), 3ª Edição Revista e Atualizada, São Paulo: Editora Atlas, 1998, pp. 120/121.
- ⁷ “O Advogado como Autor de Improbidade Administrativa”, jornal A Tarde, edição de 17 de abril de 1999, 3º Caderno, p. 06.
- ⁸ Direito Penal — 1º Volume — Parte Geral (De acordo com a Lei nº 7.209, de 11.07.1984), 12ª edição, Revista, São Paulo: Editora Saraiva, 1988, pp. 166/167.
- ⁹ Opus citata, p. 136.
- ¹⁰ Opus citata, p. 167.
- ¹¹ Opus citata, pp. 263/280.
- ¹² Curso de Direito Constitucional, 5ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pp. 356/361.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, 7ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa (Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar)*. 3ª edição atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Edições, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal — 1º Volume — Parte Geral (De acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984)*, 12ª edição, Revista, São Paulo: Editora Saraiva, 1988.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa (Observações sobre a Lei 8.429/92)*, 2ª Edição Ampliada e Atualizada, Porto Alegre: Editora Síntese, 1998.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Improbidade Administrativa (Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público)*, 3ª Edição Revista e Atualizada, São Paulo: Editora Atlas, 1998.

OUTRA FONTE:

Jornal A TARDE, edição de 17 de abril de 1999.

AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO DIREITO PÁTRIO: DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE PRÓPRIA OU EXCLUSIVA

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira

I. INTRODUÇÃO

Dentre as questões que mais geram controvérsia no Direito Econômico, e expõem a indesejável desuniformidade tanto às decisões administrativas quanto às judiciais, está a da definição de 'Instituição Financeira' e, especialmente, a da definição do que seja 'atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira'.

Para se aferir a relevância de tais definições, é suficiente dizer que delas dependem diretamente a questão da licitude ou ilicitude da prática de empréstimos a juros anormais, a questão da aplicabilidade de alguns crimes do colarinho branco (Lei nº 7.492/86), a questão da aplicabilidade do crime de usura (art. 4º da Lei nº 1.521/51 c/c art. 1º do Decreto nº 22.626/33), e a questão da aplicabilidade de multa administrativa (Lei nº 4.595/64).

É prerrogativa do Banco Central do Brasil conceder a indispensável autorização prévia para que uma Instituição Financeira possa funcionar no País (Lei nº 4.595/64, art. 10, inc. IX). E, no âmbito de seu poder fiscalizatório e supervisor, cabe igualmente àquela Autarquia Federal aplicar penalidade de multa (até R\$ 100.000,00 — Lei nº 9.069/95), a qualquer pessoa física ou jurídica que exercer, sem a hábil autorização, atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira.

A Lei nº 7.492/86, por sua vez, pune com pena de reclusão o indivíduo que 'faz operar' Instituição Financeira sem a devida autorização do Banco Central do Brasil (art. 16).

Em tese, pois, o forte cerco legislativo deveria inibir a conduta indesejada. Todavia, a Jurisprudência, e mesmo os ementários

da Administração Pública, evidenciam discrepâncias na condução do caso e na aplicação de sanções, todas fulcradas — ou de alguma forma decorrentes — da *vexata quaestio* referida no início deste texto, que pode ser desdobrada em três questionamentos: o que é Instituição Financeira?; Quais são, no Direito pátrio, as Instituições Financeiras?; e, o mais importante, o que é atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira?, e Em que circunstâncias uma corriqueira atividade de concessão de empréstimos ou realização de contratos de mútuo pecuniária deve sofrer punição?

1.1 Relevância da intervenção estatal

Sabido que é no ramo de concessão de financiamentos que tem atuação básica as Instituições Financeiras.

Desnecessário dizer muito sobre a importância de o Estado regular o mercado de financiamentos. Se não o fizesse — se qualquer do povo pudesse emprestar da maneira que lhe conviesse — , seria brutal, desordenada e injusta a transferência de riqueza, que estaria respaldada unicamente no nível de angústia ou prodigalidade de quem necessitasse da pecúnia, sem falar na instabilidade que se provocaria nas famílias, no encrudelescimento das falências comerciais e insolvências civis, e no presumível aumento da criminalidade frente aos débitos impagáveis.

2. DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Relevante destacar, em preâmbulo, que o mútuo ou empréstimo referenciado ao longo do trabalho restringe-se, aqui, àquele que tem, por objeto, o dinheiro.

Inicialmente, pedimos vênia para não transcrever quaisquer das pertinentes manifestações doutrinárias ou jurisprudenciais já produzidas acerca da matéria, posto estamparem variegadas divergências, e uma vez que ora se pretende propor um novo enfoque para o assunto, que seja conciliatório, e que possa abranger em si a solução das sucessivas situações novas que a atividade econômica é capaz de gerar.

2.1 Critérios comumente adotados

O que se tem atualmente, no âmbito dos órgãos governamentais que deliberam sobre o sistema financeiro nacional, é a orientação que não define, mas apenas conceitua Instituição Financeira e atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, fazendo-o de uma maneira que nos parece, *data venia*, muito casuística, e que consiste na aferição da presença concomitante dos seguintes requisitos, que devem informar se a atividade investigada impescindia ou não da prévia autorização governamental: coleta, intermediação e aplicação de recursos, fim lucrativo, habitualidade mínima e caráter público da oferta de recursos.

Significa que, a princípio, somente em se podendo comprovar a presença de todos os pressupostos supracitados, poder-se-ia instaurar procedimento administrativo e processo criminal contra o agente financeiro desautorizado.

Pensamos, *data venia*, que a utilização de tantos e tais critérios tende apenas a dificultar o enquadramento em ilícito administrativo ou penal. Não bastasse, é patente a subjetividade de cada um dos requisitos, o que, além de gerar controvérsia dentro dos próprios órgãos estatais, ainda possibilita inúmeras nuances de defesa, eventualmente ensejadoras de impunidade.

Permitimo-nos realizar, sucintamente, uma análise crítica da pertinência de cada um dos vigentes requisitos, atualmente necessários para caracterizar o exercício de atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira.

2.1.1 Coleta de recursos

O verbo “coletar”, aqui, traz o sentido de arrecadar. Significa arrecadação de recursos, portanto.

A obrigatoriedade da presença concomitante da coleta é, *data venia*, pouco conveniente, posta que excluiria da ilicitude as concessões de empréstimos respaldadas por recursos próprios da pessoa física ou jurídica financiadora. Permiti-lo implicaria em apreciar uma mesma conduta — financiar — sob dois aspectos diferen-

tes, em razão de uma questão secundária, como a origem dos recursos emprestados.

2.1.2 Intermediação dos recursos

Sabendo-se que a intermediação envolve atividade de repasse de recursos de terceiros, pode-se aferir a inocuidade do requisito com um exemplo:

Os Bancos Comerciais, eminentes financiadores, têm por natureza emprestar quaisquer recursos não-vinculados recebidos em sua atividade cotidiana. Todavia, nem todos os recursos manejados pelos referidos estabelecimentos bancários são de propriedade dos depositantes ou investidores.

Veja-se o caso dos juros recebidos em contrato de cheque especial, e o caso da remuneração de serviços bancários debitada em conta de depósito. Tais recursos passam a integrar o patrimônio do Banco como disposição própria, e ainda assim são emprestados, repassados aos tomadores.

Não houvera, portanto, intermediação, e no entanto os recursos foram utilizados para financiamentos. Seria plausível, em cada processo criminal ou administrativo por atividade financeira desautorizada, apreciar qual a parcela de recursos emprestados que pertencem originalmente a terceiros — objeto de intermediação —, e qual a parcela de recursos próprios, advinda dos juros e da prestação de serviços? As comunicações ao Ministério Público deveriam especificar tais percentuais, para que fossem excluídos da subsequente deliberação judicial?

2.1.3 Aplicação de recursos

Este seria um requisito válido, mas desde que dirigido a uma finalidade específica. Não basta à ilicitude a simples aplicação dos recursos; a proibição está na natureza da aplicação dos recursos e no objetivo ensejador do contrato pecuniário, como se explicará adiante.

Somente *en passant*, é importante ressaltar que, na atividade financeira, sempre haverá ou a coleta, ou a intermediação, ou a

aplicação de recursos, sem concomitância, razão pela qual aqueles não são requisitos essenciais, mas apenas circunstâncias naturais ou inerentes.

2.1.4 Fim lucrativo

O problema aqui é de definição específica: o que é lucro, quando se configura na medida em que o bem principal, nos contratos de mútuo, é o próprio dinheiro? Os juros podem ser considerados uma forma de lucro?

2.1.5 Habitualidade mínima

“Habitualidade” é um vocábulo deveras subjetivo. O que seria habitual em matéria de concessão de financiamentos? Uma vez por mês, uma vez por semana? A Lei 8.906/94, por exemplo, considera atividade advocatícia habitual, para fins de inscrição suplementar na OAB, o manejo de cinco causas por ano.

Enfim, cada Administrador, cada Advogado, cada membro do Parquet, cada magistrado pode ter uma idéia própria de habitualidade, o que dificulta a essencial transparência e coordenação dos atos estatais, e redundando em instabilidade na aplicação de sanções.

2.1.6 Caráter público da oferta de recursos

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, “público equivale a notório, geral, publicado, divulgado, conhecido.” (in “Vocabulário Jurídico” — vol. III, Ed. Forense, 6ª edição, p. 1.263). Ora, aqui novamente se estaria atribuindo a uma circunstância menor a valor de requisito intrínseco.

Efetivamente, não é necessário que a oferta de recursos financeiros tenha caráter público, cediço ainda que o simples fato de publicizar a notícia da prática ilegal de atividades de financiamento não é, só por si, criminosa ou administrativamente reprovável. O que importa, repita-se, é a atividade em si.

3. EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO

Talvez toda a controvérsia tenha surgido do ângulo pelo qual se vem enfocando o problema.

Entendemos que a ponta nodal da questão não é nem saber o que é Instituição Financeira, mas saber quando é que uma determinada atividade de financiamento é considerada própria, exclusiva de Instituição Financeira, e especialmente quais as características que diferenciam tal mister — dependente de prévia autorização governamental —, da simples realização de adiantamentos ou contratos de mútuo pecuniário, prevista nos arts. 1.256 a 1.264, do Código Civil e praticável por qualquer pessoa.

Isso porque as sanções legalmente estabelecidas — penal e administrativa —, devem assentar não sobre o conceito, mas sobre a prática. Vale dizer: uma pessoa física ou jurídica não pode ser punida por ser conceituada como ou por se equiparar a uma Instituição Financeira; uma pessoa física ou jurídica pode e deve ser punida, aí sim, por, sem autorização do Banco Central, atuar como Instituição Financeira, ou seja, praticar, irregularmente, ato próprio, exclusivo de Instituição Financeira.

3.1 Atividade financeira e requisitos propostos para caracterização da atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira

Inicialmente, cabe assentar que atividade financeira é aquela mediante a qual uma pessoa física ou jurídica disponibiliza dinheiro a outra, direta ou indiretamente. Diretamente, quando o numerário é entregue ao próprio financiado. Indiretamente, quando o numerário é entregue a terceiro, em benefício do financiado, geralmente sob a forma de adiantamento.

A destinação do financiamento pode ser específica — custeio para aquisição ou empreendimento —, ou genérica — capital de giro, despesas pessoais ou gerais, abatimento de dívidas preexistentes, etc. E, sob o aspecto da atividade negocial — que aqui se pretende caracterizar —, a concessão da pecúnia deve estar acompanhada da obrigatoriedade de restituição.

Sob tais embasamentos, a atividade comercial tida como própria ou exclusiva de Instituição Financeira não deixa de ser, primariamente, uma atividade comercial de realização contínua de contratos de mútuo. O que vai diferir a atividade de financiamento própria ou exclusiva de Instituição Financeira da atividade de realizar simples contratos de empréstimo previstos na lei civil, é, acreditamos, a verificação concomitante de dois requisitos básicos, peculiares e exclusivos do primeiro mister, em substituição a todos os requisitos atualmente vigentes: a) obtenção de lucro *strictu sensu* na atividade de emprestar, frente ao financiado ou a terceiro; e b) reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

3.1.1 Lucro *strictu sensu*

Ab initio, consigne-se que o lucro aqui abordado é no sentido estrito da palavra, não sendo tida, pois, como sinônimo de 'faturamento'.

Ainda assim, é tarefa difícil definir o que seja lucro *strictu sensu* no caso de financiamentos, ou seja, contratos pecuniários puros.

Pensamos que sua definição deve pautar-se em duas diretrizes: a) o lucro *strictu sensu* significa basicamente um ganho, isto é, um plus auferido na atividade; b) a simples remuneração de uma atividade não é uma forma de ganho, não representa um plus, mas apenas o justo pagamento pela prestação do outro contratante. O lucro, lembre-se, é uma característica típica da profissionalização da atividade.

Ora, no contrato de mútuo ou empréstimo, o capital em si é a própria prestação — uma prestação do financiador ao financiado —, e esta é obviamente contraposta por outra prestação, também pecuniária, por parte do financiado ou de terceiro, a ser implementada adicionalmente à devolução do capital adiantado ou mutuado.

Entendemos que essa contraprestação do financiado ou de terceiro enquadra-se como uma remuneração contratual, destinada apenas a compensar, para o financiador, a disponibilização do capital que fizera, direta ou indiretamente, ao financiado.

E a remuneração do capital, como cedição, é representada pelos juros. Diz Washington de Barros Monteiro:

"Juros são rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso da coisa no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital." (in *"Curso de Direito Civil"*, Direito das Obrigações — 1ª parte, Ed. Saraiva, 11ª edição, p. 337)

Na medida em que os juros, em sua essência, significam uma renda lícita — porquanto decorrente de um contrato de prestação de capital —, a sua simples cobrança em um empréstimo ou financiamento não implicaria, a princípio, num plus ou lucro, mas apenas — e tão-somente — numa digna e justa remuneração em favor do financiador.

Entretanto, o legislador pátrio houve por bem fixar um limite ao montante de juros, fazendo-o através do art. 1º do Decreto nº 22.626/33, *in verbis*:

"Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal" (Código Civil, art. nº 1.062,).

E o singelo estabelecimento de tal taxa-limite, note-se, significou a criação de uma presunção legal de justa remuneração pelo financiamento, pelo capital emprestado. Atente-se para a importância do decreto supracitado: foi criado um parâmetro impositivo — 12% ao ano ("o dobro da taxa legal") — para se aferir a adequação da remuneração, vale dizer, a justeza da avença e conseqüentemente o equilíbrio entre as partes nos contratos de financiamento.

Da presunção legal e do parâmetro estabelecido, decorre a conclusão de que, numa determinada atividade de financiamento, os juros fixados em até o dobro da taxa legal — ou seja, em até 12% ao ano (art. 1.062 do Código Civil) — estão perfeitamente

abrangidos no conceito de justa e devida remuneração pelo ato de financiar, isto é, no conceito de contraprestação adequada e mantenedora do equilíbrio contratual, que propicia, autoriza e delimita a licitude da atividade de emprestar.

No mesmo raciocínio, a estipulação dos juros além do limite legal remuneratório seria um plus, um algo a mais que a parte mutuante ganhará além da justa e repositora remuneração, sendo esse excedente qualificado, assim, como lucro *strictu sensu*.

Note-se que, na medida em que o financiamento pode ser direto ou indireto (item 3.1.), a remuneração e o lucro do financiador podem ser suportados tanto pelo financiado quanto por terceiro. Veja-se por exemplo o caso em que a financeira aparece como interveniente num contrato de compra-e-venda comercial, quando o comprador deseja parcelamento, sem acréscimo, de sua prestação. Nesse caso, muito comum em operações com cartão de crédito, o comprador é financiado pela interveniente, que lhe concede indiretamente um adiantamento entregando a pecúnia ao comerciante, o qual recebe valor menor, à vista ou mesmo a prazo, mas onde restam abatidos, em forma de percentual, a remuneração e o lucro da financeira. Deste modo, o comprador é o financiado, mas os juros e o lucro *strictu sensu* originados do financiamento são suportados pelo lojista-vendedor, que tem interesse no potencial incremento das vendas, graças à maior facilidade aquisitiva para o consumidor do seu produto ou serviço.

O lucro *strictu sensu*, pois, no mútuo, empréstimo ou financiamento, é aquela parte da contraprestação do mutuário, ou de terceiro em seu benefício, que ultrapassa o limite legalmente imposto como suficiente remuneração do capital disponibilizado.

3.1.2 Reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida

O segundo requisito, que, a nosso modo de ver, deve estar concomitantemente presente para a caracterização de uma atividade de financiamento como própria de instituição financeira é a

reinserção dos resultados do mútuo ou financiamento no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

Se o mutuante, ao receber em retorno o capital emprestado, acrescido de juros acima do dobro da taxa legal, concede com aquela pecúnia um novo financiamento, estará praticando ato próprio ou exclusivo de Instituição Financeira.

Note-se: a reinserção exigida não é no fluxo econômico — compra de mercadorias, por exemplo —, mas sim no fluxo do mesmo esquema de financiamento, objetivando a repetição e, via de consequência, a continuidade do modo de auferir lucro *strictu sensu*. Deste modo, basta uma única reinserção para, em concorrência com o lucro, caracterizar-se a ilicitude.

E o ato de reinserção dos resultados na mesma atividade pode apresentar-se tanto sob a forma manifesta — quando evidenciada mediante acompanhamento da trajetória do dinheiro —, quanto sob a forma presumida. Pode-se presumir a reinserção do resultado dos empréstimos no fluxo comercial específico quando, *verbi gratia*, a pessoa jurídica investigada qualifica-se como empresa de factoring, empresa de fomento comercial ou mesmo, abertamente, como empresa financeira desautorizada — enfim, naqueles casos em que o trato direto e especializado com finanças é o único ou principal escopo da existência da firma.

Também no caso de atividades praticadas por pessoa física, a ocorrência da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico pode ser aferida com base em circunstâncias adjacentes, como a oferta pública de dinheiro sem que o ofertante disponha, à vista dos assentos da Receita Federal, de volumosa pecúnia em espécie possibilitadora da realização de diversos contratos singulares de mútuo.

3.2 Das Instituições Financeiras

Pode-se concluir que, atualmente, as Instituições Financeiras — portanto integrantes do Sistema Financeiro Nacional — no Direito pátrio, são, exclusivamente:

- a) em virtude da previsão da Lei nº 4.595/64 (art. 17 c/c art. 18, § 1º):

- os Estabelecimentos Bancários Oficiais e Privados (*latu sensu*: Bancos Comerciais, Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento e Bancos Múltiplos com Carteira Comercial);
 - as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento ('Financeiras');
 - as Caixas Econômicas;
 - as Cooperativas de Crédito e Cooperativas que possuem Seção de Crédito.
- b) em virtude da previsão das Leis nºs 4.380/64 (art. 8º), 9.514/97 (art. 1º), e da Resolução nº 1.980/93 (arts. 1º e 2º), do Conselho Monetário Nacional:
- os Bancos Múltiplos com Carteira de Crédito Imobiliário;
 - as Sociedades de Crédito Imobiliário;
 - as Associações de Poupança e Empréstimo;
 - as Companhias de Habitação;
 - as Fundações Habitacionais;
 - os Institutos de Previdência, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário;
 - as Companhias Hipotecárias;
 - as Carteiras Hipotecárias dos Clubes Militares
 - os Montepios Estaduais e Municipais, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário;
 - as Entidades e Fundações de Previdência Privada, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário

'Instituição Financeira', em definição, é uma organização estruturada e coordenada, prevista em lei ou regulamento legalmente autorizado, com objetivo e finalidade de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios e/ou de terceiros, prover meios pecuniários para financiar a aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais

ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes, e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado.

As entidades referidas no início deste item, efetivamente, apresentam a peculiaridade do lucro *strictu sensu* nas operações de financiamento, na medida em que lhes é permitido cobrar juros além da taxa-limite de remuneração do capital, legalmente adequada. A assertiva pode ser confirmada sob dois aspectos: o primeiro, pela exclusão preconizada no art. 17 do Decreto nº 22.626/33:

“Art. 17. O governo federal baixará uma lei especial, dispondo sobre as casas de empréstimos, sobre penhores e congêneres.”

E o segundo, pelo entendimento firmado na Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“596. As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.”

Quanto à presença da segunda peculiaridade da atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, lembre-se que as pessoas jurídicas enumeradas no início deste item, por sua própria natureza de agentes de intermediação contínua, reinserem os resultados da sua atividade financeira no fluxo comercial específico: financiam outrem com recursos próprios e especialmente com a pecúnia recebida em operação anterior, acrescida dos juros.

As atividades de financiamento daquelas pessoas jurídicas, pois, são o mais perfeito e contundente parâmetro para se aferir se determinada pessoa física ou jurídica está atuando como Instituição Financeira sem autorização do Banco Central do Brasil. Entendemos que qualquer referência legal a ‘instituições financeiras’ significa, invariavelmente, referência às entidades especificadas no

início deste item, as quais são integrantes diretas do Sistema Financeiro Nacional (alínea 'a'), ou de um de seus subconjuntos Sistema Financeiro da Habitação / Sistema Financeiro Imobiliário / Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (alínea 'b').

E, desta forma, deflui facilmente a segunda definição: atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, os requisitos da obtenção de lucro *strictu sensu* frente ao financiado ou a terceiro, e da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

3.2.1 Dos integrantes do Sistema Financeiro Nacional

Há certa tendência — a nosso ver, *data venia*, equivocada — em conceder o status de Instituição Financeira — e portanto integrante do Sistema Financeiro Nacional — a todas e quaisquer empresas ou entidades que operem ou deliberem diretamente com gerenciamento de finanças.

Não é essa, efetivamente, a vontade da lei. Diz o art. 1º da Lei nº 4.595/64:

“Art. 1º. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente lei, será constituído:

- I. do Conselho Monetário Nacional;*
- II. do Banco Central do Brasil;*
- III. do Banco do Brasil S/A;*
- IV. do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social;*
- V. das demais instituições financeiras públicas e privadas.”*

O art. 17, por sua vez, especifica:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como ativi-

dade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” (A custódia aqui não é elemento obrigatório, mas eventual, ocorrendo somente quando há garantia ao empréstimo)

“Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou habitual.”

E o especial art. 18, em seu caput e § 1º, esclarece conclusivamente:

“Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º. Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimento, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta Lei no que for aplicável as bolsas de valores, as companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.”
(grifos nossos)

É conclusão natural que o art. 17 e o art. 18, caput e § 1º, devem ser interpretados conjunta e harmonicamente, e que a Lei nº 4.595/64 pretendeu também abranger, no conceito de 'demais instituições financeiras' — e portanto no conjunto do Sistema Financeiro Nacional — todas aquelas pessoas jurídicas enumeradas na alínea 'b' do item 3.2. (supra), já previstas no art. 8º da Lei nº 4.380/64 (algumas delas repetidas no art. 1º da Lei nº 9.514/97), e atualmente especificadas, por força de deferimento legislativo, pela Resolução nº 1.980/93 (arts. 1º e 2º), do Conselho Monetário Nacional.

Nesse diapasão, confirma-se novamente o disposto no início do item 3.2., sendo certo que as demais pessoas jurídicas referenciadas no § 1º do art. 18 não são Instituições Financeiras, mas apenas se sujeitam, no que couber, à disciplina da Lei nº 4.595/64. Ressalte-se que, naturalmente, há sujeição a todos os atos — regulamentação, fiscalização, enfim, à autoridade e a qualquer deliberação — do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como, no que couber, às demais disposições da Lei Bancária.

3.2.2 Origem da questão

Não se pode olvidar, lamentavelmente, que a *vexata quaestio* sobre a qual se discorre tenha se originado da imprecisa técnica legislativa do parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64, o qual apenas objetivou sujeitar também à disciplina e aos rigores da Lei Bancária as pessoas físicas e jurídicas que, malgrado não sejam Instituições Financeiras — ou melhor, malgrado não sejam qualquer das entidades referidas no item 3.2. —, exerçam atividade própria ou exclusiva das Instituições Financeiras, ou seja, atividade de financiamento que apresente simultaneamente as duas peculiaridades declinadas nos itens 3.1.1. e 3.1.2. O objetivo legal, pois, foi somente dar ensejo à punição administrativa e criminal, face à ausência de autorização do Banco Central do Brasil para, por exemplo, determinada pessoa física funcionar como um Banco.

Houve, *data venia*, manifesta impropriedade ao se criar aparentemente, no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64, a

figura da 'instituição financeira por equiparação'. Tal construção fictícia, decerto, nunca poderia encontrar interpretação harmoniosa, uma vez que buscou desnecessariamente, para igualar efeitos ou submissão legal, transmudar virtualmente a própria essência de pessoas físicas que, não sendo definitivamente Instituições Financeiras, atuem como tais, pratiquem atividade própria ou exclusiva de Instituições Financeiras.

Seria o mesmo, *data venia*, que, para conseguir idêntico enquadramento na classe dos bens móveis, se equiparasse forçosamente o armário e a cadeira.

3.2.3 Instituição Financeira e o Banco Central

Por fim, consigne-se que o Banco Central do Brasil não pode ser considerado como instituição financeira. A uma, porque não há disposição legal nesse sentido; a duas, porque, tecnicamente, o Banco Central não tem como função exercer atividade financeira.

A função daquela Autarquia Federal é, nesse particular, zelar pela higidez e integridade do Sistema Financeiro Nacional e das demais entidades submetidas à Lei Bancária, sendo certo que, nos limites e sob vinculação do exercício de sua indispensável ação governamental, eventualmente financia uma instituição financeira bancária (Lei nº 4.595/64, art. 10, inc. IV). Vale dizer, a atividade de concessão de financiamento não integra a destinação especial da Autarquia, mas apenas um leque de inúmeros atos governamentais coordenados, e destinados ao cumprimento do papel de fiscalização, supervisão e zelo.

4. CONCLUSÕES GERAIS

Por todo o exposto, concluímos que:

- a) São integrantes do Sistema Financeiro Nacional apenas o órgão e as pessoas jurídicas enumeradas taxativamente no art. 1º da Lei nº 4.595/64;
- b) Não são integrantes do Sistema Financeiro Nacional, mas encontram-se igualmente submetidas aos atos e

deliberações do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, e também, no que couber, às demais disposições da Lei nº 4.595/64, todas as pessoas físicas e jurídicas referidas no parágrafo único do art. 17 e § 1º do art. 18 da Lei nº 4.595/64;

- c) Instituição Financeira é uma organização estruturada e coordenada, prevista em lei ou regulamento legalmente autorizado, com objetivo e finalidade de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios e/ou de terceiros, prover meios pecuniários para financiar a aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes, e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado;
- d) Nos limites da definição acima, e observados conjuntamente os arts. 17 e 18, caput e § 1º da Lei nº 4.595/64, art. 8º da Lei nº 4.380/64, art. 1º da Lei nº 9.514/97 e arts. 1º e 2º da Resolução nº 1980/93, do Conselho Monetário Nacional, no Brasil as Instituições Financeiras resumem-se às pessoas jurídicas enumeradas taxativamente no item 3.2. deste trabalho;
- e) O Banco Central do Brasil, tecnicamente, não é Instituição Financeira — apenas, eventualmente, atua como tal, por autorização expressa da lei (art. 10, inc. IV da Lei nº 4.595/64);
- f) Atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, as peculiaridades da obtenção de lucro *strictu sensu* frente ao financiado ou a terceiro, e reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

4.1 Do enquadramento de determinadas situações frente às definições ora propostas

Considerando-se os componentes das definições de Instituição Financeira e de atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira ora propostas, seguem especificadas algumas situações jurídicas que podem passar a ter tratamento aclarado:

- a) a concessão de empréstimos a juros até o dobro da taxa legal, mas sem reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, é contrato lícito de mútuo (arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil);
- b) a concessão de empréstimos a juros até o dobro da taxa legal, e com reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, é contrato lícito de mútuo (arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil);
- c) a concessão de empréstimos a juros acima do dobro da taxa legal, mas sem reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, enseja a aplicação do art. 4º da Lei nº 1.521/51 c/c art. 1º do Decreto nº 22.626/33 (crime de usura), apenas;
- d) a concessão de empréstimos acima do dobro da taxa legal, e com reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, é atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, e a sua prática por quem não seja Instituição Financeira devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil enseja a aplicação do art. 44 da Lei nº 4.595/64, e do art. 16 da Lei nº 7.492/86 (que absorve, por ser elemento-meio, o crime de usura). Nesse caso, a empresa que desejar operar com concessão de financiamentos (algo comum nos dias atuais) deverá organizar-se sob a forma de Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento ('Financeira'), sob pena de sofrer, juntamente com seus administradores, penalidade administrativa e, estes últimos, também penalidade criminal.

São essas as considerações acerca de tão peculiar questão jurídico-econômica, elaboradas na expectativa de apenas contribuir para o contínuo debate de idéias, sempre propiciador do aprimoramento do Direito.

* O autor é professor universitário em Brasília.

SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL E DO PRAZO PRESCRICIONAL EM FACE DA LEI Nº 9.271/96 CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

Marcos de Oliveira Pinto (*)

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.271/96, publicada no Diário Oficial da União em 18 (dezoito) de abril de 1996, entrou em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação, conforme determinado pelo seu artigo 2º, atingindo plena vigência a partir de 17 (dezessete) de junho do mesmo ano. Dentre suas inovações, face às consequências ora impostas ao se observar a ocorrência da *citatio edictalis*, quanto ao acusado em processo criminal que não responde ao chamamento ficto, destaca-se, com ímpar relevância, a nova redação dada ao artigo 366 do Estatuto Processual Penal, que agora dispõe:

“Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Parágrafo 1º. As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

Parágrafo 2º. Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores termos.”

Merece destaque, também, o disposto no artigo 367, que, com as alterações introduzidas pela já mencionada Lei nº 9.271/96, passou a ter a seguinte redação:

“Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.”

II. LEI N. 9.271/96 — ASPECTO SOCIAL — RELAÇÃO COM O ARTIGO 414 DO CPP — ELEMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Tais dispositivos, pela natureza das matérias, implicam em modificações significantes dentro do processo penal, principalmente quando determina, pela ausência de citação pessoal do acusado, que fique o processo suspenso, bem assim o curso do prazo prescricional. Questiona-se, a despeito da necessária reforma de tais normas, principalmente quando se constata a permanente busca de se adequar o direito à realidade, se o que se irá alcançar será o efetivo fim da impunidade ou, em sentido oposto, o seu aparente afastamento, em detrimento da ordem social? Ou seja, se com tais modificações o legislador interferiu favoravelmente na dinâmica do direito processual penal, buscando garantir a sua eficácia, e, portanto, permitindo a perfeita aplicação da Lei Penal, ou apenas criou mais um instrumento normativo que somente realçará a ineficácia do Estado diante do aumento da criminalidade e da falta de atenção do próprio Estado (Político!) em investir na estruturação dos meios que garantam resultados objetivos na *persecutio criminis*, evitando fugas e diminuindo a taxa dos chamados crimes insolúveis ou de autoria não identificada, sem falar no aspecto material do delito, quando grande for o número de processos suspensos, “paralisados”, além dos já existentes (p. ex., pela necessidade de intimar o réu, pessoalmente, da sentença de pronúncia — Art. 414 do CPP)?

Situação esta, aliás, quanto ao estabelecido no mencionado artigo 414 do Estatuto Processual Penal, que merece algumas considerações, embora não diretamente ligada com a matéria sob análise, face ao intrigante questionamento jurídico a se desenvolver

quando se observa a preferência normativa em permitir que, nos delitos contra a vida, estando o réu ausente do distrito da culpa, seja tal fato um obstáculo ao seu julgamento perante o Júri Popular, enquanto o presente seja devidamente apenado, em se constatando a sua responsabilidade pela prática do ilícito, após decisão do conselho de sentença, sem que isto constitua qualquer benefício, como efetivamente não poderia se constituir, vez que a presença do réu em Juízo é uma obrigação, é uma imposição, pela prática do ilícito. Há, todavia, indiscutível favorecimento dos acusados que conseguem furtar-se da apreciação do Judiciário, quanto aos atos delituosos que tenham praticado, por impedirem, com isso, o próprio prosseguimento, após a fase da pronúncia, da ação penal que lhes foi dirigida, o que, portanto, lhes traz certa vantagem, no aguardo do prazo prescricional.

A solução, provavelmente, estaria em disciplinar as situações em que a ausência do réu do distrito da culpa não lhe pudesse ser atribuída como atitude adotada para se furtar à aplicação da Lei Penal, mas por desconhecer a existência da própria ação penal (nisto iguala-se ao contido no artigo 366 do CPP), evitando-se, assim, o prejuízo sem culpa. Prosseguindo-se o feito, entretanto, em relação aos acusados que deliberadamente buscassem impedir o seu julgamento perante o Júri Popular, mediante fuga, a exemplo do que é determinado na hipótese do artigo 362 do Código de Ritos, vez que, nesta situação, estão plenamente conscientes da imputação que lhes é dirigida (em atendimentos das diretrizes contidas nos arts. 366 e 367 do CPP). A questão não é de fácil solução doutrinária, principalmente pela garantia da ampla defesa, assegurada ao réu. Tal fato, por si só, entretanto, não é suficiente para se afaste o interesse público na correta aplicação da Lei Penal, devendo ser ressaltado, ainda, que não existe relação de prejudicialidade entre tais princípios. A prevalência, todavia, é do interesse público. Por outro lado, tal julgamento, quando regularmente citado o réu e, portanto, ciente da ação que lhe foi dirigida, não lhe vedaria a amplitude de defesa, nem o direito ao contraditório, em se verificando a nomeação de defensor ao acusado, como de praxe se permite em outras situações (p. ex., para oferecimento de alega-

ções finais de réu revel, devidamente citado, no procedimento comum).

III. DA SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL

Fechado o parênteses, passemos, sem mais delongas, a análise das citadas modificações normativas, na ordem dos dispositivos retromencionados. Primeiro, quanto ao art. 366 do Código de Processo Penal, com sua nova redação, cumpre trazer a baila o afirmado pelos Promotores de Justiça de Santos e de São Paulo, respectivamente, Drs. Roberto Luiz Ferreira de Almeida Júnior e Wallace Paiva Martins Júnior, quando assim se manifestaram, *in verbis*:

“É direito fundamental do cidadão saber-se processado criminalmente, para que possa exercer o constitucional direito de defesa. A nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal impõe a suspensão do processo na hipótese de citação editalícia do acusado revel ou que não tenha constituído advogado.

Ao mesmo tempo, o novel diploma legal corrige defeito histórico do processo penal brasileiro, pela qual o Ministério Público via-se penalizado pela prescrição da pretensão punitiva oriunda da morosidade processual, causada pela ausência do réu citado fictamente, com a instituição da concomitante suspensão do curso do prazo prescricional.” (In autores citados. “REFLEXÕES SOBRE A LEI n.º 9.271/96”. Internet, site [Http://www.geocities.com.Athens/Forum/1018/doutr5.htm](http://www.geocities.com.Athens/Forum/1018/doutr5.htm).)

III.01 DA SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA AO ACUSADO

A suspensão do prazo prescricional, que importa numa “sanção” ao acusado, com a suspensão do processo, traz em si a garantia

de que não se beneficia a impunidade, nem mesmo ocorre seu favorecimento. Ao contrário, trata-se de medida salutar a impedir que o réu se aproveite, com a sua própria fuga, do decurso do lapso prescricional (Art. 109 do Código Penal). Agora, se foragido o acusado, tem o Estado a possibilidade de também aguardar, para o regular prosseguimento do feito, sem qualquer prejuízo, que o mesmo seja localizado. A efetividade de tal suspensão, com o permissivo legal para que se decrete a Prisão Preventiva do foragido (Art. 312 do CPP), se preenchidos os requisitos correspondentes, adquire maior eficácia, quanto à sua operacionalidade, com realização de diligências visando a prisão do réu, posto que não se corre mais contra o tempo (nem o acusado a favor do mesmo), resultando, por consequência, em um maior gravame na situação de quem venha a delinquir, em benefício da garantia da ordem pública e da busca da efetiva aplicação da Lei Penal, sempre com o atendimento da ampla oportunidade de defesa e respeito ao contraditório, ante a obrigatória ciência do acusado com relação à imputação que lhe está sendo dirigida, em face da respectiva ação penal.

III.02 DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Além da suspensão do processo, determina ainda a nova redação dada ao artigo 366 do CPP, que o prazo prescricional fique suspenso, permitindo-se, entretanto, a produção das provas *consideradas urgentes*. Quanto a estas, há se observar que a sua produção não se circunscreve apenas ao disposto no artigo 225 do Código de Ritos, quanto a antecipação da colheita dos depoimentos das testemunhas que necessitam se ausentar ou que se encontram enfermas, mas, isto sim, a todas aquelas provas que o decurso do tempo favorece a sua perda, como é o caso da prova pericial e testemunhal, estas inclusive pela necessidade de se ouvir as pessoas que tiveram contato com o fato, antes que elas se mudem ou que o tempo apague de suas memórias todas as circunstâncias e pormenores necessários ao esclarecimento da ocorrência delituosa. Neste caso, deve o Magistrado ser criterioso, adaptando o proces-

so penal ao novo sistema, sob pena de prejudicar a perfeita instrução do feito, caso não se produza elementos de prova que, com o passar do tempo, se torne impossível de colher ou que não se possa produzir com a mesma eficácia. Frise-se que tal antecipação de prova, face à suspensão do processo, deve ser operada na presença do representante do Ministério Público e de defensor dativo (Art. 366, parágrafo 1º, do CPP), em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

III.03 DOS EFEITOS DA REVELIA PELO NÃO COMPARECIMENTO EM JUÍZO DO RÉU REGULARMENTE CITADO (ART. 367 DO CPP)

A Lei nº 9.271/96 tem sensível relação com a verificação do momento de se reconhecer a revelia, vez que, embora não afaste a sua ocorrência, reduz sensivelmente os casos em que a mesma se opera (Art.367, p. ex.,). Trata-se de obediência ao princípio *nemo inauditus damnari potest* (ninguém pode ser julgado sem ser ouvido), sem que, com isso, se modifique, p. ex., a interpretação do disposto no artigo 362 do Estatuto Processual Penal, que trata de hipótese possível de citação por Edital, sendo que, mesmo nesta hipótese, para o prosseguimento do feito deverá se atender aos requisitos legais do retromencionado artigo 366 do Estatuto Processual Penal, mesmo se observando que o réu, embora busque dificultar a ocorrência da citação, veio a ser citado por edital e não compareceu em Juízo nem constituiu advogado nos autos. Em qualquer hipótese, há de se atender ao contido no artigo 367 do Código de Ritos.

De se ver, pela análise do referido dispositivo legal, que a revelia continua passível de verificação dentro do ordenamento processual penal. Ao acusado, que após regularmente citado ou intimado, deixar de comparecer em Juízo sem qualquer justificativa, deverão ser atribuídos os seus efeitos.

Saliente-se, no entanto, que, a qualquer tempo, tenha o réu sido citado por Edital, com a suspensão do processo, ou, após cita-

do pessoalmente, com o decreto de revelia efetivado, se ele comparece a Juízo o processo retoma o seu curso regular, com as suas conseqüências processuais. Ou seja, realizando-se seu interrogatório, acaso ainda não promovido, ou tendo o réu que seguir com o processo no estado em que se encontra, na hipótese do artigo 367 do Estatuto Processual Penal, quando já realizado o ato, com atenção aos aspectos inerentes ao contraditório.

III.04 DA IRRETROATIVIDADE DO NOVO ART. 366 DO CPP

De imediato, urge observar que a norma esculpida no artigo 366 do Código de Ritos, quanto à suspensão do processo é de direito processual e, portanto, sem permissivo de retroatividade, somente podendo ser aplicada aos fatos ocorridos a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.271/96, ou seja 17.06.96. A suspensão do prazo prescricional, por outro lado, é norma material, se constituindo numa regra mais gravosa ao réu (*novatio legis in pejus*). A aplicação do referido dispositivo legal, em face da sua natureza, recebeu do Supremo Tribunal Federal o seguinte entendimento, in verbis:

“SUSPENSÃO DO PROCESSO — LEI Nº 9.271/96 — NATUREZA.

*O art. 366 do CPP, na redação dada pela Lei nº 9.271, de 1996, é uma norma de natureza mista, porquanto encerra preceito de direito processual — a suspensão do processo — e dispositivo de direito penal — suspensão do curso do prazo de prescricional. O primeiro princípio é mais benéfico para o réu, o que não sucede com o segundo, e, em casos como este, para efeito de aplicação do princípio da retroatividade a **lex mitior**, prevalece o preceito de direito penal, sendo mais gravosa, afasta a retroatividade da norma em sua integralidade, por ser indivisível, até porque, se se admitisse a suspensão do processo sem a suspen-*

são do curso do prazo da prescrição, estar-se-ia criando um terceiro sistema que não é nem o da lei nova, nem o da lei antiga. Habeas corpus indeferido pela impossibilidade da divisibilidade da norma em causa. Concessão, porém, ex officio, da ordem para cassar o acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e determinar que ele julgue a apelação do Ministério Público como entender de direito. (STF — Ac. Unân. da 1ª T., em 21-11-97 — HC 75.284-5-SP — Rel. Min. Moreira Alves — Pacte. Adão Alves Damião — Adv. Fábio Henrique Prado de Toledo.)” (in Inf. Semanal adv/Coad, nº 04, Ementa 81557, pág. 055).

III.05 DA APLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO

De se concluir, portanto, que os feitos que tiveram seus cursos iniciados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.271/96, nos quais, inclusive, já houve a decretação da revelia do acusado, permanecem inalterados, sem incidência da nova norma, posto que não retroativa, prosseguindo-se até seu julgamento de mérito, sem qualquer possibilidade de suspensão. Nestes, é de se ressaltar que a citação editalícia que se operou (citação ficta) não permite dizer, em face do novo sistema, que o réu não foi validamente citado, porque o foi segundo as regras então estabelecidas pelo processo penal, não se podendo alegar prejuízo diante de um novo sistema, de natureza eminentemente processual, na incidência é imediata, mas irretroativa. Por outro lado, quanto aos processos novos, com fatos praticados a partir de 17.06.97, a incidência da norma é inquestionável, com aplicação plena.

Neste sentido, ainda quanto dúvida existia acerca da possibilidade de se suspender o processo e/ou o curso do prazo prescricional, já lecionava o Ilustre Julio Fabbrini Mirabete, na sua conhecida Obra “Processo Penal”, que, *in verbis*:

“A regra de suspensão do processo prevista no art. 366, em vigor a partir de 17 de junho de 1996, é matéria

estritamente processual não retroagindo para alcançar atos processuais anteriores. Assim, prevalece a decretação da revelia anterior àquela data, com o prosseguimento do processo, não incidente na hipótese o art. 366 com a nova redação.” (In autor e obra citados, Atlas. 7ª Ed. São Paulo. 1997. Pág. 435/436).

III.06 DO PRAZO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO

Nesta fase, questão relevante há de ser trazida a baila. Qual o prazo de suspensão do Processo? Diverge a Doutrina sob este aspecto, a exemplo de Julio Fabbrini Mirabete que, face ao silêncio da Lei, entende que deva ser o *“máximo lapso prescricional previsto em lei: vinte anos (art. 109 do CP). Volta a correr o curso da prescrição após o decurso desse prazo.”* (In ob. cit. pág. 436). Idêntico posicionamento apresenta René Ariel Dotti (in *“A ausência do acusado e a suspensão do processo”*, RT 730/401). Os Promotores de Justiça já referidos, por outro lado, inclinam-se pela aplicação dos prazos previstos para a prescrição no artigo 109 do Estatuto Repressivo (in texto cit.). Parece-me, sem maiores delongas, que esta é a solução mais plausível. Fixar o limite máximo do prazo prescricional, ou outro qualquer, geral e indistintamente, é tratar de forma igual todos aqueles que venham a delinquir, desde o que cometa um delito de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95) até o que pratique um dos denominados crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). Não é esse o espírito normativo do processo e do direito pátrios. A individualização da pena e a gradação dos delitos de acordo com o bem jurídico lesionado (vida, costumes etc.), demonstram a impropriedade de se fixar um prazo comum.

O artigo 109 do Código Penal estabelece prazos gradativos de prescrição, de acordo com o máximo da pena cominada ao delito, devendo tal regra, por analogia, ser observada também na hipótese de suspensão do processo, sempre mediante ato decisório do magistrado, até que o legislador supra tal deficiência, estabelecendo regras apropriadas. Reforçando esse entendimento, é de se

verificar que a suspensão do processo pelo mesmo prazo previsto para a prescrição duplica, de forma criteriosa, o tempo para que o Estado perca o *ius puniendi*, pela superveniência da prescrição, tornando mais difícil a situação do acusado, de acordo com a gravidade da norma que infringiu, segundo regras já normativamente estabelecidas e analogicamente aplicadas. Outrossim, restringindo-se o uso da analogia à verificação do prazo de suspensão do processo, é por demais necessária a observação de que o próprio Código de Processo Penal, no seu artigo 3º, a exemplo das disposições insertas nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, admite tal uso, ao dispor que, *in verbis*:

“Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

O que não se pode permitir, com certeza, é a eterna suspensão do processo pela ausência de norma que a discipline, sob pena de trazer todos os delitos, indistintamente, para um grau de imprescritibilidade, desde que foragido esteja o réu, o que levaria a uma situação não desejada pela própria *Lex Fundamental*, a qual dispõe expressamente acerca dos delitos não alcançados pela prescrição (Art. 5º, incisos XII e XIV). De qualquer forma, decorrido o prazo de suspensão, caso venha a ser localizado o réu, p. ex., deverá ser retomado o prazo prescricional, na forma estabelecida no Estatuto Repressivo pátrio.

IV. CONCLUSÃO

É de se inferir, portanto, que relevantes foram as modificações introduzidas pela Lei nº 9.271/96, permitindo com que o delito e o delinqüente sejam mais efetivamente combatidos, buscando diminuir a impunidade e, da mesma forma, tornando mais grave a situação dos réus foragidos que agora têm contra si a suspensão do processo, com a suspensão também do prazo prescricional. Permite-se a produção antecipada de provas e, de impositivo, a

decretação da prisão do acusado que busca esquivar-se da aplicação da Lei Penal, com observância dos requisitos legais que autorizam a mencionada custódia. Garante-se, também, o direito do réu de só ser julgado com o conhecimento pleno da acusação que lhe está sendo imputada, ao se exigir a citação válida como requisito para o prosseguimento do feito.

O problema acerca do prazo que deverá permanecer suspenso o processo, entretanto, é questão das mais tormentosas trazidas pelo referido Diploma Legal, que só a doutrina e a jurisprudência é que, com o passar do tempo, poderão dar uma resposta, uma interpretação, enquanto não surja uma norma legal que venha a disciplinar tal aspecto da Lei nº 9.271/96, tendo em vista a necessidade de o Direito cada vez mais se adequar à realidade social, principalmente o Direito Penal, a fim de que não se entulhem os Cartórios com processos inúteis, sem respostas e com poucas chances de se ver retomado o seu curso normal (como já ocorre com relação à exigência da intimação pessoal da sentença de pronúncia), bem como não se favoreça à impunidade. A suspensão indefinida, embora pareça ser a interpretação mais rápida, por ser literal, ante a ausência de previsão legal, quanto ao contido no artigo 366 do Estatuto Processual Penal, sem esforço, até mesmo como medida de política criminal, não satisfaz. Desta situação, surge a aplicação analógica, como já exposto, do artigo 109 do Estatuto Repressivo, como prazo de suspensão, ao fim do qual se retoma o curso da prescrição, a partir do momento em que a mesma se verificou, vez que não se trata de hipótese de interrupção do prazo prescricional, através de pronunciamento judicial.

As modificações introduzidas, deste modo, com os aperfeiçoamentos que as grandes inovações sempre exigem, são de grande importância para a correta e efetiva aplicação da Lei Penal, restando ao Estado, por seu turno, criar os mecanismos necessários para permitir o pleno combate ao crime, com a realização das diligências imprescindíveis não só para elucidá-los, mas também para permitir a localização de réus foragidos. Esta sim, uma tarefa árdua, mas de relevância social indiscutível.

(*) Juiz Substituto, titular da Comarca de Canindé do São Francisco

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTROLE DOS ARQUIVOS DE CONSUMO

*Euza Maria Gentil Missano Costa**

Promotora de Justiça

Todos sabemos o papel desenvolvido pelo Ministério Público na defesa da sociedade, na forma das atribuições ressaltadas da Carta Magna, notadamente no que pertine à defesa dos interesses dos consumidores na relação consumerista, visando a sua preparação em resistência a qualquer prática abusiva do mercado.

Constitui preocupação maior das Promotorias Especializadas em Defesa do Consumidor e dos Serviços de Relevância Pública, a conscientização dos consumidores, garantindo a sua participação na relação mercadológica, com garantias de reconhecimento da sua vulnerabilidade, visando assegurar a justiça no exercício de seus direitos e defesa destes quando necessário, motivados por espírito de equivalência de interesses e definição de pretensão, notadamente diante da economia de massa, onde as tratativas contratuais não mais identificam seus personagens, permanecendo os interesses versados em total anonimato.

Entendemos que a pedra de toque da defesa do consumidor encontra guarida na necessidade de informação, em qualquer hipótese, seja na oferta produzida para chancela contratual, seja na execução do sinalagma padrão, na publicidade veiculada ou mesmo nas condições gerais dos contratos, todavia, nenhuma garantia atinge mais o consumidor quando violada do que a não concessão de informações atinentes ao lançamento do seu nome em cadastros ou registros de fornecedores como forma de assegurar a higidez da relação contratual, nas hipóteses de inadimplemento do consumidor em concessão de crédito.

Na forma especificada na legislação protetiva é importante salientar que os arquivos de consumo surgem na sociedade de

massa para retirar o consumidor do anonimato na escala de consumo, garantindo a divulgação de informações básicas necessárias ao mercado acelerado de distribuição de bens, apresentando dados específicos, sendo vedado qualquer forma de emissão de conceitos subjetivos.

É assegurado aos consumidores o acesso aos dados registrados em arquivos, com direito a ter conhecimento de todas as informações existentes e ainda as fontes de lançamentos, devendo os registros conter informações claras e precisas, com linguagem de fácil entendimento, de forma objetiva, diante da garantia que visam proteger, ou seja, servem os registros como forma de melhor orientar os fornecedores nas hipóteses de concessão de crédito para venda ao consumidor, podendo ser mantido pela própria empresa ou ser concentrado no conhecido SPC — Serviço de Proteção ao Crédito.

Diante da importância que desempenham os cadastros contendo informações a respeito dos consumidores e seus comportamentos no mercado, ressaí a responsabilidade do arquivista, notadamente por ser necessária a comunicação do lançamento de informações a respeito do consumidor, especialmente para que possa este promover qualquer alteração, se necessário, quando detectar qualquer incorreção na informação arremessada pelo fornecedor de serviços.

O parágrafo terceiro do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor determina, como norma de ordem pública e interesse social, que deverá o arquivista promover, no prazo de cinco dias, a correção da inexatidão indigitada pelo consumidor nas informações lançadas no cadastro, comunicando de imediato aos eventuais destinatários, objetivando resguardar a imagem do contratante-adquirente.

Neste diapasão, no Estado de Sergipe, Termo de Ajustamento de Conduta celebrado no Ministério Público pela Câmara de Dirigentes Lojistas, ratifica o conteúdo legal na espécie, no que pertine ao dever de informar ao consumidor e, ainda, em passo largo, de forma precursora garantiu ao consumidor a informação imediata do lançamento do seu nome em qualquer cadastro antes de apresentação da informação negativa para qualquer fornece-

dor, assegurando conhecimento prévio, evitando surpresas desagradáveis, que certamente geram malefícios, possibilitando a correção de qualquer inexatidão antes do arremesso das informações incorretas no mercado consumerista, evitando a incidência de dano moral ou patrimonial.

Como observamos, poderoso instrumento de pacificação social foi firmado no Ministério Público de Sergipe, através da Promotoria Especializada do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, garantindo livre acesso aos bancos de dados ou qualquer registro lançado como forma de proteção ao crédito, que importe em informações a respeito de consumidores, não podendo ser lançada no mercado de consumerista qualquer forma de comunicação sem prévio aviso ao consumidor, porquanto, qualquer problema que venha sofrer, na hipótese de informações inexatas, poderá responsabilizar a entidade de caráter público destinada ao registro das informações, por problemas patrocinados pelo arquivista.

Como se observa, o néctar da matéria em epígrafe consiste na necessária comunicação ao consumidor da existência de lançamento de informações a seu respeito em registros ou banco de dados, reconhecendo a lei como entidade de caráter público os bancos de dados para efeito de “habeas dada de consumo”, na visão do professor Antônio Herman Benjamin.

Em função da importância da matéria tratada, destacamos que qualquer prejuízo que venha a sofrer o consumidor por não cumprimento correto das obrigações dos arquivistas, nos moldes firmados no Ajustamento de Conduta, terá direito a indenização por quaisquer danos sofridos, morais e patrimoniais, sem prejuízo das sanções administrativas e penais do arquivista, “*ex vi*” dos artigos 72 e 73 do Código Protetivo do Consumidor.

Para a população importa o conhecimento do Termo de Ajustamento de Conduta como documento assegurador firmado no Estado de Sergipe, no Ministério Público, através da Promotoria Especializada, onde existe o compromisso do Serviço de Proteção ao Crédito em somente lançar o nome do consumidor no mercado de consumo após comunicação prévia, possibilitando qualquer forma de alteração de dados incorretos, e ainda da necessária exis-

tência de cadastro de fornecedores nos órgãos de defesa do consumidor, garantindo aos consumidores o conhecimento completo da conduta do fornecedor e do prestador de serviços, na forma da lei.

Ainda que a vó de pássaro, registramos que a “folha de antecedentes de consumo” somente poderá abrigar qualquer informação pertinente ao consumidor por interregno temporal no superior a 5(cinco) anos, não podendo conter registro ou dados a respeito do consumidor por período superior ao prazo predito, inexistindo a negatificação eterna, devendo o prazo retromencionado ser computado não da data de lançamento do registro, mas do fato que originou o dado depreciador.

A passos céleres caminha a proteção do consumidor no mercado consumerista, agindo o Ministério Público do Estado na área específica de forma preventiva, viabilizando o desenvolvimento normal das atividades de mercado, sempre reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor como forma de assegurar o equilíbrio necessário, na criação de um mercado justo, sem vícios de informações que representa a antipatia colossal dos órgãos alternativos de proteção do consumidor, pela potencialidade do dano que poderá causar a população administrada

** Promotora de Justiça da Promotoria Especializada de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública do Ministério Público de Sergipe.*

ACIDENTE DO TRABALHO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO: INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

AÇÃO ACIDENTÁRIA. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO A PARTIR DO MOMENTO EM QUE DEVERIA TER SIDO INTIMADO. NULIDADE QUE PODE SER DECRETADA MESMO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU, INTERVINDO NO FEITO, EMITIR PARECER DE MÉRITO E PEDIR O SUPRIMENTO DA NULIDADE. É QUE, A SENTENÇA, TENDO SIDO DESFAVORÁVEL AO ACIDENTADO, EM TESE, CAUSOU-LHE PREJUÍZO. HAVENDO APELAÇÃO, ELA DEVE SER CONHECIDA PARA O SÓ EFEITO DE SER DECRETADA A NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO. POR ISSO, NO MÉRITO O RECURSO DEVE, EM TAIS CASOS, SER JULGADO PREJUDICADO.

Paulo Rego Monteiro Rocha
Procurador de Justiça do Paraná

Matéria que versa sobre pedido de indenização por acidente do trabalho, segundo preceito da Lei nº 5.316/97 exige a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade do processo. É que a Lei Especial prevê a sua atuação na causa, sucedendo que o processo será nulo quando, não tendo a Curadoria de Acidente do Trabalho sido intimada para, querendo, manifestar-se, o autor perde a ação. No caso terá havido, pois, em tese, prejuízo para o acidentado.

Essa falha inquina de nulidade o processo, a partir do primeiro momento em que o Ministério Público de primeiro grau, devendo intervir na causa, deixou de fazê-lo, por falta de intimação. Essa falta torna o processo nulo.

Por duas razões a Instituição deve, em tal caso, ser convocada a se manifestar. A uma, porque a Lei Acidentária impõe a sua participação nos processos de sua abrangência. A duas, tendo em vista o disposto no art. 82, inc. III CPC:

“Inc. III. Em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Assim, já pela natureza da lide, se exige a participação do Ministério Público nas ações acidentárias ou nas ações que tratam da infelizmente.

A LOMPESP (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo — Lei Complementar nº 304/82) prevê, no seu art. 43, que compete ao Promotor de Justiça, na condição de Curador de Acidentes do Trabalho:

1. Oficiar em todas as ações acidentárias, fiscalizando a aplicação da lei e os interesses do acidentado.
2. Propor a ação competente, quando o acidentado não tiver advogado constituído.
3. Nas ações propostas diretamente pelo acidentado, patrocinar seus interesses, até o final.

A respeito, vejamos:

A intervenção do Ministério Público em Processo acidentário sempre foi obrigatória. Pois, tratando-se de lei tutelar do trabalhador, torna-se indispensável sua presença. Esse entendimento sempre foi pacífico na jurisprudência na vigência do decreto-Lei nº 7.036/44.

Posteriormente foi editada a Lei nº 5.316, de 14/09/67 (hoje em vigor) que, embora não se refira expressamente à intervenção do Ministério Público nas ações de acidente de trabalho, a sua obrigatoriedade foi mantida, pois a lei nova não dispôs de modo

contrário. Esse é, aliás, o entendimento do eminente jurista Paulo Lúcio Nogueira, como se verá a seguir:

“...Contudo, a referida Lei no seu art. 15, § 6º, dizendo que o juiz terá o prazo de cinco dias para designar a audiência, prazo esse contado do recebimento do inquérito policial ou da petição do interessado ou do Ministério Público, deixou claro que admite a sua intervenção” (Questões Processuais Cíveis Controvertidas — 2ª Edição — LEUD — Edição Universitária De Direito — São Paulo — 1993 — p. 205).

Como se vê, a participação do Ministério Público nas ações acidentárias se faz necessária não apenas por resultar de lei especial, mas também porque nela há interesse público e do Estado, que procura tutelar os interesses do trabalhador. A respeito do tema, vejamos como têm decidido nossos Tribunais:

- 1) *Sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público nas ações acidentárias e acarretando a omissão prejuízo para o autor, deve ser declarada a nulidade do processo (RT 585/148 — “in” obra e p. citadas).*
- 2) **MINISTÉRIO PÚBLICO — INTERESSE PÚBLICO — NÃO INTERVENÇÃO — NULIDADE.**
Comparecendo a Procuradoria da Justiça, em segundo grau de jurisdição, para alegar invalidade do feito por ausência do Ministério Público em primeiro grau na ação em que há interesse público, torna inafastável o decreto de nulidade do processo “ex vi” dos arts. 82, III e 246, ambos do Código de Processo Civil (Apelação Cível — 0088760-7 — Londrina-PR — 9ª Vara Cível — ac. 6367 — Juiz Rafael Augusto Cassetari — Oitava Câmara Cível — Un. Julg. 29/09/97 — TAPR — Sistema de Jurisprudência — 17/10/97).

- 3) *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ACIDENTÁRIA TÍPICA. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO. ART. 83, III E 527, DO CPC.*

Nas ações acidentárias típicas é indispensável a intervenção do Ministério Público, por estar configurado o interesse público. Recurso conhecido e provido (REsp. 144495/SP (97/0057815-1 — DJ 31/08/98 — Pg. 0011113 - STJ — Jurisprudência).

A consolidar o nosso ponto de vista, sobre o que vimos expondo, transcrevemos o que dispõe o art. 246 CPC:

É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir e o seu § único reza:

Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

Como se está a ver, a nulidade processual de que vimos tratando é de natureza absoluta e não relativa.

A CONSTITUIÇÃO E A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Sílvio Roberto Matos Euzébio
Promotor de Justiça

Sumário:

1. O Positivismo Mecanicista; II. A Constituição como Sistema; III. Os Fatores Reais de Poder; IV. O Poder Constituinte Difuso e a cláusula *rebus sic stantibus*; V. A expressão lingüística.

1. O Positivismo mecanicista

Há um trecho interessante e que talvez ilustre a situação do positivismo nesta era do pós-industrialismo ou da terceira revolução tecnológica¹. Está no “Livro de Cabeceira” de toda eventual, passada e futura, candidata a miss, “O Pequeno Príncipe”, durante a andança do seu protagonista pelo quinto planeta. Vejamos:

“O principezinho não podia atinar para que pudessem servir, no céu, num planeta sem casa e sem gente, um lampião e o acendedor de lampiões. No entanto, disse consigo mesmo:

— Talvez esse homem seja mesmo absurdo. No entanto, é menos absurdo que o rei, que o vaidoso, que o homem de negócios, que o bebedor. Seu trabalho ao menos tem um sentido. Quando acende o lampião, é como se fizesse nascer mais uma estrela, mais uma flor. Quando o apaga, porém, é estrela ou flor que adormecem. É uma ocupação bonita. E útil porque é bonita.

Quando abordou o planeta, saudou respeitosa-mente o acendedor:

— Bom dia. Por que acabas de apagar teu lampião?

— É o regulamento, respondeu o acendedor. Bom dia.

— Que é o regulamento?

— É apagar meu lampião. Boa noite. E tornou a acender.

— Mas por que acabas de acender de novo?

— É o regulamento, respondeu o acendedor.

— Eu não compreendo, disse o príncipezinho.

— Não é para compreender, disse o acendedor.

Regulamento é regulamento. Bom dia.

E apagou o lampião.

Em seguida enxugou a fronte num lenço de quadrinhos vermelhos.

— Eu executo uma tarefa terrível. Antigamente era razoável. Apagava de manhã e acendia à noite. Tinha o resto do dia para descansar e o resto da noite para dormir...

— E depois disso, mudou o regulamento?

— O regulamento não mudou, disse o acendedor. Aí é que está o drama! O planeta de ano em ano gira mais depressa, e o regulamento não muda!

— E então? Disse o príncipezinho.

— Agora, que ele dá uma volta por minuto, não tenho mais um segundo de repouso. Acendo e apago uma vez por minuto!

— Ah! Que engraçado, disse o acendedor. Já faz um mês que estamos conversando..."²

Se por um lado o descompasso da Constituição, e de qualquer outra norma jurídica, com a realidade social é intensificada com a evolução em Ciência & Tecnologia, por outro, esta divergência não é produzida e acentuada apenas pelo "prazer" da execução da norma anacrônica, mas por uma simplificação redutiva do ordenamento jurídico, que deixa de ser adaptado como opção.

Mas na verdade nenhum Diploma Legislativo permanece ou tem o “dom” da imutabilidade. Nos dias de hoje não é possível ignorar, além dos fatores reais e locais de poder, os fatores reais e MUNDIAIS de poder. Estes últimos fazem o planeta “girar cada vez mais rápido”!

II. A Constituição como sistema

A Constituição de um Estado vem sendo considerada um documento político com características de modelo sistêmico absoluto: superior, completo, acabado, e sob alguns aspectos até mesmo imutável.

Querem fazer pensar que a Constituição admita comparação ou similaridade com apenas alguns textos de natureza sagrada, pelo natural aspecto de que todos são provenientes de uma revelação. Para a primeira, resultante do infalível Poder Constituinte, reunido durante certo tempo em Assembléia composta dos escolhidos.

Mas seus atributos são relativos. Sim, é superior, mas na medida em que codifica a unidade política (soberania) de um povo; é completa, tão somente por estabelecer um conjunto de órgãos de governo ou direção e prevê os mecanismos formais para sua própria modificação; é acabada porque a sua conclusão não põe termo ao Poder Constituinte, que prescinde de momento e formalidade para sua manifestação, e continua existindo de maneira difusa mesmo porque atua como manifestação da soberania, sem solução de continuidade de espécie alguma.

Da mesma forma não é possível enxergar na Constituição um sistema isolado de normas, imune a qualquer influência dos outros sistemas existentes no Estado e na Sociedade.

A Constituição convive com variáveis reais de poder que produzem modificações nos seus comandos, alterando-lhes o conteúdo ou significado.

Se por um aspecto não é possível deixar de compreendê-la como um sistema formal ou logístico, por outro, não pode deixar de ser examinada senão a partir da sua imersão numa teia maior

das relações políticas existentes, desde a ocasião do seu surgimento, até a materialização expressa numa estrutura lingüística composta por supersignos.

O nosso objetivo é examinar a Constituição não como um conjunto de supersignos, mas, a partir dos fatores ou mecanismos determinantes de poder, sem qualquer pretensão de fundar nova teoria ou esgotamento do tema.

III. Os fatores reais de poder

No caso do Estado Brasileiro, qual é a Constituição que temos em mãos?

Além das divisões tradicionais, podemos fazer uso daquela mencionada pelo Prof. AFONSO ARINOS na célebre exposição proferida no Senado em 14/12/1966, sobre o então Projeto de Reforma Constitucional, e que nominou classificação quanto à suas origens políticas³.

Disse que

“... em função das suas origens políticas, as constituições se apresentam principalmente com dois aspectos. Quaisquer que elas sejam, qualquer que seja seu conteúdo, quaisquer que sejam as suas diretrizes doutrinárias ou filosóficas, as constituições se apresentam inevitavelmente sob duas categorias: Primeiro — A Constituição é a suma de um processo revolucionário, que se declinou e se extinguiu. Segundo — A Constituição é o instrumento de uma revolução que prossegue no seu processo evolutivo e dinâmico. A Constituição pode, assim, ser uma suma, pode ser um resultado, pode ser a adição de todos aqueles fatores que se viram vitoriosos pelo decurso de uma revolução que se extinguiu. Então temos aquilo que chamo a Constituição-Suma. Mas também pode ser um instrumento de prosseguimento e de fixação de certos aspectos de uma revolu-

ção que continua em pleno desenvolvimento e este é exatamente o caso a que eu proponho se chame o da Constituição Instrumento.”⁴

O que pode ser paradoxal e contraditório é que o Golpe Militar de 1964 produziu uma “Constituição-Instrumento”, a de 1967, com sua Emenda nº 01 de 1969, para muitos outra Carta Política de consolidação, voltada à manutenção do Estado Autoritário implantado.

De fato, os referidos Diplomas Políticos editados naquele período posterior ao Golpe de 1964, tiveram dupla finalidade. De um lado, a consolidação da sua estrutura de poder; e de outro, permitir adaptações na própria estrutura para assegurar sua sobrevivência. Este foi um dos aspectos notados por cientistas políticos como SEBASTIÃO VELASCO E. CRUZ & CARLOS ESTEVAM MARTINS que examinaram e concluíram quanto ao sistema de poder instaurado com o Golpe de Estado de 1964: “O movimento político-militar que derrubou o presidente João Goulart demonstrou possuir aquela qualidade que Maquiavel punha acima de tudo: a capacidade de conservar o poder conquistado e ampliá-lo. Por outro lado, porém, registra-se o fenômeno da mutabilidade. Longe de ter permanecido sempre idêntico a si mesmo, o regime sofreu diversas transfigurações, ora regredindo na direção do Estado de exceção, ora progredindo na direção oposta.”⁵

Acontece que mais adiante, teve início uma etapa do processo de reestruturação do poder no Estado, com a promulgação da Constituição em 1988, a qual veio representar outro simbólico exemplo do modelo denominado de “Constituição-Instrumento”. Ao mesmo tempo um sintoma e resultado do processo de transformação daquele Estado Autoritário implantado, por outro de Democracia formal representativa.

Isto porque o restabelecimento da democracia representativa não foi o ponto de chegada, a única coisa que a Nação precisava fazer. Muito pelo contrário, pois o Estado resultante do sistema jurídico da Constituição de 1988 estabeleceu outro “marco-zero”, o ponto de saída de outra “revolução”, da democracia⁶, que a partir de então

passou a ser trabalhada em busca do que AFONSO ARINOS chamou de “pleno desenvolvimento”, na passagem acima.

Então o equívoco talvez esteja em estabelecer expectativas da Constituição de 1988 como sendo modalidade das “Constituições-Suma” ao invés de “Constituição-instrumento”.

Pois como complementa o saudoso Professor, *“As ‘Constituições-Suma’ são aquelas que estabelecem os lineamentos do Estado depois de aplacada a força revolucionária e de estabelecida aquela fase de adaptação demorada, que se segue a um grande abalo político”. As “Constituições-Instrumento” são menos duradouras; trazem dentro de si — pela sua própria natureza, pelo seu próprio espírito, pela própria chama da sua existência, pela sua própria razão de ser-aquela carga de emoção, de reivindicação e de exigência que as torna necessariamente um documento transitório, um documento de transformação, um documento de difícil sedimentação, um documento de evolução. Por que? Porque o estado de direito não se coaduna com o processo revolucionário.”*

As previsões de plebiscito para posterior definição quanto à forma e o sistema de governo, bem como da Revisão Constitucional, constantes dos arts. 2º e 3º, do ADCT, podem ser consideradas sinais importantes do caráter necessariamente evolutivo, e porque não dizer, transitório mesmo da Constituição de 1988.

IV. O poder Constituinte Difuso e a cláusula *rebus sic stantibus*

Para acompanhamento daqueles fatores reais de poder, tanto os locais como os mundiais, o Poder Constituinte passa a se manifestar continuamente e não apenas de maneira tópica, ocasional, eventual, reduzida a determinados instantes e formalidades.

É o que Burdeau chamou de “Poder Constituinte Difuso”, apenas para demarcar “mutações realizadas fora do exercício do poder de reforma constitucional” como mencionado por UADI LAMÊGO BULOS.⁸

A divisão do Poder Constituinte em originário e derivado foi uma forma precária de limitar a elaboração dos documentos máximos da condução e afirmação política e reformá-los sob determinadas condições.

Isto representa uma falácia porque esgota o exercício do Poder Constituinte em determinados momentos de elaboração das Cartas.

Seria algo assim como a confecção de “obra de arte” por determinado a) sujeito conforme; b) o poder, vontade ou inspiração a desenvolver; c) ações de d) natureza material ou espiritual, e) durante período de tempo certo. E que somente pode ser modificada para restaurar, recuperar, ou recobrar ao estado primitivo, mas que nunca pode ser reelaborada!

E tratando-se de Constituição, por mais original que a “obra de arte” resultante venha parecer, se não permitir constante atualização, será um instrumento suicida.

E o que dizer quando a Constituição ao invés de resultar de uma ruptura, é o próprio instrumento de transformação de um regime de (força) para outro democrático como a promulgada em 1988.

Quando além da própria natureza de Constituição-Evolutiva ou Constituição-Instrumento são acrescentados outros fatores como aqueles que fizeram com que o planeta passasse “a girar cada vez mais rápido”, numa alusão à fábula referida no início, a consequência vem a ser um rápido anacronismo (da Constituição) enquanto texto escrito.

A Constituição não é apenas resultado de um período de elaboração formal, o documento escrito, no qual a Nação resolveu adotar para sua autogestão política. Mas a Nação não se desvincula do seu Poder Constituinte, de forma que não possa reformá-la sem sofrer limitação.

E se existiu tal limitação, ela ocorreu nos primórdios do constitucionalismo, como bem lembra RAYMUNDO FAORO: *“Depreende-se do movimento histórico que deu lugar ao constitucionalismo e do papel que as constituições desempenharam na sociedade moderna que o controle do poder — o banimento do arbítrio — é pedra angular de todo o processo. Sem a existência*

*de freios reais não se pode falar de governo constitucional, freios que, para que controlem o poder, se articulam a partir do consentimento e das decisões dos destinatários do poder”.*⁹

Sem tal pressuposto, ocasional e histórico, qualquer limitação ao Poder Constituinte da Nação é de natureza meramente formal.

Em interessante Voto na ADIN nº 392-DF, j. em 20/06/91, o Min. CELSO DE MELLO, equacionou, com resgate a doutrinadores de escol, o problema através do caráter formal das Constituições. Disse na ocasião:

“Uma Constituição — e a do Brasil não se divorcia desse padrão — representa uma obra de compromisso, que consagra, nas disposições que nela se contém, uma solução político-jurídica, que busca harmonizar os múltiplos interesses antagônicos que impulsionam o constituinte, a partir de recíprocas transigências dos segmentos sociais representados, a modelar e criar um documento formal em que se vejam consensualmente preservados ‘determinados valores ou parâmetros axiológicos (...) segundo o espírito do tempo’ (Reale, Miguel. Aplicações da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1990, pg. 05), e os desejos e aspirações das comunidades, estratos e setores que integram a Sociedade.

*Para autores como J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, 4ª ed., Coimbra. Almedina, 1987) não se pode esquecer que a Constituição ‘é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre várias forças e partidos, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios’. A Lei Fundamental passa, então, a ser o instrumento do ‘consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados’ (CANOTILHO, Op. Cit., loc. Cit.)”*¹⁰

Da mesma forma quando diante da rotação da figura, nada mais natural que a busca do seu novo eixo de simetria, pelo menos de modo aproximado.

Para restauração dos coeficientes da 'equação' é preciso ver implícita na Constituição, como em qualquer outro contrato, lógico que observadas as peculiaridades de cada um, a cláusula *rebus sic stantibus* (estando assim as condições), mesmo resultante de um "Pacto Social" e do seu consecutório princípio distributivo¹¹.

E, ocorrendo a dissociação entre aspectos normativos da Carta Política e as novas exigências do próprio Corpo do Poder Constituinte, ainda que manifestada de maneira difusa, tal cláusula¹² funciona como um mecanismo de ajuste total ou parcial de obrigações por impossibilidade causada pela sobrevinda de condições ou fatores adversos, imprevistos e imprevisíveis, denominados habitualmente de crises.¹³

Neste aspecto a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* devolverá à Constituição o aspecto operacional perdido, restaurando as mudanças de eixo conforme as necessidades da Nação. Não é por outra razão que GIOVANNI SARTORI escreve: *"As constituições são 'formas' que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado. Elas estabelecem como as normas devem ser criadas, mas não decidem, nem deveriam decidir, o que será estabelecido pelas normas. Quer dizer: as constituições são, antes de mais nada, conjuntos de procedimentos tendo por objetivo assegurar o exercício do poder sob controle."*¹⁴

A incidência da cláusula tampouco importará na falta de legitimidade. Muito pelo contrário, pois, como diz RAYMUNDO FAORO, *"A sociedade, na sua dinâmica permanente, legítima e deslegítima o poder, validando ou desclassificando a autoridade. A autoridade existe não porque emita ordens peremptórias, mas porque é aceita."*¹⁵

Consequentemente, e com apoio no Mestre GILMAR FERREIRA MENDES, se é possível proceder *"a transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra de legitimidade"*, uma vez que *"o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre a legitimidade e a revolução"*¹⁶, o que então impossibilita a reforma total de uma Constituição? Nada!¹⁷ Como ainda assinala A. J. MIGUEL FEU ROSA, *"... toda e qualquer mudança na Constituição ou do regime constitu-*

cional depende tão-só e exclusivamente de: autoridade e poder. A Constituição é uma lei eminentemente política. Por essa razão, havendo autoridade e poder, a Assembléia Constituinte que o desejasse revogaria, antes de mais nada, o art. 60, § 4º, da Constituição e o art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E em seguida faria as alterações.”¹⁸ (grifo do Autor)

Também as cláusulas pétreas como escreveu referido Autor, não constituem limites intransponíveis ou invalidantes: *“As cláusulas pétreas ou as garantias de eternidade não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou permanência de determinada ordem constitucional, nem excluem a possibilidade de que essa ordem contenha uma cláusula de transição para outro regime ou modelo (...).”¹⁹*

O problema é de legitimidade, e tem resolução através da substituição *“da tradicional dicotomia entre poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.”²⁰*

Este mecanismo de revisão tem incidência implícita, não precisa figurar expressamente.

Conforme J. A. MIGUEL FEU ROSA: *“Finalmente, não custa mencionar Jeremy Bentham, quando em seu ‘Tratado dos Sofismas Políticos’, diz que ‘o profundo respeito pelos mortos, por aqueles a quem já não podemos fazer nem bem nem mal, não é sinal vão pretexto, quando se opõe ao bem estar da geração atual e cobre qualquer outro desígnio’, e portanto, ‘poderão ser feitas leis perpétuas quando se tenha chegado a um estado de coisas perpétuo, quando se tenha a certeza de que as circunstâncias serão perpétuas’.”²¹*

Por isso talvez HANS Kelsen tenha assinalado, quando tratou da estrutura escalonada da ordem jurídica, que o Direito possui a particularidade de *“regular a sua própria criação”²²*. O fundamento de validade de uma norma é decorrência do fato de ter sido produzida segundo as prescrições de outra. Como assinalou antes:

“Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente.”²³

V. A expressão lingüística

As constituições, como as leis jurídicas, serão materializadas através de símbolos.

Quando dissociados da realidade, os símbolos perdem o referencial de adequação, sofrendo descaracterização, e a necessidade de novos símbolos adjutórios ou complementares.

A partir daí revisão total da Constituição é processo de releitura que não pode ser negado, pois, como assinala LUÍS ALBERTO WARAT,

“Não se poder fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.”²⁴

Segundo Gurvitch, *“os símbolos revelam velando, e velam revelando”*.

E quando a Constituição perde tal característica comum, a referência aos reais fatores de poder, tem função apenas retórica.

NOTAS

¹ Para uma nova visão sobre a Sociedade Pós-industrial, v. do Prof. EDUARDO NEIVA, da Universidade do Alabama, o interessante “O que Aprender com Antigas Catástrofes”. São Paulo. 1996. Ática.

² ANTOINE DE SAINT-EXUPÉRY. Rio de Janeiro. 1967. Agir. pgs. 50 e 52.

³ O Som do Outro Sino — Um Breviário Liberal. Civilização Brasileira — EdUNB, Rio de Janeiro. 1978. pgs. 43/96.

⁴ Idem, pg. 48.

⁵ “De Castelo a Figueiredo: uma incursão na pré-história da abertura”, in “Sociedade Política no Brasil Pós 64”. Brasília. EdUNB, 1982.

- ⁶ Democracia que para SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, na sua clássica obra *"Raízes do Brasil"*, Rio de Janeiro, Liv. José Olympio Ed., 17ª ed., 1984, "sempre foi um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos e privilégios." (pg. 119).
- ⁷ AFONSO ARINOS, idem, pg. 13.
- ⁸ UADI LAMÊGO BULOS. *"Mudança Informal da Constituição"*, in Bahia Forense, vol. 42, CD-ROM do TJBA. v. dez. 1998: *"De fato, de as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir as regras e formalidades legais"*.
- ⁹ *"Assembléia Constituinte — A Legitimidade Recuperada"*. Brasília. Brasiliense, 5ª ed., 1986, p. 15.
- ¹⁰ ABRAMINJ INFORMATIVO, nº 9, out/dez 1998, pgs. 14/15.
- ¹¹ Para KARL SHMITT, na sua obra *"Teoria da Constituição"*, "o princípio distributivo pressupõe a liberdade do homem anterior ao Estado: essa liberdade é ilimitada, em princípio" (cit. por Antonio Sebastião Lima. *"Poder Constituinte e Constituição"*, RJ. Plurarte. 1982. pg. 29).
- ¹² Sobre a cláusula rebus sic stantibus, vide, de FERNANDO SETEMBRINO, *"A Revisão Judicial dos Contratos"*, in Fev. Forense, vol. 297/111 a 124.
- ¹³ ELIMAR PINHEIRO DO NASCIMENTO, in *"Notas a Respeito da Escola Francesa da Regulação"*, Educação e sociedade, nº 40, dez/91, pg. 433, apresenta distinção entre pequenas e grandes crises: *"As primeiras definidas como crises conjunturais ou crises no modo de produção, e as segundas, como crises estruturais ou do modo de regulação."*
- ¹⁴ *Engenharia Constitucional — como Mudam as Constituições"*. Brasília. EdUNB. 1996, pg. 214
- ¹⁵ Op. cit. pg. 52.
- ¹⁶ *Cláusulas Pétreas ou Garantias Constitucionais?"*, in Revista Consulex, nº 12, dez/1997.
- ¹⁷ A menos que ainda se persista no entendimento que Mao-Tsé Tung afirmou certa vez: *"Todo poder nasce do cano de um fuzil"*. R. FAORO, ob. cit. pg. 30.
- ¹⁸ *"Curso de Direito Constitucional com base na Constituição de 1988"*. Rio de Janeiro. EDC — Ed. Didático-Científica. 1990, pg. 121.
- ¹⁹ Idem.
- ²⁰ Idem.
- ²¹ Ob. cit., pgs. 121/122.
- ²² *Teoria Pura do Direito"*. S. Paulo, Martins Fontes, pg. 240.
- ²³ Idem, pg. 224.
- ²⁴ *O Direito e sua Linguagem — 2ª versão*. Porto Alegre. Safe, 2ª ed., pg. 47.

AS EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O USO DO SOLO URBANO

(Breves Considerações)

Carlos Augusto Alcântara Machado (*)

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Com a consagração da tese de inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Iluminação Pública, inclusive por decisão do Supremo Tribunal Federal, os Municípios de diversos Estados da federação brasileira vêm, paulatinamente, perdendo uma preciosa fonte de receita.

Em Sergipe, modestamente, contribuímos para a consolidação do entendimento com um pioneiro Parecer publicado na Revista do Ministério Público (Vol. 07 — 1994) e, posteriormente, em revistas de circulação nacional (Ciência Jurídica — Vol. 58 — 1994 e Revista dos Tribunais — Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política — Vol. 06 — 1994).

Talvez em função desses reveses não previstos, as comunas brasileiras buscaram encontrar uma outra fonte de receita: instituíram uma retribuição, devida pelas empresas concessionárias de energia elétrica, pelo uso do solo urbano em face da instalação de postes da rede de distribuição.

Leis foram criadas e antes mesmo da respectiva cobrança as empresas se anteciparam e promoveram medidas judiciais preventivas.

Sem embargo de já existiram decisões judiciais assegurando o direito das empresas de energia elétrica e, consequentemente, reconhecendo a inconstitucionalidade das referidas leis municipais, ousamos, *data venia*, discordar dos fundamentos apresentados pelos arestos que chegaram em nossas mãos e, através desse breve estudo, enfrentaremos a *quaestio juris*, procurando trazer outros argumentos que reputamos importantes para o esclarecimento desse polêmico tema.

Registramos, ainda, que o interesse sobre a tormentosa questão nasceu de discussões teóricas travadas com o eminente Doutor Carlos Ayres Britto, brilhante constitucionalista sergipano, que honra a cultura jurídica nacional.

Passemos, então, a enfrentar a matéria, a partir de um dos casos concretos, que servirá, exclusivamente, como paradigma para a nossa análise.

2.0 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 57/99 E A PRETENSÃO DA EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE

A EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S.A. – ENERGIZE, empresa privada, concessionária de serviços públicos de energia elétrica, com área de concessão em parte do território do nosso Estado, com base na legislação em vigor, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO contra ato na iminência de ser praticado pelo SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DA BARRA DOS COQUEIROS, em face da promulgação da Lei Complementar Municipal nº 03, de 17 de maio de 1999 que autoriza o Poder Executivo a cobrar taxa pela instalação de postes para serviços de energia elétrica.

Alegou a impetrante, sustentando a sua tese, não ser possível a cobrança, pois o tributo criado é ilegal e inconstitucional.

Justificou que o tributo criado feriu o art. 155, § 3º da Lei Maior, e que o serviço de energia elétrica é concessão, federal, sendo, assim, reservada à União a competência exclusiva para dispor sobre a matéria. (art. 21, XII, “b” e art. 22, IV – CF).

Por outro lado, aduziu a impetrante, que a legislação específica aplicada aos serviços de energia elétrica (Código de Águas e Decretos Federais) concedeu-lhe o direito de ocupar o território municipal, sem ônus para as concessionárias.

Prestando informações, o impetrado refutou a tese da ENERGIZE, lastreado na teoria da autonomia municipal e, paralelamente, justificando que a retribuição prevista na Lei Complementar nº 03/99 não tinha natureza tributária.

Sustentou, nesse passo, a inconstitucionalidade do Decreto Federal Nº 84.398/80.

Com base nesses dados, passemos a aprofundar o questionamento e a pretensão da Empresa de Energia Elétrica procurando, sobretudo, buscar a exegese dos dispositivos constitucionais e da legislação aplicável às empresas de energia elétrica.

Antes, porém, imperioso se torna fazer uma brevíssima exposição sobre o uso dos bens públicos, especificamente voltado para o caso objeto dessa reflexão.

3. DO USO DOS BENS PÚBLICOS

Preceitua o art. 68 do Código Civil Brasileiro que *“o uso dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem”*.

A hipótese enfrentada versa sobre a utilização de bens de uso comum (art. 66, I — CC), tais como ruas, praças e estradas.

Tais bens, no dizer de Clóvis Bevilacqua (*“Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”*, vol. I, Editora Rio, 1975, pág. 301), pertencem a todos (*res communes omnium*). Diz o mestre, com singular clareza, que o proprietário desses bens é a coletividade, sendo confiadas à Administração Pública a sua guarda e gestão.

É de todos sabido e ressabido que a regra pela utilização dos bens públicos é a gratuidade. A contribuição pecuniária, no entanto, apesar de exceção, é devida em retribuição ao uso dessas coisas, em condições particulares.

A propósito do tema, esclarecedoras são as lições de J. N. CARVALHO SANTOS no seu sempre citado *“Código Civil Brasileiro Interpretado”*, vol. II, Freitas Bastos, 1950, as quais é de se invocar neste particular (págs. 159/160):

“A gratuidade não pode ser exigida senão para o que se pode denominar de uso ordinário e normal do domínio público.

Isto é o que se diferenciam a circulação sobre uma praça pública, da edificação sobre o solo desta praça.

É contrária à sua destinação natural, no sentido de acarretar um certo embaraço à circulação livre.”

O entendimento esposado justifica-se pelo fato de representar para o beneficiário, isto é, para aquele que se utiliza do bem público, um plus, uma vantagem não assegurada a todos os munícipes. Esta é a razão pela qual, lastreado em argumento doutrinário de autoridade, conclui-se pela possibilidade, mesmo que excepcional, da utilização onerosa de bens de uso comum do povo.

Evidencia-se a necessidade, averbe-se, de, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II — CF), existir lei disciplinando a matéria, pois *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Ademais, a atividade da Administração Pública será sempre *sub lege* (art. 37, caput — CF). Havendo lei regulando a questão, revela-se possível a retribuição pela utilização de bens públicos. E tal retribuição não tem caráter tributário.

4. A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA INVOCADA PELA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E A AUTONOMIA MUNICIPAL

Procurando fundamentar a sua tese em bases estritamente jurídicas, a empresa concessionária trouxe a lume o Código de Águas e Decretos Federais (Decretos nºs 41.019/57 e 84.398/80), os quais justificariam a impossibilidade de cobrança de quaisquer retribuições pelo uso do solo urbano.

Em face das peculiaridades e considerando a nova ordem constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988, mister se faz uma análise cautelosa da legislação antes referida.

Dispõe o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10.07.34), no seu art. 151, “a”, que *“para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário, terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: **utilizar os terrenos de domínio***

público e estabelecer as servidões dos mesmos e através de estradas e vias públicas, com obrigação aos regulamentos administrativos (sem o destaque no original).

Similar dispositivo encontramos no Decreto Nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957 que estabelece o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, mais especificamente o art. 108, "a".

Ninguém questiona que as eventuais servidões, notadamente as de passagem, constituem-se em servidões administrativas essencialmente afetadas de utilidade pública. E uma de suas características fundamentais é a exigência de indenização, desde que recaiam em terrenos particulares. Esse, inclusive, o entendimento consubstanciado por ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES no seu "Código de Águas", vol. II, 2ª edição, RT, 1980, pág. 72.

A legislação colacionada, em nenhum momento, dispõe que a ocupação de terrenos públicos de não propriedade do poder concedente seria, necessariamente, GRATUITA. Um outro diploma normativo, no entanto, merece uma especial análise.

O Decreto Federal Nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, modificado pelo Decreto Nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982, trata de ocupação de terrenos públicos em geral e, de forma expressa, determina:

"Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços de energia elétrica" (art. 2º).

Diante do conteúdo do art. 2º, o impetrante fundamentou a sua pretensão e justificou, em particular, a impetração do *mandamus* de natureza preventiva.

Em face dessa legislação específica poder-se-ia chegar a uma conclusão que protegeria as pretensões da empresa concessionária de energia elétrica. Todavia, quer nos parecer que tal conclusão não se coaduna com o atual espírito do ordenamento jurídico capitaneado pela *Lex Legum*, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Não se pode interpretar um sistema jurídico da base para o topo. Vale dizer: num sistema hierarquizado de normas, o

ordenamento tem que ser compreendido, sempre e necessariamente, a partir da Constituição, fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais. Em razão dessa análise hermenêutica, todas as vezes que ocorre a manifestação do Poder Constituinte Originário com o surgimento de uma nova Constituição, a legislação ordinária somente sobreviverá, se compatível com a recém-nascida Carta Magna. É o que a doutrina convencionou chamar de fenômeno da RECEPÇÃO. Desde que a legislação de inferior hierarquia se encontre em linha de colisão com a nova orientação constitucional estará automaticamente revogada.

A atual Constituição Federal, diferentemente de todas as anteriores, privilegiou, sobremaneira, o Município.

Concedeu-lhe autonomia de uma forma muito ampla, equiparando-o à condição dos demais entes federados (Estado-membro e Distrito Federal). O art. 18 se expressa de forma inequívoca. E a autonomia se situa nos planos administrativo, político e financeiro.

Como registra HELY LOPES MEIRELLES (*"Direito Municipal Brasileiro"*, Malheiros, 1993, págs. 78 e seguintes), dispõem os Municípios de *"um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites que a Lei Maior traça"*. E diz mais: a atual Constituição da República **inscreveu a autonomia como prerrogativa intangível do Município**, capaz de autorizar, inclusive, a Intervenção Federal, para mantê-la ou restaurá-la (Art. 34, VII, "c").

Ora, em face do expendido seria razoável conceber a hipótese de um Decreto Federal (não lei e mesmo que fosse lei) interferir na administração municipal, no seu patrimônio, nos seus bens, violando flagrantemente a sua AUTONOMIA, conferida constitucionalmente?

Caso se concluísse pela possibilidade, seria o mesmo que defender a tese de que estaria a União autorizada a instituir isenções de tributos se fosse o caso de competência dos municípios, prática expressamente vedada pela Lei das Leis no seu art. 151, III e não prescrita nas Constituições anteriores, frise-se.

Destaque-se, nessa mesma linha de raciocínio, que o fato de o serviço público de energia elétrica ser de competência da União

(art. 21, XII, “b” – CF) e, ainda, por competir privativamente à União (art. 22, IV – CF) legislar sobre energia, não autoriza a essa pessoa política estatal (União) interferir na AUTONOMIA do Município. Não se pode confundir disciplinamento sobre o serviço, na qualidade de poder concedente, com a ingerência indevida — e portanto inconstitucional — na disposição do patrimônio de outro ente estatal, pois o uso dos bens municipais integra o exercício da autonomia desse ente.

Invocando, mais uma vez o magistério de HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., pág. 232), registre-se que em qualquer dos usos dos bens municipais, cabe somente ao Município interferir como poder administrador, *“disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar a sua normal utilização, tanto pela coletividade quanto pelos indivíduos, como, ainda, pelas repartições administrativas que também usam dos próprios bens municipais para a execução dos serviços públicos”*.

Diferentemente, no entanto, seria se o Município vedasse a utilização das áreas necessárias à implantação das instalações elétricas, o que não é o caso.

Isso sim é consequência imediata da concessão. Não se pode prestar o serviço, sem poder realizá-lo materialmente.

Aliás, a própria legislação mais recente sobre a matéria, Lei Nº 9.074, de 07 de julho de 1995, consolidada pela Lei Nº 9.648, de 27 de maio de 1998, no seu art. 10, estabelece que *“cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica”*.

Outra não é a inteligência do art. 29, IX da Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, mencionando, expressamente, a responsabilidade pelas indenizações, dispositivo citado somente à título de argumentação.

Assevere-se, ainda, que mesmo assim, a utilização dos bens do município ocorrerá com prévia permissão municipal, como já decidiu o Excelso Pretório, antes do advento da Constituição de

1988, na década de 60, quando a autonomia municipal não era tratada com a dimensão apresentada na atual Lei Maior (RT) 00023-01, págs. 110/111 — Acórdão citado pelos advogados do Município de Barra dos Coqueiros — Escritório Carlos Ayres Britto — quando das informações prestadas no MS Nº 57/99).

Assim, se a legislação desta década menciona a necessidade de desapropriação ou instituição de servidões administrativas, cabendo à concessionária os encargos decorrentes das indenizações respectivas, de clareza solar a conclusão: não decorre da concessão, nem do poder concedente, o direito de utilização de bens particulares ou públicos (estaduais, distritais ou municipais) à título exclusivamente GRATUITO.

Neste momento já se pode apresentar uma segunda conclusão: o art. 2º do Decreto Nº 84.398/80 no que concerne à utilização dos bens públicos municipais, sem ônus, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, não podendo, por conseguinte, ser invocado.

5. EXEGESE DO ART. 155, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Um último ponto a ser abordado se relaciona com a eventual aplicação do art. 155, § 3º da Constituição Federal:

“Art. 155.

.....

§ 3º. A exceção dos tributos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

As empresas de energia elétrica valem-se dessa regra constitucional para invocar a situação de uma pretensa imunidade parcial e, conseqüentemente, justificar a impossibilidade da cobrança da retribuição pelos municípios.

Esse, inclusive, o fundamento dos acórdãos, cujas ementas transcrevemos nessa oportunidade:

“Tributário – Preço Público – Mandado de segurança concedido contra ato de autoridade pela cobrança de ‘preço público’ por ocupação do espaço público pela implantação de postes de distribuição de energia elétrica – Reexame necessário – Taxa travestida de Preço Público – Diferenciação – Município de Cachoeira Paulista – Decreto Municipal nº 26/96 – Inadmissibilidade da cobrança – Concessionária que recebeu isenção tributária – Afronta aos arts. 21, inciso XII, “b”, 22, inciso VI e 145, inciso II, da CF/88 – Recurso improvido.” (Ac un. da 10ª C do 1º TAC SP – AC 776.264-3 – j. 11.08.98 – DJ SP I – 16.09.98, p. 93 – emenda oficial).

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES. IMPROPRIEDADE DO MEIO E ILEGITIMIDADE ATIVA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI NA VIA DE EXCEÇÃO. Rechaçadas as preliminares porque, em se tratando de controle difuso, pode ser exercido por qualquer pessoa e em qualquer processo. Conhece-se, também, a segurança, por se dirigir contra lei de efeitos concretos, que gera efeito imediato, não necessitando de ato normativo posterior e é direcionada a ente definido, não se revestindo do caráter de generalidade e abstração atinentes às leis em geral. No mérito, declara-se a inconstitucionalidade, na via incidental, da taxa de ocupação por solo público, no âmbito do município de São Cristóvão, que objetiva tarifar, a concessionária de energia elétrica, o solo de logradouros públicos para afixação de postes indispensáveis à transmissão de energia elétrica, inteligência do art. 155, § 3º da CF e legislação infra constitucional pertinente — arts. 1º e 2º do Decreto 84.398/80. (Ac. nº 2.166/99 – MS nº 20/99 – Aju – Rel. Des. Aloísio de Abreu Lima – DJE de 25.10.99 – pág. 07).

À primeira vista pode parecer que o dispositivo constitucional indigitado se adequa perfeitamente ao caso em tela. Teríamos, aparentemente, uma situação de “não incidência” constitucional ou, na linguagem da doutrina, uma imunidade virtual, consagrando, indiretamente, uma vedação ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital ou municipal).

Debruçando-se sobre o caso objeto da investigação, apesar de não se negar a existência da imunidade parcial, pois mandamento constitucional, é forçoso reconhecer que não tem aplicação no objeto discutido. O legislador constituinte ao trazer a presente regra afirmou que, sendo considerada a energia elétrica como “mercadoria”, sobre ela e sobre as suas operações, somente incidiriam ICMS (imposto estadual), I.I. e I.E. (importação e exportação – impostos federais).

Não afirmou, direta ou indiretamente, que as concessionárias de energia elétrica estavam imunes a outros tributos. Disse, isto sim, que nas operações de energia elétrica não poderiam incidir outros tributos, salvo os definidos constitucionalmente.

Tanto isso é verdade que o legislador constituinte excluiu, expressamente, até mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista da imunidade geral prevista no art. 150, VI, “a” (ver § 3º). A impetrante, em que pese concessionária de Serviço Público, é empresa privada. Se os entes da administração indireta não possuem imunidade geral, muito menos a impetrante.

Tal disposição foi incluída na Lei Suprema em face da extinção dos chamados impostos únicos que vigoravam na antiga ordem constitucional.

A propósito do tema, é de se trazer à baila as conclusões de SACHA CALMON NAVARRO COELHO após comentar o dispositivo em análise (*“Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário”*, Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1997, pág. 407):

“Como sabido, estas mercadorias (e a energia o é, pois é coisa móvel sujeita a tipificar o crime de furto; subtração de coisa alheia móvel) estavam, antes da CF de 1988, sujeitadas aos chamados impostos únicos. Eram assim chamados porque além de

monofásicos (só podiam incidir numa das fases do ciclo de circulação, excluídas as demais fases) excluíam a incidência de outros tributos sobre os objetos por eles já incididos. Com a subsunção dos impostos únicos no título do ICMS, quebrou-se a imunidade e adotou-se a não cumulatividade. Então para prevenir 'outros tributos' foi lavrada a regra da imunidade virtual ora em foco."

Outro não poderia ser o entendimento, lastreado em dois argumentos insuperáveis: 1º) A imunidade é de natureza tributária e a retribuição a ser cobrada não tem o caráter de tributo; 2º) A não-incidência se relaciona tão somente às operações de energia elétrica e não a todas e quaisquer atividades prestadas pela empresa concessionária. Ou será que a impetrante, com fundamento em tal imunidade, iria pleitear o não pagamento de Imposto sobre a Renda, Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana ou, mesmo, Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis?

A não-incidência existe para preservar as operações de compra, venda, transformação de energia elétrica. Diz respeito à atividade de geração e distribuição de energia em si, tão-somente. Como referiu SACHA COELHO, a imunidade abrange a tributação sobre a energia, enquanto mercadoria. E só.

Ao cabo dessa análise, cabe-nos apresentar as conclusões:

- a) O uso dos bens públicos, em especial o do solo urbano, por expressa disposição legal, pode ser gratuito ou oneroso, não havendo nenhum óbice para, mediante lei, ser fixada retribuição pela utilização *uti singuli* do respectivo bem;
- b) O Município, em face de sua autonomia como ente integrante de Federação Brasileira, poderá fixar, obedecendo ao princípio da legalidade, retribuição pelo uso do solo urbano, que não terá natureza tributária;
- e) A competência privativa da União para legislar e dispor sobre concessão do serviço público de energia elétrica não tem abrangência de interferir na autonomia municipal, pois prerrogativa de raiz constitucional e inerente à estrutura do Estado brasileiro;

- d) O art. 2º do Decreto Federal Nº 84.398/80, na parte que autoriza o uso do solo sem ônus, não foi recepcionado pela atual ordem constitucional;
- e) Como decorrência da concessão do serviço público de energia elétrica a utilização do bem público é compulsória, mas necessita de autorização do ente estatal (município), a título gratuito ou oneroso;
- f) A imunidade parcial constante do art. 155, § 3º da Lei das Leis diz respeito tão somente às operações relativas à energia elétrica, não se aplicando à cobrança da retribuição pela instalação de postes de energia elétrica (uso do solo urbano).

Aracaju, 22 de novembro de 1999.

(*) Promotor de Justiça/SE; Mestre em Direito Constitucional e Professor de Direito Constitucional da UFS e UNIT.

PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO DOS INSTRUMENTOS DA GESTÃO URBANA

*Pedro Victório Daud
Promotor de Justiça*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proporcionou ao direito urbanístico uma nova fase na legislação nacional, não só prevendo-o expressamente no artigo 24, inciso I, como competência concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal, mas também outorgando aos Municípios diversas oportunidades de regulamentar normas que estão diretamente relacionadas ao direito urbanístico, apesar do dístico de concorrência somente entre a legislação federal, estadual e do Distrito Federal.

O artigo 23, que confere competência comum à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em seu inciso IX, estipula pertencer a todos a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; em seu inciso X prevê o combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; política de educação para o trânsito (XII).

As promoções das competências comuns acima descritas, estão direta ou indiretamente relacionadas ao direito urbanístico, na sua forma mais ampla de aplicação.

Da competência atribuída aos Municípios, no art. 30 da Carta Constitucional, destacamos os incisos I, II, VII e IX, que conferem aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; prestar serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado; promover

a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Como se vê, o artigo 30 da Carta Constitucional também outorgou aos Municípios diversas oportunidades de legislar sobre assuntos de sua esfera de interesse, sendo que alguns são pertinentes ao campo do direito urbanístico, tais como a proteção do patrimônio histórico-cultural local, serviços de atendimento à saúde da população, incluindo-se, entre estes, o saneamento básico, serviço de água e outros.

Importante, assim, ressaltar a posição do Município diante do diploma constitucional brasileiro, promulgado em 1988, onde lhe foi reconhecida a autonomia política, em face do disposto no seu artigo 1º, como parte integrante da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, corroborado pelo artigo 18 daquela, que confirma o Município compreender a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, em conjunto com a União, os Estados e o Distrito Federal, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Portanto, a Carta Constitucional fez da autonomia municipal uma questão principiológica, e outorgou aos Municípios meios de executá-la, ao instituir na Política Urbana, os artigos 182 e 183, da Carta de 88, a política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público municipal, com as prerrogativas de ordenar o desenvolvimento urbano, através do desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, obrigando a elaboração de um plano diretor, para cidades com mais de vinte mil habitantes, como instrumento básico dessa política desenvolvimentista, nos termos da lei federal, que, se inexistente, no dizer de Carrazza¹, não impede o Município de realizar as providências ali referidas, com base nas leis locais, tanto porque a lei federal não pode ir além do estabelecimento de normas gerais, não podendo descer a “assuntos de interesse local”, de competência privativa dos Municípios, posicionamento que, evidentemente, não encontra total apoio na doutrina pátria, vez que para alguns, como o próprio Nilo de Castro, “a autonomia política do Município não é possível dentro do Federalismo”.²

Destarte, com a inexistência, até então, da lei federal que institua normas gerais de direito urbanístico, competência legislativa atribuída à União (§ 1º, art. 24, CF); ou mesmo pela falta de lei estadual que a suplemente (§ 3º, art. 24, CF), caberá aos Municípios, valerem-se da legislação infra constitucional existente, recepcionada pela Constituição de 1988, para legislar, no que couber, dentro dos limites constitucionais e da ótica da autonomia municipal, sobre a política de desenvolvimento urbano, traçada nos artigos 182 e 183 do texto magno.

Será dentro desses limites que estudaremos o Projeto de Lei que institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Aracaju, no que pertine ao seu Título IV, que cuida **Dos Instrumentos da Gestão Urbana**.

II. Dos Instrumentos da Gestão Urbana

2.1 A Lei Orgânica

A Lei Orgânica do Município de Aracaju, em seus artigos 185 a 199, cuida das diretrizes básicas do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, garantindo a todo proprietário o direito de construir, vinculando-os, em vista da função social da propriedade, ao coeficiente único de aproveitamento igual a 1,0 (um), para toda cidade de Aracaju.

Caberá ao PDDUA fixar áreas em que se possa exceder o coeficiente único, bem como determinar um coeficiente de aproveitamento abaixo deste, nas áreas com baixa densidade. Prevê os casos em que o direito de construir pode ser transferido e ou transacionado com terceiros, fixando-lhe parâmetros.

O artigo 199 *caput* da Lei Orgânica outorga ao Município o direito de construir, ao normatizar que este deve ser sempre adquirido do Poder Público Municipal no ato da licença de construção à qual é vinculado, e em seu artigo 200 estipula o *quantum* deverá ser recolhido aos cofres da municipalidade, pelo exercício do direito de construir, garantindo o não pagamento quando utili-

zado o coeficiente único um (1,0), e isentando quando menor ou igual a 2,0 (dois).

2.2 O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Aracaju — PDDUA

O Projeto do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Aracaju, que se encontra em tramitação na Câmara Municipal, no Título IV, em seus artigos 35 a 75, trata DOS INSTRUMENTOS DA GESTÃO URBANA.

O Capítulo I cuida do solo criado e da outorga do direito de construir; o Capítulo II da transferência do direito de construir; o Capítulo III, do parcelamento, edificação ou utilização compulsórias e da requisição urbanística; o Capítulo IV, do imposto territorial e predial progressivo sobre a propriedade imobiliária; o Capítulo V, das operações urbanas consorciadas; o Capítulo VI, da regularização fundiária, e, por fim, o Capítulo VII, do fundo de desenvolvimento urbano e ambiental.

O conceito de solo criado inserto na Carta de Embu³ diz que *será toda edificação acima de coeficiente único, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo*⁴. O art. 35 do PDDUA, define-o como sendo *“a área de construção que ultrapassa ao coeficiente único de aproveitamento”*. Tal coeficiente é 1,0 (um), nos termos do artigo 199 da Lei Orgânica Municipal, que permite ao proprietário construir o equivalente à metragem quadrada do terreno, sem qualquer pagamento relativo à criação de solo.

Permite, o § 2º do art. 35, que seja ultrapassado o coeficiente de aproveitamento único desde que observado o potencial construtivo previsto para a zona e demais dispositivos desta lei.

O art. 36 garante ao Município a cobrança, a título de outorga onerosa, o correspondente à área de construção relativa ao solo criado, todavia os valores dispostos nos incisos deste artigo contrariam o art. 200 da Lei Orgânica, lei maior na hierarquia municipal, pois tem esta o condão de lei materialmente constitucional em relação ao Município.

Prevê, a Lei do Plano Diretor, a possibilidade do pagamento da outorga do solo criado mediante a doação de terrenos, desde

que seja de interesse do Município, ouvido o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, terrenos esses que se destinarão exclusivamente à preservação ambiental, equipamentos públicos comunitários e sistemas viário básico.

Os artigos 41 a 44 disciplinam a transferência do direito de construir, de modo que o imóvel que não se puder utilizar do seu potencial construtivo de aproveitamento único poderá ser transferido para outro imóvel, por instrumento público, mediante prévia autorização do poder executivo, obedecidas as disposições desta lei e demais normas dela decorrentes. Uma vez exercido esse direito, o mesmo fica vinculado ao imóvel que o recebeu, sendo vedada nova transferência ou o retomo ao imóvel cedente.

Verifica-se, pelo artigo 41, que só se transfere o potencial construtivo não utilizado até o índice 1,0 (um), que é o coeficiente de aproveitamento único, de modo que o potencial construtivo superior ao coeficiente único não é passível de transferência.

Os artigos 45 *usque* 51 tratam do parcelamento, edificação ou utilização compulsórias e da requisição urbanística. Os dois primeiros estão previstos no § 4º do artigo 182 da CF/88 e no art. 185 da Lei Orgânica. A requisição urbanística, prevista no § 6º desta última lei, não é prevista constitucionalmente.

São considerados imóveis sub-utilizados aqueles que não atenderem aos parâmetros mínimos de ocupação, ou seja, 0,5 nas ZAP's, e 0,2 nas Áreas de Diretrizes Especiais. Identificados os imóveis, serão os seus proprietários notificados para que promovam no prazo de dois ou cinco anos, respectivamente, o parcelamento ou a edificação cabíveis no caso; a utilização efetiva da edificação para fins de moradia, atividades econômicas ou sociais.

Ultrapassados os prazos acima, o Município aplicará alíquotas progressivas na cobrança do IPTU, sobre esses imóveis, num prazo de cinco anos, após o que o município desapropriará o imóvel, nos termos do art. 182, § 4, inciso III, da Constituição Federal, disciplinados nos artigos 52 a 56 do PDDUA.

A requisição urbanística é prevista na Lei Orgânica em substituição à desapropriação, caso o Município comprove impossibilidade de capacidade de endividamento. O valor a ser atribuído ao imó-

vel será correspondente ao valor deste antes das obras de urbanização ou reurbanização realizadas com recursos públicos, segundo valor venal do imóvel, num prazo máximo de cinco anos. Segundo o art. 51 do Projeto do PDDUA, sujeitam-se à requisição urbanística os imóveis onde se encontram parcelamentos ilegais, proporcionando a interpretação de que os imóveis regulares a ele não se sujeita. Além disso, essa figura não é prevista constitucionalmente.

O Capítulo V do PDDUA trata das operações urbanas consorciadas, que serão utilizadas em empreendimentos conjuntos da iniciativa privada e dos poderes público federal, estadual e municipal, isoladamente ou em conjunto, visando a integração e a divisão de competências e recursos para a execução de projetos comuns.

Consistem nas operações urbanas, consórcios imobiliários e operações de interesse social. Poderão ocorrer por iniciativa do poder público, ou através de proposta dos interessados, sempre levando-se em conta o interesse público da operação pelo órgão municipal de desenvolvimento urbano, ouvido o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental.

Caberá ao Poder Executivo Municipal regular as diretrizes da lei, as áreas e parâmetros onde serão permitidas a implantação de operações urbanas consorciadas e a forma de participação dos interessados. O cálculo do valor do imóvel, nestas operações, será sempre tomado pelo valor venal antes da realização das obras de urbanização. Os interessados poderão oferecer em contrapartida, quando a lei não o especificar, recursos para o Fundo de Desenvolvimento Urbano e Ambiental; terrenos e habitações destinadas a população de baixa renda; recuperação ambiental ou de patrimônio cultural.

A operação urbana tem por objetivo alcançar transformações urbanísticas e estruturais na cidade, com a participação de recursos da iniciativa privada, num conjunto integrado de intervenções e medidas coordenados pelo Poder Público Municipal.

Para a proposta de Operações Urbanas exige-se a anuência expressa de no mínimo 2/3 dos proprietários da área objeto do projeto. Havendo população de baixa renda, residente nessa região, a definição da área para implantação de habitação de interesse social destinada a esta população estará contida no perímetro

urbano da operação, cabendo ao poder público municipal a gestão e o repasse dessas habitações.

Os participantes da operação poderão ter que adquirir onerosamente estoque de área edificada, caso a lei específica da operação urbana venha a estabelecer um estoque dessas áreas superior ao estoque da zona a ser edificada. Os recursos assim auferidos integrarão o Fundo de Desenvolvimento Urbano e Ambiental e serão vinculados à operação específica. Alternativamente, os empreendedores poderão oferecer contrapartida, em obras e equipamentos públicos para a área, desde que os mesmos estejam previstos e aprovados para a operação.

Consórcio imobiliário consiste numa associação do proprietário com a Municipalidade, pela qual ele entrega a esta seu imóvel e, após a execução do plano, recebe, como pagamento, imóvel devidamente urbanizado, correspondente ao valor do seu imóvel antes das obras de urbanização realizadas com recursos públicos⁵.

O Projeto de PDDUA define-o como *“um instrumento de cooperação do Poder Público com a iniciativa privada de forma a viabilizar financeiramente os planos de urbanização em áreas que tenham carência de infra-estrutura e serviços urbanos, e que contenham imóveis urbanos não edificadas, não utilizados ou subutilizados, no qual o proprietário entrega o seu imóvel ao executivo municipal e após a realização das obras, recebe parte do imóvel devidamente urbanizado, ressarcindo ao Município o custo da obra, em lotes, conforme o artigo 186 da Lei Orgânica”*.

Poderá, ainda, o Município, reservar para si, a título de ressarcimento, uma determinada quantia de imóveis de valor equivalente à totalidade dos custos públicos e o da administração do empreendimento que poderão ser comercializados por preços compatíveis com o mercado, conforme a regulamentação legal.

Os proprietários de imóveis localizados em áreas de interesse social ou numa quadra contígua poderão requerer ao executivo municipal aprovação de Operação de Interesse Social, com projeto para habitação de interesse social ou de uso misto, comércio ou serviço e habitação de interesse social, mediante plano de urbanização e anuência expressa de no mínimo 2/3 dos proprietários.

rios da área objeto do projeto, nos termos dos parâmetros exigidos para esse fim.

Os proprietários não participantes do referido projeto poderão ter seus imóveis desapropriados, a fim de viabilizar a sua execução, correndo as despesas dessa desapropriação, pelos demais proprietários.

As urbanizações de interesse social encontram base jurídica não no parcelamento do solo urbano previsto na Lei 6.766/79, porque esta prevê o parcelamento efetuado pelo particular, ao passo que esta atividade é exercida pelo poder público.

As bases jurídicas para tal se encontram na lei das desapropriações (Decreto-lei 3.365/41), cujo art. 5º, letra i, considera de utilidade pública para fins de desapropriação: *"...a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica, higiene ou estética"*⁶.

O termo "plano de urbanização" é empregado no sentido amplo, como toda *"atividade criadora de núcleos urbanos (g.n.) novos ou reordenadora de cidades ou bairros envelhecidos ou desajustados de suas novas destinações são objeto dos planos de urbanização, de reurbanização, de remembramento, de renovação urbana que, em última análise, traduzem a mesma idéia de melhoramento urbanístico..."*⁷

O suporte constitucional dessa atividade está no dever imposto ao Poder Público em satisfazer a necessidade humana de uma moradia digna, de modo que se confira à União a competência para instituir diretrizes para a habitação (art. 21, XX) e esta a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX).

Os artigos 66 a 71 prescrevem normas de regularização fundiária, para as quais o executivo municipal poderá promover a concessão real de uso para os assentamentos espontâneos localizados em áreas públicas, mediante lei específica; assegurar assistência jurídica e técnica para as pessoas que percebam até três salários mínimos, para a regularização do título aquisitório, bem assim promover as ações discriminatórias, quando for o caso.

A regularização fundiária só é aplicada nas áreas de assentamentos espontâneos, ou seja, as ocupadas por população de baixa renda, destituídas da legitimidade do domínio dos terrenos, cuja forma se dá em alta densidade e em desacordo com os padrões urbanísticos legalmente instituídos; e nas áreas de interesse social, já analisadas.

O art. 67 da Lei prevê os casos não passíveis de regularização fundiária, tais como: os localizados sobre oleodutos e redes de água e esgoto, redes de alta tensão ou outras áreas de servidão, necessárias à segurança de infra-estruturas; em áreas que ofereçam risco à segurança de seus ocupantes; nas localizadas em áreas destinadas a realização de obras urbanísticas, localizadas sob pontes ou viadutos ou em área de interesse ambiental, e as existentes a menos de doze meses da publicação desta lei.

A vedação da regularização fundiária de lotes com área abaixo de 60,00 m², ou os residenciais acima de 200,00 m², previstas no art. 68 do projeto, em nosso entendimento trata-se de registro público, cuja competência legislativa não pertence ao Município.

O plano de urbanização para as áreas de assentamento espontâneo, passíveis de regularização fundiária será elaborado pelo executivo municipal, e deverá conter, no mínimo as formas de participação da população, bem como a da iniciativa privada; definição do sistema viário, das normas de parcelamento, uso e ocupação do solo, obedecidas a lei e a fixação de preços, forma de financiamento, transferência ou aquisição das unidades habitacionais a serem produzidas.

O Fundo de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, criado e regulado nos artigos 72 *usque* 75, é um dos instrumentos básicos para a execução da política urbana e tem como objetivo a promoção do desenvolvimento urbano, dando suporte financeiro à implantação de objetivos, programas e projetos decorrentes da referida lei.

Vinculado ao órgão municipal de desenvolvimento urbano, caberá ao Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental a fiscalização da gestão de seus recursos, constituídos:

1) pelas importâncias que forem recolhidas em virtude da outorga onerosa da autorização de construção de área superior ao coeficiente único de aproveitamento;

II) das taxas de licenciamento e fiscalização de obras e processos relativos ao patrimônio cultural e Áreas de Interesse Ambiental;

III) das multas administrativas, por atos lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural e das taxas incidentes sobre a utilização dos recursos ambientais;

IV) rendas provenientes da aplicação de seus próprios recursos;

V) por auxílio, subvenção ou contribuição de outros órgãos públicos;

VI) quaisquer outros recursos que lhe sejam destinados.

III. Direito de Propriedade e Direito de Construir: O solo criado

3.1 A propriedade e o direito de construir

A regulamentação do direito de construir, como restrição ao direito de propriedade, *repousando as limitações urbanísticas sobre a base filosófica da solidariedade entre os componentes do grupo social, onde estão todos sujeitos a suportar um sacrifício razoável e gratuito, em favor da coletividade, motivo pelo qual as restrições urbanísticas encontram características básicas na generalidade e na razoabilidade*⁸, encontra respaldo normativo na legislação federal, no Código Civil de 1916, ao limitar o direito de construir como obediente à regulamentação administrativa, e ainda em outras lei, como, v.g., a Lei 6.766/79, especialmente após as modificações que sofreu com o advento da Lei 9.785, de 1º de fevereiro de 1999.

O conceito inicial de direito de propriedade, encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada na França, em 20 de agosto de 1789, como sendo um “*direito inviolável e sagrado*”, embora ficasse resguardada a privação da propriedade em favor do Estado “*quando a necessidade pública legalmente verificada o exigisse de modo evidente e mediante justa e prévia indenização*”, como um corolário da noção de domínio eminente

do Estado sobre o seu território, respaldado pelo Estado liberal como um dos direitos e garantias individuais⁹.

A Constituição Imperial Brasileira, de 25 de março de 1824, garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude, com a única ressalva da desapropriação.

No plano da legislação ordinária, *“em idêntico sentido, nosso Código Civil estendeu o direito do proprietário, verticalmente, até as raias de seu interesse, fazendo-o parar aí. E, assim estabelecido, consagra a melhor doutrina pátria”*¹⁰.

Entretanto, o conceito absolutista da propriedade foi superado, tal como direito inviolável e sagrado, pela forma consagrada de Léon Duguit, para quem *“a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza”*¹¹. A função social da propriedade encontrou guarida na Constituição de 1934, herdada da Constituição de Weimar de 1919, todavia, a função social da propriedade não encontrou apoio no âmbito das decisões do Judiciário.

O direito de propriedade, constitucionalmente protegido na história constitucional brasileira, tem a sua regulamentação a cargo da legislação ordinária, que tem a missão de fixar o conteúdo, o exercício e os limites do direito de propriedade, o que ocorre em nosso Código Civil de 1916.

A Carta Constitucional de 1988 garante o direito de propriedade de várias formas. Inicia-a no *“caput”* do artigo 5º ao proteger a inviolabilidade do direito propriedade, e, expressamente no inciso XXII desse artigo. No artigo 170, inciso II, reforça-o, qualificando a propriedade de propriedade privada; como corolário dos fundamentos da livre iniciativa, como consta no artigo primeiro.

A proteção autoral, nas participações individuais e coletivas em obras e reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas, aos direitos sobre inventos industriais, e a garantia da sucessão hereditária, todos do artigo 5º, reforçam o direito constitucional à propriedade privada, limitada pelo atendimento à sua função social, como se vê no inciso XXIII.

A legislação civil, no art. 524, assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder

de quem quer que injustamente os possua. A plenitude da propriedade se revela quando todos esses elementos estiverem reunidos em poder do proprietário. Limitar-se-á tal direito quando um dos seus elementos estiver destacado em favor de outrem, ônus real, ou for resolúvel (art. 525, CC).

A abrangência da propriedade está consagrada no art. 526, incluindo o que lhe é superior e inferior, até o limite da utilidade de exercício ao seu proprietário. A presunção é a do domínio exclusivo e ilimitado, até que se prove o contrário (art. 527, CC).

O direito de construir, disciplinado pelo art. 572, do CC, nos seguintes termos: *“O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”*, é a pedra angular da discussão do direito urbanístico, nos moldes da legislação nacional vigente, a fim de se aquilatar a constitucionalidade de alguns novos dispositivos da lei municipal, principalmente no que pertine à separação do direito de construir do direito de propriedade.

O direito de propriedade consagrado na Constituição Federal, como visto, oriundo do Estado Liberal a que nossa Carta se filia, mesmo sem o rigorismo de sua origem, graças à consagração do princípio da função social da propriedade, já bem mais aceito em nossos dias, abrange a propriedade de bens móveis e imóveis, bem como os da lavra da produção científica e literária, que podemos resumir como sendo os direitos autorais.

A propriedade de bens imóveis tem por objetivo precípua as construções e plantações, tratadas como acessões artificiais, e como forma de aquisição de propriedade imóvel, nos termos do art. 530, II, e 536, V, direitos tais que são intrínsecos ao próprio direito de propriedade de bens imóveis, além das acessões naturais: aluvião, avulsão, formação de ilhas e álveo abandonado.

De que vale tal direito sem que o proprietário de prédio urbano ou rústico nele possa construir ou plantar? Ter o direito de propriedade sem no seu imóvel poder construir ou plantar é o mesmo que não o possuir, de modo a não se conseguir vislumbrar a separação entre ambos, principalmente em favor de um ente público, tal qual como quer o Município no âmbito urbano, a separação do direito de construir do direito de propriedade.

O direito de propriedade encontra as limitações impostas pelos ônus reais, ou a resolução da propriedade o respeito ao direito dos vizinhos, os regulamentos administrativos, a função social da propriedade; porém, de que forma a propriedade urbana atinge a sua função social? A resposta é visível no § 2º do art. 182, da CF, que diz que *“A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”*.

O descumprimento dessa função social permite ao Município exercer o direito de desapropriar o dito imóvel, como forma de indenização diversa da tradicional, ou seja, não com prévia e justa indenização, mas em até dez anos, mediante título da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, em dez prestações anuais e sucessivas.

Desse modo, o direito de construir, inerente ao direito de propriedade, e dele inseparável, pode, e deve, diante das novas necessidades do homem frente à realidade social em que se encontra, ser disciplinado pelo Município, não, porém, a ele pertencê-lo, tendo o proprietário que lhe pagar para construir acima do coeficiente único de aproveitamento, como consta do Projeto de PDDUA do Município de Aracaju.

3.2 Do solo criado

O conceito de solo criado definido na Carta de Embu diz que será toda edificação acima de coeficiente único, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo. Assim, o proprietário de um terreno urbano nele pode construir até o limite fixado para o coeficiente único de aproveitamento, que é igual a 1,0 (um) pelo projeto do PDDUA, sem que isso implique na criação de solo, mesmo que a obra se projete para cima, ou para o subsolo.

Exemplificando, o proprietário de um terreno de quatrocentos metros quadrados (400 m²) pode construir até 400 m². Em virtude de ser obrigado a deixar recuos em sua construção, não poderá ocupar por toda a área do terreno, podendo, destarte, construir andar ou no subsolo até aquele limite, sem que haja a incidência do solo criado.

Para construir acima daquele limite, estará sujeito à autorização do poder público municipal, que a dará nos conformes do disciplinamento erigido pelo Plano Diretor, de acordo com a zona em que se situa o dito imóvel, constituindo-se em verdadeira limitação administrativa ao direito de construir do proprietário.

Para José Afonso da Silva, o conceito de solo criado não importa na separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Em verdade, entende que sua correlação transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido, de modo que se a legislação de uso e ocupação do solo estipular um coeficiente abaixo do mínimo para alguma área, terá o proprietário o direito de uma compensação por isso, devida à limitação estabelecida em desigualdade com os demais proprietários.¹²

Desta forma, o solo criado nada mais é do que uma limitação ao direito de construir, permitida pelo art. 572 do Código Civil, no que pertine à observância dos regulamentos administrativos, e não uma norma de direito de propriedade, de competência legislativa federal. Assim, sustenta o ilustre doutrinador que a instituição do solo criado pode ser estabelecida por lei municipal de uso e ocupação do solo.¹³

Todavia, observa Mukai, que o referido jurista não levou em consideração que o instituto pressupõe a compra do direito de construir acima do coeficiente único, como ocorre na França, de modo que a transferência do direito de construir é componente necessário do conceito de solo criado. A criação do solo, como disciplina do direito de construir, é da órbita municipal, porém a sua negociabilidade é possível suscitar dúvidas, cabendo a competência legislativa à União regular, ou pelo menos permitir, por ser um conteúdo econômico do direito de propriedade, a disposição do direito.

Defende, o citado jurista, que a transferência do potencial construtivo, prática semelhante à do solo criado, ser possível a sua criação por lei municipal, independente de lei federal, posto que, aqui, o assunto se esgota no campo estritamente urbanístico. Faculta-se a alguém, que teve restringido o uso de sua propriedade, compensar-se, na mesma proporção, em outro local, onde possua

também propriedade. Neste caso não há obrigação de dar, que só pode ser instituída por lei federal, ao passo que a lei municipal só pode instituir obrigações de fazer ou não fazer, que é o caso.

Ao analisar o instituto do solo criado, há que se ter presente a lição de M. Seabra Fagundes: *“em se tratando de imóvel localizado na zona urbana, é na possibilidade de construir, via de regra, que está a essência econômica da propriedade”* ... *“tornar o direito de construir autônomo, e não adstrito, no seu exercício, a exigências, ora mais, ora menos rigorosas, significa esvaziar o direito de propriedade em termos de valor patrimonial”* ... *“quando a carta Política assegura o direito de propriedade (art. 153, § 122), embora condicionado a uma função social (art. 160, n. III), visa a protegê-lo ao menos naquilo mais expressivo, em seu teor, como elemento patrimonial”*¹⁴.

M. Seabra Fagundes, apesar de ter firmado a Carta de Embu, ressaltou que entende que a regulamentação do solo criado, porque tal legislação envolve o direito de dispor, depende de lei federal¹⁵.

O projeto de Lei do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Aracaju, trata o direito de construir separadamente do direito de propriedade, e, além disso, o potencial construtivo acima do coeficiente único de aproveitamento, como sendo de sua propriedade, que, para ser utilizado pelo proprietário do solo, terá que ser adquirido da municipalidade.

O solo criado, ou seja, a utilização do imóvel urbano acima do coeficiente único de aproveitamento, quando permitido pelo Município, terá que lhe ser pago como se a este pertencesse, e não ao proprietário do terreno, porque separa o direito de construir do direito de propriedade, mediante a chamada outorga onerosa, nos termos do artigo 36 do projeto.

O projeto que se analisa não contemplou a hipótese da venda do direito de construir, apesar de prevista tal hipótese no art. 198 da Lei Orgânica, quando o proprietário não utilizar totalmente o coeficiente único de aproveitamento, no caso igual a 1,0 (um).

Sob esta ótica, o projeto é inconstitucional, porque, como vimos, o direito de construir é inerente ao direito de propriedade, separá-lo deste importa em esvaziá-lo, por afetar o seu conteúdo econômico, de modo a torná-lo inexistente.

Tal separação, ao nosso ver, não é possível nem mesmo por emenda constitucional, porque esta feriria o princípio da propriedade privada protegido pela Carta Política de 1988, inerente ao fundamento da República Federativa do Brasil, o da liberdade de iniciativa.

Mudança principiológica de tamanho quilate, somente se permitiria ao legislador originário, e, jamais, ao legislador derivado. O direito de construir pertence ao proprietário do imóvel, assim como lhe pertence o próprio imóvel.

IV. A Legislação Federal

4.1 O Direito Urbanístico

A competência para legislar sobre direito urbanístico é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, cabendo à União apenas legislar sobre normas gerais, não excluindo essa competência supletiva dos Estados.

Durante a inexistência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades, sendo a eficácia dessas leis suspensas quando da superveniência da lei federal, no que lhe for contrário.

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei que estabelece as normas gerais de direito urbanístico, para serem seguidas pelos Estados, e, por consequência, aos Municípios, no que a estes couber, permitindo-lhes implementar a política de desenvolvimento urbano prevista nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Todavia, diante da enorme dificuldade de aprovação dessa lei, em face de sua polêmica e da pressão dos interessados, ou desinteressados, o mencionado projeto dorme em berço esplêndido, prejudicando sobremaneira a efetivação dos ditames constitucionais, que têm por finalidade a ordenação das cidades, visando o melhor aproveitamento do solo, com o objetivo de proporcionar uma melhor qualidade de vida às pessoas, como já se opera em diversos países.

Para que o Município exija o cumprimento da função social do imóvel urbano, com o aproveitamento adequado daquele, por parte de seu proprietário, para os casos do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, impondo-lhe as sanções previstas nos incisos I, II e III, do § 4º, do art. 183, da CF, ou seja, parcelamento ou edificação compulsórios; IPTU progressivo; ou a desapropriação com pagamento em até dez anos, é mister a existência da lei federal, pois assim o exige o mencionado parágrafo.

Diante da inexistência de tal lei, em final de janeiro deste ano, publicada em primeiro de fevereiro de 1999, foi editada a Lei 9.785, que, entre outras matérias, alterou a Lei 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, introduzindo em vários artigos, normas que permitem uma interpretação mais favorável aos Municípios, para a implementação, ainda que parcial, da política de desenvolvimento urbano, através do plano diretor ou outra lei municipal.

4.2 A Lei 6.766/79 e suas alterações

A Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dispõe do parcelamento do solo urbano, disciplinando os requisitos urbanísticos para o loteamento e o desmembramento e das normas para a aprovação dos projetos respectivos, inclusive estabelece normas relativas ao registro dos mesmos e sanções criminais em face do descumprimento desta lei.

O Capítulo VII da Lei, trata *Dos Contratos* oriundos da venda de lotes a prazo, mediante compromisso de compra e venda, tornando-os irretratáveis, inclusive as cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros, em complemento ao disposto no Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

A jurisprudência pátria estendeu o campo de aplicação das disposições relativas ao compromisso de compra e venda para lotes a prazo, para toda e qualquer venda de imóveis a prazo, bem assim, entende o STJ que o registro do contrato no Registro Imobi-

liário só é obrigatório para valer contra terceiros, de sorte que não é essencial para surtir efeito jurídico entre as partes.

Ressalte-se, também, a influência dos artigos 53 e 54 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.78, de 11-9-1990, nos compromissos de compra e venda, que vedam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato. A devolução do imóvel importará na devolução das parcelas pagas, devidamente atualizadas, descontando-se as vantagens econômicas auferidas com a fruição e os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar, mediante a combinação do § 2º do artigo 53, como § 2º do artigo 54, do CDC.

A Lei 9.785/99, provocou algumas, porém importantes alterações na Lei 6.766/79, tanto na disciplina do parcelamento do solo urbano, quanto no compromisso de compra e venda.

No tocante ao compromisso de compra e venda, importante alteração introduzida foi o acréscimo do § 6º ao artigo 26 da Lei 6.766/79, que confere ao compromisso de compra e venda, às cessões e às promessas de cessão valor de título para o registro da propriedade do lote, quando acompanhados da respectiva quitação.

Na esfera municipal, a principal novidade trazida por esta lei foi a outorga ao estabelecido pelo plano diretor, como forma de normatização do parcelamento do solo urbano, tais como a definição de lote urbano como sendo o servido de infra estrutura básica cujas dimensões atendam os índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

A nova redação dada ao Artigo 3º: *“somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.”*

Caberá à lei municipal definir os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes de aproveitamento, para cada zona em que se divida o território do Município, alterações constantes do Artigo 4º.

No momento em que a norma disciplinadora se reporta ao estabelecido pelo plano diretor ou lei municipal, devemos enten-

der que o plano diretor o estabelecerá nos Municípios em que este venha a existir. Não havendo plano diretor, devido à sua inexigibilidade para os Municípios que não tenham população superior a vinte mil habitantes, outra lei municipal, que não o plano diretor, tratará dessa disciplina.

Em outros momentos a Lei Federal refere-se caber à lei municipal apenas. Neste caso, devemos entender que não é o plano diretor que definirá essas matérias, mas, sim, lei municipal que lhe seja superior, como é o caso da própria Lei Orgânica, ou outra lei que lhe seja específica, não retirando, porém, do plano diretor, a possibilidade de regulamentação do ali definido.

No que pertine à separação do direito de construir do direito de propriedade, nada de novo foi editado pelas mudanças sancionadas, de modo que não poderá a lei municipal, ou o plano diretor, disciplinar nesse sentido se não apenas como meio de restrição administrativa ao direito de construir, como já foi abordado.

O que se percebe das alterações vistas, é que a União, não aprovando a Lei Federal regulamentadora das normas gerais do direito urbanístico, pelas dificuldades já vistas, de modo homeopático insere na legislação vigente normas urbanísticas gerais, que permitem dar vida, mesmo que embrionária e com as devidas limitações do que couber, à elaboração dos planos diretores pelos Municípios brasileiros.

V. Conclusão

O direito urbanístico, previsto em nossa legislação há mais de quarenta anos, tomou corpo na Carta Constitucional de 1988, previsto expressamente no artigo 24, inciso I, como competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal.

A competência concorrente não foi atribuída aos Municípios, cabendo-lhe a competência suplementar, no que couber, nos termos do artigo 30, II, da CF, além do disposto no artigo 23, IX, X e XII, que conferem aos Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais

e de saneamento básico; o combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; a política de educação para o trânsito (XII), que o farão por lei municipal.

O art. 30 da Carta Constitucional, confere aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; prestar serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, com repercussão direta no campo do direito urbanístico.

A nova posição conferida ao Município brasileiro na Carta Política de 1988, atribuindo-lhe autonomia política, como parte integrante da República Federativa do Brasil, e compreender a organização político-administrativa desta, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, todos autônomos, nos termos da Constituição Federal, já assim antevista por doutrinadores de escol, como Hely Lopes Meyrelles, concede a este legislar sobre assuntos de interesse local, que, na opinião destes doutrinadores, independentemente da existência de lei federal ou estadual, visto que estas apenas estabelecem normas gerais.

O posicionamento acima não é pacífico. Doutrinadores de não menos envergadura, tal como Nilo de Castro, não aceitam a autonomia política do Município, porque não o consideram parte integrante do Federalismo, que é uma união de Estados.

Cabendo à lei federal legislar sobre direito urbanístico e estipular as suas normas gerais, e, em particular, para disciplinar o § 4º do artigo 182 da CF, que trata do não aproveitamento do solo urbano de acordo com a sua função social, fica o Município impossibilitado de implementar a política de desenvolvimento urbano em toda a sua plenitude.

Diante das dificuldades surgidas no Congresso Nacional, para a aprovação do projeto de lei federal referido, o Governo Federal optou por modificar homeopaticamente a lei 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, introduzindo regras gerais que

conferem ao Município a prerrogativa da regulamentação urbanística, através do plano diretor e de lei municipal, reconhecendo a sua existência e eficácia.

Ainda que limitadas essas prerrogativas, representam um avanço diante da legislação então vigente, que permitiam ao Município restringir o direito de construir do proprietário, mediante os regulamentos administrativos, norma prevista no artigo 572 do Código Civil, e na própria Lei 6.766/79.

O entendimento da doutrina é divergente. Para uns, o Município já dispunha de meios para legislar sobre o direito urbanístico, considerando-se a sua autonomia política, a possibilidade de legislar sobre assuntos de interesse local e demais normas constitucionais vistas nos artigos 23 e 30 da Constituição, além do dispositivo da permissão de disciplinar o direito de construir sob a forma de regulamentos administrativos, combinados com as normas da Lei 6.766/79, não se incluindo, porém, o direito de legislar sobre a separação do direito de construir do direito de propriedade, por ser este da esfera federal.

Para outros, como Toshio Mukai e Seabra Fagundes, o Município depende da lei federal que trata de normas gerais de direito urbanístico.

Em nosso entender, o Município dispunha de suporte legal para legislar sobre direito urbanístico, suplementando a legislação federal então existente, no que couber, valendo-se do permissivo do artigo 572 do Código Civil, que o proprietário poderá construir como melhor lhe aprouver, salvo o direito de vizinhança e os regulamentos administrativos, aliados às demais normas constitucionais, por disporem estas de assuntos cabíveis ao Município.

Com a advento da Lei 9.785, de 01 de fevereiro de 1999, modificando a lei do parcelamento do solo urbano, regulado pela Lei 6.766/79, a competência legislativa do Município em matéria de direito urbanístico e do implemento da política de desenvolvimento urbano, foi bem ampliada, por prever em vários artigos a regulamentação de assuntos relativos à política urbana, via plano diretor ou lei municipal.

É de se notar na importância dessas alterações, o reconhecimento da existência do plano diretor editado pelos Municípios,

pela Lei Federal, por aparecer em vários dispositivos da lei modificada.

O solo criado como consequência da limitação do direito de construir, em atenção às normas urbanísticas, fixando percentuais de aproveitamento do lote, no caso de Aracaju o coeficiente único de aproveitamento igual a um (1,0), como meio de cumprir a Constituição na implantação da política de desenvolvimento urbano, pode ser criado e regulamentado pela lei municipal e pelo plano diretor, não só pelos motivos antes elencados e aceitos por parte da doutrina que outorgava ao Município maior maleabilidade para legislar sobre tais assuntos, mas, principalmente, diante da previsão legal do plano diretor na lei federal 6.766/79, modificada pela Lei 9.785/99.

Todavia, legislar sobre solo criado como sendo este propriedade do Município, como separação do direito de construir do direito de propriedade, impondo ao proprietário a outorga onerosa do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento, não será constitucional, porque o direito de propriedade é direito fundamental garantido pela Constituição, e corolário do princípio da liberdade de iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil, que, no nosso entender, não pode ser alterado nem por Emenda Constitucional, porque essa competência legislativa pertence ao legislador originário e não ao derivado.

Igualmente não poderá, ainda o Município. exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória; IPTU progressivo no tempo ou desapropriação com pagamento em até dez anos, porque, neste particular, a Constituição exige expressamente a lei federal que a regule.

NOTAS:

- ¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- ² CASTRO, J. Nilo. Direito Municipal Positivo. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- ³ Carta de Embu, documento produzido por juristas, arquitetos, urbanistas e economistas, sobre solo criado. I Seminário Interno do GEGRAN, 1975, in SILVA, José Afonso da: Direito Urbanístico Brasileiro, p. 240.
- ⁴ SILVA, José Afonso da: Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed., 2. tiragem, S. Paulo: Malheiros, 1995. p. 236.
- ⁵ SILVA, José Afonso da: Ob. cit.
- ⁶ SILVA, José Afonso da: Ob. cit.
- ⁷ MEIRELLES, Hely Lopes: "Desapropriação para Urbanização", RDA 16/3. In SILVA, ob. cit.
- ⁸ MUKAI, Toshio: Direito e Legislação Urbanística no Brasil, ed. Saraiva, São Paulo, 1988.
- ⁹ MUKAI, Toshio: ob. cit.
- ¹⁰ Cf. Lacerda de Almeida, Direito das Coisas, 1908, v. 1, p. 90, nota 17, in MUKAI, T., ob. cit.
- ¹¹ LÉON DUGUIT: Las transformaciones generales del derecho privado. Ed. Posada, 1931, in MUKAI, ob. cit.
- ¹² SILVA, J. A., ob. cit. p. 236.
- ¹³ MUKAI; Toshio. Ob. cit. p. 266.
- ¹⁴ FAGUNDES, M. S., Direito de Construir, in MUKAI, ob. cit., p. 74.
- ¹⁵ FAGUNDES, M. S., Aspectos jurídicos do solo criado, RDA, 29:9, in MUKAI, ob. cit., p. 265.

VI. Bibliografia

- ACKEL FILHO, Diomar. *Município e Prática Municipal à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. Editora RT, 1992.
- ALVES, Alaôr Café. *Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky, Editor. 1981.
- BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. de Sérgio Bath, 10ª ed., Brasília, UnB, 1998.
- _____. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi e outros, Ícone Editora, São Paulo, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., 6ª tiragem. Malheiros. São Paulo, 1998.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo, Malheiros 1997.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- BRASILEIRO, Ana Maria. *O Município como Sistema Político*. FGV, Rio de Janeiro, 1973.

- CAMPA, Ricardo: *A Época das Incertezas e as Transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini, DIFEL, São Paulo, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Contributo para a compreensão da normas constitucionais programáticas*. Reimpressão, Coimbra, 1994
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 4ª ed., Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 1998.
- _____. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.
- _____. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed., São Paulo, RT, 1993.
- _____. *Elementos de Direito Municipal*. RT, São Paulo, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. 3ª ed., revista, Saraiva, São Paulo, 1976.
- FRIEDE, R. Reis. *Questões de Direito Positivo à Luz do Novo Ordenamento Jurídico*. Thex Editora, Rio de Janeiro, 1992.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Autonomia do Município Brasileiro*. Revista Jurídica — Instituição Toledo de Ensino.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª, 2ª tiragem, Ed. São Paulo, Malheiros, 1998.
- MENEZES, Djacir. *Tratado de Filosofia do Direito*. São Paulo, Atlas, 1980.
- MILL, J. S. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. Tradução de Manoel Inocêncio de L. Santos Jr., Brasília, Editora UnB, 1981.
- MUKAI, Toshio. *Direito e Legislação Urbanística no Brasil*. Saraiva, São Paulo, 1988.
- OLIVEIRA VIANNA, José Francisco de. *O Idealismo da Constituição*. 2ª ed., vol. 141, BPB, Cia. Editora Nacional, 1939.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo, Malheiros.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1997.

Trabalho de Mestrado em Direito Público da Ordem
Constitucional — Direito Urbanístico.

ESPAÇO LIVRE

CHOPIN — SESQUICENTENÁRIO DE MORTE

Darcilo Melo Costa
Procurador de Justiça

Neste ano de 1999 comemora-se o sesquicentenário da morte de Chopin, falecido em 17 de outubro de 1849, em Paris. Instituições culturais e artísticas já se preparam para a programação em homenagem ao maior dos compositores poloneses, um dos maiores nomes da arte musical em todos os tempos. Conhecido como Frederic François Chopin, muitos, traídos pelo nome francês, pensam tratar-se de artista nascido na França. Mas, de logo, desfaz-se o equívoco.

Filho de imigrante francês estabelecido na Polônia, nasceu Chopin na pequena cidade de Zelazowa Wola, nas proximidades de Varsóvia. Assim se explica o francês de seu nome de família. Seu pai, Nicolas Chopin, nascido no vilarejo de Marainville (região das Cordilheiras Vosges, França), pertencia a uma família de vinhateiros e artesãos.

Abandonando a vida e afazeres campestres, Nicolas Chopin aceitou convite do Conde polonês Machal Pac, que mantinha propriedades e negócios naquela região da França, e seguiu com ele para a Polônia. Por várias razões (furtar-se ao alistamento militar nos exércitos de Napoleão entre outros) Monsieur Chopin foi ficando em Varsóvia e para seu sustento passou a dar aulas de seu idioma pátrio (era chic nas metrópoles européias, àquele tempo, até em Berlim e Moscou, falar-se o francês nos salões da aristocracia) e termina por contrair casamento com uma de suas alunas. Aos vinte e três de abril de 1810 o imigrante e professor Nicolas Chopin batizava seu segundo filho — Fryderyk Francizec Chopin.

Seguindo o exemplo de sua irmã mais velha, também Fryderyc Francizec passou a estudar piano e surpreende seu professor Adalbert Zywny pela facilidade com que dava conta de suas aulas, vencendo com desembaraço incomum as difíceis partituras

de Bach, Haydn e Mozart. Assim, percebendo o talento do aluno, concluiu seu professor que já era chegada a hora de encaminhá-lo a centros musicais mais adiantados da capital, apresentando o jovem pianista a Josef Elsner, conceituado professor e compositor do Conservatório de Varsóvia. Com o Professor Elsner o pequeno pianista trava conhecimento das técnicas de composição e assenhoreando-se dos segredos do instrumento vão surgindo as primeiras composições de real valor artístico: Rondó em dó maior, Variações sobre um tema de Mozart, uma Polonaise (em duas versões, piano solo e piano e orquestra) e a Sonata nº 01 (respectivamente, opus 1, 2, 3 e 4), além de peças outras que se perderam ou foram abandonadas pelo autor como de pouco valor.

Assim, à virtuosidade do pianista, já demonstrada no concerto de fevereiro de 1818 (com apenas 8 anos de idade), somava-se o compositor das “Variações” sobre um tema do “D. Giovanni” de Mozart, que mereceu o elogio, deslumbrado, de Schuman: “Tiremos o chapéu, meus Senhores, um gênio”.

Deflagrada a guerra entre a Polônia e a Rússia, seus familiares e amigos aconselharam-no a refugiar-se na França, concluindo que a carreira promissora do compositor, longe das agruras da guerra, era igualmente um serviço à Pátria, espargindo pela Europa seu grito de liberdade em forma de poemas musicais; seu piano era sua arma. Aos vinte anos, depois de breve excursão a Berlim e Viena, Chopin se estabelece em Paris, então o centro cultural da Europa, como décadas atrás fora a Viena dos Habsburgo. Antes, Viena dos “clássicos”; agora, Paris dos “românticos”. Chega à capital francesa o jovem compositor trazendo na bagagem composições do maior valor artístico, escritas para piano e, ressalte-se, toda sua obra orquestral: os dois concertos de piano (opus 11 e 21) e quatro peças sinfônicas: Variações sobre uma ária do D. Giovanni de Mozart (op. 2), Fantasia sobre temas populares poloneses (op. 13), Grande Rondó de Concerto (op. 14) e “Andante e Polonaise Brilhante” (op. 22, com uma versão para piano solo).

Desde que se estabeleceu em Paris somente escreveu para piano; como exceção apenas compôs a belíssima sonata para celeste e piano (op. 65). Relembre-se que o trio para piano, violino e

violoncelo foi escrito na juventude na Polônia. O piano era, mesmo, o instrumento único e insubstituível de sua predileção.

Conhecendo bem a língua francesa de seus ancestrais paternos (que seu pai lhe ensinava a par do polonês do colégio), o jovem Chopin não tivera dificuldades de comunicar-se em Paris, onde fixaria residência até a sua morte. E à medida que ia sendo recebido nos salões da sociedade, ia absorvendo a maneira de viver do parisiense, a galanteria e frivolidades de então, a par do relacionamento com a elite do mundo das artes — musicistas, poetas, romancistas.

Elogiado e recomendado por Liszt, que embora de sua idade já era uma celebridade em Paris (como em Viena, Roma, Berlim), todas as portas iam se lhe abrindo e logo seria figura marcante nos saraus artísticos e literários da cidade, onde pontificavam o compositor das “Rapsódias Húngaras” e nomes que mais tarde seriam os gênios do século: Mendelssohn, Delacroix, Musset, George Sand (pseudônimo literário da Senhora Aurore Dupin, Baronesa Dudevant). Separada do marido, um dos grandes nomes da literatura francesa, a romancista teria, anos depois, uma ligação amorosa com Chopin. Integrando-se à vida parisiense, com suas composições e aulas de piano, pôde auferir rendimentos que lhe proporcionaram elevado padrão de vida. Abandonando o nome polonês de batismo, passou a assinar Frederic François Chopin. Chega a Paris em 1831 e não mais retornaria à terra natal.

Estava-se na primeira metade do Século XIX; o leitor percebe que já havia se iniciado na literatura o movimento que ficou conhecido como “Romantismo”, advindo de Goethe e Schiller (Alemanha), Shelley e Byron (Inglaterra), Lamartine, Chateaubrian e Victor Hugo (França). A música não seria indiferente à nova estética, à nova expressão dos sentimentos na literatura (romance, teatro, poesia) e artes em geral. Na arte musical era o abandono das regras rígidas de composição como observadas por Haydn, Mozart, Beethoven e Schubert. Prevendo e já anunciando um novo expressar artístico, os dois últimos começam a quebrar os laços do “classicismo vienense” em suas últimas composições.

Com maior liberdade de expressão, os românticos da música, que podemos chamar a geração de 1810 — Chopin, Schumann,

Mendelssohn (1809) e Liszt (1811) — passam a conceber novas harmonias e atendendo a um individualismo exagerado fazem ousadas inovações na tonalidade e nas formas musicais. A “Sonata” deixa de ser a expressão ou o instrumento da inspiração musical, cedendo lugar a novas formas. Diversamente de Haydn que escreveu cerca de sessenta sonatas para piano (Beethoven, 32, Mozart, 18, Schubert, 10 e algumas inacabadas), os românticos não passariam de três (Chopin, Schumann, Brahms; Liszt, apenas uma). Agora, era o império de formas mais livres: noturnos, rapsódias, fantasias, variações, estudos, valsas, transcrições e canções (para voz e piano, como os famosos “lieder” de Schubert e Schuman). Mas a forma sonata permaneceria, com algumas inovações, na música de câmara (trios, quartetos) e no gênero sinfônico (sinfonias e concertos).

Nota marcante em seu caráter de compositor, ao lado dos exageros da inspiração apaixonada (noturnos, baladas) ou do virtuosismo (estudos, scherzos, baladas, concertos), era o seu nacionalismo musical. Deixando a Polônia aos vinte anos de idade, a inspiração em motivos folclóricos, em canções da terra natal é uma constante em toda sua obra; daí as “polonaises” e “mazurcas”, notadamente. Mais de uma dezena de polonaises e cinquenta e sete mazurcas perpassam toda a sua vida de compositor, desde os tempos da mocidade em Varsóvia até os seus últimos anos de vida: as quatro mazurcas do opus 68, as sete de publicação póstuma, as três polonaises do opus 71 e canções polonesas do opus 74, suas últimas composições.

A mazurca era uma antiga forma ou gênero musical que servia de dança na Polônia (como na Rússia). Mas nas mãos de Chopin é burilada e elevada a requintada composição. Muitas delas “são pequenas polonaises”. Expressando variegados humores do autor, a mazurca ora é uma peça dançante, descontraída (Nº 5, 15, 23, 26 — seguindo a série do álbum); ora é um noturno (Nº 11, 13, 47); ora, uma peça virtuosística (Nº 21, 28, 46, como um pequeno “estudo”); ora é expressão do exilado, em nostalgia da terra natal (Nº 6, 7, 12, 17, 27, 35); ora, são pequeninas composições que lembram alguns de seus prelúdios.

As polonaises constituem, igualmente, parte de suas composições escritas sob o signo nativista, exaltando as glórias da Pátria,

ora chorando as dores de seu povo em suas adversidades históricas. Entre as primeiras, as “heróicas” ou “revolucionárias”, costuma-se agrupar as polonesas do opus 40, nº 1, op. 44 e op. 53 (a preferida do grande Arthur Rubinstein). Nesta última é notável a seção do “baixo ostinato”, em oitavas (na mão esquerda), que deixa a impressão no ouvinte de batalhões de cavalaria (numa alusão à resistência polonesa aos exércitos do inimigo — guerra com o Império Russo, de 1831).

No segundo grupo (nostálgicas, lamentosas), as polonesas do opus 26, nº 1 e 2, e op. 40, nº 2. Mas Chopin faz inovações no gênero, introduzindo andamentos moderados ou mesmo lentos, fugindo ao movimento rápido e marcial até aí seguido: surgia assim a “polonaise-fantasia”. Trata-se das polonesas do op. 44 (com passagens aos moldes de uma mazurca), op. 61 e op. 22 (com uma versão para piano e orquestra). Vale aqui lembrar que seus biógrafos e pesquisadores anotam quase uma dezena de pequenas polonesas escritas na juventude, dos tempos do Conservatório de Varsóvia (quase nunca tocadas pelos pianistas em seus concertos) e que o próprio compositor não dava valor.

Pequena foi sua produção no gênero orquestral ou sinfônico. Houve quem dissesse que Frederic Chopin não escrevia para orquestra tão bem como para piano. Ousamos discordar. A participação discreta da massa orquestral em seus dois concertos (opus 11 e 21) é intencional. Instrumento de sua paixão, quis o compositor, propositadamente (assim pensamos), realçar as possibilidades do piano, alçando-o à categoria de instrumento tão nobre quanto o violino. Relembre-se que até o século XVII reinavam, sobranceiros, apenas o violino, o violoncelo e o cravo (em suas diversas modalidades). Para este último (precursor do piano), apenas Domenico Scarlatti e J. S. Bach lhe dedicaram especial atenção. O piano surgiria na segunda metade do século XVIII (nos tempos de Mozart e Beethoven). Ultrapassando os limites mozarteanos, Chopin (como Liszt e seus seguidores) fez do piano o instrumento de sua predileção, explorando-lhe ao máximo, dele extraíndo tudo que o instrumento podia dar. Seus vinte e quatro estudos bem como os scherzos e baladas são o testemunho do que afirmamos.

Mas, como dizíamos, não vemos em que sua obra orquestral fique a dever, em comparação com outros compositores. A demonstração de que o autor das polonaises conhecia bem a orquestra temos em suas quatro obras sinfônicas, além dos dois concertos citados. As “Variações sobre o Don Giovanni”, de Mozart (da área “La cidarem la mano”, opus 2) e escrita, attem bem, com apenas dezessete anos, em 1827, e bem assim a “Krakowiak, Grande Rondó de Concerto” (op. 14), do ano seguinte, atestam o que dizemos, como obras primorosas do gênero orquestral. A distribuição entre o piano solista e a orquestra, como entre as diversas seções dos instrumentos de cordas e sopros demonstram a maestria com que o jovem compositor enfrentava os desafios do estilo sinfônico. Parecem obras de um compositor idoso, amadurecido por longos anos no trato do gênero orquestral (e não um rapaz de dezoito anos). É o lampejo do gênio!

Chopin não escreveu sinfonias, óperas, missas, quartetos de cordas (como Mozart, Beethoven, Haydn, Brahms e tantos outros). Ousamos formular uma hipótese ou uma explicação. O gênio polonês somente se sentia bem escrevendo música em que no pentagrama estivesse presente o piano; como na sinfonia e demais gêneros citados o piano está ausente, nosso compositor deles se desinteressou. Com efeito, observe o leitor que todas as suas composições (cerca de duzentas) foram escritas diretamente para piano e naquelas onde participam outros instrumentos — trio opus 8, sonata de violoncelo, os dois concertos e as outras quatro peças sinfônicas — o piano tem participação predominante ou, ao menos, recebe o mesmo tratamento dos demais instrumentos; nunca o piano é coadjuvante ou mero acompanhante.

Traço marcante de sua obra, é a beleza de suas melodias; em quase toda sua produção há trechos que podem ser cantados. Até mesmo nos estudos encontramos, a toda hora, passagens melódicas de extraordinária beleza. Relembre-se que o estudo é uma composição onde predomina o virtuosismo da obra, concebida como preparação técnica do pianista. Basta citarmos o opus 10, nº 3 (que é um estudo em “sextas”); o opus 25, nº 1, no qual as primeiras notas dos grupos de semicolcheias (nota inicial de cada um

dos quatro tempos do compasso), tocadas pelo quinto dedo da mão direita, produzem bela melodia. E que dizer da seção central da fantasia-improvisó (op. 66), em ré bemol maior? Do segundo movimento (larghetto) do concerto nº 2? Da balada, op. 23?

Muito poderia ser escrito sobre os noturnos, baladas, scherzos, improvisos, prelúdios, sonatas. Mas o artigo já vai longe, o que não era de nossa intenção. Da genialidade de Chopin basta ressaltarmos, ainda, suas valsas, gênero difundido por inúmeros compositores. Da valsa dançante, do tipo vienense, da qual Strauss foi um mestre, distingue-se a “valsa de concerto”, invariavelmente no compasso três por quatro, onde sobressaem Schubert (“Valsas Nobres”), Liszt (“Vales oubliées”), Brahms. A nosso gosto, nada se compara às quinze valsas de Chopin. Muitas delas, de difícil execução, são desvirtuadas em mãos de pianistas que não têm a preparação técnica para executá-las. Dentre as mais belas e difíceis destacamos a opus 34, nº 1 (2ª do álbum), a 34, nº 3 (4ª) a op. 42 (5ª), a 64, nº 2 (7ª, com aquela deslumbrante seção lenta em ré bemol), a nº 14 (de publicação póstuma).

De saúde frágil, uma tuberculose mal tratada, agravada com sua viagem à Inglaterra, lhe foi fatal. Cercado de amigos e admiradores, com seu gênio reconhecido pela elite cultural como por pessoas simples de Paris e por toda a Europa, faleceu Chopin em 17 de outubro de 1849, em sua residência, na Praça Vendôme, nº 12. Com grande acompanhamento foi sepultado no cemitério “Père-Lachaise” sob os acordes de sua “marcha fúnebre” (da sonata nº 2). Tempos depois seus restos mortais foram trasladados para Varsóvia, a Pátria que tanto amou.

RELACÃO DAS COMPOSIÇÕES DE CHOPIN

I. PARA PIANO

- 57 Mazurcas
- 11 Polonaises (mais as da juventude)
- 15 Valsas
- 24 Prelúdios

21 Noturnos
27 Estudos
4 Baladas
4 Scherzos
3 Sonatas
3 Escocesas
2 Rondós
3 Improvisos
1 Fantasia
1 Fantasia — improviso
1 Barcarola
1 Berceuse
1 Tarantela
1 Bolero

II. PIANO A QUATRO MÃOS

Introdução, Tema e Variações

III. DOIS PIANOS

Rondó em dó maior

IV. MÚSICA DE CÂMARA

Trio (Piano, violino e violoncelo)
Sonata para piano e violoncelo
19 Canções para Voz e piano
Polonaise para piano e violoncelo

V. PIANO E ORQUESTRA

2 Concertos para piano

Andante Spianato e Grande Polonaise
 Variações sobre um tema de Mozart
 Krakoviak, Grande Rondó de Concerto
 Fantasia sobre Temas Populares Poloneses

RELAÇÃO PELA NUMERAÇÃO DO OPUS

- | | | |
|------------|----------|---|
| Op. | 1 | Rondó |
| | 2 | Variações sobre um tema de Mozart (piano e orquestra) |
| | 3 | Polonaise (piano solo e piano e violoncelo) |
| | 4 | Sonata nº 1 |
| | 5 | Rondó "a la mazur" |
| | 6 | nº 1, 2, 3 e 4 — mazurcas (1ª a 4ª) |
| | 7 | nº 1, 2, 3, 4 e 5 — mazurcas (5ª a 9ª) |
| | 8 | Trio (Piano, violino e celo) |
| | 9 | nº 1, 2 e 3 — noturnos (1º a 3º) |
| | 10 | Estudos 1 a 12 (1ª série) |
| | 11 | Concerto nº 1 (piano e orquestra) |
| | 12 | Introdução e Variações (sobre um tema de |
| Heralds) | | |
| | 13 | Fantasia sobre Temas Populares Poloneses (piano e orquestra) |
| | 14 | Krakoviak — Grande Rondó de concerto (Piano e orquestra) |
| | 15 | nº 1, 2 e 3 — Noturnos (4º a 6º) |
| | 16 | Introdução e Rondó |
| | 17 | nº 1, 2, 3 e 4 — mazurcas (10ª a 13ª) |
| | 18 | Valsa (1ª) |
| | 19 | Bolero |
| | 20 | Scherzo nº 1 |
| | 21 | Concerto nº 2 (piano e orquestra) |
| | 22 | Andante Spianato e Polonaise Brilhante (Piano e ouestra e piano solo) |
| | 23 | Balada nº 1 |

- 24 nº 1, 2, 3 e 4 — mazurcas(14ª a 17ª)
- 25 Estudos 1 a 12 (2ª série)
- 26 nº 1 e 2 — Polonaises (1ª e 2ª)
- 27 nº 1 e 2 — Noturnos (7º e 8º)
- 28 24 Prelúdios
- 29 Improviso nº 1
- 30 nº 1, 2, 3 e 4 — Mazurcas(18ª a 21ª)
- 31 Scherzo nº 2
- 32 nº 1 e 2 — Noturnos (9º e 10º)
- 33 nº 1, 2, 3 e 4 — Mazurcas (22ª a 25ª)
- 34 nº 1, 2 e 3 — Valsas (2ª a 4ª)
- 35 Sonata nº 2
- 36 Improviso nº 2
- 37 nº 1 e 2 — Noturnos (11º e 12º)
- 38 Balada nº 2
- 39 Scherzo nº 3
- 40 nº 1 e 2 — Polonaises (3ª e 4ª)
- 41 nº 1, 2, 3 e 4 — Mazurcas(26ª a 29ª)
- 42 Valsa (5ª)
- 43 Tarantela
- 44 Polonaise (5ª)
- 45 Prelúdio (25º)
- 46 Alegro de Concerto (originariamente, esboço de um terceiro concerto de piano)
- 47 Balada nº 3
- 48 nº 1 e 2 — Noturnos (13º e 14º)
- 49 Fantasia
- 50 nº 1, 2 e 3 — Mazurcas (30ª a 32ª)
- 51 Improviso nº 3
- 52 Balada nº 4
- 53 Polonaise (6ª – “Heróica”)
- 54 Scherzo nº 4
- 55 nº 1 e 2 — Noturnos (15º e 16º)
- 56 nº 1, 2 e 3 — Mazurcas (33ª a 35ª)

- 57 Berceuse
- 58 Sonata nº 3
- 59 nº 1, 2 e 3 — Mazurcas (36ª a 38ª)
- 60 Barcarola
- 61 Polonaise-Fantasie (7ª)
- 62 nº 1 e 2 — Noturnos (17º e 18º)
- 63 nº 1, 2 e 3 — Mazurcas (39ª a 41ª)
- 64 nº 1, 2 e 3 — Valsas (6ª a 8ª)
- 65 Sonata para violoncelo e piano
- 66 Fantasia-Improviso
- 67 nº 1, 2, 3 e 4 — Mazurcas (42ª a 45ª)
- 68 nº 1, 2, 3 e 4 — Mazurcas (46ª a 49ª)
- 69 nº 1 e 2 — Valsas (9ª e 10ª)
- 70 nº 1, 2 e 3 — Valsas (11ª a 13ª)
- 71 nº 1, 2 e 3 — Polonaises (8ª a 10ª)
- 72 nº 1 — Noturno (19º)
- nº 2 — “Marcha Fúnebre” (que não é a da sonata nº 2)
- nº 3 — Três Escocesas
- 73 Rondó para 2 pianos
- 74 Canções Polonesas (para voz e piano, em número de 19)

Publicações Póstumas (sem número de opus)

- Valsas nº 14 e 15
- Noturnos nº 20 e 21
- Mazurcas nº 50 a 57
- Prelúdio em lá bemol, nº 26
- 3 Estudos (“Mochelles”)
- Polonaise em Sol Sustenido menor

Aracaju, outubro de 1999.

PROJETO LIXO E CIDADANIA EM SERGIPE

Projeto reelaborado a partir da discussão na Oficina de Trabalho realizada em Aracaju — 26 de maio de 1999

1. O PROBLEMA

O desenvolvimento da sociedade brasileira, longe de ser homogêneo, vem criando uma verdadeira constelação de problemas que se agravam a cada dia, entre os quais aqui merecem destaque: o descompasso de desenvolvimento entre as regiões, a desigualdade social e de acesso à cidadania, as altas taxas de mortalidade infantil, a degradação do ser humano, a geração e deposição de crescente volume de dejetos sólidos, entre outros.

Levantamento recente realizado sob os auspícios da UNICEF, apresentou um quadro de calamidade do meio natural e do meio social, relacionado com crianças e suas famílias sobrevivendo em lixões, através da atividade de catação de materiais descartados, sendo que muitas dessas famílias vivem no e do lixo.

Essas crianças, e seus familiares, são marginalizadas pela sociedade, expostas a todo tipo de degradação e não têm perspectivas de vida digna no futuro. Eles convivem com doenças infecciosas, alto risco de acidentes inclusive com mutilações permanentes, altas taxas de mortalidade, grande dificuldade de acesso a escola e de atendimento à saúde, disseminação do uso de drogas, violência acentuada e crescente.

Essa situação, altamente degradante, contribui significativamente para que os indicadores sobre a infância brasileira estejam entre os piores do mundo, quase se equiparando aos de países em situação de catástrofe ou de guerra.

E isso é inadmissível em um país que apresenta alguns setores no estágio de “primeiro mundo” e algumas regiões com desenvolvimento econômico e social que pode ser equiparado a dos países desenvolvidos.

O problema de crianças e suas famílias sobrevivendo do lixo é mais acentuado nas regiões ao entorno das zonas urbanas das capitais estaduais e cidades de maior porte, embora o problema da deposição de dejetos sólidos alcance quase todos os municípios brasileiros, inclusive as zonas rurais. Assim, esse problema geral deve ser alvo da preocupação de toda a sociedade brasileira, mas as ações devem ser locais, pois se cada município resolver os seus problemas, será sanado o problema de ordem nacional.

Dentro dessa postura de responsabilidade e autonomia municipal outorgadas pela Constituição Brasileira de 1988, se insere o Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe, cujos dois primeiros sub-projetos são afetos à região da Grande Aracaju, englobando os municípios vizinhos de São Cristóvão e Nossa Senhora do Socorro. Posteriormente novos sub-projetos serão incluídos, abrangendo outros municípios do Estado de Sergipe.

Visando buscar a solução dos problemas — e não apenas ações paliativas — e procurando dar condições para a sustentabilidade do desenvolvimento social, deverá ser estimulado o planejamento de novos projetos que direta ou indiretamente se relacionarem à temática lixo e cidadania, especialmente porque parte da população que vive e sobrevive nos lixões vinculados à capital do Estado é formada por migrantes expulsos dos seus locais de origem por falta de condições de sobrevivência, com destaque para aqueles provenientes das regiões semi-áridas que, em Sergipe, abrangem mais de um terço da área total do Estado.

2. O PROJETO

O Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe tem como objetivo maior, estratégias e metas a serem atingidas, aquelas propostas pelo Projeto Lixo e Cidadania elaborado pela UNICEF, uma vez que se constitui em projeto estadual concebido a partir das diretrizes do projeto proposto à nível nacional.

Assim, o objetivo geral do Projeto será: erradicar a atividade de catação de dejetos sólidos em lixões e promover as condições

de acesso à escola e serviços de saúde, de crianças e adolescentes que vivem e sobrevivem dessa atividade.

Face às especificidades locais e à urgência em resolver os problemas do lixo relacionados à região de Aracaju e entorno, o Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe terá, inicialmente, como objeto de estudo, as lixeiras de Terra Dura (lixo urbano de Aracaju, descartado em área do município de São Cristóvão), de São Cristóvão e de Nossa Senhora do Socorro.

Para viabilizar o Projeto, ele será subdividido, inicialmente, em dois sub-projetos, de forma a agilizar o alcance de metas e a obtenção dos resultados esperados:

Sub-projeto 1 — Criança fora do lixo e dentro da escola

Sub-projeto 2 — Aterro sanitário e preservação ambiental

Posteriormente novos sub-projetos deverão ser incorporados, visando solucionar, ou minimizar, outros problemas relacionados com a coleta e deposição de resíduos sólidos das zonas urbana e rural dos demais municípios sergipanos.

As principais metas a serem atingidas com a execução do projeto são aquelas preconizadas pelo Fórum Nacional Lixo e Cidadania, realizado em 1998:

- Erradicação do trabalho infanto-juvenil no lixo.
- Colocação na escola de todas as crianças que hoje vivem do lixo.
- Redução da mortalidade infantil.
- Geração de emprego e renda para as famílias que vivem do lixo.
- Erradicação das habitações nas lixeiras.
- Recuperação das áreas degradadas pelos lixões.
- Eleição dos catadores como parceiros prioritários na coleta seletiva de lixo.
- Erradicação dos lixões.

3. OBJETIVOS

Este Projeto tem por objetivo geral conhecer a situação dos lixões da região de Aracaju e elaborar sub-projetos visando a

erradicação do trabalho infantil nas lixeiras e acesso à escola, e implantação de aterros sanitários em áreas adequadas à preservação ambiental.

Como objetivos específicos, são apresentados:

- a) elaborar um diagnóstico sócio-econômico e cultural da ocupação humana nas lixeiras da região;
- b) elaborar projeto para que a criança e o adolescente deixem de executar a atividade de catador de lixo, tenham acesso à escola e à melhor qualidade de vida;
- e) elaborar projeto visando desenvolver ações voltadas para a implantação de aterros sanitários em áreas adequadas à preservação ambiental e para promover a recuperação das áreas degradadas pelos lixões já existentes.

4. ESTRATÉGIAS

As estratégias que deverão ser seguidas atendem às necessidades de interdisciplinaridade e intersetorialidade, exigidas por um projeto cuja execução engloba diferentes setores da sociedade, diferentes áreas do conhecimento e a ação de diferentes instituições públicas e privadas, atuando em verdadeira parceria integrada.

O pressuposto básico é que as municipalidades deverão resolver seus problemas, utilizando uma estratégia baseada em soluções que deverão partir dos atores que vivenciam a situação a nível local. Assim, a mobilização social deve ser a principal ferramenta da estratégia a ser utilizada.

Novos projetos e programas deverão ser propostos, conforme se mostrarem necessários face aos levantamentos que serão realizados para a elaboração deste projeto e de outros levantamentos ou constatações.

Diferentes instituições deverão ser convidadas e fortemente incentivadas a participar do projeto — e dos novos projetos e programas — quer na elaboração de propostas, quer na sua execução e/ou no seu financiamento. A participação da Promotoria Pública é fundamental para induzir e garantir a manutenção das ações executadas. A participação das ONGs e de entidades de capacitação

profissional é também necessária para a capacitação de atores. As Secretarias de Estado e Secretarias Municipais, assim como algumas delegacias de instituições de âmbito federal, também têm participação imprescindível, pois são as responsáveis pela implementação das políticas, execução e fiscalização de ações. Os agentes financeiros são fundamentais para dar suporte a execução do conjunto do projeto. A participação das universidades também tem grande importância, na promoção da reflexão sobre o problema e na construção de alternativas de resgate social, econômico, cultural, enfim, na construção de alternativas de desenvolvimento sustentável, socialmente mais justo. A participação de empresas, especialmente aquelas que têm qualquer ligação com a atividade de coleta e deposição de lixo ou seu reaproveitamento, é bastante recomendável, pois poderão apoiar o projeto com o fornecimento de infra-estrutura.

5. SUB-PROJETOS QUE SERÃO ELABORADOS

5.1 Sub-projeto 1: CRIANÇA FORA DO LIXO E DENTRO DA ESCOLA

5.1.1 OBJETIVO GERAL

Promover as condições adequadas para que a criança e o adolescente deixem de executar a atividade de catador de lixo, tenham acesso à escola e à melhor qualidade de vida.

5.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Retirar os habitantes das lixeiras, transferindo-os para local mais adequado.
- b) Gerar emprego e renda para as famílias que vivem no lixo.
- c) Colocar na escola todas as crianças e adolescentes que hoje vivem do lixo.

- d) Promover a redução da mortalidade infantil através de assistência médica e social.
- e) Promover ações de educação ambiental para as crianças, adolescentes e seus familiares que vivem do lixo.

5.2 Sub-projeto 2: ATERRO SANITÁRIO E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

5.2.1 OBJETIVO GERAL

Promover a implantação de aterros sanitários em áreas adequadas à preservação ambiental e recuperar as áreas degradadas pelos lixões que existem atualmente.

5.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Selecionar área adequada à implantação de aterros sanitários na região de Aracaju e seu entorno.
- b) Elaborar planejamento para a implantação de aterros sanitários nas áreas selecionadas
- c) Viabilizar a ocupação das áreas com aterros sanitários, inclusive através da realização de convênios entre prefeituras.
- d) Buscar fontes de financiamento para a implantação dos aterros.
- e) Promover ações de educação ambiental para as comunidades que vivem nas áreas próximas à implantação dos aterros sanitários.

6. METODOLOGIA DE EXECUÇÃO

Para a execução deste Projeto (fase inicial do Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe), serão feitas articulações com órgãos públicos e organizações não governamentais, para o desenvolvimento de ações que culminem no atendimento aos objetivos propostos.

Uma minuta do Projeto (fase inicial) já foi discutida em Oficina de Trabalho, realizada em 26/05/1999, sendo que este projeto se constitui em produto dessa Oficina.

Foram convidados para participar da Oficina de Trabalho, várias secretarias das prefeituras municipais de Aracaju, de São Cristóvão e de Nossa Senhora do Socorro, Secretarias de Estado de Sergipe, empresas ligadas à coleta e disposição final do lixo, associações de catadores de lixo e de moradores na área das lixeiras, vários setores do Ministério Público de Sergipe e da Universidade Federal de Sergipe, Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de Sergipe, órgãos governamentais voltados para o meio ambiente e outros.

Nessa Oficina de Trabalho, ficou decidido que o projeto para Sergipe inicialmente contemplaria a região da Grande Aracaju e seria dividido em dois Sub-Projetos complementares e integrados:

Sub-Projeto 1 — Criança Fora do Lixo e Dentro da Escola

Sub-Projeto 2 — Aterro Sanitário e Preservação Ambiental

Para a elaboração de cada Sub-Projeto, foi proposta uma coordenação específica, subordinada a uma coordenação geral. Na Oficina de Trabalho foram escolhidas as coordenações:

Coordenação Geral: Profa. Dra. Vânia Fonseca (Universidade Federal de Sergipe — POSGRAP — Núcleo de Pós-Graduação e Estudos do Semi-Árido e Curso de Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente).

Coordenação do Sub-Projeto 1: Dra. Maria Izabel Santana de Abreu (Ministério Público do Estado de Sergipe — Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência).

Coordenação do Sub-Projeto 2: Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça (Ministério Público do Estado de Sergipe — Núcleo de Defesa Comunitária — Centro de Apoio Operacional)

Face à necessidade da elaboração de um diagnóstico sócio-econômico e cultural da ocupação humana nas lixeiras da região, seguindo metodologia específica embasada em diretrizes da Secretaria Nacional de Assistência Social e da UNICEF, é necessária uma coordenação técnica para a elaboração desse diagnóstico. Essa coordenação coube à Pró-Reitoria de Extensão da UFS, sendo indicada a Profa. Ms. Eliana Marcos dos Santos, Mestre em Serviço Social.

A metodologia de execução do diagnóstico sócio-econômico e cultural da ocupação humana nas lixeiras da região de Aracaju encontra-se detalhada no Anexo 1 e contempla a evolução histórica da ocupação das áreas de lixeiras e o processo migratório com destaque para os fatores de repulsão da área de origem e de atração da área de destino. Contempla, também, o levantamento da infra-estrutura básica na área das lixeiras e seu entorno, bem como de serviço e consumo: escolas, postos de saúde, telefonia, iluminação pública, vias de acesso e caminhos, estabelecimentos comerciais e outros.

Concomitante à execução do diagnóstico, será feito o cadastramento de todas as pessoas que vivem no e do lixo, na área das três lixeiras inicialmente objeto de estudo, de forma a permitir o monitoramento da atividade de catação e das unidades de habitação existentes dentro da lixeira.

Após a elaboração do diagnóstico de cada uma das três lixeiras, será elaborada a minuta do sub-projeto 1 e realizada uma Oficina de Trabalho para a sua discussão e compatibilização de ações.

Visando a elaboração do sub-projeto 2, estão previstas visitas às experiências bem sucedidas e fracassadas de implantação de aterros sanitários, remoção de famílias e geração de renda para os catadores de lixo. Estão previstas, também, visitas de técnicos às áreas das lixeiras objeto de estudo, para análise da situação atual e embasamento de propostas de recuperação ambiental.

Ainda visando a elaboração do sub-projeto 2, serão buscadas novas áreas para a implantação de aterros sanitários, com assessoramento de especialistas em geologia, geomorfologia, avaliação de impactos ambientais e engenharia. Para essa fase, será importante a consultoria dos órgãos ambientalistas: Administração do Meio Ambiente em Sergipe e IBAMA.

Para a escolha do tipo de empreendimento mais adequado para a deposição do lixo serão promovidos seminários com especialistas nacionais e especialistas locais e a participação de técnicos das empresas locais que trabalham com a coleta e a deposição final do lixo em Sergipe.

Deverão ser elaborados projetos de implantação de empreendimentos por parte das prefeituras municipais de Aracaju, de

Nossa Senhora do Socorro e de São Cristóvão, buscando-se fontes de financiamento para a execução dos empreendimentos.

Todos os trabalhos deverão contar com a participação de Secretarias Municipais e Secretarias de Estado, sendo imprescindível o apoio do Governo do Estado de Sergipe. Também serão incentivados a participar, os representantes de associações de classe e de moradores das áreas das atuais lixeiras e das áreas de deposição futura de lixo.

Será promovida uma Oficina de Trabalho final, para a apresentação e discussão das propostas relacionadas com a elaboração dos sub-projetos 1 e 2, e para a escolha de estratégias visando a execução desses sub-projetos.

A coordenação geral do projeto, em trabalho conjunto com as coordenações da elaboração dos sub-projetos 1 e 2, ficará responsável pela articulação junto aos órgãos públicos, empresas e organiza ações não governamentais, bem como pela divisão de tarefas e coordenação de ações.

7. CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO — FASE INICIAL

ATIVIDADE	MÊS (1999/2000)											
	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	J	F
1. Elaboração da minuta do pré-projeto	X											
2. Envio da minuta aos participantes da reunião do dia 31/03/99	X											
3. Reelaboração da minuta		X										
3. Elaboração do convite para a Oficina de Trabalho		X										
5. Realização de visitas aos órgãos públicos e entrega do convite e da minuta		X										
6. Realização da Oficina de Trabalho			X									
7. Constituição de equipes iniciais de cada sub-projeto				X								
8. Realização de diagnóstico prévio da situação dos lixões					X	X	X					
9. Estabelecimento de parcerias/convênios						X	X					
10. Levantamento de recursos existentes ou potencialmente disponíveis (infraestrutura, consumo, serviços)						X	X	X				
11. Visita aos lixões da região de Aracaju e outros			X	X	X	X	X	X	X			
12. Elaboração dos sub-projetos									X	X		
13. Elaboração do projeto com sub-projetos iniciais (1ª versão)											X	
14. Oficina de trabalho para integração dos sub-projetos e otimização de esforços e uso de recursos											X	
15. Elaboração da versão final do projeto com os sub-projetos iniciais												X
16. solicitação de financiamento para o projeto e sub-projetos												X
17. Composição de equipes executoras												X
18. Acompanhamento/coordenação das atividades previstas — fase inicial	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

8. ORÇAMENTO — FASE INICIAL

ATIVIDADE	CUSTO		
	Serv. Terc.	Cons.	Indef.
Elaboração do pré-projeto (ressarcimento)	1.500		
Combustível para veículo (diagnóstico e visitas das Equipes à área de estudo para elaboração dos Sub-projetos)		400	
Filmes fotográficos e fita de videocassete		150	
Material de escritório (papel, clips, canetas e outros)		300	
Elaboração/coord. do projeto de diagnóstico e processamento/análise das informações levantadas	2.000		
Execução do diagnóstico (ajuda de custo para equipe e pagamento de bolsistas)		7.000	
Acompanhamento/coordenação das atividades previstas — fase inicial (12 meses) e elaboração do projeto final	7.500		
Revelação de filmes e outros	300		
Encargos sociais e eventuais			3.350
Administração executiva/financeira	2.500		
TOTAL	20.800	850	3.350

Total Geral: R\$ 25.000,00

9. RESPONSÁVEIS PELA EXECUÇÃO DO PROJETO (FASE INICIAL: MARÇO/99 A FEVEREIRO/2000)

9.1. EXECUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

Universidade Federal de Sergipe: POSGRAP e PROEX

Coordenação Geral: Profa. Dra. Vânia Fonseca (POSGRAP)

Coordenação do Diagnóstico Sócio-Econômico: Profa. Ms. Eliana Marcos dos Santos (PROEX)

Ministério Público do Estado de Sergipe

Coordenação da elaboração do Sub-Projeto 1: Dra. Maria Izabel Santana de Abreu (Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência)

Coordenação da elaboração do Sub-Projeto 2: Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça (Núcleo de Defesa Comunitária — Centro de Apoio Operacional)

9.2 EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA

Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de Sergipe —
FAPESE

ANEXO 1

DIAGNÓSTICO SÓCIO-ECONÔMICO E CULTURAL DA OCUPAÇÃO HUMANA NAS LIXEIRAS DA REGIÃO DE ARACAJU (Metodologia de Execução)

1. INTRODUÇÃO

A da Oficina de Trabalho, maio/99, foram realizadas algumas reuniões com os órgãos: Universidade Federal de Sergipe, Prefeituras Municipais de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro e São Cristóvão, Governo do Estado de Sergipe e Ministério Público do Estado de Sergipe, para articulação das ações visando a elaboração e execução do Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe e seus dois Sub-Projetos.

Dentro do Sub-Projeto 1: Criança Fora do Lixo e Dentro da Escola, está embutida a elaboração de um diagnóstico sócio-econômico e cultural da ocupação humana das lixeiras da região, que necessita de uma metodologia de execução própria e detalhada.

Coube à Universidade Federal de Sergipe a coordenação geral do Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe e a coordenação do Diagnóstico Sócio-econômico e Cultural da Ocupação Humana nas Lixeiras da Região de Aracaju. Ao Ministério Público do Estado de Sergipe coube a coordenação dos dois Sub-Projetos: 1 – Criança Fora do Lixo e Dentro da Escola; 2 – Aterro Sanitário e Preservação Ambiental.

Para o levantamento preliminar da ocupação das lixeiras de Terra Dura (localizada no município de São Cristóvão, mas recebendo lixo de Aracaju), Nossa Senhora do Socorro e São Cristóvão, houve uma divisão de competências e de atividades a serem executadas por cada órgão envolvido.

Estimulados pela Oficina de Trabalho e reuniões subsequentes, e sob a coordenação do Ministério Público de Sergipe, as Prefeituras Municipais deram início a um levantamento preliminar da ocupação humana nas lixeiras, de forma a subsidiar a elaboração do Sub-Projeto 1 e, posteriormente, a sua execução.

Esses levantamentos preliminares detectaram 103 famílias morando nas lixeiras de Terra Dura e Nossa Senhora do Socorro, num total de 385 pessoas, sendo que cerca de 63% têm idade de 17 anos ou menos. As crianças entre 0 a 6 anos perfazem 22,60% e aquelas entre 7-14 anos, perfazem 25,45% da população total. O levantamento sobre a lixeira de São Cristóvão ainda não se encontra disponível.

Ainda nesse levantamento preliminar, observou-se a especialização dos catadores de lixo, com relação ao material que retira da lixeira e isso condiciona o seu horário de trabalho ao horário regular da chegada de caminhões procedentes de determinadas zonas da cidade, onde são descartados materiais específicos como latas de alumínio, papel e papelão, madeira, retalhos de tecidos e outros. Essa informação permite levantar a hipótese de ser bem superior o número de catadores do que os observados durante o levantamento preliminar.

2. OBJETIVOS

2.1 GERAL

- Conhecer o processo de ocupação humana das lixeiras da região de Aracaju e realizar um diagnóstico da situação atual.

2.2 ESPECÍFICOS

- Conhecer a procedência, composição e situação das famílias que têm suas residências implantadas na área de descarte de lixo.
- Conhecer a situação do trabalho de coleta de lixo na área de descarte, como fonte de renda.
- Levantar a situação das crianças que moram e, ou, vivem do lixo, quanto a contribuição na geração de renda familiar, acesso à saúde, nível educacional e situação escolar, lazer e outros.
- Levantar os serviços, programas, projetos e similares, voltados para o desenvolvimento de ações na área de estudo (já executados, em execução ou planejados), incluindo associações de classe e semelhantes, atuação de organizações não governamentais e outros.

3. ENFOQUE METODOLÓGICO

Para a realização do diagnóstico, que está inserido no Projeto Lixo e Cidadania em Sergipe, Sub-Projeto: Criança Fora do Lixo e Dentro da Escola, será utilizado o enfoque metodológico proposto no documento Diretrizes para a elaboração de Planos Municipais de Assistência Social, divulgado pela Secretaria de Assistência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social.

4. METODOLOGIA DE EXECUÇÃO

Coordenadora: Eliana Marcos dos Santos (UFS-PROEX)

A execução do diagnóstico será feita através de várias etapas integradas de atividades, envolvendo:

- Universidade Federal de Sergipe (Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa; Pró-Reitoria de Extensão)

- Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de Sergipe (FAPESE)
- Prefeituras Municipais de Aracaju, São Cristóvão e Nossa Senhora do Socorro (Secretarias de Ação Social, de Educação, de Saúde)
- Governo do Estado de Sergipe (Secretarias de Ação Social, de Educação, de Saúde)

4.1 ETAPAS INTEGRADAS DE ATIVIDADE

4.1.1 Resgate histórico da ocupação da área

A execução do diagnóstico terá início com o levantamento da ocupação histórica da área, tanto da lixeira quanto do seu entorno. O levantamento contemplará desde a decisão técnica e política de instalação da lixeira até a situação atual do uso do solo e ocupação humana da área.

Serão levantados e analisados os fatores relevantes da situação sócio-econômica e cultural, de forma a explicar a gênese e o desenvolvimento dos problemas ali existentes.

O resgate histórico será feito através da análise de fontes secundárias junto às prefeituras municipais e outras fontes que se mostrarem pertinentes. O levantamento de dados em campo complementar as informações levantadas em fontes secundárias e consistirá, basicamente, em entrevistas com técnicos das prefeituras envolvidas no direcionamento do uso atual do solo, entrevistas com lideranças políticas e com moradores mais antigos do local.

4.1.2 Aspectos geográficos e de infraestrutura

Serão levantados os aspectos geográficos básicos para a caracterização da área: localização, região, limites, vegetação, relevo, hidrografia, vias de acesso, meios de transporte, e outros. Esse levantamento será feito através de observação direta e mapeamento georreferenciado, com utilização de aparelho GPS, tomando-se por base os cartogramas já existentes sobre a área, que serão atualizados e detalhados em escala compatível com as informações.

No mapeamento serão localizadas as unidades de serviço e a infraestrutura básica existentes na área (lixeira e entorno): escolas, postos de saúde, serviço público de telefonia, iluminação pública, segurança pública, vias de acesso e de circulação, estabelecimentos comerciais e outros.

4.1.3 Aspectos sócio-econômicos e culturais

Os aspectos sócio-econômicos e culturais serão levantados e analisados em conjunto, pois estão intimamente interligados. Esse levantamento será feito através de questionário aplicado em todo o universo, complementado por entrevistas em amostra escolhida de forma intencional. Serão utilizadas também a observação direta e entrevistas com pessoas escolhidas intencionalmente, para complementação de informações sobre criminalidade, alcoolismo, venda e uso de drogas.

Os questionários serão de dois tipos: para os moradores na lixeira e para os residentes em outros locais mas que se utilizam do lixo como fonte de renda. A unidade amostral será o chefe da família para os moradores da lixeira e indivíduo para os catadores não residentes. Neste último caso, o questionário incluirá o nome dos familiares, de forma a identificar diferentes indivíduos da amostra que pertencem à uma mesma família.

Através do questionário, deverão ser levantadas informações sobre:

- procedência da família/indivíduo; fatores repulsivos da área de origem e atrativos da área de destino; tempo de residência no local; etapas migratórias;
- caracterização da habitação e sua localização;
- abastecimento de água e despejo de dejetos;
- energia elétrica e outras fontes de energia;
- condições de saúde (morbidade), acesso a serviços médicos preventivos e curativos, inclusive odontológicos;
- número de residentes por habitação, por faixa etária e grau de parentesco com o chefe (composição familiar);

- número de filhos tidos e filhos vivos, incluindo a idade do falecido e a provável causa de morte (natalidade e mortalidade)
- número de pessoas, por faixa etária, que contribuem para a composição da renda familiar e nível de escolaridade;
- renda familiar e sua composição (inclusive com atividades fora da lixeira);
- tipo de material que é retirado da lixeira (alumínio, plástico, papelão, madeira, lixo em geral ou outras categorias);
- comercialização do material coletado na lixeira;
- utilização de material retirado do lixo para alimentação, vestuário e outros fins;
- atuação de terceiros na cobrança de “pedágios”, “comissões” ou outras formas de exploração dos catadores.

Dentro do conjunto de informações que serão levantadas por questionários, destacam-se aquelas referentes à população entre 0 e 17 anos, por faixa etária e sexo:

- frequência à escola, nível de escolaridade, repetência, condições de aquisição de material escolar e outros;
- localização da escola que frequenta, distância e meio de transporte;
- incidência de doenças, vacinação, atendimento dentário;
- participação na renda familiar: volume, tempo gasto e forma
- atividades econômicas que desenvolve, incluindo catação de lixo, atividades de renda direta e indireta;
- atividades não econômica (lazer) que desenvolve
- atividade de lazer, esporte e cultura que gostaria de fazer.

4.1.4 Serviços, programas, projetos e similares visando o atendimento da população

O levantamento dos serviços, programas, projetos e similares, voltados para o desenvolvimento de ações na área de estudo, incluindo associações de classe e semelhantes, atuação de organizações não governamentais e outros, será feito com base em dados de fontes secundárias e primárias.

Esse levantamento incluirá planejamentos já executados, em execução ou ainda não iniciados e procurar-se-á examinar os resultados das ações já executadas e em execução.

Também deverão ser levantadas a percepção e a aceitação da população objeto de estudo com relação às ações executadas e em execução, pelos diferentes serviços, programas, projetos e outros.

5. BIBLIOGRAFIA BÁSICA CONSULTADA

- RAICHELIS, Raquel et al. Diretrizes para a elaboração de Planos Municipais de Assistência Social. Série Programa e Serviços de Assistência Social. São Paulo: Instituto de Estudos Especiais da PUC-SP. Brasília: Secretaria de Assistência Social/MPAS, 1998.
- GUARÁ, Isa M. Ferreira da Rosa et al. Gestão Municipal dos serviços de atenção à criança e ao adolescente. Série Programa e Serviços de Assistência Social. São Paulo: Instituto de Estudos Especiais da PUC-SP. Brasília: Secretaria de Assistência Social/MPAS, 1998.
- BRASIL. Política Nacional de Assistência Social. Resolução nº 207 de 16/dezembro/1998. Conselho Nacional de Assistência Social. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 1998
- BRASIL. Norma Operacional Básica da Assistência Social. Disciplina a descentralização político-administrativa da Assistência Social, o financiamento e a relação entre os três níveis de governo. Resoluções nº 207 de 16/dezembro/1998 e nº 53 de 04/março/1999. Conselho Nacional de Assistência Social. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 1998.
- BRASIL. Programa de erradicação do trabalho infantil. Área de Assistência Social. Brasília: Secretaria de Assistência Social/MPAS, s/d

Aracaju, 25 de junho de 1999.

Prof. Dr. José Fernandes de Lima
Reitor da Universidade Federal de Sergipe

Dr. Moacyr Soares da Motta
Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe

Prof. Dr. José Alexandre Felizola Diniz
Presidente da Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de
Sergipe

INQUÉRITOS CIVIS, PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E AÇÕES CIVIS EM CURSO NO ESTADO DE SERGIPE

INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se a um balanço dos Inquéritos Cíveis, Procedimentos Administrativos e Ações Cíveis Públicas que correm nas Curadorias do Estado, sendo levadas em conta as informações prestadas pelos respectivos Promotores de Justiça que atenderam ao Ofício 09/99 da Coordenadoria Geral do Ministério Público, em número de 21 (vinte e um) até o momento.

Para organização dos dados utilizou-se tabelas e gráficos, que demonstram o tipo e a quantidade de ações ou procedimentos relatados, além de se ter recorrido a notas de rodapé que trazem um pequeno resumo sobre cada um deles.

Observe-se por fim, que existem espaços em branco nas tabelas, que significam a inexistência de ação ou procedimento na Promotoria correspondente.

Aracaju, 18 de outubro de 1999

INQUÉRITOS CIVIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS EM ANDAMENTO
(Vide gráficos I e II)

Promotorias de Justiça	Pat. Público e Cultural	Prot. ao Meio Ambiente	Serv. de Relev. Pública e Cons.	Controle Externo da Ativ. Policial	Inf. e e Ado-lescência	Total por Prom.
	Improb. Admin.	Outros				
1 Barra dos Coqueiros			I. C.: 001/99 ¹			1
2 Canindé do S. Fran.	Proc. Adm. nº 001/98 ² , 002/98 ³					2
3 Carira	Proc. Adm. 01/98 ⁴					1
4 Cedro de São João						0
5 Cristinápolis			s/n ⁵			+ de 1
6 Curadoria do Consumidor, do Cidadão e Serviços de Relevância Pública de Itabaiana			Proc. Prep. s/n ⁶ e s/n ⁷			2
7 Estância	Proc. Prep. 01/99 ⁸	Proc. Prep. 09/97 ⁹	Proc. Prep. 07/97 ¹⁰ , 09/97 ¹¹ , 10/97 ¹² , 08/98 ¹³ , 06/98 ¹⁴ , 01/98 ¹⁵ , 01/99 ¹⁶ , 02/99 ¹⁷ , 03/99 ¹⁸			11
8 Frei Paulo	I.C. nº 002/97 ¹⁹					1
9 Gararu						0
10 Itabaianinha	Proc. Prep. nº 002/97 ²⁰		Proc. Prep. nº 01/98 ²¹ , 01/99 ²²	Proc. Prep. nº 01/97 ²³ , 02/98 ²⁴		5

11 Itaporanga D'Ajuda	Proc. Prep. s/n ²⁵ , s/n ²⁶ , s/n ²⁷ , s/n ²⁸ , s/n ²⁹ , s/n ³⁰ , s/n ³¹ , s/n ³² , s/n ³³ , 3/n ³⁴ , s/n ³⁵ , s/n ³⁶	I.C. nº 03/99 ³⁷ , Proc. Prep. s/n ³⁸	I.C. s/n ³⁹ , Proc. Prep. s/n ⁴⁰ , s/n ⁴¹	I. C. n. 01/97 ⁴² , 02/97 ⁴³ Proc. Prep. s/n ⁴⁴ , s/n ⁴⁵ , s/n ⁴⁶ , s/n ⁴⁷ , s/n ⁴⁸ , s/n ⁴⁹ , s/n ⁵⁰ , s/n ⁵¹	Proc. Prep. s/n ⁵²	s/n ⁵³	29
12 Lagarto							0
13 Lagarto – Vara Criminal (Curadoria de Menores)							
14 Laranjeiras							0
15 Maruim	Proc. Prep. n. 01/98 ⁵⁴ , 04/99 ⁵⁵ I.C. nº 02/97 ⁵⁶ , 03/97 ⁵⁷ , 02/98 ⁵⁸ , 02/98 ⁵⁹	Proc. Prep. n. 02/99 ⁶⁰	Proc. Prep. n. 02/98 ⁶¹ , 03/99 ⁶²	Proc. Prep. n. 01/99 ⁶³			10
16 N. Sra. da Glória							0
17 N. Sra. do Socorro (Dra. Gisele Fontes)							0
18 N. Sra. do Socorro (Dr. Eduardo D. Fontes)			2 Proced Adm.				2
19 Poço Redondo	Proc. Prep. s/n ⁶⁴ , s/n ⁶⁵ , s/n ⁶⁶ , s/n ⁶⁷						4
20 Porto da Folha	I. C. s/n ⁶⁸ . Proc. Prep. s/n ⁶⁹						2
21 Própria							0
22 S. Cristóvão – Serviços de Relevância Pública; Defesa do Consumidor; Pat. Público, Social e Meio Ambiente	001/96 ⁷⁰ 010/97 ⁷¹ 001/98 ⁷² 002/98 ⁷³	Proc. Prep. 002/99 ⁷⁴ I.C. 001/99 ⁷⁵	001/97 ⁷⁶	Ato 001/99 ⁷⁷			8
23 Tobias Barreto							0
24 Umbaúba							0
TOTAL GERAL	34	6	17	18 aprox.	2	2	79 aprox.

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
(Vide gráficos II e IV)

Promotorias de Justiça	Pat. Público e Cultural	Prot. ao Meio Ambiente	Serv. de Relev. Pública e Cons.	Controle Externo da Ativ. Policial	Inf. e Adolescência	Total por Prom.
	Improb. Admin.	Outros				
1 Barra dos Coqueiros						0
2 Canindé do S. Fran.						0
3 Carira				Proc.nº 034/99 ⁷⁸		1
4 Cedro de São João	Proc. s/nº ⁷⁹					1
5 Cristinápolis						0
6 Curadoria do Consumidor do Cidadão e Serviços de Relevância Pública de Itabaiana				Proc. s/nº ⁸⁰		1
7 Estância	Proc. s: 398/98 ⁸¹ s/nº ⁸² s/nº ⁸³ s/nº ⁸⁴	Proc. SOS: s/nº ⁸⁵	Proc. s: s/nº ⁸⁶ s/nº ⁸⁷ s/nº ⁸⁸ s/nº ⁸⁹ 466/96 ⁹⁰ 538/96 ⁹¹ 66/98 ⁹²			12
8 Frei Paulo						0
9 Gararu				Proc. s/nº ⁹³		1
10 Itabaianinha	Proc. s: 9470020088 ⁹⁴ 9670020315 ⁹⁵ 9870020168 ⁹⁶			940020024 ⁹⁷		4

11 Itaporanga D'Ajuda	Proc. s/n ⁹⁸			Proc. s/n ⁹⁹ s/n ¹⁰⁰			3
12 Lagarto				Proc. nº 555/98 ¹⁰¹			1
13 Lagarto – Vara Criminal (Curadoria de Menores)							0
14 Laranjeiras	Proc. s/n ¹⁰²						1
15 Maruim				s/n; s/nº; s/nº ¹⁰³			3
16 N. Sra. da Glória							0
17 N. Sra. do Socorro (Dra. Gisele Fontes)							0
18 N. Sra. do Socorro (Dr. Eduardo D'Ávila Fontes)	Proc. nº: 041/97 ¹⁰⁴	s/n ¹⁰⁵		Proc. nº: 324/98 ¹⁰⁶			3
19 Poço Redondo	Proc. s/n ¹⁰⁷ s/n ¹⁰⁸						2
20 Porto da Folha							0
21 Própria							0
22 S. Cristóvão – Serviços de Relevância Pública; Defesa do Consumidor; Pat. Público, Social e Meio Ambiente		Proc. 497/98 ¹⁰⁹ 598/98 ¹¹⁰	Proc. 684/97 ¹¹¹ 736/98 ¹¹² s/n ¹¹³	Proc. 547/98 ¹¹⁴ 671/98 ¹¹⁵			7
23 Tobias Barreto							0
24 Umbaúba							0
TOTAL GERAL	13	4	10	13	0	0	40

GRÁFICO I

Quantidade de Inquéritos Cíveis e Procedimentos Administrativos em Curso nas Promotorias

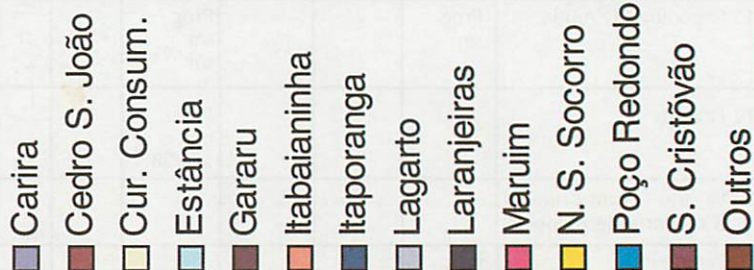
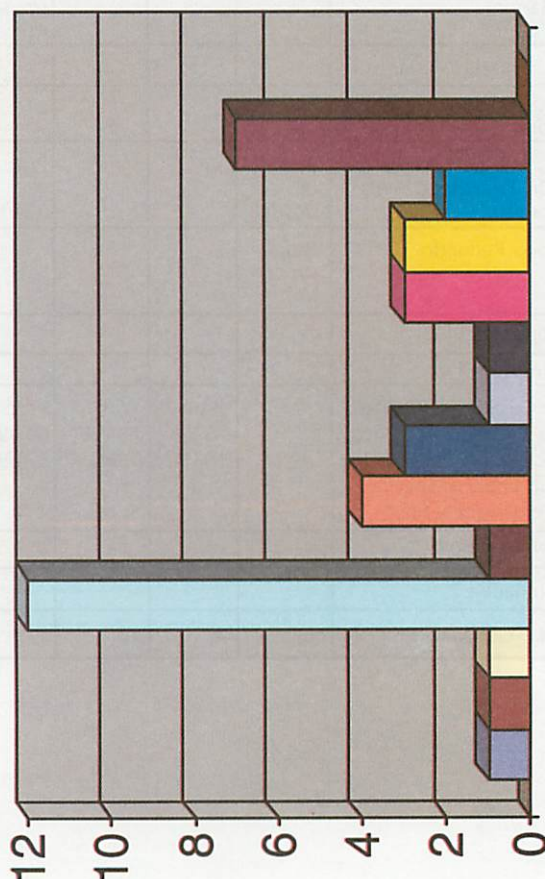


GRÁFICO II

Quantidade de Ações Cíveis Públicas por Promotoria

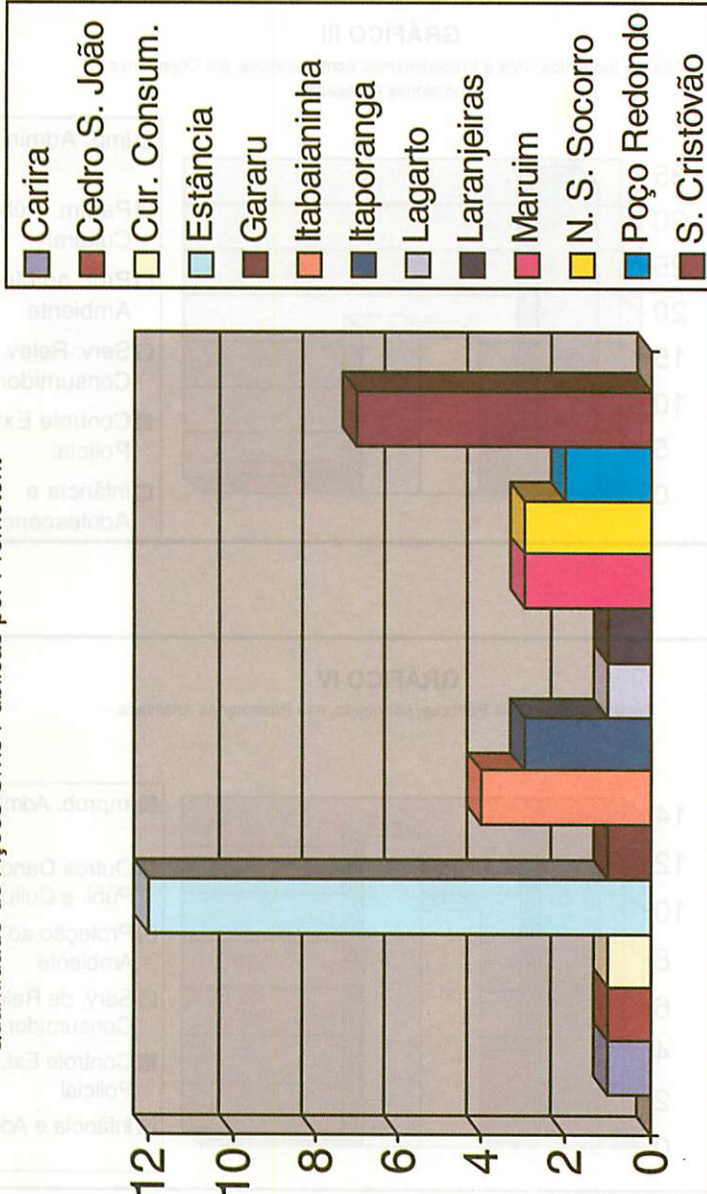


GRÁFICO III

Total de Inquéritos Civis e Procedimentos Administrativos, por Objeto, nas Promotorias Analisadas

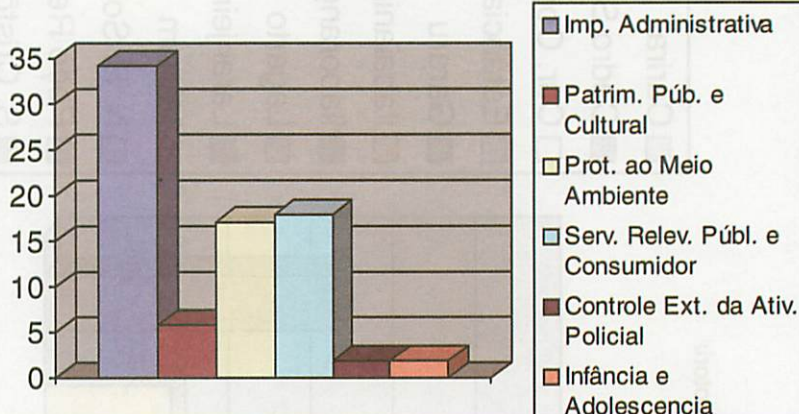
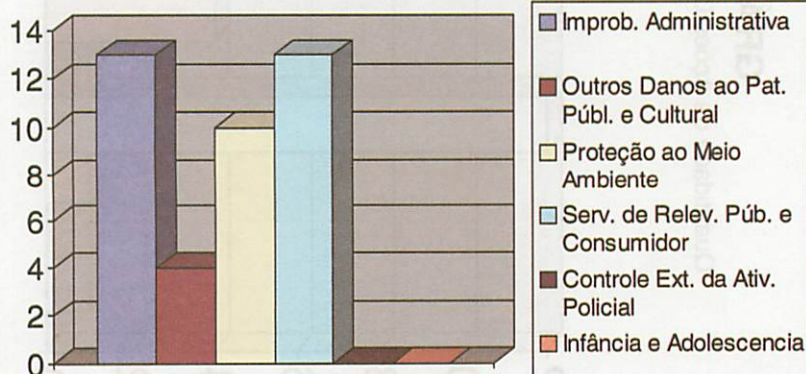


GRÁFICO IV

Total de Ações Cíveis Públicas, por objeto, nas Promotorias Analisada



NOTAS

- ¹ I. C. instalado pela portaria 001/99, visando investigar o não funcionamento da Escola Dr. Carlos Firpo, que se encontra em reforma.
- ² Irregularidade no Conselho Municipal de Saúde de Canindé.
- ³ Fraudes em procedimento licitatório e ART (Antecipação de Receita Orçamentária) pelo prefeito de Canindé.
- ⁴ Contra o prefeito Aroaldo Chagas, visando apurar possíveis práticas lesivas devido à contratação de obras e serviços sem licitação.
- ⁵ Existem procedimentos, porém não foram especificados.
- ⁶ Venda de Gás GLP.
- ⁷ Venda de agrotóxico.
- ⁸ Comprometimento do Funcionamento da Associação dos Araçás. Audiência marcada para 11/06/99.
- ⁹ Imóveis tombados que estão se degradando em virtude da falta de recursos da Secretaria de Estado do Patrimônio Histórico. Esperando as verbas prometidas para reforma.
- ¹⁰ Construção de Estação de Tratamento da TROPFRUIT S/A.
- ¹¹ Poluição ao meio ambiente através de dejetos orgânicos na maré do Bairro Porto D'Areia.
- ¹² Transporte de lenha da Mata Atlântica sem a devida cobertura do ATPF do IBAMA. Sobrestado o feito, porque o IBAMA ficou de enviar as informações.
- ¹³ Poluição sonora. Aguardando audiência pública.
- ¹⁴ Pesca de caranguejos de forma proibida por lei. Envio dos documentos para abertura de inquérito policial.
- ¹⁵ Poluição da Lagoa do Abaís. Solicitação ao Município para colocação de placas no local.
- ¹⁶ Degradação de área de preservação ambiental por parte dos acusados Edivaldo Rodrigues e José Wellington Rodrigues. Solicitada perícia no local para instruir o procedimento, visando a promoção de Ação civil Pública.
- ¹⁷ Poluição ambiental por parte do Município de Estância, no que tange a disposição do lixo de forma irregular. Solicitação por parte da Prefeitura de Licença Prévia junto à ADEMA.
- ¹⁸ Poluição sonora. Feito acordo preliminar.
- ¹⁹ Irregularidades no convênio celebrado entre o Projeto Nordeste — PRONESE e a Associação de Desenvolvimento Comunitário de Pinhão.
- ²⁰ Instaurado em 10.09.97. Improbidade Adm. Investigar repasse e aplicação de recursos oriundos da PRONESE, destinados à realização de obras comunitárias. Concluído o procedimento, que serviu de base para ajuizamento de Ação Civil Pública, que se encontra em andamento.
- ²¹ Instaurado em 07.01.98. Preços do GLP ao consumidor. Concluído o procedimento, foi firmado termo de compromisso de ajustamento de conduta entre os que comercializam o gás de cozinha.
- ²² Instaurado em 14.01.99. Necessidade de eletrificação rural destinada a uma comunidade. Recusa de proprietário de imóvel em autorizar o uso de espaço aéreo. Concluído o procedimento e firmado, em 31.03.99, termo de compromisso de ajustamento de conduta, autorizando a passagem de rede elétrica.
- ²³ Instaurado em 02.09.97. Investigar participação de policiais militares na morte de um cidadão, durante a efetivação de sua prisão. Concluído o Procedimento que serviu de base para oferecimento de denúncia contra os PMs, encontrando-se o processo em fase de alegações finais.

- ²⁴ Instaurado em 22.04.98. Investigar possível prática do crime de concussão, por parte da Autoridade Policial de então. Concluído o procedimento que serviu de base ao oferecimento da denúncia, encontrando-se o processo em fase de alegações finais.
- ²⁵ Investigar embaraços criados pela Prefeitura Municipal de Salgado na concessão de alvarás para licenciamento de táxis no perímetro do Município. Problema já solucionado.
- ²⁶ Criação irregular de cargos em comissão pela Prefeitura Municipal de Itaporanga D'Ajuda.
- ²⁷ Doação irregular de imóveis integrantes do patrimônio público do Município de Salgado a pessoas com recursos.
- ²⁸ Apurar irregularidade (desvio de verbas públicas) praticado pelo Sr. José Carlos Oliveira, Presidente da Associação dos Moradores Amigos de Salgado.
- ²⁹ Irregularidades praticadas pelo Sr. Antonio Silveira Oliveira quando Prefeito do Município de Itaporanga D' Ajuda, bem como benefícios irregulares obtidos pelos seus parentes (filhos e sobrinhos) da Adm. Municipal.
- ³⁰ Investigar a Associação dos Moradores do Povoado Ipanema, em Itaporanga D'Ajuda, com referência a desvio de verbas praticados pelos dirigente da mencionada Associação.
- ³¹ Irregularidade na execução do Projeto de Eletrificação Rural com recursos do PRONESE, realizado no Povoado Cipó Branco, em Salgado (SE), pela Associação do Centro Sul da Região dos Moradores de Salgado.
- ³² Criação de cargos de comissão em número elevado e sem as exigências legais pela Prefeitura Municipal de Salgado.
- ³³ Gastos excessivos com publicidade nos meios de comunicação realizados pela Prefeitura Municipal de Salgado.
- ³⁴ Gastos excessivos com publicidade nos meios de comunicação realizados pela Prefeitura Municipal de Itaporanga.
- ³⁵ Apuração de irregularidades ocorridas na adm. anterior da Câmara Municipal, quando foram suspensos os benefícios do IPES a dois funcionários daquela casa.
- ³⁶ Apuração de distribuição e entrega de casas no conjunto Antônio Carlos Valadares, ou Collor II, neste Município, com envolvimento da Construtora Caioba (empregados beneficiados).
- ³⁷ Instaurado em junho de 1997, objetivando apurar responsabilidade em dano ao patrimônio público já que, com a realização da Micareta de Salgado, foi serrado criminosamente um cabo telefônico que servia à zona central daquela cidade, deixando-a sem comunicação.
- ³⁸ Irregularidades praticadas pelo Presidente do sindicato dos Trabalhadores Rurais deste Município.
- ³⁹ Instaurado em Salgado em 04.05.95, objetivando apurar Poluição Ambiental (odores fétidos) causada pela empresa Agropesa —Agropecuária de Salgado S/A, tendo sido dado prosseguimento encontrando-se em fase final de conclusão, com laudos já elaborados e inquirição de diversas pessoas conhecedoras dos problemas.
- ⁴⁰ Problemas de Poluição causados aos Moradores do Povoado Sapé, Município de Itaporanga D'Ajuda, por um abatedouro da Prefeitura Municipal.
- ⁴¹ Extração irregular de areia do leito do Rio Vasa-Barris, neste Município.
- ⁴² Instaurado em julho de 1997, objetivando atender reclamações das comunidades de Itaporanga D'Ajuda e Salgado com referência à qualidade da água fornecida pelo DESO.

- ⁷⁴ I. C. instaurado pela portaria n 002/99, visando investigar irregularidades no trato com o patrimônio público, mais especificamente do SAAE — Serviço Autônomo de Água e Esgoto de S. Cristóvão.
- ⁷⁵ Responsabilidade dos Administradores Municipais de gestões anteriores pelo não pagamento de precatórios oriundos de dissídios laborais.
- ⁷⁶ Ocupação de área de mangue aterrada.
- ⁷⁷ Venda de GLP através de postos clandestinos sem observação das normas de segurança.
- ⁷⁸ Contra o DESO, objetivando regularizar definitivamente o fornecimento de água na cidade.
- ⁷⁹ Com o fim do Inquérito Civil 01/98 que concluiu pela prática de improbidade administrativa pelo chefe do Executivo no Município de Telha, foi instaurada essa Ação Civil.
- ⁸⁰ Suspender taxa de Iluminação Pública, com liminar concedida e agravo retido.
- ⁸¹ Ação Civil Pública, autuada sob o nº 398/98, visando apurar improbidade administrativa praticada pelo chefe do executivo municipal.
- ⁸² Improbidade administrativa contra PRONESE e outros que lesaram o Patrimônio Público. Reparar o dano através de pedido liminar.
- ⁸³ Pedido de dissolução de sociedade Clube das Mães, no Conjunto Paulo Amaral e reparação de dano. Julgada favorável ao MP.
- ⁸⁴ Reparação de dano cumulada com pedidos liminares. Improbidade administrativa por parte do Alcaide Municipal.
- ⁸⁵ Ação executiva para cumprimento de TAC.
- ⁸⁶ Ação Civil Pública, visando apurar danos contra o meio ambiente, contra Edivaldo Rodrigues de Lima, e Mariana Rodrigues Vasconcelos.
- ⁸⁷ Ação de execução , visando cumprimento de termo de ajustamento por causa da poluição sonora.
- ⁸⁸ Ação Civil Pública fazer contra a empresa Frutene e o Grupo Constâncio Vieira. Obrigação de fazer estações de tratamento, visando a poluição dos rios Piauí e Piauitinga.
- ⁸⁹ Obrigação de fazer o sistema de tratamento do restaurante XPTO. Evitar degradação ambiental dos Rios Piauí e Piauitinga.
- ⁹⁰ Poluição ambiental. Julgada.
- ⁹¹ Poluição ambiental. Julgada.
- ⁹² Poluição ambiental. Em andamento.
- ⁹³ Suspender Taxa de Iluminação Pública em Itabi.
- ⁹⁴ Ajuizado em 25.03.94. Doações irregulares de imóveis, efetuadas pelo Poder Público Municipal. Proferida Sentença no dia de ontem, 08.06.99, julgando procedente, em parte, o pedido.
- ⁹⁵ Ajuizado em 1996. Ato de Improbidade Administrativa imputado a membros da Câmara Municipal de Vereadores. Concluso para sentença.
- ⁹⁶ Ajuizado em 05.08.98. Irregularidades da PRONESE, no repasse de recursos para associações locais. Determinada a citação dos litisconsortes.
- ⁹⁷ Ajuizado em 1994. Responsabilidade do concessionário de serviços de distribuição de água, pela interrupção do fornecimento. Em fase de instrução.
- ⁹⁸ Contra Antônio Francisco Sobral Garcez, Diretor Presidente da empresa Sergiportos, sendo concedida liminar afastando-o do cargo e declarando a indisponibilidade dos seus bens.
- ⁹⁹ Contra o Município de Itaporanga D'Ajuda tendo em vista a cobrança da Taxa de Iluminação Pública, com liminar favorável concedido.
- ¹⁰⁰ Contra o Município de Salgado, tendo em vista a cobrança da Taxa de Iluminação Pública.

- ¹⁰¹ Sustar Taxa de Iluminação Pública, com liminar concedida.
- ¹⁰² Ação Civil Pública visando apurar a criação de Cargos em Comissão pelo Município de Laranjeiras.
- ¹⁰³ Duas, versando sobre a inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Iluminação Pública pelos Municípios de Marum e Rosário do Catete e uma outra tendo por objeto a adequação do abatedouro de animais de Marum.
- ¹⁰⁴ Doações de áreas públicas.
- ¹⁰⁵ Ação Civil Pública visando a nulificar a criação de Cargos em Comissão no Poder Legislativo Municipal.
- ¹⁰⁶ Taxa de Iluminação Pública.
- ¹⁰⁷ Pedido de Autorização Judicial cumulada com Cautelar de Busca e Apreensão Judicial de GLP e combustíveis devido à prática de crime contra a ordem pública (art. 1º, I, da Lei 8.176/91).
- ¹⁰⁸ Improbidade Administrativa de serventuário da Justiça em Monte Alegre.
- ¹⁰⁹ Ajuizado em 02/09/98, contra Município de São Cristóvão. Pedido liminar concedido. Preservação do patrimônio histórico pela não demolição de ponte construída em 1946 e capela secular denominada Igreja de Santa Cruz.
- ¹¹⁰ Ação Cautelar Inominada, ajuizada em 29/09/98, contra Frente Popular das Oposições, visando a proteção do Patrimônio Histórico.
- ¹¹¹ Ajuizada em 30/12/97, contra VEDAMASSA ind. e Com. Ltda., julgada procedente em 23/03/99. Poluição atmosférica por indústria de argamassa em área residencial.
- ¹¹² Ação Civil Pública ajuizada em face de Paulo Rezende, J. M. Construções, Torre Empreendimentos Rurais, ETEC, visando a manutenção da liminar anteriormente concedida e reparação dos danos ambientais provocados por escavação ilegal de substância mineral (atividade clandestina de mineração).
- ¹¹³ Ação Civil Pública com pedido liminar ajuizada em 11/06/99, em face da EMURB, objetivando a imediata suspensão das atividades da Usina de Concreto Asfáltico, localizada no Povoado Cabrita, município de São Cristóvão, bem como a reparação dos danos ambientais e adequação dos sistemas de controle de emissão de poluentes.
- ¹¹⁴ Ação Cautelar Inominada com pedido liminar concedido, ajuizada em 25/09/98, contra Paulo Rezende Cardoso, J. M. Construções, Torre Empreendimentos Rurais e ETEC – Empresa de Terraplanagem e Construção Ltda. Paralisação de atividades clandestinas de mineração.
- ¹¹⁵ Ajuizada em 18/11/98, com pedido limiar concedido, contra o Município de São Cristóvão. Defesa do Consumidor pela não cobrança da Taxa de Iluminação Pública.

PARECERES

2ª INSTÂNCIA

Apelação não recebida. Mandado de segurança para seguimento do recurso. Estelionato. Arquivamento. Cheques emitidos como garantia de dívidas não tipificam a figura criminal prevista no art. 171, caput, ou seu inciso VI do Código Penal. Uso impróprio da via mandamental por ser cabível agravo.

Darcilo Melo Costa
Procurador de Justiça

Calçados Azaléia S.A. irressignada com a respeitável decisão que não recebeu seu recurso de apelação, proferida nos autos de “representação criminal” promovida contra José Jaime Souza e Salvelina V. Dantas, representantes legais da empresa “Jaime Confeções Ltda.”, impetra o presente mandado de segurança contra a Meritíssima Juíza prolatora da referida decisão (titular da comarca de Nossa Senhora da Glória), invocando disposições do art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal.

I. A impetrante, como se vê da petição inicial, mantinha transações comerciais com o citado estabelecimento comercial e em pagamento das mercadorias recebidas os representantes legais da empresa, acima nominados, após inadimplemento da dívida contraída segundo as faturas e duplicatas emitidas, deu em pagamento cheques que não puderam ser descontados no banco sacado. Tratava-se de cheques “pré-datados”, como disse a impetrante e confirma a impetrada. Entendendo que o fato tipificava o delito de “estelionato”, a impetrante promoveu “representação criminal” (como dito na Inicial e documento de fls. 30 a 38), apesar de tratar-se de crime de ação pública incondicionada.

II. À vista da “representação”, o Doutor Promotor de Justiça, em peça escoreita, diante das considerações processuais que serviram de base às conclusões de seu parecer, conclui que o fato

não tipificava a figura penal descrita no art. 171 do Código Penal, quer nas disposições do caput, como pelo disposto no seu § 2º, inciso VI; assim, pediu arquivamento do feito (fls. 56 a 59).

III. A impetrada, Meritíssima Juíza da Comarca, acolhendo o parecer, prolatou a decisão que se vê às fls. 61 e 62 (por cópia), determinando o arquivamento, após ressaltar que mandou reunir as 17 “representações” (CP. art. 71 c/c CPP. arts. 76 e 79) separadamente promovidas pelo impetrante (I). Inconformada, a autora da representação interpôs recurso em sentido estrito (fls. 64 a 73) , indeferido pela ilustre Magistrada (fls. 75). Por este indeferimento a autora interpôs apelação (fls. 102 a 114) . Por decisão proferida em juízo de admissibilidade, a Doutora Juíza não recebeu o recurso apelatório (fls. 120 e 121) . Irresignada, impetra o presente mandado de segurança. Tudo devidamente examinado, opinemos.

IV. Inicialmente cumpre-nos averiguar do cabimento da via judicial escolhida pela autora, o mandado de segurança. Nestas circunstâncias há recurso específico — o agravo de instrumento. Ora, o excepcional *mandamus* somente é admissível na inexistência de recurso contra o ato judicial que provoca a irrisignação do interessado (o impetrante, no caso). O mandado de segurança é cabível apenas se é justificável pronto atendimento pelo Relator em provimento liminar ou nos casos de aberrantes ilegalidades. A toda evidência, não é este o caso dos autos. A impetrante equivocou-se duplamente:

PRIMEIRO — Ao interpor recurso em sentido estrito da decisão de arquivamento, caso não contemplado nas disposições do art. 581 do CPP em numerosas hipóteses, previstas nos seus vinte e quatro incisos. Neste sentido, registra Damásio de Jesus:

Arquivamento ou desarquivamento de inquérito policial: É irrecorrível a decisão que os determina (RT 422/316). — Código de Processo Penal Anotado, pág. 363, 8ª edição;

SEGUNDO — Ao interpor mandado de segurança pelo não recebimento da apelação, quando cabível, agora sim, recurso em

sentido estrito, nos termos do art. 581, inciso XV do Código de Processo Penal (hipótese análoga à de não recebimento de apelação no processo civil, quando cabível é o agravo de instrumento).

Do exposto, pelo indeferimento do mandado de segurança, por incabível na espécie, é o parecer.

V. Caso conhecido, melhor sorte não divisamos às pretensões da impetrante. Sem sombras de dúvidas, a representação — equivocadamente formulada, pois se trata de crime de ação pública, como corretamente decidido na instância inferior — foi oferecida sob invocação do disposto no § 2º, inciso VI do art. 171 do Código Penal, como expressamente exposto na petição da impetrante de fls. 34. Depois, certamente reconhecendo o equívoco, vem agora o impetrante dizer que suas pretensões são baseadas no caput deste art. 171 (fls. 7 e 8). Como demonstraram o ilustre Colega que funcionou na instância inferior e a não menos ilustre Juíza, o fato de ser “pré-datado” desnatura o cheque, considerado título cambial à vista; dado como sucedâneo da “nota promissória” ou “duplicata a prazo”, já não se trata de pagamento à vista, e assim o fato já não corresponde à figura criminal do art. 171, VI do Código Penal, em sua tipicidade.

VI. Quanto à outra hipótese, que esteja o fato sob a incidência do caput do art. 171, a alternativa, igualmente, não socorre a impetrante. O estelionato pressupõe que o paciente (vítima do delito) sofra um prejuízo logo em seguida à conduta do agente; por outras palavras: há o ato ardiloso — o engodo, a trapaça, aquilo que o vulgo chama de “vigarice” — e posteriormente o prejuízo sofrido em razão do ardil do meliante, do agente do crime. Ora, não foi isso o que aconteceu e motivou a representação, ou melhor, a “*noticia criminis*”. Os cheques foram emitidos como garantia de dívida, como uma promessa de pagamento de duplicatas não pagas, como judiciosamente dito na fundamentação da decisão da Meritíssima Juíza. Consequentemente, o prejuízo ocorreu com o inadimplemento das duplicatas, antes da emissão dos cheques. Destarte, não há ato ilegal a ser corrigido nesta superior instância.

VII. Finalmente, observamos que a jurisprudência citada pela impetrante nenhuma analogia apresenta com o caso a julga-

mento, relativa a casos inteiramente diversos ao que ora está sendo julgado. Analogia apresenta, sim, os arestos citados pelo Doutor Promotor (fls. 57 a 59)

Do exposto, opina a Procuradoria Geral: 1º) pelo não conhecimento do mandado por incabível na espécie; 2º) caso conhecido, pelo indeferimento, ante ausência de direito líquido e certo a ser reconhecido judicialmente.

Sub censura, este o parecer.

Aracaju, 09 de setembro de 1998.

Apelação Cível — Deputado estadual condenado a ressarcir prejuízo causado ao erário público por haver entregue, em dia de carnaval, veículo pertencente à Assembléia Legislativa a um presidiário, a seu serviço, para viagem de interesse particular — Sentença que aplica corretamente a regra do art. 10, inciso XIII, da Lei de Improbidade Administrativa — Improvimento do recurso.

Eduardo de Cabral Menezes
PROCURADOR DE JUSTIÇA

José Ilzo Silveira Martins, também conhecido por José Ilzo Silveira, deputado estadual, entregou um automóvel Versailles, ano de fabricação 93, modelo 94, de cor preta, placa policial HZH 7897, de propriedade da Assembléia Legislativa, do qual tinha a posse em razão do cargo, a João Batista dos Santos, seu empregado particular, no dia 19 de fevereiro de 1997.

Este, presidiário cumprindo pena em regime semi-aberto, pessoa totalmente estranha aos quadros funcionais do Estado de Sergipe, pôs-se ao volante do mencionado veículo empreendendo, em plena segunda feira de Carnaval, à noite, uma viagem de Itabaianinha para Aracaju e, como seria previsível, chocou-se com um caminhão, já no Município de Santa Luzia do Itanhy, por onde certamente não deveria estar trafegando, vindo a falecer no local e destruindo totalmente o bem público que lhe fora confiado.

O Ministério Público, através de um dos seus agentes, tomando conhecimento da conduta irregular do parlamentar — que redundou em indisfarçável prejuízo ao erário público — ajuizou ação de improbidade administrativa e de reparação de danos, com pedido liminar, contra o responsável pelo evento lesivo, fazendo-o com amparo nos arts. 37, § 4º e 129, inciso III, da Constituição Federal, 118, inciso III, da Constituição Estadual, e, ainda, nas Leis Federais nº 8.429, de 2 de junho de 1992, 7.347, de 24 de julho de

1985, 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, bem como na Lei Complementar Estadual nº 02, de 2 de novembro de 1990, em seu art. 44, inciso IV, alínea a e b, e VIII, com as alterações das Leis Complementares nº 9, de 13 de abril de 1992, e 12, de 27 de maio de 1993.

O processo seguiu os trâmites legais, tendo, como não poderia deixar de ser, terminado por sentença da lavra da Dra. Juíza de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, que deu pela procedência da ação, e, *pari passu*, condenou o réu a pagar à Assembléia Legislativa o valor do carro sinistrado, ficando condicionada a liberação do bem posto em indisponibilidade através de liminar antes concedida ao pagamento do prejuízo causado, impondo-se ainda ao mesmo a multa civil de uma vez o valor do dano, a ser apurado em liquidação de sentença.

Para concluir da maneira como concluiu, teceu a digna e proba sentenciante, considerações preliminares acerca da legitimidade ativa e passiva na espécie, adentrando o mérito da lide pela seguinte forma:

“Passando a análise da questão, verifica-se que o requerido, usando das prerrogativas do seu cargo, emprestou o carro oficial da Assembléia Legislativa, de seu uso, a motorista que não estava autorizado a dirigir carro oficial, por não ser funcionário daquela Casa Legislativa, e sim contratado do mesmo, para cobrir as folgas do motorista da Assembléia, por este motivo, praticou ato de improbidade regulado pela Lei nº 8.429/92, quando emprestou o carro que não lhe pertencia, pois pertencia a Assembléia Legislativa, e foi totalmente danificado.

Além do que, para a prática da improbidade administrativa, sempre há um terceiro, estranho aos quadros da Administração Pública, que, ou concorre para a prática do ato ou dele se beneficia, junto com o agente público envolvido.

Alegou ainda em sua defesa, que o acidente se deu por ‘imprudência e irresponsabilidade de terceiro’ (sic),

e que não houve prova de qualquer conduta dolosa ou culposa do requerido no fato sub judice.

*Pela sistemática da lei acima citada, além de não ser preciso provar que houve dolo ou culpa na conduta do agente, basta ficar provado que houve dano ao patrimônio público, conforme se vê, do art. 21, inciso I que **in hoc casu**, houve dano ao patrimônio da Assembléia Legislativa, quando com o acidente, perdeu um carro FORD/VERSAILES, ano 93/94" (fls. 138).*

Em condições normais, qualquer um que houvesse causado, de maneira tão evidente, um dano ao patrimônio público, procuraria evitar o *strepitus iudicii*, compondo-se com o prejudicado para ressarcimento do prejuízo.

Não, porém, o réu na presente ação.

Integrante de um Poder que, a nível nacional, vem se arvorando em severo censor dos outros dois, fazendo inclusive *tabula rasa* do princípio constitucional que impõe o império da harmonia e independência entre eles, o deputado, pilhado na prática de improbidade administrativa perfeitamente caracterizada, preferiu procrastinar o feito a que responde, apresentando recurso de apelação.

Passemos, então, ao exame de suas razões.

Em primeiro lugar, observemos se, como sustentam os denodados procuradores em suas bem lançadas razões, é nulo o *decisum* por se não ter obedecido o princípio do contraditório.

Uma simples vista d'olhos aos autos nos leva ao convencimento contrário.

A partir das fls. 85 vamos encontrar a contestação, redigida em nada menos que quinze páginas, acompanhada de extensa documentação através da qual procura o agora apelante se justificar.

Não houve, então, cercamento de defesa.

O fato de ter a julgadora monocrática antecipado o julgamento da lide é perfeitamente explicável: o acidente, com a conseqüente destruição do bem público, está plenamente comprovado através de laudo técnico, não cabendo no presente feito, discu-

tir se houve ou não culpa do motorista a quem foi ele entregue pelo parlamentar.

Isso seria objeto de outro tipo de procedimento.

Dafí caber a indagação que, de forma tão veemente, procede o nobre Promotor de Justiça que ofertou a inicial: “o que se discute e discutiu-se no presente processo é se o Exmo. Deputado JOSÉ ILZO SILVEIRA podia ter feito o que fez — **entregar um carro oficial em pleno dia de carnaval para que um presidiário faça uso particular de um carro do patrimônio do Estado** — é certo, é correto? (fls. 159 — grifos do original).

A preliminar, pois, há de ser repelida, ao que pensamos.

No mérito, menos motivos ainda identificamos para anuir aos reclamos do apelante.

Sustentam os seus doutos procuradores que “conforme comprovado nos autos, todo o acidente deu-se por culpa exclusiva de terceiro (fls. 110 **usque** 111), o que motivou a Procuradoria do Estado ajuizar Ação de Reparação de Dano contra o proprietário do veículo causador do acidente, em trâmite na 12ª Vara Cível desta Capital (fls. 112 **usque** 118)”.

Não se está, contudo, na presente ação, discutindo quem deu causa ao acidente rodoviário.

O que se discute e se discutiu é se o deputado entregou o bem público sob sua responsabilidade a terceiro e se dessa entrega resultou a sua destruição.

Ora, dispõe o art. 4º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Na espécie, no mínimo os princípios da legalidade e da moralidade foram inobservados.

O art. 5º do mesmo diploma legal é taxativo:

“Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

Para escapar à condenação teria o apelante de fazer prova de que não agira espontaneamente ao entregar o carro ao seu empregado, uma vez que se trata de pessoa em pleno gozo de saúde mental.

A voluntariedade de sua conduta não foi negada, porém, em nenhum momento. Pelo contrário: o próprio deputado é quem, em declarações à imprensa, afirma que *“se tivesse de adotar a mesma medida, faria sem constrangimentos”* (fls. 32).

Ora, o dolo não é nada mais que consciência e vontade.

Como assinala o imensurável NELSON HUNGRIA, “consentir no resultado não é senão um modo de querê-lo” (in Coment. ao Cód. Penal, vol. I, tomo II, pág. 115).

Se o recorrente não foi constrangido a entregar o veículo ao seu serviçal, — constrangimento que a bem da verdade, teve o bom senso de não alegar, — fê-lo porque qui-lo, para empregar a expressão de um outro político, bastante conhecido pelas suas idiossincrasias.

Agiu, pois, deliberadamente, propositadamente, vale dizer, dolosamente ao proceder a tal entrega.

Não pode, então, pretender se furtar ao ressarcimento do prejuízo causado ao patrimônio público a teor de que o seu motorista não foi responsável pelo acidente em que se envolveu.

O art. 10 e seu inciso XIII da já mencionada Lei de Improbidade Administrativa são bem claros:

*“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, **que enseje perda patrimonial**, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

.....

*XIII. **permitir que se utilize**, em obra ou **serviço particular**, **veículos**, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, **de propriedade** ou a disposição de qualquer das entidades relacionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de serviço pú-*

blico, empregados ou terceiros contratados por essas entidades” (o grifo é nosso).

Terminamos por aqui. Não sem antes, contudo, de observar que o deputado se afirmaria muito mais junto ao seu eleitorado como homem de caráter se, num gesto de grandiosidade, procurasse espontaneamente reparar o prejuízo a que deu causa pela destruição de um bem adquirido com dinheiro do povo.

Pelo improvimento do recurso, portanto.

É o nosso parecer, s. m. j.

Aracaju, 14 de abril de 1999.

A Constituição Federal e a Lei nº 9.278/96 reconheceram a união estável entre o homem e a mulher para efeito de proteção do Estado, equiparando a convivente à esposa em todos os direitos e deveres.

Desnecessário o prévio reconhecimento judicial da existência de união estável para legitimar a convivente a defender sua meação de constrição judicial.

A convivente deve, contudo, demonstrar que a dívida assumida pelo companheiro não beneficiou a família.

Pedro Iroito Dória Leó
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Rita Maria Moreira Lima interpõe Embargos de Terceiros em face do Banco Bradesco S/A para defender sua meação da execução movida pela referida instituição financeira.

Alega para tanto a existência de união estável com o executado há mais de 20 (vinte) anos, sendo tal fato público e notório.

Junta certidões de nascimento de seus filhos nas quais consta o nome paterno e declaração de imposto de renda deste último em que figura a Embargante como sua dependente. Invoca, ainda, a oitiva de testemunhas.

O Banco Bradesco S/A contesta a reserva da metade dos bens constritados na execução que move contra José Walfran dos Santos e Waltran Nogueira dos Santos, alegando que a Embargante não é casada com o executado, faltando à pretensão autoral o suporte declaratório judicial que atribua à existência da união estável os mesmos efeitos patrimoniais do casamento pelo regime legal, valendo assim contra terceiros. Pugna, por fim, pela improcedência dos Embargos opostos.

Em audiência realizada em 30.12.98 o MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível afirma ser imprescindível a realização de instru-

ção para o deslinde da questão para o que designa data. Na data aprazada, constatando que as testemunhas arroladas não haviam sido intimadas a audiência é suspensa pelo Magistrado.

Em 05.04.99 o douto Magistrado "a quo" profere sentença em audiência extinguindo a ação em virtude da autora não ter apresentado o reconhecimento judicial do amasiamento.

Inconformada, a autora apela no prazo legal alegando cerceamento de defesa e que a união estável não resulta necessariamente de declaração judicial.

O Banco Bradesco S/A, em contra-razões, pugna pela manutenção da sentença de 1º grau porquanto a autora, ora apelante, não apresentou oportunamente a declaração judicial da união estável.

Em 17.08.99 os autos me são encaminhados para parecer Este, o breve relatório.

Com efeito, os triunfos conseguidos na América do Norte e Europa inspiraram a concretização, em solo pátrio, de anseios femininos, tendo como fator preponderante o indiscutível processo de maturação de idéias e ideais no acolhimento condizente aos rasgos evolutivos na sistemática jurídica, social, política, cultural e econômica.

Através de dispositivos das leis adjetiva e subjetiva civil procurou-se, até certo ponto, estabelecer uma equiparação entre os cônjuges e a mulher casada e a concubina.

Dando-se condizente acolhimento à realidade social, os julgadores vêm atribuindo direitos cada vez mais amplos à concubina, culminando a Constituição Federal de 1988 por reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito de proteção do Estado.

O dispositivo constitucional insito no art. 226, § 3º está regulamentado pela Lei nº 9.278, de 10.05.96 que, buscando seccionar a diferenciação jurisprudencial e doutrinária entre concubina e companheira, criou uma nova nomenclatura para quem vive em união estável: convivente. Isso demonstra que o legislador quer extirpar do meio jurídico as expressões concubina e companheira, criando-se um novo estado civil pela união estável, o convivente.

É certo que as pessoas ainda não sabem, qual é a diferença entre casamento, união estável e concubinato. Quando entenderem, saberão que a união estável não mais está ligada à idéia de amante. Somente se fala em amante no concubinato, não na união estável, cuja conduta dos conviventes é igual a dos casados.

A Carta Magna e a Lei nº 9.278/96 equipararam a convivente à esposa em todos os direitos e deveres, com o que merecem o mesmo tratamento jurídico e social.

A igualdade entre o casamento e a união estável também é proclamada pelo Ministro Brossard, do Supremo Tribunal Federal, ao lecionar que *“a Constituição, ao tratar da família, dá tratamento praticamente igual ao que ela chama de união estável entre homem e mulher, dando-se o caráter de entidade familiar. Aplaudindo ou não a norma constitucional, o fato é que a lei das leis vestiu de outra maneira e com a dignidade de família legalmente organizada a mencionada união estável, situação que, outrora, tinha outra denominação na linguagem comum, bem como na linguagem jurídica”*. (Voto — Relator em julgamento no pleno do STF em 19.10.89, transcrito na Revista Lex 138, p. 58).

Da mesma forma, Basílio de Oliveira ensina que *“a união extramatrimonial, como entidade familiar se iguala constitucionalmente à instituição do matrimônio, como entidade familiar a que foi alçada. E por ser duradoura e sólida, configura um fato social e jurídico, a família natural, merecedora, portanto, da tutela jurídica”*. (In **Direito Alimentar e Sucessório entre os Companheiros**, Ed. Destaque, 1995, p. 54).

Assim, a situação da convivente é equivalente a da mulher casada, pelo que entende haver a necessidade da participação da mesma nas lides processuais preconizadas pelo art. 10 do Código de Processo Civil.

Cumprindo-se a regra do art. 669, parágrafo único, também a convivente deveria ser intimada da penhora de bem imóvel do companheiro, podendo, em consequência opor embargos de terceiros para defender a sua meação.

Entendo que a marginalização da convivente da esfera procedimental poderia eivar de nulidade o processo, porquanto

pessoa sumamente interessada no deslinde da pendência jurídica ficou ignorado no roteiro processual.

A ausência de intimação da penhora, contudo, é suprida pelo comparecimento da meeira em juízo atacando o ato de constituição judicial do bem.

Discute-se, nos autos, entretanto, outra questão: a inexistência de declaração judicial da união estável.

Ora, a Constituição Federal é expressa em seu art. 226, § 3º:

“Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Ademais, seria um contra-senso exigir-se o ajuizamento de Ação Declaratória quando a própria Constituição Federal facilita a conversão da união estável em casamento.

Assim, sendo reconhecida e protegida pelo Estado, desnecessário se torna o reconhecimento judicial de união estável, mormente quando se trata de fato público e notório.

A jurisprudência dos nossos Tribunais assim se assentou:

“Ação Declaratória. Salvo quando se trate de autenticidade ou falsidade documental, o pedido de declaração só se poderá referir a existência ou inexistência de uma relação jurídica.

A União Estável é um fato de que decorrem diversas relações jurídicas. Pode-se pleitear seja declarado a existência de alguma delas, mas não, simplesmente, do fato que eventualmente lhes dê origem” (Grifei).

Ac. unân. da 3ª T. do STJ, REsp. 63524/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 19.08.96, p. 28.470.

Por conseguinte, não pode o Judiciário negar à convivente os instrumentos processuais de que dispõe a mulher casada, sob a alegação de inexistência de anterior declaração judicial da *“more uxorio”*.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira assim sentenciou:

“Em face do novo sistema constitucional que, além dos princípios de igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia a união estável como entidade familiar, protegendo-a expressamente (Constituição Federal, art. 226, § 3º)), não pode o Judiciário negar, aos que a constituem, os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla”. (in Ac. Unân. Da 4ª T. do STJ, REsp. 10.113/SP, Rel. Min. Sálvio Teixeira, DJU de 09.09.91, p. 12.210).

Portanto, pode a convivente opor Embargos de Terceiros para defender sua meação ameaçada de constrição judicial.

Todavia, consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que a meação da mulher e, conseqüentemente, da convivente, responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não terem sido assumidas em benefício da família (STJ, 3ª T., REsp. 47.693-3/RJ, Rel. Min. Costa Leite, DJU de 13.03.95, p. 5.289).

Poder-se-ia alegar, entretanto, que no caso presente se trata de aval. Realmente, nesse caso, inverte-se o ônus da prova, porquanto prestado de favor. Ao credor é que cabe demonstrar que com ele (o aval) foi beneficiada a família do avalista (RSTJ 10/433; STJ RT 673/182, JTAERGS 79/183), a menos que o aval tenha sido concedido a sociedade de que fazia parte (RSTJ 67/475; STJ — RT 667/189; STJ 4ª T., REsp. 45.741-6/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 21.11.94, p. 31.773).

Compulsados os autos, vê-se claramente que o aval foi prestado à Casa da Propaganda Ltda., empresa da qual o Sr. José Walfran dos Santos é sócio, conforme documentação constante dos autos apensados.

A Embargante, ora apelante, não logrou demonstrar que a dívida assumida não aproveitou a família.

Diante o exposto, embora reconhecida a desnecessidade de prévia declaração judicial da existência de união estável, sendo a convivente parte legítima para opor Embargos de Terceiros em

defesa de sua meação, porquanto o Judiciário não pode, ante a manifestação expressa da Carta Magna, negar à convivente os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla à mulher casada; entendo que caberia à Embargante, ora apelante, demonstrar que a garantia oferecida por seu companheiro não beneficiou a família. Não o fazendo, cai por terra a sua pretensão, devendo a apelação ser improvida.

Aracaju, 26 de agosto de 1999.

APELAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA. MESMO QUE REPARADORA, COMPROMISSO COM O RESULTADO ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE MÉDICA POR IMPERÍCIA QUANDO COMPROVADA SUA CULPA:

“O compromisso com o resultado estético não pode ser olvidado, mesmo em se tratando de cirurgia reparadora. O cirurgião deve empenhar-se em obter o melhor resultado estético possível, visando, além do “bem estar” da paciente, a diminuir-lhe o impacto psicológico fatalmente provocado por cirurgias dessa natureza. Pelo improvimento da apelação.”

Paulo Moura
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Apelou Maria Bernadete Galrão de Almeida Figueiredo, irrequieta com a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível, nos autos da “Ação de Indenização de Danos Estéticos e Morais Decorrentes de Ato Ilícito”, que lhe move Cosmira Santos, pela qual foi julgado procedente o pedido, para condená-la ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, mais despesas processuais e verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

O MM. Juiz processante julgou procedente o pedido, por entender que a mamoplastia realizada na apelada possuiu caráter eminentemente estético, constituindo-se em obrigação de resultado e não de meio. Assim, após o exame das fotografias de fls. 07 e do laudo técnico de fls. 94/95, constatou que a referida cirurgia plástica não atingiu o resultado almejado, face à perda da sensibilidade na região mamária e as seqüelas deixadas — cicatrizes aparentes e incômodas, configurando-se, dessa forma, a infração contratual da requerida/apelante. Ponderou ainda a sentença guerreada que a requerida não comprovou as suas alegações no

que se refere ter alertado a paciente/autora sobre os cuidados pós-operatórios, no sentido de minorar as seqüelas advindas da operação, e tê-la assistido após a cirurgia.

Inicialmente, alega a apelante cerceamento de defesa, sob o fundamento de que, sendo a questão eminentemente técnica, o pedido por ela formulado, a fim de que o Médico Perito colacionasse aos autos a conclusão do Laudo que elaborou limitando-se a responder a quesitação dos litigantes, apesar de deferido, deveria ter sido efetivamente atendido, para não comprometer a sentença guerreada, “...posto que fundamentada no entender do Julgador a quo, o qual, não obstante o seu saber, este não alcança as raias da cirurgia plástica...”. Da mesma forma, foi requerida a ouvida do Médico Perito para esclarecer os fatos envolvendo a cirurgia, sendo indeferida tal pretensão, tendo o Magistrado a quo julgado o processo sem ambos (conclusão do laudo e interrogatório do Perito), além de não ter tomado o depoimento pessoal da autora, fundamental para comprovar que o resultado da cirurgia se deveu à desobediência da apelada aos cuidados pós-operatórios e por não ter comparecido às indispensáveis revisões médicas.

Enfrentou o mérito, alegando que a recorrida, tendo dificuldades em realizar algumas tarefas e sentindo fortes dores na coluna, em função de possuir mamas gigantes, procurou-a a fim de realizar cirurgia plástica reparadora, objetivando reduzir o volume dos seus seios, a fim de que lhe fosse proporcionado bem estar, situação constatada pelo Médico Pericial em resposta aos quesitos por ela formulados. Dessa forma, equivocou-se o MM. Julgador ao entender que a finalidade da cirurgia era puramente estética.

Argumentou, mais, que se tratando de cirurgia plástica de natureza reparadora, inexistente compromisso com o resultado estético, pois este está voltado para o bem estar por ela trazido. Disse também que utilizou na cirurgia a técnica correta e as quelóides dela resultantes decorrem da formação epidérmica da paciente, consequência do processo de cicatrização.

Em arremate, afirmou que, como o *decisum* combatido qualificou a cirurgia de estética, toda ela fica comprometida por não ser o caso dos autos, ressaltando que caso tivessem sido apresentadas as

conclusões do laudo e fossem ouvidos o Médico Perito e a apelada, o MM. Julgador formaria seu convencimento de forma diferenciada.

O recurso foi respondido tempestivamente, pugnando a recorrida pela manutenção da sentença posta em linha de fogo recursal.

Remetidos os autos a esta Procuradoria para o respectivo pronunciamento, vislumbro, inicialmente, que o recurso se encontra formalmente regular, face a tempestividade em que fora interposto e por estar preparado, razão pela qual passo a análise do seu teor.

Responsabilizada civilmente no julgado monocrático pelos resultados da cirurgia plástica que realizou na apelada, a apelante pretende desconstituí-lo, levantando em seu recurso questões de natureza processual e de mérito.

Por essa razão, antes de adentrar nas questões de fundo, necessário se torna solver a matéria processual suscitada pela apelante, de que lhe foi cerceada a sua defesa, em função de ter o MM. Juiz Monocrático sentenciado antes do ingresso nos autos da conclusão do Laudo Pericial, e por não ter interrogado o Médico que o subscreveu e a autora, ora apelada.

À primeira vista, quer me parecer que realmente assiste razão à apelante. Efetivamente, não deveria o Magistrado *a quo* ter indeferido o pedido da requerida formulado em audiência (termo de fls. 110), no sentido de que fosse ouvido o perito responsável pela elaboração do Laudo Pericial, art. 435 do CPC, dando-se por satisfeito com a prova carreada aos autos, posto que desprovido da conclusão sobre o caso que se incumbiu de periciar. É nitidamente visível a carência de informações que reveste o Laudo Pericial, face ter o mesmo se limitado a responder os quesitos formulados pelas partes, quando deveria emitir seu parecer sobre a cirurgia. Assim, de relevante importância seria a ouvida do Médico Perito, a fim de que, interrogado, emitisse suas conclusões sobre o ato cirúrgico e suas conseqüências posteriores, constatando os possíveis erros ou acertos do procedimento cirúrgico efetuado na apelada Cosmira Santos, quer na área estética ou reparadora.

De igual sorte, não deveria o MM. Juiz processante julgar o processo sem tomar o depoimento pessoal da autora, sob o fundamento de que a prova contida nos autos era satisfatória para o

deslinde da questão, por ser de extrema relevância para comprovação dos fatos articulados pela requerida.

Acontece que tais irresignações foram apresentadas de forma extemporânea. Sabe-se que toda nulidade deve ser alegada pela parte prejudicada na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, sob pena de, em assim não procedendo, responder pelo ônus de sua falta. Essa é a exegese do art. 245, do Código de Processo Civil.

Analisando os autos, verifica-se que o aludido cerceamento de defesa teve sua gênese através da decisão interlocutória proferida em audiência, razão pela qual deveria a apelante interpor oralmente agravo retido, nos termos do § 3º, do art. 523, do CPC, na própria audiência, a fim de que, somente assim, suas razões fossem conhecidas pelo Tribunal, em preliminar, por ocasião do julgamento da apelação; ou, ainda, agravar de instrumento, requerendo liminarmente a suspensão do feito até o pronunciamento definitivo da Turma, nos termos do art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil, além das disposições relativas ao agravo de instrumento.

Nenhum desses dois caminhos foi trilhado pela apelante. Preferiu permanecer silente quanto à referida decisão interlocutória, vindo despertar somente agora, por ocasião da interposição da presente apelação, momento processual inoportuno para tal fim, em razão da aplicação do instituto processual da preclusão, determinada pelo art. 245, do CPC.

Anote-se, por imperioso, que a matéria em análise não se enquadra naquelas que podem ser conhecidas pelo Magistrado, de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, elencadas no § 3º, do art. 267, do CPC.

Dessa forma, não merece acolhida a pretensão preliminar, somente agora suscitada pela apelante, por estar preclusa a faculdade de argüi-la.

Quanto às questões de fundo levantadas pela apelante, será necessário estudo mais aprofundado sobre a matéria, a fim de que possa o Ministério Público se posicionar de forma mais coerente e justa diante do caso *sub judice*, com vistas a cumprir, com fidelidade, o seu *munus*.

Em um primeiro momento, a apelante alega que a cirurgia empreendida nas mamas da paciente/apelada não possuiu natureza estética, mas, sim, reparadora, onde não há o compromisso com o resultado estético, ao contrário, visa a proporcionar o bem estar do paciente.

De fato, a intenção da autora em procurar a cirurgia apelante era reduzir o conteúdo mamário, por estar sentindo "... fortes dores na coluna...", como a própria declara na exordial (fls. 03). Entretanto, esse fato, por si só, não desobriga o cirurgião plástico de não procurar minimizar o impacto provocado pela intervenção sofrida pela paciente.

Uma técnica deve ser relacionada com a outra, pois não se justifica um profissional, em qualquer área, "consertar uma coisa e quebrar outra"; um oftalmologista, ao fazer uma cirurgia de catarata em condições normais, não se justifica, também, deixar o paciente com o olho deformado ou cego; bem assim, um ortopedista enfaixar um pé ou tornozelo, devido a uma fratura óssea e, ao retirar o gesso do paciente, notar que o pé ficou voltado mais para um lado, impedindo sua locomoção normal.

Ainda, à guisa de esclarecimento, é recente o caso noticiado pela televisão do seqüestro do irmão do cantor "Zezé de Camargo", que, ao voltar para sua família, teve de submeter-se a uma cirurgia plástica em uma das orelhas para repor uma parte que foi cortada à faca por um dos seqüestradores. Pergunta-se: a cirurgia limitou-se apenas a implantar um pedaço qualquer retirado do corpo do paciente, ou teve que exercitar toda a sua perícia, usando instrumentário e técnica apropriada para, ao final, mostrar a perfeição do seu trabalho, que envolve a reposição do lóbulo da orelha (cirurgia reparadora) e, logicamente, o acabamento do profissional que na área médica corresponde à estética?

Não é por se tratar de uma cirurgia reparadora que não se deva prezar pela estética do paciente. Admite-se que o comprometimento com o resultado estético não esteja em primeiro plano, mas, todavia, este não deve ser desprezado, devendo o cirurgião perquirir o melhor resultado estético possível, visando, além do "bem estar" da paciente, a diminuir-lhe o trauma psicológico, fatalmente provocado por cirurgias dessa natureza.

Não é preciso ser um “expert” em cirurgia plástica estética, como admite o Magistrado, ou reparadora, no dizer da apelante, basta relembrar os livros de Medicina Legal e procurar analisar os vários tipos de deformidades, lesões, sejam elas leves, graves ou gravíssimas, suas causas e exemplos de imperícia médica, além dos instrumentos relacionados com os casos em espécie.

Qualquer leigo que venha a examinar as fotos inclusas no processo às fls. 07, por certo sentirá, de logo, um impacto, devido ao que está vendo, com relação aos efeitos praticados em decorrência do ato cirúrgico nos seios da paciente, ora apelada.

Efetivamente, parte da doutrina e da jurisprudência se inclinam por esse pensar, entretanto, há outra corrente, a meu ver mais coerente, que condiciona a responsabilização do profissional à prova de sua culpa pelo resultado não desejado, na qual se situa o ilustre civilista Caio Mário da Silva Pereira que, em lição de sua lavra, assim disciplina:

“No meio dia da vida, homens e mulheres, sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-la. Anunciam-se pela imprensa centros estéticos, multiplicam-se os profissionais nesta especialidade, e alguns se tornam socialmente prestigiosos e até mundialmente famosos. Dentro de tais conceitos, há de se admitir a realização de cirurgia plástica acontecimento cotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a idéia de iliceidade e de que constitui ela em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo. Duas considerações, contudo, merecem salientadas. A primeira, de cunho geral — como técnico está sujeito aos princípi-

os gerais da responsabilidade médica enunciados acima: dever de aconselhar, apontando os riscos do tratamento e os riscos cirúrgicos se for o caso, em razão inclusive das condições pessoais do cliente (idade, estado de saúde, anomalias, deficiência, etc.); dever de assistência pré e pós-operatórias; além dos cuidados com a própria intervenção cirúrgica; abstenção de abusos ou desvio de poder, deixando de praticar experiências ou de adotar métodos não devidamente conhecidos. O cirurgião estético está subordinado, como qualquer outro, ao disposto no art. 1.545 do Código Civil, respondendo pelo ato de que possa resultar morte ou inabilitação do operado, por imprudência, imperícia ou negligência” (op. cit., in Responsabilidade Civil, 2ª ed., nº 113, pp. 168/169).

Aplicando esses conceitos ao caso concreto, verifica-se que somente foi produzida prova pericial, razão pela qual, somos pela apresentação do Laudo Médico, que deve nortear o julgamento da *vexata quaestio*.

Assim, no que diz respeito ainda ao procedimento médico-cirúrgico da apelante, extrai-se do Laudo Médico Pericial de fls. 94/95, ao final, o seguinte:

“8. A solução do problema seria a paciente entrar em comum acordo com sua médica para proceder os devidos reparos, que em conjunto se faça necessário, ou se não houve mais confiança de qualquer uma das partes, que se procure outro profissional de consenso”.

Vale ainda dizer que em toda e qualquer cirurgia sempre existe um risco em si inserido. A sensibilidade do julgador não pode ir ao extremo de decidir pelo coração, pois, antes de mais nada, tem ele um compromisso com a sociedade e com a sua consciência de bem aplicar o direito, dando a cada um aquilo que é seu, sem lesar a ninguém.

Ex positis, somos porque se conheça do apelo, para dar-lhe provimento parcial, no sentido de que o Juiz *a quo* determine o cumprimento do que foi deferido às fls. 102, ou, se assim não entender esta Colenda Câmara, somos pelo improvimento do apelo. É o parecer.

Aracaju, 26 de março de 1999.

“Não haverá trajo de homem na mulher, e não vestirá o homem vestido de mulher: porque, qualquer que faz isto abominação é ao Senhor teu Deus”

(Bíblia Sagrada — Deuteronômio 22-5)

Apelação Cível — Mandado de Segurança — Ato de diretor de estabelecimento de ensino — Cabimento. Inexistindo indícios de que a guia do preparo tenha sido colacionada pelo recorrente a destempo, merece ser apreciado o inconformismo. Em sede de “writ” é exclusiva a legitimidade para recorrer da pessoa jurídica à qual pertence a autoridade coatora. Pelo conhecimento do recurso.

Havendo aparente confronto entre norma permissiva de Lei Federal e dispositivo proibitivo do Regimento Interno da Entidade Educacional, resolve-se o impasse aplicando-se a definição de “costume”, segundo a doutrina dominante. Mero modismo não constitui direito do adolescente, porquanto não se justifica violação à seu direito de utilização de objeto de uso pessoal — Incidência do Princípio Contratual da *“Pacta Sunt Servanda”* — Sem honorários de sucumbência — Pelo provimento do pedido de reforma.

José Carlos de Oliveira Filho
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Apelou o Colégio Arquidiocesano Sagrado Coração de Jesus irresignado com a r. decisão definitiva prolatada pelo juízo da 16ª Vara Cível, nos autos do mandado de segurança impetrado por Bruno Oliveira Barros contra ato do Cônego José Carvalho de Souza enquanto diretor da entidade educacional recorrente, que julgou procedente o pedido lançado na exordial para conceder a se-

gurança requerida, mantendo a liminar no sentido de garantir ao impetrante o direito de “assistir as aulas no curso e colégio onde se encontra matriculado sem ter que deixar de usar brinco, ...”

As razões do recurso pugnam pela reforma do julgado monocrático argumentando: que a juntada dos estatutos na fase recursal é imposição do art. 12, inciso VI, da CPC, pois o apelante não tinha a obrigação legal de carrear aos autos o regimento interno da escola com as informações, por tratar-se de um ato administrativo sob o qual paira presunção de veracidade; ser indevida a condenação em honorários de sucumbência efetivada pela sentenciante; que a medida liminar deveria ter sido extinta, jamais mantida; ser parte ilegítima a autoridade coatora, pois não teria atuado na seara do serviço público delegado e sim no interesse interno e particular do estabelecimento; estar o aluno obrigado a freqüentar as aulas sem o adereço em razão do contrato celebrado entre as partes que sujeita o contratante as regras ínsitas no Regimento Interno da entidade, cuja alínea “m” do art. 110 veda expressamente o uso de brincos.

Em contra-razões insurge-se o recorrido para sustentar o acerto do decisório hostilizado, ponderando: preliminarmente, que o momento do preparo deve ser coincidente com o da interposição do recurso, razão pela qual não deve ser conhecido o apelo; e ainda, ser parte ilegítima para recorrer a pessoa jurídica e extemporânea juntada do regimento interno da instituição; no mérito, diz ser direito do apelado utilizar o brinco de sua propriedade baseando-se nos arts. 17, 18 e 212, § 2º, todos da Lei nº 8.069/90 e art. 5º, incisos I, II e X, e 227, caput, da CF.

Inicialmente cabe ressaltar que a guia de recolhimento do preparo está encartada às fls. 121, não havendo qualquer elemento indicativo de que ela tenha deixado de acompanhar a petição de admissibilidade e razões do recurso quando da sua juntada em 06 de maio de 1999 (vide carimbo de fls. 62 v.). Ainda que o recorrente não tivesse providenciado o preparo quando do ato de promoção da via impugnativa, já existe entendimento de que a sua junta-da pode ser feita e comprovada até o último dia do prazo recursal.

Deve-se registrar que a lei processual específica apenas ele-ge a autoridade coatora como substituto processual da pessoa jurf-

dica, razão pela qual a jurisprudência, secundada pela boa doutrina, vem asseverando que somente a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora é, por esta só circunstância, afetada pela concessão do writ, em razão do que se torna parte legítima para recorrer (Supremo Tribunal Federal, in RTJ 88/298 e RT 521/285), em decorrência do que resta afastada a legitimidade recursal da autoridade coatora, cuja participação no processo exaure-se com a prestação de informações (RTJ 105/404, RDA 150/162 e 155/100).

302287 – MANDADO DE SEGURANÇA –LEGITIMIDADE PARA RECORRER OU CONTRA-ARRAZOAR O RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE ADVERSA – DESISTÊNCIA – FATO SUPERVENIENTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO

No mandado de segurança, legitimado passivo é a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado que esteja no exercício de atribuições do poder público, a qual é citada mediante a notificação da autoridade coatora para a finalidade única e exclusiva de prestar informações. Segue-se, daí, que é a mencionada pessoa jurídica, e não a autoridade coatora, a legitimada para recorrer ou para contra-arrazoar o recurso interposto pela parte adversa. Ao impetrante assiste a faculdade de desistir do mandado de segurança a qualquer tempo, independentemente de revelar a sua causa e de obter a aquiescência do impetrado, já que não se lhe aplica o disposto no § 4º, do art. 267, do CPC. Tratando-se de impetração de ordem para ser determinada a contratação decorrente de aprovação em teste seletivo para período certo, a superação, no tempo, deste mesmo período constitui fato superveniente à situação processual vigente quando do ajuizamento do mandado de segurança. Ademais, como esse fato superveniente configura impossibilidade material para a execução da ordem se deferida meritariamente, isso importando em falta de

utilidade prática na própria concessão da impetração, concretiza-se o decaimento do interesse de agir, o que leva à extinção do processo sem julgamento do seu mérito. Apelação parcialmente provida para extinguir-se o processo sem julgamento do seu mérito. (TJPR — AC 35.622-5 — Ac. 11.735 — 1ª C. Civ. — Rel. Des. Maranhão Loyola — J. 29.08.95)

Não há dúvida acerca da legitimidade do diretor do estabelecimento de ensino para figurar no *mandamus* como autoridade coatora, pois a admoestação por ele dirigida ao aluno está entrincheirada no Regimento Interno da Escola. Instrução normativa responsável pela organização administrativa do órgão, cuja finalidade delegada é fornecer serviços educacionais à população, sendo uma discrepância querer desvincular uma norma que afeta diretamente o beneficiário da atuação delegada, do exercício da atividade fim (estudar), considerando que a mácula ao direito reclamado não cinge-se apenas do direito de acesso ao colégio, mas principalmente à liberdade de uso de um adereço nas suas instalações, o que evidentemente não restringe a matéria ao interesse interno da instituição.

Ultrapassada a análise quanto a validade formal do recurso, concluindo-se pela sua regularidade procedimental, passa-se ao aprofundamento acerca das questões de fundo suscitadas.

Discutem as partes a possibilidade do recorrente juntar, apenas na segunda instância, o regimento interno da escola, quando foi omissa a autoridade coatora em fazê-lo no ato das informações. Cabe como uma luva o valoroso ensinamento de ROBERTO EURICO SCHMIDT JÚNIOR, in, Mandado de Segurança, 1ª edição — 2ª tiragem, Juruá Editora, p. 49, reproduzindo lições do mestre MOURA ROCHA, in, Mandado de Segurança: a defesa dos direitos individuais, Aide, RJ. 1982. P. 118 e 119, *litteris*:

Segundo a lição de MOURA ROCHA, “O pedido deve vir desde logo acompanhado dos documentos necessários à prova do alegado, ‘não se podendo admitir que o Impetrante ingresse em juízo para fazer, no curso

sumaríssimo do mandado de segurança, em que não há dilação, a prova de suas alegações” prova esta, sempre, preconstituída e documental”.

Quanto a produção de provas por parte da autoridade, ensina o mesmo mestre que “o mesmo raciocínio há de ser empregado quanto a autoridade”; isto é, o instante em que esta deve apresentar documentos para contrapô-los aos do impetrante é o momento em que presta informações. E, clareando a apresentação de provas por parte da autoridade, continua: “dos documentos apresentados pelo impetrado não se dá vista ao impetrante”.

Acolhe tal ponto de vista a jurisprudência, *verbis*:

804957 — MANDADO DE SEGURANÇA — PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO — LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO — INEXISTÊNCIA — DEFESA

A pessoa jurídica de direito público não é litisconsorte necessária nos mandados de segurança impetrados contra atos de seus agentes; apenas admite-se o litisconsórcio voluntário da entidade interessada, desde que requerido no prazo das informações, ou, a qualquer tempo, o seu ingresso como simples assistente do coator. A defesa no mandado de segurança consiste nas informações prestadas pela autoridade coatora, onde deverão ser minuciosamente esclarecidos os fatos e o direito em que se baseou o ato impugnado, podendo ser complementada mediante intervenção da pessoa jurídica de direito público, através dos meios processuais acima indicados.

MANDADO DE SEGURANÇA — RENOVAÇÃO DE LICENÇA DE VEÍCULO — CONDIÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTAS — AUSÊN-

CIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO INFRATOR — ÔNUS.

Somente quando o infrator tenha sido previamente notificado da multa de trânsito, resguardado, assim, seu direito de defesa junto ao órgão competente, é que torna-se legítima a exigência de pagamento para a renovação do licenciamento do veículo. A prova da observância de tal formalidade, in casu, deve ser produzida pela Administração por ocasião das informações, e sua ausência conduz ao deferimento do writ. (TJSC — AC em mandado de segurança 96.007109-1 — 3ª C.C. — Rel. Des. Eder Graf — J. 13.02.1997) — original sem negrito.

Assim, resta concluir que extemporânea e portanto indevida é a iniciativa do recorrente em, só agora, trazer aos autos documento novo, impondo-se seja desentranhado dos autos.

Todavia, não se pode negar a força das informações para a formação de convencimento do magistrado, considerando que sobre elas paira presunção relativa de verossimilhança. Vejamos mais uma vez as lições de ROBERTO EURICO SCHMIDT JÚNIOR, in, Mandado de Segurança, 1ª edição — 2ª tiragem, Juruá — Editora, p. 53, *ipssis litteris*:

*O valor probatório das informações da autoridade é relevante para o julgamento do writ, tanto que a própria jurisprudência tem entendido gozarem as mesmas de presunção **juris tantum** de verdade. Assim, desde que os fatos não estejam elucidados por provas nos autos, as informações do coator prevalecem sobre as do impetrante.*

Apesar de impertinente a presença do Regimento interno nessa fase processual, as informações já aludiam a existência da vedação normativa ao uso do brinco, alegação que não foi rechaçada pelo impetrante em nenhum momento, merecendo por isso ser avaliada como premissa verdadeira.

Ao contrário do que possa parecer *prima facie*, entendo que a vexata *quaestio* trata de questão diretamente ligada a um aparente conflito de normas, uma permissiva, e outra proibitiva, se não vejamos:

Preleciona a Lei nº 8.069/90 em seus arts. 15 e 17 respectivamente:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (grifos meus)

O Regimento do Colégio Arquidiocesano é categórico na vedação, *expressis verbis*:

Art. 110. Aos alunos é expressamente Proibido:

.....

m) usar bonés e, em se tratando de rapazes, brincos e prendedores de cabelo. (sem grifo no original)

Ora, duas normas se chocam, uma elogia o direito do adolescente ao uso de objetos pessoais, como aparentemente é o caso do brinco, outra, lhe veda o uso enquanto aluno matriculado no Colégio Arquidiocesano.

Pergunta-se: Qual delas deve prevalecer?

A questão encontraria o seu desiderato na aplicação do Princípio da Hierarquia das Leis preconizado pelo jusfilósofo alemão HANS Kelsen, que visualizou a necessidade de que as normas fossem escalonadas segundo critérios responsáveis por determi-

nar a prevalência de umas em relação as outras, com o fito de se evitar situações conflitantes entre textos legais, circunstância causadora de insegurança jurídica na sociedade pelo conseqüente descrédito na força vinculante da lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma Lei Federal que, em regra, se sobrepõe a uma mera norma disciplinar de instituição, como é o caso do Regimento Interno da Escola, merecendo por isso o justo predomínio para formação de convencimento do aplicador da lei, entretanto, tudo depende da verificação incontestada da violação a lei, que passo a abordar.

Há um fato que carece ser sopesado e ponderado, qual seja, aquele que diz respeito, expressamente à “preservação dos objetos de uso pessoal”, tal como se infere do art. 17 da Lei nº 8.069/90.

É indubitado que o brinco faz parte da indumentária de uma grande parcela da geração do ano 2000, mas não é adereço de uso obrigatório e indiscriminado entre os adolescentes que se prepararam para o século 21.

O costume como fonte do direito, requer a continuidade, a constância e a obrigatoriedade daquilo que se quer estabelecer como regra de conduta, capaz de se cristalizar no tempo e se transformar em lei não escrita a ser aceita pelo grupo social.

Sob esse prisma, e, notadamente pela obrigatoriedade do uso como regra costumeira ou consuetudinária, não se pode afirmar ser o brinco um adereço de uso pessoal de todos os adolescentes, assim exemplificando, como o uso de cuecas, pelos homens, e calcinhas, pelas mulheres.

O brinco, sob esse aspecto de objeto de uso pessoal, é mais um modismo da geração do ano 2000 e portanto, *permissa venia*, não pode ser considerado um objeto de uso constante, pessoal e intransferível do adolescente.

Ademais, no dizer do Prof. Ricardo Teixeira Brancato, in, *Instituições de Direito Público e de Direito Privado*, Editora Saraiva, 11ª edição, 1998, pág. 23, *litteris*:

“... para que um costume seja reconhecido como tal, é preciso: a) que seja contínuo; fatos esporádicos, que se verificam vez por outra, não são considerados cos-

tumes; b) que seja constante, vale dizer, a repetição dos fatos deve ser diuturna, sem dúvidas, sem alteração; c) que seja moral ou bons hábitos; não pode ser imoral; e) que seja obrigatório, isto é, que não seja facultativo, sujeito à vontade das partes interessadas."

Ademais, o apelado celebrou contrato com o Colégio no qual se submeteu espontaneamente ao contido no Regimento, ocorrência que impõe a idéia coerente de incidência do princípio contratual da *pacta sunt servanda*.

É o potencial de incidência da força vinculativa do contrato entre as partes que deve prevalecer, pois nada aponta para a existência de alguma mácula ao corolário da hegemonia da ordem pública, tornando simétrica a sua aplicabilidade às particularidades do caso apresentado.

Na hipótese, segundo a tese do recorrido, não foi preservada a supremacia e intangibilidade da ordem normativa contemplada na Lei nº 8.069/90, carecendo tal ocorrência do necessário retoque.

Como já visto, na aferição do alcance da norma, isto não ocorreu.

A ordem pública tem o seu lastro maior no ordenamento jurídico, cuja dicção, ao menos em tese, representa a vontade da maioria, os seus usos, costumes e valores morais. A lei traduz, deste modo, na experiência concreta das sociedades civilizadas, um fator referencial da mais significativa importância, enquanto peça fundamental no processo de edificação do Estado e no de preservação das liberdades públicas.

Assim, *in casu*, deve prevalecer a norma ínsita no Regimento Interno do Colégio, porquanto o adereço (brinco) não constitui objeto de uso pessoal capaz de ser protegido pela lei pois não se mostra de uso constante, contínuo e obrigatório pelo adolescente protegido pela medida, aplicando-se o primado contratual da *pacta sunt servanda*.

Quanto à condenação em honorários sucumbenciais cabe temperar que nos dias atuais existem dispositivos restritivos (Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 105 do Supe-

rior Tribunal de Justiça) que se inclinaram em sentido de negar a verba, quando assim estatuem, *litteris*:

Súmula 512 do STF — Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Súmula 105 do STJ — Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários de advogado.

A Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça, mais recente do que a do Pretório Excelso, confirmou e substituiu a 512 do Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo dos nobilíssimos valores da cultura jurídica nacional que encampam a idéia da viabilidade da condenação em honorários de sucumbência no mandado de segurança, prefiro filiar-me à corrente majoritária nos nossos Tribunais, esperando que a discussão seja ainda mais amadurecida.

Pelo exposto opina o órgão do Ministério Público pelo conhecimento do recurso, para que seja dado provimento ao pedido de reforma aposto nas razões do apelo, anulando-se a r. decisão definitiva de fls. 56 *usque* 60, inclusive na parte em que condena o apelante ao pagamento de honorários sucumbenciais.

É o parecer.

Aracaju, 25 de agosto de 1999.

Apelação Cível — Sem instrumento de mandato o advogado não será admitido em juízo — Inteligência do art. 37 do CPC — Não conhecimento do recurso — Decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC — Não seguro o juízo pela penhora, condição de admissibilidade dos embargos do devedor em execução por quantia certa, deve ser mantida decisão que os repele.

Eduardo de Cabral Menezes
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Dizendo-se procuradores da Sul América Companhia Nacional de Seguros, os advogados Maria Fernanda Serra Valle e Abelardo Ribeiro dos Santos Filho vêm de interpor apelação, em nome da referida seguradora, objetivando atacar decisão proferida pelo Dr. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca da Capital, deixando de receber embargos opostos à execução ali aforada por Luiz Crispim Filho.

De pronto desejamos argüir, como matéria de ordem pública, a impossibilidade de se tomar conhecimento do recurso por inexistência de representação da apelante.

Com efeito, dispõe o art. 36 do Código de Processo Civil que “a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado”, regra esta que é complementada pela contida no seu art. 37, *verbis*: “sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo”.

Os profissionais da advocacia que subscrevem não só a petição dos embargos como a da presente apelação, bem como as suas respectivas razões, não apresentaram instrumento de mandato.

Impõe-se, portanto, o não conhecimento do recurso.

“A falta de mandato do advogado do recorrente pode ser apreciada de ofício, acarretando o não conhecimento do recurso”
(STF — RT 683/225).

Poder-se-á dizer, talvez, que o art. 13 do mesmo estatuto processual citado admite que, quando o juiz verificar a irregularidade da representação das partes, venha-se a suspender o processo, marcando-se prazo para ser sanado o defeito.

Isso, porém, só se permitirá no caso de simples irregularidade, como se conclui da leitura do dispositivo, nunca no caso de inexistência de representação.

“Se o advogado não juntou procuração nem protestou pela sua juntada no prazo de 15 dias, o ato é inexistente, não sendo caso de aplicar-se o art. 13, que cuida de hipótese diversa — irregularidade de representação, e não falta de procuração” (RTJ 144/605).

Na espécie, nem os advogados juntaram procuração, nem poderiam pretender a sua juntada dentro do prazo de quinze dias, como permite a parte final do art. 37 a que já aludimos, uma vez que não se trata da prática de atos urgentes.

Dá porque não se pode falar em desatendimento ao art. 13 da tantas vezes falada lei adjetiva civil.

“A decisão que não conhece de apelação subscrita por advogado sem instrumento de mandato nos autos não ofende o art. 13 do CPC” (RSTJ 34/328 e JTAERJS 81/387).

Pelo não conhecimento, portanto, do recurso, é a preliminar que de logo suscitamos.

No mérito, quer nos parecer que a apreciação da matéria cujo conhecimento se devolve à superior instância merece determinadas considerações.

É que a argumentação produzida a apresentação dos presentes embargos sem a satisfação de seu pressuposto que é a segurança do juízo é, no mínimo, curiosa.

Vejamos o que alega a apelante:

“inicialmente, faz-se necessário frisar, para que não haja dúvidas, que o prazo para a oposição de Embargos à Execução ainda não começou a fluir, vez que até a presente data, não foi lavrado auto de penhora com a intimação da executada do ato.

De fato, com a recente modificação do CPC, o seu art. 738, o prazo para oposição de embargos passou a ser contado a partir da juntada aos autos da prova da intimação da penhora.

*Com efeito, a teor do que prescreve o art. 669 do CPC **‘feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de dez dias’.***

Desse modo, como se depreende dos autos, não houve até a presente data a lavratura do Auto de Penhora, cujo prazo, portanto para a oposição dos presentes Embargos à Execução, não começou a fluir, constando-se de logo, a tempestividade dos mesmos, devendo serem (sic,) recebidos por este Juízo” (fls. 2 e 3).

Ora, tal colocação revela de quem a fez uma suprema es-
perteza ou uma lamentável ingenuidade.

É que nas execuções por quantia certa ou para entrega de coisa a admissibilidade dos embargos do devedor é condicionada à prévia segurança do juízo, que se faz pela penhora, no primeiro caso, e pelo depósito da coisa, no segundo, como está no art. 737 do Código de Processo Civil.

*“Quer isto dizer — leciona ninguém menos que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR — que para se valer dos embargos, não basta ao devedor demonstrar a existência de um processo de execução contra ele ajuizado: a segurança do juízo, na espécie, é uma **condição de procedibilidade**, ou seja, uma condição da ação, a cuja falta o pedido do devedor se torna juridicamente impossível” (in **Curso de Dir. Proc. Civil**, vol. II, pág. 275, 14ª ed. — grifos do original).*

Admitir-se, pois, os presentes embargos sem que estivesse seguro o juízo seria contornar a exigência legal, não sendo despidendo lembrar que devedor que ainda não sofreu penhora em casos que tais é devedor carente de ação, em se tratando de embargos.

Isso não passou desapercibido, nem poderia passar, a um juiz do porte intelectual de um NETÔNIO BEZERRA MACHADO que, prontamente, repeliu os embargos, decretando a extinção do feito, sem julgamento de mérito, a teor do disposto no art. 267, inciso IV, do mais uma vez mencionado repositório de normas processuais.

O sentido da decisão, todavia, não parece ter sido alcançado pela apelante e, em certa parte, até mesmo pelo apelado nas razões por ambos colacionadas.

É que a discussão teria de se fulcrar na possibilidade ou não de recebermos os presentes embargos. Entretanto, o que se enfoca nas razões recursais é a questão da ilegitimidade passiva da embargante, a prescrição da ação de execução contra esta proposta, o cabimento de denunciação da lide a outras seguradoras, a inépcia da inicial por não se haver procedido à demonstração do débito atualizado, o excesso de execução e, finalmente, inexistência de responsabilidade da embargante pelo pagamento da indenização requerida, matéria que em nenhum momento chegou a ser ventilada na decisão recorrida, como já adiantado.

O que, em verdade, poderia ter sido levantado para se perquirir a reforma do *decisum* inconformado, ou seja, algo que pudessem levar essa colenda Câmara Cível a admitir os embargos mesmo sem que estivesse seguro o juízo, não foi sequer tangenciado.

Apreciar-se, porém, aquilo que foi objeto de defesa no recurso, e sobre tal matéria proferir decisão significaria suprimir uma instância, procedimento incompatível com a sistemática processual brasileira.

A decisão combatida, pois, não merece ser reformada.

Diante, então, do que ficou expendido, o nosso opinamento, para o caso de não ser acolhida a preliminar suscitada, é no sentido de improvimento do apelo.

É o nosso parecer, s. m. j.

Aracaju, 16 de setembro de 1998.

Ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária. Conversão em ação de depósito, na forma da lei. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Possibilidade jurídica diante do disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69. Merecem provimento os embargos para prosseguimento da ação na instância inferior e decisão de mérito como de direito.

Darcilo Melo Costa
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Banco Mercantil de São Paulo S.A., irresignado com a respeitável decisão da Egrégia Câmara Cível, proferida na apelação nº 636/96, em que foi apelado Diógenes Menezes de Jesus, ora embargado, que lhe foi desfavorável, com pretensão a prevalecer o voto vencido, que dava provimento ao seu citado recurso, interpõe os presentes embargos infringentes, na conformidade do disposto no art. 530 do Código de Processo Civil, no prazo legal.

I. O embargante havia ajuizado ação de busca e apreensão contra o embargado, fundado em contrato de abertura de crédito celebrado entre as partes. Com base neste contrato o mutuário adquiriu o veículo indicado nos autos mediante “alienação fiduciária”, na conformidade do disposto no Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Na execução do contrato, após pagas algumas prestações, como dito na petição inicial, o devedor fiduciário torna-se inadimplente, motivando a referida ação de busca e apreensão pelo credor ou proprietário fiduciário na conformidade do disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 (petição inicial de fls. 2 a 4). Após provimento liminar e os desencontros da citação, levando o autor a requerer precatória (fls. 17 a 24), o autor requereu a conversão da ação para a de “depósito”, autorizado pelo art. 4º do referido Decreto-Lei (fls. 27 e 28). Apreciando o pedido, o

Meritíssimo Juiz, entendendo que pela referida ação de depósito o réu está sujeito a prisão, e que esta somente é possível quando a ação decorre do “contrato de depósito”, nos termos do art. 1.265 do Código Civil, concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido, indeferindo liminarmente a petição, sob invocação do art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

II. Inconformado, o autor interpôs apelação, não logrando provimento, como vemos do R. Acórdão Nº 1.131/97 (fls. 59 a 64). Todavia, como o julgamento não foi por unanimidade, o apelante pretende ver prevalecer o voto vencido do eminente Desembargador Fernando Franco pelos presentes embargos infringentes. Tudo devidamente apreciado, opinamos.

III. O Acórdão embargado adota a tese da sentença apelada, de que ação de depósito somente é possível quando na *causa petendi* se encontra o contrato de depósito, celebrado entre as partes na conformidade do art. 1.265 do Código Civil. Esta tese parte do pressuposto de que com a supressão, pelo inciso LXVII do art. 5º da atual Constituição Federal, da expressão “na forma da lei”, constante do art. 153, § 17 da anterior Constituição de 1969, o constituinte quis limitar a prisão civil apenas aos casos de devedor de pensão alimentícia e ao “depositário infiel”, e neste caso, restrito à hipótese de depósito contratual, o depósito “clássico”, ou seja, o “contrato de depósito”, conforme o citado dispositivo da lei civil. Reproduziu a respeitável sentença artigo de seu eminente prolator, publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (Nº 15, págs. 23 a 31). Pelos argumentos da sentença e do Acórdão embargado, temos o seguinte raciocínio: como no procedimento da ação de depósito está prevista a possibilidade de prisão do devedor — o depositário infiel — e como esta prisão somente é possível em decorrência do contrato de depósito, a citada ação de depósito somente é possível quando baseada no citado contrato (Código Civil, arts. 1.265 e 1.287; CPC art. 904, § único). Data vênia, não podemos acolher tal tese, sem embargos das homenagens aos que a sustentam, como passamos a demonstrar.

IV. A interpretação do texto constitucional citado, em comparação com o anterior, e as conclusões da tese em apreciação, são

inaceitáveis, data vênua. O texto constitucional — o atual e seu correspondente da Constituição anterior — não trata da ação de depósito; não disciplina o contrato de depósito e sua correspondente ação processual. Trata, exclusivamente, da PRISÃO CIVIL; da prisão não decorrente de violação de norma penal (ou seja, detenção pela infração à norma de caráter de direito civil). Mas ao tratar da prisão civil, repetimos, em absoluto não está regulando a ação de depósito e muito menos o “contrato de depósito”; está disciplinando, tão somente, UM ATO PROCESSUAL que poderá ou não, conforme as circunstâncias, ser praticado no respectivo procedimento da referida ação de depósito. Este, um primeiro argumento.

V. Um segundo argumento apresentamos em apoio à tese contrária à do R. Acórdão embargado. A expressão “na forma da lei”, contida na anterior Constituição Federal — art. 153, § 17 — não autorizava a interpretação de que a “lei” referida seja apenas a lei civil, que disciplina o contrato de depósito; por outras palavras: “depositário”, a que se reporta o texto constitucional, tanto pode ser aquele que celebra contrato de depósito, como aquele que celebra qualquer outro contrato, desde que a lei o considere “depositário”, e que, não honrando suas obrigações, seja considerado “depositário infiel” pelo texto legal. Conclusão: “depositário” é, não somente o que celebra “contrato de depósito” (CC. art. 1.265), como o que assina contrato de “alienação fiduciária”, porque assim diz a lei, o Decreto-Lei Nº 911, de 1º de outubro de 1969.

VI. Com estes dois argumentos tiramos as seguintes conclusões:

PRIMEIRA — a expressão “na forma da lei” contida na anterior Constituição de 1969 — art. 153, § 17 — não pode ser entendida como sendo a lei que disciplina apenas o “contrato de depósito”;

SEGUNDA — alcançava qualquer contrato que equiparasse um dos contratantes a “depositário”, assim considerado “na forma da lei” (como por exemplo, o contrato de alienação fiduciária);

TERCEIRA — aquela expressão constitucional, igualmente, não se restringia à lei civil — direito material — podendo ser considerada também a lei processual;

QUARTA — o vigente texto constitucional, não repetindo aquela expressão — na forma da lei — nenhuma inovação fez, e por isso não autoriza nova concepção sobre a prisão do “depositário”;

QUINTA — a prisão do “depositário” em função de alienação fiduciária, ou qualquer outra hipótese de pessoa qualificada como “depositário” pela lei, caso fosse considerada “inconstitucional”, apenas a prisão não poderia ser decretada, e assim, seria caso de ser revogada no caso concreto (por habeas corpus ou qualquer outro meio judicial), sem outras repercussões no procedimento;

SEXTA — esta revogação ou invalidação se limitaria, reiteramos, à prisão, nada autorizando estender-se a toda a ação e respectivo procedimento em que aquele ato processual — a prisão — foi decretado.

VII — Como dizíamos, a prisão do depositário é um dos atos processuais que se insere no procedimento da “ação de depósito” (calcada em “contrato de depósito”) como na ação de busca e apreensão e subsequente conversão em “ação de depósito”, decorrente de contrato de “alienação fiduciária”. Ressaltamos que nem sequer é ato obrigatório, mas facultativo, somente podendo ocorrer se houver pedido expresso neste sentido, pelo autor (DL 911 art. 4º, c/c art. 902, § 1º do CPC). No caso a julgamento verifica-se que não houve pedido de prisão, mesmo porque a conversão para “ação de depósito” não chegou a iniciar-se, indeferida liminarmente pela douta sentença de fls. 29 a 35, mantida no respeitável Acórdão embargado. Destarte, data vênua, é de estranhar-se o que se lê na ementa deste Aresto: “Prisão de depositário em execução. Inadmissibilidade. A prisão do depositário só é admissível em ação de depósito” — fls. 59. Ora, os autos não cogitavam de prisão do devedor, seja na petição de busca e apreensão, seja no pedido de conversão para ação de depósito (que, nem sequer, repetimos, chegou a ser instaurada).

VIII. Conquanto haja controvérsia nos Tribunais, evidente é que somente espelha com fidelidade os ditames da lei a tese defendida no voto vencido, como vimos de expor, salvo melhor juízo. Neste sentido invocamos como subsídio jurisprudencial: Supremo

Tribunal Federal — HC. 72.131-RJ. Rel. Ministro Moreira Alves; Superior Tribunal de Justiça — REsp. 43.618-RS. Rel. Ministro Fontes de Alencar; RHC. 4.545-SP, Rel. Ministro Assis Toledo (Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, 28ª ed. Pág. 749). Finalmente observamos que a controvérsia limita-se à possibilidade, à luz da legalidade, da prisão do devedor fiduciário, não se questionando sobre a possibilidade jurídica da conversão para a ação de depósito (e validade de todos os demais atos procedimentais). Ainda: julgados do STF e STJ que seguem em anexo, em sete folhas, e fazem parte integrante do presente.

IX. Nesta oportunidade seja-nos permitido concluir que discutível, sim, é equiparar o depositário público, que é um serventuário da justiça, ao depositário em função do contrato de depósito, do contrato de alienação fiduciária ou de qualquer outro contrato, para efeito da prisão como “depositário infiel”. Realmente, nas ações de execução, o depósito da coisa penhorada não é contrato; não existe relação contratual entre o depositário público e o exequente ou o executado, e muito menos entre o serventuário e o juiz. Nesta hipótese, sim, pertinentes são todas aquelas observações da R. sentença sobre contrato de depósito (fls. 30 e 31), em relação ao depositário público (serventuário da justiça). O extravio ou mau uso da coisa depositada é matéria a ser tratada administrativamente entre os órgãos judiciários e o serventuário faltoso, conforme o regime disciplinar respectivo. Com efeito, quem seria o autor desta inusitada “ação de depósito”? O juiz?! O exequente?! O executado?! A execução ficaria suspensa? Ou prosseguiria paralelamente a esta “ação de depósito”? Não há regras legais que respondam a estas indagações, diversamente do que ocorre na conversão da ação de “busca e apreensão” (decorrente da alienação fiduciária) em “ação de depósito — DL 911/69, art. 4º).

Do exposto, pelo provimento dos embargos infringentes se pronuncia o Ministério Público para a fiel execução da LEI.

Sub censura, este o parecer.

Aracaju, 30 de dezembro de 1998.

É obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as fases do procedimento. O Promotor de Justiça deve ser intimado para manifestar-se na fase recursal. A omissão fere o disposto no art. 82 do CPC, ensejando nulidade absoluta. ISS — Imposto sobre serviços de engenharia, ou construção civil, considera-se local da prestação, o mesmo onde os serviços foram realizados, legitimando o Município, em cujo território foram realizados os serviços a cobrar o imposto.

Pedro Iroito Dória Leó
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Meta Construções Ltda., promoveu Ação Anulatória de Auto de Infração em face do Município de Aracaju, alegando que realizou serviços de construção civil no Município de Nossa Senhora do Socorro e, portanto, tais serviços não seriam tributáveis pelo Município de Aracaju.

Regularmente citado, o Município de Aracaju suscita a nulidade do processo ante a ausência de pedido de intimação do Ministério Público “ex vi” do disposto nos arts. 84, 284 e 295, VI, da legislação adjetiva civil. No mérito aduz que a requerente realizou serviços outros que não de construção civil e, portanto, legalmente, neste caso, o local da prestação seria o mesmo do estabelecimento do prestador, ou seja, o Município de Aracaju.

Réplica às fls. 49/51.

Cotas promotoriais às fls. 54 e 58 devidamente cumpridas pelo requerido.

Parecer do representante do Ministério Público às fls. 98/100 opinando pela procedência do pedido.

Às fls. 103/106 consta sentença considerando sanada a irregularidade de ausência de intimação do Ministério Público e julgando procedente a exordial.

Inconformado, o Município de Aracaju interpõe recurso de apelação ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Contra-razões ao recurso interposto às fls. 115/120.

Este, o breve relatório.

Preliminarmente

Constata-se que ao Ministério Público de primeira instância não lhe foi dada oportunidade para manifestar-se sobre o apelo de fls.

A intervenção do Promotor de Justiça tem sua obrigatoriedade em todas as fases do procedimento.

É pueril pensar-se que o Promotor de Justiça, emitindo o seu parecer (resposta ao recurso de uma das partes) na fase recursal, estará usurpando a atribuição do Procurador de Justiça.

O processualista Valdir Sznich ensina que o Promotor de Justiça deve intervir sempre que seja intimado ou cientificado do processo. Essa intervenção é a regra geral. **“Em particular dar-se-á a intervenção quando:** a) depois das partes, terá vistas dos autos; b) em processo extinto **ab initio** (casos dos arts. 295, 261, I do CPC; c) **na fase recursal, inclusive existindo apelo de uma das partes (arts. 82 e 83 do CPC);** d) no processo de rito sumaríssimo, se surgir a necessidade de sua intervenção, terá a palavra após a resposta da parte”. (In *“O Ministério Público no Processo Civil”*). O grifo é meu.

Ora, não tendo o representante do Ministério Público atuado na fase recursal, é imprescindível a sanação da grave irregularidade.

Entendo que o Promotor de Justiça, ao emitir o seu parecer, na fase recursal, está defendendo os interesses postos em juízo. Não estará ele, conseqüentemente, atuando na segunda instância, cuja função é atribuída ao Procurador de Justiça.

Além do mais, é sabido que o Ministério Público na instância *ad quem*, tem atuação desvinculada, isto é, opina como *custos legis* em todos os recursos, enquanto o Promotor de Justiça atua dentro das vinculações previstas em lei.

O art. 82, do CPC, apresenta três incisos nos quais a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, é obrigatória, já que a não participação do órgão implica na nulidade do processo.

Se a sua intervenção é obrigatória, não resta dúvida que a ausência, em uma das fases do processo, ocasionará nulidade absoluta ou relativa.

Entendo que a ausência de intervenção do Ministério Público a *quo*, na fase recursal, é nulidade sanável, porém se não for suprida, tornar-se-á absoluta, não se aplicando a previsão dos arts. 249, § 2º, do CPC.

A lei processual civil em vigor não facultou a intervenção do Ministério Público e nem tão pouco deixou ao livre arbítrio do Juiz, porquanto a sua intervenção é obrigatória sob pena de nulidade.

Jacyr Vilar de Oliveira, professor de Teoria da Processualística do Direito, in *“O Ministério Público e o Aperfeiçoamento da Tutela Jurisdicional através do Direito Processual Civil”*, salienta que “quanto mais agir o Ministério Público, no cível, tanto melhor será a aplicação do direito objetivo visando a proteção do direito subjetivo *secundum ius*”.

Estranha, portanto, a orientação do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado ao excluir o Promotor de Justiça na fase recursal.

Tal atitude, *data venia*, macula a lei, os princípios doutrinários e jurisprudenciais.

Moniz Aragão salienta que:

“o Juiz ou Tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público.

Este é que a mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do Juiz na aplicação da lei, em fiscalizado dele no que tange à própria intervenção fiscalizadora.”

A orientação do TJS se coaduna ao tempo do Código de 1939, quando a jurisprudência da época se firmou no sentido da desnecessidade de decretar nulidade do processo se o Ministério Público fosse ouvido no juízo superior.

Com o Código de 1973 o pensamento jurisprudencial é bem diferente:

“A intervenção do Ministério Público, nos casos em que a lei a exige, é obrigatória, sob pena de nulidade (Código de Processo Civil, arts. 84 e 246), começa quando intimado ou citado para a causa e só termina quando transitada em julgado, cabendo-lhe, ainda, officiar nos recursos interpostos”.

Ac. unân. da 8ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão. (O destaque é meu).

“Ministério Público. Fase Recursal. Não intimação do Ministério Público. Conversão do julgamento em diligência (art. 82, do CPC). Representante do Ministério Público não se manifestou na fase recursal. Omissão que fere o disposto no art. 82, do CPC. Impossível de ser suprida no juízo ad quem. Conversão do julgamento em diligência.” Apelação Cível TJSC, Rel. Des. Cerqueira Cintra. (O destaque é meu).

“O órgão do Ministério Público, quando obrigatória sua intervenção no processo, deve ser intimado da sentença e da abertura de vistas da apelação interposta. A intervenção em segunda instância não supre a omissão.” Ac. da 4ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Hermann Roenick. (O destaque é meu).

É uma intervenção imperativa (art. 82 do CPC) que não fica ao livre arbítrio do Magistrado, como salienta o ilustre Desembargador Catarinense Wilson Antunes:

“Ao ser-lhe apresentada a petição de recurso, deve o Juiz declarar se o recebe, e, em caso afirmativo, em que efeito, ou efeitos o faz.

Todas as pessoas representadas no feito devem ser intimadas sobre a interposição do recurso. Intervirá o Promotor de Justiça, obrigatoriamente, como custos legis”. (O destaque é meu).

É oportuno salientar que a Augusta 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, em julgamento similar (art. 82, do CPC), converteu o julgamento em diligência, no sentido retornar os autos ao Promotor de Justiça a fim de oferecer contra-razões à apelação.

Salienta o decisório (Acórdão 2.27/88), que é necessária a participação do órgão do Ministério Público em todos os atos do processo, e o Promotor de Justiça não foi intimado para manifestar-se acerca do recurso.

Entendeu o ilustre Desembargador-Relator, Antônio Nunes Araújo, que interposto o recurso e após as contra-razões, deve o Promotor de Justiça ser intimado para manifestar-se sobre o apelo (v. Jurisprudência Alagoana — Revista do Tribunal de Justiça de Alagoas).

Pelo visto, a convalidação, consagrada na vigência do Código de Processo Civil de 1939, esbarra hoje com ditame da lei processual vigente, e a jurisprudência vem sendo taxativa nesse ponto, inadmitindo que a omissão em primeiro grau seja suprida pela manifestação do órgão do Ministério Público na instância superior.

Com idêntico entendimento encontram-se, entre outros, os processualistas Sérgio Andréa Ferreira (*A Intervenção do Ministério Público nos Processos Cíveis, segundo o Código de 1973*); Geraldo Batista Siqueira (*O Ministério Público na Relação Processual Civil*); Amaro Alves de Almeida Filho (*O Interesse Público no Código de Processo Civil e o Ministério Público*); José Lázaro Alfredo Guimarães (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*); Edson Ribas Malachini (*Nulidades no Processo Civil*); Alcides Mendonça Lima (*Atividade do Ministério Público no Processo Civil*) e Afrânio Silva Jardim (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Moderno*).

Também as Cortes de Justiça do País, em reiteradas decisões, têm salientado que ***“não basta oficiar imparcialmente um Procurador de Justiça como fiscal da lei junto aos Tribunais; é necessário ouvir o Promotor de Justiça da Comarca que, assim como o Juiz, ou às vezes, até mais que ele, poderá oferecer ao Tribunal elementos de convicção para sustentar ou não o acerto da decisão”***. (In RT 618/413). O destaque é meu.

Assim, a atuação do parquet, prevista no art. 82, do CPC, que já era marcante, ficou mais evidenciada com o advento da Constituição Federal de 1988. É que o art. 127 caput, da Lei Maior, impõe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais indisponíveis e, o seu art. 129, III, instituiu a função institucional de proteção do patrimônio público e social.

Salienta Hugo Nigro Mazzilli que a clássica função de custos *legis* adquiriu novo contorno à luz da Lei Máxima, *“desta forma, num sentido lato, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público (CF art. 127); a defesa do próprio interesse coletivo, também, pode coincidir com zelo do interesse público, empreendido pela Instituição (CF art. 129, III). In “O Ministério Público na Constituição Federal de 1988”.*

Por fim, tendo sido tolhida a ação do Ministério Público de primeiro grau, na fase recursal, e em face do entendimento do ilustre relator que cerceou a promoção de fls., é imprescindível a conversão do julgamento em diligência, objetivando a intervenção obrigatória do Promotor de Justiça já que à sua ausência, na fase recursal, estará exercitando pela metade sua nobilitante função causando, conseqüentemente, a nulidade absoluta.

Anexo estudo da prof. Adélia Moreira Pessoa sobre o assunto, publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Ano VIII, nº 14, 1998.

De Meritis

Entende o Município de Aracaju que a r. sentença de 1º Grau merece reforma uma vez que a mesma, segundo afirma, infringiu o art. 115, I, da Lei nº 1.547/89, isto é, o Código Tributário do Município de Aracaju.

Com efeito, dispõe a citada legislação:

“Art. 64. Constitui infração fiscal toda ação ou omissão que importe em inobservância por parte do contribuinte, responsável ou terceiro, das normas estabelecidas na lei tributária”.

Alega o Município de Aracaju no Auto de Infração nº 56677 que a Meta Construções Ltda. não recolheu o ISS incidente sobre suas operações no valor de R\$ 7.185,70 (sete mil cento e oitenta e cinco reais e setenta centavos) realizadas no mês de outubro de 1996, que à alíquota de 5% (cinco por cento) resultaria num imposto a recolher no valor de R\$ 215,57 (duzentos e quinze reais e cinquenta e sete centavos).

Em sua defesa o autor, ora apelado, sustenta que os serviços realizados caracterizam-se como de construção civil e que os mesmos foram efetuados no Município de Nossa Senhora do Socorro.

Diz o art. 115 do Código Tributário do Município de Aracaju:

“Considera-se local de prestação de serviços:

- I. o do estabelecimento prestador, ou na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;*
- II. no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação.”*

Compulsados os autos verifica-se que os serviços objeto do Auto de Infração nº 56677 foram, de fato, realizados no Município de Nossa Senhora do Socorro. O cerne da questão resume-se, pois, ao fato de ser, tal prestação, caracterizada, ou não, como construção civil.

O contrato firmado pela autora, ora apelada, determina a prestação de serviços de recuperação de galpão da DESO – Companhia de Saneamento de Sergipe, localizada no Município de Nossa Senhora do Socorro.

Por construção civil entende-se toda obra ou serviço em que se exija a supervisão de um engenheiro civil. São as chamadas obras ou serviços de engenharia a que se refere a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que rege as licitações e contratos administrativos.

Vê-se às fls. 18 dos autos que existiu um responsável técnico pelos serviços, sendo emitida a anotação de responsabilidade técnica — ART nº 0144727, do CREA/SE.

Trata-se, portanto, de serviços de engenharia, ou de construção civil, como quer a Lei Municipal nº 1.547/89 a ensejar o recolhimento do ISS no local onde os serviços foram prestados.

Diante do exposto, em não sendo acatada a preliminar de conversão do julgamento em diligência, no mérito sou pelo conhecimento da apelação interposta, eis que tempestiva, negando-se-lhe, contudo, o provimento, mantendo-se incólume a decisão de primeira instância.

Aracaju, 20 de outubro de 1999.

**“HABEAS CORPUS”. TRANCAMENTO DA
AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. FALTA DE JUS-
TA CAUSA NÃO DEMONSTRADA: “Não se co-
gita o trancamento da ação penal quando
verificada a existência de fatores suficientes para
o início da persecução. Em sede de habeas
corpus não se discute prova e, sim, matéria de
direito. Pela denegação do writ”**

**Paulo Moura
PROCURADOR DE JUSTIÇA**

A Advogada Otacília de Fátima Correia, qualificada na peça de abertura, impetrou a presente ordem de habeas corpus liberatório, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna, e nos artigos 647 e seguintes, da Lei Processual Penal, em favor de Juarez dos Santos Barreto, também qualificado na inicial, indicando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de São Cristóvão.

Conclusos os autos ao Desembargador Relator, este requisitou informações, prestadas às fls. 09/18. Ato contínuo, veio o feito a esta Procuradoria de Justiça para se manifestar sobre os autos em epígrafe.

A impetrante, em síntese, alega que o paciente vem sofrendo constrangimento ilegal, em razão de que a Promotora de Justiça de referida Comarca aditou denúncia para incluir o paciente como co-autor em dois furtos ocorridos na cidade de São Cristóvão, *in verbis*, fls.02.

“... insiste a I). Representante do Ministério Público em trazer para o banco dos réus o Paciente inventando em relação a ele um crime de furto que já foi elucidado (...). E como se não bastasse, capitulou o paciente de co-autor do crime de subtração em 02 de dezembro

de 1998, juntamente com o elemento Sandro, crime este que, evidentemente, não praticou (...)."

Aduz, ainda, ter sido decretada a prisão preventiva do paciente, considerando-a também abusiva. Pugna pela concessão da ordem, juntando somente atestado de antecedentes do paciente, fls. 03.

A alegação da impetrante diz respeito, portanto, à hipótese de falta de justa causa, diante de que considera que o paciente não reúne as condições mínimas para que se desenvolva contra ele uma ação penal, ou seja, que a denúncia não tem elementos suficientes que ensejem a persecução.

Todavia, através da análise de suas alegações, nota-se que não conseguiu demonstrar veementemente esse constrangimento, o que é necessário em casos desse jaez, senão vejamos o que leciona Júlio Fabbrini Mirabete, em sua obra *Processo Penal*, 5ª ed., p. 708:

Também somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação.

In casu, não é o que se nos afigura, pois, valendo-nos do *return*, fls. 09, "o paciente foi denunciado pela prática de dois furtos qualificados", além de que o aditamento aqui discutido, fls. 10/11, teve como suporte prova da existência de fato que caracteriza crime em tese e indícios da autoria, fatores bastantes para o início da persecução penal.

Não cabe nesse momento o exame aprofundado das provas, tarefa a ser desenvolvida no decorrer do processo criminal, haja vista que, diante de quaisquer suspeitas de que seja o réu o responsável pelos delitos em epígrafe, não há que se falar em trancamento da ação penal.

É o pensamento jurisprudencial dominante, *apud* Fernando Capez:

Admite-se o habeas corpus para trancamento de inquérito policial ou de ação penal, desde que a impetração demonstre de maneira incontroversa a falta de justa causa para a persecução. (STJ, 5ª T., RHC 1.870-0, DJU, 4 maio 1992, p. 5897)

Admite-se o truncamento da ação penal por meio do habeas corpus quando o abuso for evidente, não se admitindo a utilização do writ para exame aprofundado de provas. (STF, RHC 59.516-2-SP, DJU, 5 fev. 1982, p. 442)

Frente ao exposto, somos pela denegação do presente writ of habeas corpus.

É o parecer.

Aracaju, 22 de setembro de 1999.

Mandado de Segurança — Pretendida violação a direito líquido e certo — Inexistência de disposição legal que permita, no Estado de Sergipe, ao Promotor de Justiça concorrer à eleição para o cargo de Procurador Geral — Inidoneidade do meio utilizado para arguição de inconstitucionalidade — Denegação do writ.

Eduardo de Cabral Menezes
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Cabe-nos manifestar opinamento acerca de mandado de segurança impetrado pelo Promotor de Justiça Luiz Alberto Moura Araújo, contra ato do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de Sergipe, representado pelo seu Presidente, ora apontado como autoridade coatora, pelo fato de que “expediu, no dia 06 de outubro corrente, a Resolução nº 007/98 (doc. 2), publicado no Diário Oficial do dia 08 de outubro de 1998, onde se regula a eleição para compor lista tríplice destinada à escolha do futuro Procurador-Geral do Ministério Público do Estado de Sergipe” (fls. 2/3).

Na inicial, expende-se textualmente que

“O Impetrante é Promotor de Justiça (doc. 3,) desde 1984, desempenhando hoje suas funções na 4ª Promotoria de Justiça da Capital.

A Resolução em questão, em seu art. 1º, parágrafo único, no entanto, aponta o impetrante como inelegível, posto que Promotor de Justiça:

‘ Art. 1º. (...)

Parágrafo único. Somente concorrerão à eleição os Procuradores de Justiça que se inscreverem...’
A Resolução não tem embasamento na Constituição Federal. Sua escora provável é a Lei Complementar Estadual nº 02/90, art. 8º, que por sua vez constitui

uma afronta ao art. 128, § 3º, da Lei Maior vigente. Absurdamente reza a ORDINÁRIA Lei Complementar Estadual nº 02/90 (doc. nº 04), no seu art. 8º:

‘A Procuradoria-Geral de Justiça, órgão executivo da administração superior do Ministério Público, tem como titular o Procurador-Geral de Justiça, nomeado para um mandato de dois anos, dentre uma lista tríplice integrada de Procuradores de Justiça’.

Já a LEI MAIOR é clara:

‘Art. 128. (...)

§ 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral...’

Em sendo assim, nesta parte a Resolução nº 007/98 do E. Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público de Sergipe constitui abuso de poder da própria Autoridade, no sentido da palavra, e ato violador do direito líquido e certo de o Impetrante candidatar-se e concorrer a integrar a lista tríplice pelo voto direto de seus colegas, conforme ocorre nos demais Estados da Federação” (fls. 3).

Por fim, pede-se a concessão do writ, — a par de liminar que fora indeferida pela digna Relatoria (fls. 20/21) mas concedida sem ouvida da autoridade dita coatora por Ministro do Superior Tribunal de Justiça — no sentido de que fosse deferida a sua inscrição, “mediante o requerimento comum apresentado” (fls. 9).

O Dr. Procurador Geral de Justiça, em suas informações, dá conta de que:

“Se foi deixada ao legislador estadual a tarefa de estabelecer os requisitos para que um integrante de carreira possa ocupar a Procuradoria-Geral de Justiça, nenhuma inconstitucionalidade pode-se identificar na

Resolução nº 007 ou mesma na Lei Complementar nº 02 já mencionada” (fls. 62).

Mais adiante argumenta que:

“Indubitável, então, que os Estados poderão elaborar da maneira como preferirem a lei que disponha sobre a organização do Ministério Público, aproveitando o permissivo constitucional, como aconteceu, aliás, no Estado de São Paulo, onde a Lei Complementar nº 734/93 prescreve que o Procurador Geral de Justiça será nomeado pelo Chefe do Executivo, entre os Procuradores de Justiça integrantes da lista tríplice, para o mandato de dois anos, permitida uma recondução — exatamente como prevê a nossa — sem que até hoje houvesse surgido algum exegeta a argüir inconstitucionalidade da disposição” (fls. 64).

E, ainda mais em frente, conclui que:

“Inexiste, pois, direito líquido e certo do impetrante que tenha sido violado pelo Colégio de Procuradores de Justiça, ao editar a Resolução nº 007/98, de 8 de outubro de 1998, que regulamentou a eleição da lista tríplice para nomeação do Procurador Geral de Justiça” (fls. 64).

Passemos, em consequência, à análise do que comportam os autos.

Em primeiro lugar adiantemos que, embora se dirija o *mandamus* a um ato administrativo em abstrato (Resolução nº 007/98, do Colégio de Procuradores de Justiça) não iremos invocar a Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal para alegar o descabimento da ação mandamental na espécie: é que de tal Resolução se gera situação específica e pessoal, que porta, pelo menos em tese, probabilidade de ofensa a direito individual.

Se é assim, procedamos à abordagem do mérito do pleito. Na sua petição afirma o impetrante que:

“Se os Constituintes Nacionais e Estaduais e ainda o Legislador Federal desejassem a inelegibilidade de Promotores de Justiça ao cargo de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos Estaduais teriam dito de forma EXPRESSA e clara. A ausência de vedação expressa e a frase ‘dentre integrantes da carreira’ põe termo a qualquer questão, posto que, aquilo que não é vedado pela Lei Maior não poderá, por certo, ser obstaculizado por mero ATO ADMINISTRATIVO de uma Subunidade Administrativa, nem pelo seu Representante” (fls. 4).

A simples leitura de tal trecho já nos leva a concluir que não há direito líquido e certo que tenha sido afrontado pela autoridade dita coatora.

É dizer: não existe qualquer dispositivo legal que confira ao Promotor de Justiça, no Estado de Sergipe, direito a competir com os Procuradores de Justiça à eleição para escolha do Procurador-Geral.

Tudo dependeria de uma interpretação que, no dizer do próprio impetrante, poderia ser mais ou menos elástica:

“No Ministério Público não falta quem não saiba que onde a LEI MAIOR não restringe, ninguém está autorizado a restringir. A Lei, se não alberga palavras ociosas, também não acolhe subentendidos” (fls. 4).

Ora, é ressabido que líquido e certo é somente o direito que, ao ser invocado, se reveste de todas as características da evidência, manifestado de forma incontroversa.

Não se pode falar em direito líquido e certo, amparável pela via mandamental, quando a sua identificação depende da interpretação que vier a ser dada a uma norma.

Em lapidar aresto exarado em situação análoga deixou o Pretório Excelso consignado que:

“O mandado de segurança só tem fundamento quando a violação de direito individual é de tal ordem clara e evidente que exclui a necessidade de recorrer-se a interpretações mais ou menos controvertidas para reconhecer-lhe procedência; esta deve defluir imediata e pronta do simples cotejo entre o fato e o mandamento destinado a regê-lo” (in Arq. Judic., 39/263).

Não é só, porém.

Se nos dermos ao trabalho de aprofundar o estudo da questão constataremos que sequer poderá existir uma interpretação da Resolução nº 007/98 — ato contra o qual se dirige o *mandamus* — que seja favorável ao impetrante.

O parágrafo único do art. 1º da citada Resolução, que “regulamenta a eleição da lista tríplice de Procuradores de Justiça para nomeação do Procurador Geral de Justiça”, é bem claro:

“Art. 1º.

Parágrafo único. Somente concorrerão à eleição os Procuradores de Justiça que se inscreverem até as 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.”

Como se retirar de tal texto a interpretação de que também os Promotores de Justiça poderão concorrer à tal eleição?

Para chegar, porém, ao ponto a que chegou, praticou o impetrante exaustivo exercício intelectual sustentando que:

“A Resolução não tem embasamento na Constituição Federal. Sua escora provável é a Lei Complementar Estadual nº 02/90, art. 8º, que por sua vez constitui uma afronta ao art. 128, § 3º, da Lei Maior vigente.”

Ou seja, qualquer dispositivo que não lhe permita concorrer à eleição de Procurador Geral é inconstitucional.

Sem embargo de que não é o mandado de segurança o meio adequado à argüição de inconstitucionalidade de leis, o fato é que nem ao menos existe a afronta visualizada.

O art. 128, § 3º, da Carta Magna estipula apenas que:

“Art. 128.

§ 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha do seu Procurador Geral...”

Vê-se, então, que a única restrição que legou o constituinte aos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal foi a de não se poder compor a lista tríplice com nomes estranhos à carreira ministerial. O resto, todavia, ficou a cargo da legislação estadual e distrital: *“os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal formarão lista tríplice., na forma da lei respectiva”*.

Foi exatamente se valendo do permissivo constitucional que o legislador sergipano editou a Lei Complementar nº 02/90, de 12 de novembro de 1990, que em seu art. 8º estabelece:

“Art. 8º. A Procuradoria Geral de Justiça, órgão executivo da administração superior do Ministério Público, tem como titular o Procurador-Geral de Justiça, nomeado para um mandato de dois anos, dentre uma lista tríplice integrada de Procuradores de Justiça.”

E em tal disposição é que se inspirou a Resolução nº 007/98, objeto do presente *mandamus*.

No particular, a lei estadual não fez mais do que copiar dispositivo constante da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo que, por sua vez, outra coisa não fez senão atender a um antigo reclamo da classe, manifestado através de resposta a consulta de âmbito nacional, no sentido de que só pudessem con-

correr ao cargo de Procurador-Geral os Procuradores de Justiça, a fim de que não houvesse dano à hierarquia da instituição.

Poderia, aproveitando-se do permissivo constitucional, ter estabelecido uma idade mínima para o Procurador de Justiça concorrer a tal eleição, ou um tempo de serviço mínimo, ou, como em alguns Estados, limitar o colégio eleitoral, determinando que os eleitores fossem apenas os Procuradores de Justiça e não todos os integrantes da carreira.

Não o fez, contudo.

Apenas não poderia concordar em que qualquer Promotor de Justiça viesse a exercer o cargo de Procurador-Geral (que como a própria denominação indica, pressupõe já ser o seu ocupante Procurador de Justiça) em atenção a um comezinho princípio de disciplina funcional...

Pensar-se de outro modo seria admitir que mesmo um Promotor recém nomeado pudesse ser o Chefe da Instituição, uma vez que qualquer limitação que a lei impusesse para o exercício do elevado cargo passaria a ser vista como uma afronta ao texto constitucional.

Não é preciso ir além: afinal, há de prevalecer o bom senso.

Frente ao exposto, e por não enxergarmos na espécie direito líquido e certo do impetrante que tenha sido violado, estamos em que é de se denegar o writ almejado.

É o nosso parecer, s. m. j.

Aracaju, 18 de março de 1999.

PROMOÇÕES

1ª INSTÂNCIA

Contrato de Leasing em dólar — Aplicação da Teoria da Imprevisão — Inteligência do art. 6º, inciso V, do Código do Consumidor.

WILTON ARAÚJO SANTOS
Promotor de Justiça

ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO requereu a presente AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA contra FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, aduzindo, em síntese, que adquiriu um veículo de marca Chrysler Stratus LX, 0KM ano 97/98, através de contrato de Leasing — Arrendamento Mercantil, pelo prazo de 36 (trinta e seis) parcelas mensais, com atualização monetária pela variação do Dólar Americano, tudo nos termos das cláusulas contratuais do contrato acostado aos autos de fls. 12 a 13, dos autos.

Diz ainda o patrono do requerente que até dezembro de 1998 o dólar tinha uma variação de acordo com a inflação do país, ou seja, a variação era compatível com o INPC, IGPM, IPC, TR, etc., quando daí por diante o dólar disparou e alcançou “patamares estratosféricos”, pois a última prestação paga até 25/12/98 foi no valor de R\$ 1.190,71 (hum mil, cento e noventa reais e setenta e um centavos) equivalente a 983,73 dólares americanos e hoje corresponderia a R\$ 1.918,27 (hum mil, novecentos e dezoito reais e vinte e sete centavos).

Alegou também o patrono do requerente que houve um desequilíbrio astronômico do contrato, aplicando-se, *in casu*, a teoria da imprevisão, através da cláusula *rebus sic stantibus*, máxime que a cláusula 6.5 prevê em caso de desuso do indexador trato no contrato, aplicar-se-ia as cláusulas antevistas nas cláusulas 6.5.1, 6.5.2, 6.5.3 e 6.5.4. inclusive aceitando a aplicação do INPC a partir de dezembro, conforme documento acostado aos autos de fls.

16, portanto, segundo o dito patrono, deveria se aplicar o reajuste através do INPC e não variação cambial do dólar americano, por ser aplicável, sem sombra de dúvida, a teoria da imprevisão, no intuito de contrato ser revisto e adequado à situação atual.

Por outro lado, o patrono do requerente, como segundo fundamento, citou a inteligência do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, alegando, em resumo, que além da teoria da imprevisão invocada supra, aplica-se também ao caso vertente, visto que o referido artigo e seu inciso, prevê também *“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”*.

Alfim, requereu o pedido de tutela antecipada, na forma antevista do artigo 273, do Código de Processo Civil, no sentido de coibir que a requerida lançasse o nome do requerente no SERASA, CADIN e SPC, requerendo, também o depósito das prestações com base no último pagamento realizado no dia 25.12.1998 e com reajuste com base no INPC, e afinal, seja procedente o pedido para que o contrato seja revisado com base no INPC.

Às fls. 28 a 30, a douta julgadora concedeu medida pleiteada (tutela antecipada) no sentido de coibir o lançamento do nome do requerente nos registros cadastrais como inadimplente no SPC, CADIN e SERASA, e depositar as parcelas vincendas, tendo como teto a última prestação de dezembro 1998.

O patrono da requerida ofereceu contestação, (conforme se vê às fls. 37 a 58, alegando, em resumo, que não se aplica no caso vertente a teoria da imprevisão e nem tampouco o Código do Consumidor e neste caso por não haver relação de consumo, face este não ser aplicado ao contrato de Leasing e que a requerida tomou empréstimo no estrangeiro para emprestar no Brasil, e por isso dever ser aplicado à variação cambial, visto que se o dólar fosse para R\$ 0,50 e não para R\$ 2,00 , segundo o dito patrono, o efeito fosse o contrário, como agiria o requerente? Alfim, requereu a improcedência do pedido.

Douta julgadora, a pergunta formulada supra pelo nobre patrono da requerida é muito fácil de ser respondida, visto que se

ocorresse realmente que o dólar, por uma dessas aberrações econômicas, viesse a ser cotado em R\$ 0,50 (cinquenta centavos) do real, logicamente quem deveria ajuizar a presente ação seria o patrono da requerida e não o requerente.

Quanto ao teor da presente ação, ínclita julgadora, assiste, sem sombra de dúvida, ao ora requerente, pelos fatos que passamos a aduzir abaixo:

Por primeiro, magnânima julgadora, a aplicação da teoria da imprevisão conhecida como *"REBUS SIC STANTIBUS"* é aplicada, *in casu*, incontestavelmente, máxime que há cerca de 2.300 anos, os babilônicos já aplicavam, *mutatis mutandis*, esta cláusula, ou seja, já condicionavam em seus ajustes a efeitos futuros capazes de modificar o estado de fato no momento da contratação, *in verbis*:

"Se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, deverá modificar sua tábuas de contrato e não pagar juros por esse ano."

Em resumo, douta julgadora, desde os primórdios de nossa civilização antiga já se utilizava da teoria da imprevisão colocando a salvo de situações futuras imprevisíveis e alheias a suas vontades.

Segundo o *Vocabulário Jurídico*, edição universitária, página 441, de Plácido e Silva, volumes I e II, Forense, 1990, diz que Cláusula *"REBUS SIC STANTIBUS"* *"É cláusula que se anota como das subentendidas no contrato, e se entende como a obrigação dos contratantes em somente executarem o contrato, até seu termo, se subsistirem as condições econômicas ocorrentes no momento de sua celebração"*.

Daí, também, está o sentido da locução latina de *a distingue, rebus sic stantibus*, que dá o significado da condição: enquanto a coisa está de pé.

Segundo José Reinaldo Coser, no seu livro *Contratos em Dólar*, diz ele:

"A imprevista mudança da situação anterior modifica a situação da coisa em pé, anotada no ato da celebração"

ção do contrato. E, precisamente, fundado na cláusula “rebus sic stantibus”, aquele que se impossibilitou em cumprir a obrigação em consequência da mudança, pede a revisão do contrato, que não pode cumprir em virtude desta alteração imprevista e vinda sem sua participação”.

Ora douta magistrada, conforme dissecou de forma incansável o douto patrono do requerente, em sua exordial, quando comparou a variação do dólar em relação à inflação no mesmo período. A inflação variou em nosso país no ano de 1995 em 21,98%, 9,12% no de 1996 e 4,34% no ano de 1997. No mesmo patamar a cotação do dólar norte americano oficial variou no ano de 1995 em 14,98, em 1996 – 6,88% e 7,40% no ano de 1997, ou seja, o índice inflacionário com a variação do dólar norte americano tinha uma certa igualdade econômica entre o requerente a requerida.

Douta juíza, a estabilidade econômica era tão grande que o governo federal divulgava que a inflação tinha sido abolida do país, como também o real era uma moeda forte em relação ao dólar norte americano, fato este público e notório, pois em virtude dessa estabilidade econômica conseguiu o governo federal ser reeleito em primeiro turno com votação esmagadora, em virtude da propaganda do real, que era sinônimo de estabilidade econômica.

Contudo, douta magistrada, o clima de euforia econômica durou até o dia 13 de janeiro de 1999, quando o Governo Federal procedeu uma maxi-desvalorização do real frente ao dólar norte americano, aumentando sua faixa de flutuação cambial, posteriormente, precisamente no dia 15 de fevereiro de 1999, sentido não ter ocorrido os efeitos práticos objetivados bem como que, de fato, eles não aconteceriam, liberou o câmbio. No dia 12 de janeiro de 1999, o dólar norte americano estava cotado em R\$ 1,21 (um real e vinte um centavos), no dia seguinte, 13 do dito mês, chegou a R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos) — teto da flutuação autorizada, foi cotado a R\$ 2,10 (dois reais e dez centavos), no dia 29, no dia 19 de fevereiro, foi cotado em R\$ 1,94 (um real e noventa e quatro centavos).

Daí, ínclita magistrada, no mês de janeiro o dólar norte americano, do dia 12 ao final, chegou a uma variação, em relação ao real, de mais de 60% (sessenta por cento), enquanto que a inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC, para o mesmo mês, foi de 0,65% (zero vírgula sessenta e cinco por cento), tendo acumulado, nos últimos 12 (doze) meses 2,28 (dois virgula vinte e oito por cento), daí uma desproporção realmente assimétrica e imprevisível ocorrida com esta medida do governo, entre a inflação e a variação do dólar, fato este público e notório de toda sociedade brasileira, atingindo não só o requerente como toda a classe trabalhadora, mudando sensivelmente toda a política econômica do nosso sofrido povo brasileiro.

Opípara julgadora, a crise da mudança do dólar foi tão gigantesca e imprevista que o Senador Antônio Carlos Magalhães, aliado do governo federal, em entrevista à jornalista Isabela Abdala, publicada na Revista ISTO É, nº 1531, de 3 de fevereiro, p.p., após discorrer sobre a vivência política, disse uma verdade da qual a maioria dos políticos fogem:

“... Enfim, já vi tudo. De modo que essa não é a pior crise do Brasil. Entretanto há uma irracionalidade, sobretudo no mercado, que leva contágio a elite brasileira ficar assustada. Porque o povo, no fundo, não toma conhecimento disso. O povo sofre ou não o problema da cesta básica, sofre ou não o desemprego. O povo não entende o problema do dólar, não entende de flutuação cambial. O que nós temos que fazer imediatamente no governo é uma agenda positiva, de fatos que possam tranquilizar a Nação e criar perspectivas melhores para o futuro” (extraído do livro *Contratos em Dólar*, de José Reinaldo Coser, pág. 15 a 16).

Ora douta julgadora, a teoria da imprevisão ficou patenteada de forma insofismável, pois um dos aliados do governo federal, bradou em alto e bom som que com maxi-valorização do dólar ocorrida no mês de fevereiro do ano em curso, trouxe transtornos

não só para o requerente, como também para o nosso povo já sofrido pelos pacotes econômicos que sempre caem por terra, gerando, sempre imprevisibilidade inigualável, ocasionando esses transtornos ao consumidor brasileiro.

Por segundo, quanto à aplicação do contrato Leasing ao Código de Consumidor, não resta menor dúvida, face que o artigo 3º, § 2º, assim diz:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Ora, douta juíza, sabe-se que atividade bancária é eminentemente de prestação de serviços, ou seja, financiamentos de automóveis, computador, tratores, empréstimos bancários, etc.; portanto, as operações bancárias estão abrangidas pelo regime do Código do Consumidor, desde, é claro, que constituam relações jurídicas de consumo. Neste sentido ver definição de Nelson Nery Júnior, *Código Brasil. Defesa do Consumidor*, Forense, 1991, p. 302/303).

In casu, não há dúvida alguma sobre a aplicação do contrato de Leasing no Código do Consumidor, visto que foi adquirido um automóvel financiado pelo Banco, constituindo relação jurídica do consumo, portanto, a revisão do contrato se encaixa como uma luva na inteligência do artigo 6º, inciso V, do citado do consumidor, *in verbis*:

“A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Ante o exposto, não há dúvida alguma, quer quanto à aplicação da teoria da imprevisão, quer a aplicação do Código do Consumidor ao caso vertente, tornando-se hoje em nosso ordenamento jurídico matéria pacífica, tanto na doutrina, como na jurisprudência, *in verbis*:

Ensina Plainiol e Ripot, *rebus sic stantibus* “é a cláusula que faz presumir que as partes, de comum acordo, condicionaram a execução do contrato à duração do estado das coisas existentes no dia de sua formação”.

“(..) Alterações ocorrem diariamente no campo econômico e social da população, em todas as suas esferas, sendo favoráveis a uns, os quais se utilizam exatamente de tal instabilidade para ganhar mais, e desfavoráveis a outros, quais sejam, os menos favorecidos economicamente, que têm de suportá-las como o salário que auferem. Ante tal desequilíbrio, o Judiciário não pode ficar inerte, impondo-se rever valores e conceitos, antes inaplicáveis e hoje justos. Dentre eles, há de se aplicar a chamada “Teoria da imprevisão”, ante a impossibilidade do cumprimento das obrigações por parte dos contratantes, por motivos alheios à vontade dos mesmos, como é o caso dos aumentos baseados no índice editado pelo Sinduscon, que supera a inflação e os reajustes salariais, estabelecendo desequilíbrio. (...)” (Transcrição parcial da ementa oficial do Ac. da 1ª Turma do TJ do DFT, mv, Ac. 26.759, Relator Des. Vasquez Cruxên, julgado em 05 de outubro de 1992, DJU, 10.12.92, página, 41.927).

José Reinaldo Coser, no seu livro *Contratos em Dólar*, pág. 41 a 42, cita diversos autores consagrados, *in verbis*, a respeito da aplicação da Teoria da Imprevisão, quando também diz que esta teoria está explicitamente consagrada no artigo 6º, inciso V, do Código do Consumidor, *in verbis*:

*“Assim, a onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula **rebus sic stantibus**, que*

corresponde à formula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação. A parte lesada no contrato por esses acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que alteram profundamente a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas, poderá desligar-se de sua obrigação, pedindo rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, **por estar na iminência de se tornar inadimplente tendo em vista a dificuldade de cumprir o seu dever**, ingressando em juízo no curso da produção dos efeitos do contrato, pois se este já foi executado não haverá intervenção judicial". (negritos nossos).

Continua José Reinaldo Coser, em seu livro *Contratos em Dólar*, páginas 42 a 43, a respeito da teoria da imprevisão:

"Somente nessa consequência interessa aqui examinar a onerosidade excessiva. Outra solução, todavia, poder ser dada ao problema. Em vez de resolução do contrato, atribui-se ao juiz o poder de intervir na economia do contrato para reajustar, em bases razoáveis, as prestações recíprocas. Mas, nesse caso, a onerosidade excessiva deixa de ser causa de resolução. Pode-se, ainda, favorecer o devedor comum a alternativa de pedir a resolução ou pleitear o reajustamento. (Orlando Gomes, "Contratos", Editora Forense, 1ª edição, 1959, páginas 213/214)."

Já Flávio de Queiroz B. Cavalcanti, RIJ 13/93, caderno 3, página 256, teceu consideração acerca da proteção e defesa do consumidor nos contratos de consórcio, traz importante lição sobre o momento da contratação, nos seguintes termos:

“É importantíssimo para a interpretação conhecer os fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar: o direito ampara a consecução desses fins, e, portanto, o juiz, para poder conceder a devida proteção do direito ao negócio jurídico ou declaração de vontade de que se trata, tem que começar por conhecer exatamente aqueles fins. (ERICH DAN, A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS, pág. 105, trad. 1941).”

Douta julgadora, a teoria da imprevisão realmente está consagrada no artigo 6º, inciso V, do Código do Consumidor, conforme ficou acima esposado.

Por último, a assertiva do patrono da requerida cai por terra quando frisou em sua contestação que o empréstimo efetuado ao requerente foi tomado através de captação de dólar no exterior, contudo não comprovou tal assertiva, sendo inclusive irrelevante para o caso *sub óculo*, face à argumentação acima mencionada.

Aliás várias são as decisões de nossos tribunais a respeito da *vexatio quaestio*, as quais se encaixam como uma luva:

“Ação ordinária de revisão de contrato. Teoria da Imprevisão. Recurso provido. Nos contratos de execução continuada, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, somente a ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível poderá ensejar a revisão contratual” (Ac. um. da 1ª C. Civ. do TJSC – Ac. 37.594 – Rel. Des. Álvaro Wandelli – J. 11.08.92, Apt; Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul. BRDE – Apd; Ludovico Tozzo e Cia Ltda. e outra. DJSC 21.08.92, p. 108, ementa oficial).

“Teoria da imprevisão. Aplicabilidade, mesmo que à míngua de texto expresso, posto que exigência da equidade. Necessidade, entretanto, de que se apre-

sentem todos os pressupostos. Entre eles, o que os fatores imprevisíveis alterem a equivalência das prestações, tal como avaliada pelas partes, daí resultando empobrecimento sensível para uma delas com enriquecimento indevido da outra. Inexiste razão para invocar essa doutrina quando, em contrato de mútuo, tenha o mutuário dificuldade em cumprir aquilo que se obrigou, em virtude de prejuízos que sofreu. Não há o que se falar em desequilíbrio das prestações nem em enriquecimento injustificável do mutuante". (Ac. um. da 3ª T. do STJ – RESP. 5.723 – MG – Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.06.91, Reco. Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, Recdo: Almir Fernandes de Souza, DJU 19.08.92, p. 10.99, ementa oficial).

Ex positis, as jurisprudências citadas acima se encaixam realmente ao caso em tela, pois houve um aumento nas prestações do contrato de Leasing firmado entre o requerente e a requerida, de forma absurda, extraordinariamente e imprevisível na economia do país, com empobrecimento deste e enriquecimento daquela, conforme já frisamos minudentemente supra, e caso persista tal desequilíbrio, conseqüentemente o mesmo será inadimplente se tal fato ocorrer, ou seja, a prestação que em 25 de dezembro de 1998 seria de R\$ 1.190,71 (um mil, cento e noventa reais e setenta e um centavos), passou, com a maxi-valorização do dólar ocorrida em fevereiro/99, em R\$ 1.918,27 (hum mil, novecentos e dezoito reais e vinte e sete centavos), teve um acréscimo simplesmente de 61,10% (sessenta e um vírgula dez por cento), na prestação, isso em menos de um mês, quando no mesmo período houve em São Paulo, por exemplo, deflação.

Alfim, douta julgadora, o órgão Promotorial opina no sentido da procedência do pedido, com o julgamento antecipado da lide, na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, em virtude de não haver necessidade de produção de prova em audiência, por se tratar somente de prova de direito, para que o contrato seja revisado e seja aplicado o índice do INPC — ÍNDICE NACI-

ONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR para reajustes das prestações mensais, pois este índice é o que se reflete ao processo de correção da moeda vigente em nosso país, pois ele não trará nenhum prejuízo à requerida, visto que está adequado ao contrato *sub judice* e à realidade econômica do nosso país, porque só assim este respeitável juízo estará distribuindo justiça.

Princípio “pas de nullité sans grief”. Sistema de instrumentalidade das formas, onde o fundo deve prevalecer sobre a forma. Arts. 563 e 566 do C.P.P.

Alonso Gomes Campos Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA

1. Irresignado contra a decisão do Conselho de Sentença da Comarca de Aracaju, que o condenou por sete votos a zero (à exceção de um dos quesitos, quando teve um voto a seu favor), o acusado MAURÍCIO GUEDES NOVAIS, conhecido também, e muito, por “CHAPÉU DE COURO”, dela resolveu apelar, alegando que os jurados decidiram contrariamente à prova dos autos e, também, que o processo está inquinado pela eiva da nulidade.

2. Inicialmente, menciona que o réu não teve defesa técnica por profissional habilitado, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal e, ainda, com respaldo nos artigos 3º e 4º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Diz isso, e junta cópia da página nº 11 do Jornal Informativo da OAB/SE, edição de março/99 (fls. 413 dos autos), onde consta que a Dra. Maria Araújo da Paixão está com sua inscrição cancelada.

De acordo com os autos, a Dra. Maria Araújo Paixão foi a profissional que fez a defesa do réu, a partir da intimação da sentença de pronúncia até o dia do julgamento (aqui, porém, com a marcante presença do advogado e Juiz de Direito aposentado Fernando Macedo, que fez a defesa efetiva do réu em plenário, no recurso, etc.).

2.1. Ao observar a inusitada alegação de nulidade, a todos causou espécie, pois desde o mês de dezembro de 1998 que a Dra. Maria Paixão vem se manifestando pela imprensa sergipana como defensora do acusado. A própria OAB/SE, que tem o dever de fazer tal fiscalização, mandou um seu representante para se

fazer presente ao julgamento, na pessoa da Dra. Aída Campos, e nada levantou acerca dessa circunstância. Em razão disso, esse Promotor de Justiça entendeu que tudo não passava do “direito de esperar” do apelante.

2.1.1 E era mesmo. Observa-se às fls. 416, o ofício de nº 109/99, de 11.05.99, oriundo da OAB/SE, onde é informado que a Dra. Maria Paixão está regularmente inscrita na entidade. Acrescenta que a publicação constante do Jornal da OAB/SE, edição de março/99, é relativa ao cancelamento de sua inscrição na condição anterior de estagiária.

2.1.2 Instado a falar sobre o documento (fls. 418), o apelante não conseguiu contrariar o seu teor, até mesmo porque foi emanado de uma das entidades mais respeitadas do país.

2.2 Superada, então, a alegação de nulidade por falta de defesa técnica.

3. A outra nulidade argüida pelo recorrente diz respeito à falta de intimação do acusado para o sorteio dos jurados e falta de publicação do ato.

3.1 Tentando confundir os eminentes desembargadores (como se fosse fácil fazê-lo), o defensor traz à colação o artigo 564, III, “g”, do Código de Processo Penal, que preceitua que é nulo o julgamento se o réu não for intimado para a sessão respectiva do Tribunal do Júri. O que não é o caso, visto que o réu foi intimado para o julgamento (ver fls. 349, verso, e 365).

3.2 Na realidade, o apelante exige uma coisa que nem mesmo a lei cogita. Observa-se que nem o artigo 427 nem o 428 do Código de Processo Penal fazem menção à intimação do réu para o sorteio dos jurados que irão funcionar na sessão periódica. Apenas o artigo 429 e seu parágrafo primeiro falam a respeito das intimações, porém após o sorteio. E com que objetivo? Responde Júlio Fabbrini Mirabete, em seu livro *Código de Processo Penal Interpretado*, 5ª edição, pág. 568: “a publicação do edital visa a possibilitar o réu a impugnação por incompatibilidade ou suspeição em momento oportuno, sob pena de ficar sanada a irregularidade”.

3.3 Inclusive, e como diz Mirabete, no “momento oportuno” (no dia do julgamento, ver fls. 392) a defesa argüiu a nulidade,

porém a magistrada a rechaçou (ver às mesmas fls. 392), após parecer deste órgão do Ministério Público. Para tanto, além de mostrar que o edital de convocação foi publicado no Diário da Justiça do dia 22.03.99 (às fls. 32), lembrou que, se por acaso fosse exigida a intimação pessoal da defesa, esta tomou conhecimento do sorteio, pois manuseou os autos por diversas vezes entre a data da designação ao sorteio propriamente dito (ver fls. 210 em diante).

3.3.1 Não bastasse tudo isso, a eventual falta de intimação (o que não ocorreu) não resultou nenhum prejuízo para a defesa. E tanto não resultou que, no momento oportuno, a defesa levantou a nulidade, a qual foi, de pronto, combalida. É o sistema da instrumentalidade das formas, onde o fundo deve prevalecer sobre a forma. Isso é, o ato processual é válido se atingir seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. É o princípio “pas de nullité sans grief”. E a legislação processual penal pátria prestigia o mencionado princípio através dos artigos 563 e 566, os quais dizem, respectivamente, que:

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação e defesa”.

“Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

3.3.2 A jurisprudência ora trazida diz, embora de forma indireta, que é necessária a publicação apenas após o sorteio, e por edital (o que foi feito):

*“Júri — Nulidade — Inexistência — Sorteio dos jurados — Falta de publicação da respectiva lista pela imprensa — Sua fixação, porém no edifício em que funciona o Fórum — Preliminar repelida. A publicação do sorteio dos jurados pela imprensa é formalidade dispensável, desde que a simples afixação do edital no Fórum atingiu sua finalidade, qual seja o conhecimento de parte dos interessados.
(TJR). Ac rel. Costa Pinto — RT 504/338)”*

4. No mérito, a defesa apela para novo julgamento, na conformidade do disposto no artigo 593, III, “d”, do CPP, porque, segundo ela, a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

5. O que o recorrente mais questiona é o reconhecimento fotográfico feito pela testemunha, o vigilante da praça onde ocorreu o crime — o Sr. Francisco Santos. Na época do delito (no ano de 1985), o vigilante reconheceu o acusado “Chapéu de Couro” como o autor dos disparos que provocaram a morte da vítima José Augusto. Acontece, porém, que o reconhecimento foi feito através de fotografia porque o acusado se encontrava foragido, como permaneceu até o mês de dezembro de 1998.

5.1 E como se chegou ao nome do acusado? O delegado de polícia que presidiu o inquérito, e que foi arrolado para depor em plenário, o diz, às fls. 383/4:

“... que também foi citada uma pessoa que era vigilante em Aracaju e que teria visto o momento em que a vítima José Augusto fora atingida com os disparos; de posse desses dados, o depoente sentiu a necessidade de fazer o auto de reconhecimento; era impossível localizar Maurício Guedes porque não morava em Sergipe, embora o mesmo tivesse pessoas ligadas aqui em Aracaju; que para o reconhecimento foi colocada a ficha de identificação da Secretaria de Segurança...; que o vigilante ao ser ouvido descreveu a pessoa que vira no momento que a vítima fora atingida....; que para o reconhecimento foi utilizada a fotografia original que se encontrava na ficha; que após o reconhecimento permaneceu nos autos a cópia e a ficha foi devolvida ao Instituto de Identificação; que a testemunha em nenhum momento titubeou, sempre afirmou que foi “Chapéu de Couro” (não há grifo no original)

5.1.1 O depoimento da mencionada autoridade policial é bastante esclarecedor. Ela diz como tudo ocorreu: iniciou suas in-

vestigações na cidade de Itabaiana/SE, que foi onde a vítima José Augusto morou por muitos anos. Lá, ele matou sua esposa de nome Vesta, que estava grávida, na frente de seus dois filhos de tenra idade. Por isso, foi condenado a cumprir pena na penitenciária de Aracaju, onde conheceu “Chapéu de Couro”, que também estava preso, e se tornaram até confidentes. Por outro lado, os familiares da vítima Vesta, pessoas influentes na cidade de Itabaiana (dono de cartório, médicos, empresários, etc.), não aceitavam a morte de seu parente naquelas circunstâncias. Daí, em razão da ligação dos parentes da vítima Vesta com o deputado “Chico de Miguel”, que, por sua vez, era ou teria sido “patrão” de “Chapéu de Couro” (inclusive com fortes vínculos um com o outro, pois ambos já tinham respondido a processo juntos, acusados pelo homicídio do também deputado Francisco Teles; um como mandante e o outro como executor, porém absolvidos), o delegado chegou ao nome de “Chapéu de Couro”. Com a descrição do réu, feita pelo vigilante, a autoridade aproximou-se fácil do nome de “Chapéu de Couro”. Daí o reconhecimento fotográfico.

5.2 Conforme o artigo 226, incisos I e II do CPP, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deve ser reconhecida e, por sua vez, a pessoa cujo reconhecimento se pretender será colocada, se possível, ao lado de outras.

5.2.1 Pelo que se extraiu do depoimento do Dr. Marcos Passos, delegado de polícia com quase 20 anos de experiência, primeiramente houve a descrição pelo vigilante (ver fls. 384). E, como não foi possível o reconhecimento pessoal, por o indiciado se encontrar foragido, foi o mesmo feito através de fotografia.

5.2.2 E a lei o proíbe? A doutrina e a jurisprudência o condenam? Não, não e não. A lei o autoriza através do inciso II do art. 226. A doutrina é dominante. Vejam o que diz Júlio Fabbrini Mirabete, em seu livro *Código de Processo Penal Interpretado*, 5ª edição, pág. 306:

“Entretanto, a opinião prevalente é de que o reconhecimento fotográfico é uma prova inominada, como outras não previstas expressamente na lei, que pode

e deve ser considerada. Deve ser utilizada, porém, apenas quando não é possível o reconhecimento pessoal.”

Agora, a jurisprudência:

“A validade do reconhecimento fotográfico, como meio de prova no processo penal condenatório, é inquestionável. E reveste-se de eficácia jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, como no caso, a prolação de um decreto condenatório” (STF, RT 677/422). No mesmo sentido: RT 542/433, 630/323 e 736/545-6; JTJ 174/330; JTACRESP 50/317, 51/413, 55/280, 66/29 e 67/343; dentre muitos outros.

5.3 Embora houvesse a preocupação do apelado em transcrever a lei, a doutrina e a jurisprudência, no sentido de mostrar que o reconhecimento fotográfico é válido, principalmente quando feito com tanta segurança, e por mais de uma vez (na delegacia — fls. 32 e em Juízo — fls. 138), o fez apenas a título de argumentação. Na verdade, isso está superado, uma vez que a testemunha Francisco Santos reconheceu “Chapéu de Couro” pessoalmente, no dia do Júri (ver fls. 381), como autor do disparo que ocisou a vítima José Augusto.

5.3.1 Em tudo isso, uma coisa deve ser evidenciada: a coragem da testemunha. Não é fácil fazer o que ela fez, principalmente levando-se em consideração que ali estava sendo feito o reconhecimento, nada mais nada menos, de um dos maiores pistoleiros do Brasil. Não seria mais fácil, para a testemunha, mentir? Não seria menos complicado, para a testemunha, escorar-se no decurso de tempo, e não fazer o reconhecimento? Isso ela não fez. E é muito louvável!

6. Afinal, é bom lembrar que a prova para a condenação não foi extraída apenas do reconhecimento (fotográfico e pessoal). Tão ou mais importante que o reconhecimento foram os indícios

trazidos aos autos. Para não ser repetitivo, remete Vossas Excelências aos depoimentos do delegado (fls. 383/4) e do vigilante (fls. 32, 138 e 381), além dos documentos de fls. 233/64, (onde é mostrada a ligação de “Chapéu de Couro” com o deputado “Chico de Miguel” e com o pai da vítima Vesta).

7. De forma, então, que o julgamento dos jurados não foi contrário ao que indicavam os autos. E tanto não foi que nenhum deles teve dúvida em condená-lo, inclusive no que diz respeito à qualificadora do recurso que tornou impossível qualquer defesa por parte da vítima (§ 2º, inciso IV, do art. 121, do Código Penal).

7.1 A maior prova de que os jurados acreditavam no que este representante do Ministério Público dizia em plenário, foi que pediu que desconsiderassem a qualificadora do motivo torpe, posto que não se conseguiu trazer aos autos a figura do mandante de crime, e eles (os jurados) assim o fizeram.

7.2 A doutrina é uníssona ao afirmar que só deve ser anulado um julgamento, por decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, quando a decisão é arbitrária e se dissocia totalmente da prova dos autos, não encontrando nenhum apoio no processo. Portanto, cabe aos jurados escolher uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja a melhor decisão.

7.3 A jurisprudência é pacífica nesse aspecto:

“A decisão do Júri somente comporta juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando manifestamente contrária à verdade apurada no processo, representando distorção de sua função de julgar” (RT 642/287).

“Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova que autoriza a cassação do julgamento” (RT 535/342).

No mesmo sentido: RT 551/321, 662/272, 675/354-5, 667/361, 674/326, 626/290, 669/299, 715/442, 722/429, 658/323, 660/323, 670/313 ...

8. Um fato, embora nada tenha a ver com a prova dos autos, merece ser abordado neste momento. Até mesmo porque o apelante a ele se ateve bem demoradamente. Foi o posicionamento do Jornal CINFORM acerca da decisão dos jurados.

8.1 No dia 10 de maio do corrente ano, o mencionado Jornal fez uma belíssima defesa do acusado “Chapéu de Couro”. Não é bom deslembrar que o seu julgamento se deu no dia 03 do mesmo mês. Torna-se desnecessário transcrever o que o Jornal “informou”, até mesmo porque o apelante o juntou às suas razões, e dele fez uso em suas argumentações.

8.1.1 Registre-se, também, que o Jornal circulou no dia 10 e, coincidência ou não, é a mesma data em que o apelante fez suas consistentes razões (ver fls. 412). Parece até que o apelante só estava esperando o Jornal. É, no mínimo, esquisito.

8.2 Bom, o certo é que este Promotor de Justiça tomou conhecimento da matéria no dia 10. Tanto ficou indignado este signatário como os serventuários da Justiça que o leram, posto que, sem sombra de dúvidas, o Jornal fazia, às escâncaras, uma defesa de “Chapéu de Couro”. Como dizer aquilo de um julgamento tomado por unanimidade?

8.3 Intrigado com tudo aquilo, o apelado manifestou sua indignação e repúdio à referida reportagem, através do Programa “Liberdade Sem Censura”, no dia 11.05.99. Na oportunidade, disse, até, que a repórter fez uma grande defesa de “Chapéu de Couro” e, complementando, enfatizou que, se ela tivesse em plenário, efetivamente na defesa, quem sabe não tivesse conseguido uns dois votos dos jurados.

8.4 Mas o pior estava por vir. No dia 12 chega ao conhecimento da Promotoria que o apelante tinha entregue suas razões em Cartório e, que, grande parte de suas argumentações eram estribadas no Jornal Cinform.

8.4.1 A sociedade precisava saber disso. Retornando ao programa radiofônico antecitado disse que, agora, dentro dos autos, estavam juntos os dois defensores de “Chapéu de Couro”: O Jornal e os advogados de “Chapéu de Couro”.

8.4.2 Por ser oportuno, junta fita-cassete das mencionadas reportagens.

8.5 O interessante é que o Jornal se deu até ao trabalho de transmitir a opinião de dois renomados advogados criminalistas do Estado, os quais sequer estiveram presentes ao julgamento (inclusive, um deles o diz). No entanto, não se abstiveram de “condenar” a decisão dos jurados. Aí, foi o cúmulo!

9. Por tudo o que foi exposto, está fartamente demonstrado que a decisão dos jurados deve ser mantida, por ter sido afinada com a prova dos autos, como também devem ser rechaçadas as preliminares levantadas.

9.1 Afinal de contas, a Sociedade de Sergipe não merece passar por todo o transtorno que passou. E muito menos o Sr. Francisco Santos, o vigilante.

JUSTIÇA.

Aracaju, 04 de junho de 1999.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO — Deve ser improvido recurso de apelação que vise a condenação do Ministério Público ao pagamento de verba honorária.

Marcelo Augusto Costa Campos
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Irresignado com a r. sentença de fls. 494/502, a qual extinguiu o processo por entender ausente a condição genérica da ação do interesse de agir em desfavor do próprio autor e ora apelado, interpôs José Francisco de Melo, via procurador legalmente habilitado, recurso de apelação visando a reforma do *decisum* no que pertine à não condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios.

Os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal estão atendidos, pelo que deve ser conhecido o apelo.

Superado, então, o passo inicial, cabe analisar que nas razões de recurso o apelante principia arguindo uma “primeira preliminar” em face da “não condenação do apelado nas custas e honorários advocatícios pela interpretação errônea do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85, com nova redação dada pela Lei nº 8.078/90”, para, logo adiante, contraditoriamente, dizer que o inconformismo refere-se, exclusivamente, sobre a não condenação do Ministério Público na verba honorária.

Ora, a própria etimologia da palavra permite inferir que questão preliminar é aquela que antecede, que é prévia a uma outra dita principal, guardando aquela uma relação de prejudicialidade com esta. Assim examinado, fácil é constatar que em verdade não há nenhum ponto a ser previamente examinado, devendo ser de logo atacado o mérito do recurso.

Antes, contudo, um breve repasse no histórico dos autos é necessário para esclarecer que a ação que foi aforada pelo represen-

tante do Ministério Público de então, agindo na qualidade de curador do patrimônio público e portanto, em sua defesa, continha pretensão de condenação do ora apelante, ex-prefeito do Município de Pacatuba, ao ressarcimento aos cofres do tesouro da municipalidade da quantia atualizada na data ajuizamento de R\$ 129.355,83, por força de alcance que lhe foi imputado por decisão da qual não recorreu proferida pela Egrégia Corte de Contas Estadual.

Conforme já adiantado, o douto juízo sentenciante achou por bem extinguir o feito, sob o fundamento de que em constituindo as decisões dos Tribunais de Contas títulos executivos, diante das regras imperativas emanadas do Texto Constitucional, tanto Federal como Estadual, precisamente dos arts. 71, § 3º e 68, § 3º, respectivamente, não assistia ao Ministério Público interesse de agir visando uma condenação se já dispunha de título hábil a viabilizar o manejo da via executiva.

Resumidamente, é o que se contém nos autos.

Assentadas tais considerações iniciais, é chegado o momento de descer ao estudo das razões invocadas pelo inconformado apelante.

Aduz, em síntese, que a regra do art. 18 da L.A.C.P. somente se refere às hipóteses em que associações figuram como autoras e que ao Ministério Público deveriam ser aplicados os dispositivos dos arts. 17 e 18, do Código de Processo Civil, ou seja, aqueles que tratam da litigância de má-fé, pelo fato ter utilizado uma modalidade de processo em detrimento da outra e, quanto aos honorários, alega que a disciplina correta a ser dispensada é a comum prevista no art. 20 do mesmo diploma processual.

Procurando albergar com segurança o seu ponto de vista, transcreve por duas laudas inteiras valioso escólio doutrinário do eminente Desembargador das Minas Gerais HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Valiosa, como dito, é a doutrina carreada em seu prol no que contém de ensinamento da ciência jurídica, mas inservível ao seu desiderato, porque versa sobre o tratamento geral da verba honorária que não se aplica, no particular, pois os casos em que é sucumbente o Ministério Público merecem regramento diverso, como adiante ficará demonstrado.

É mister realçar o papel que toca ao Ministério Público em tais espécies de demanda, pois se é certo que pelo disposto no art. 81 do CPC a ele se destinam os mesmos poderes e ônus que às partes, não se pode perder de vista o caráter especial de sua atuação, em que não titulariza o direito material controvertido em juízo, antes age na proteção de direitos indisponíveis da sociedade.

De outra parte, sua atuação em juízo tem peculiaridades que o diferenciam, sendo de bom alvitre o recurso à lição abalizada dos eminentes Procuradores de Justiça do Estado Bandeirante JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO e ANTÔNIO CARLOS AUGUSTO GAMA¹ no sentido de que:

“Os órgãos ministeriais não prestam depoimento pessoal; não podem dispor ou confessar, não adiantam despesas (CPC, art. 19, § 2º), que serão pagas a final pelo vencido (CPC, art. 27); não recebem honorários advocatícios, nem são condenados a pagá-los.” (grifo nosso).

O que a tese do apelante de que o Ministério Público deve se sujeitar ao tratamento do Código de Processo Civil quanto aos honorários de advogado permite entrever é que é fundada em alicerce que não se sustenta diante de uma correta análise do problema. Argumenta que se o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública somente se refere às situações em que as associações saem vencidas, é consequência lógica que ao parquet se aplica o que dispõe o Código no que diz respeito às despesas de advogado.

O erro a que se chegou na conclusão acima é facilmente explicável pela premissa falsa utilizada, porquanto o raciocínio interpretativo correto é o que se extrai do seguinte silogismo: as regras do Código de Processo Civil somente são aplicáveis à Lei da Ação Civil Pública “naquilo em que não contrarie suas disposições”, conforme dicção do art. 19 da L.A.C.P. Existe, por seu turno, regra própria no art. 18 sobre o cabimento da condenação de associação ao pagamento de verba honorária em caso de comprovada má-fé. Logo, se assim está expressamente previsto, é porque quis

firmar regra de que quanto aos demais legitimados do art. 5º não se admite a condenação em honorários, como é fácil inferir do contexto.

Não fosse assim, às associações, pessoas jurídicas de direito privado, é que teria a lei, em detrimento dos outros legitimados ativos, reservado odioso privilégio, o que configuraria um rematado absurdo.

Surge então a indagação. Qual a *ratio essendi* para tal tratamento legal?

Mais urna vez, a doutrina dos preclaros Procuradores de Justiça citados vem em nosso socorro²:

“Parece-nos que a resposta está na natureza jurídica dos bens tutelados pela Lei da Ação Civil Pública. De fato, os bens jurídicos que ela quer tutelar, na lição de Renato Alessi, citada por Geraldo Ataliba, caracterizam o chamado ‘interesse primário’. Então, para proteger esses interesses fundamentais e querendo que os legalmente legitimados ajam e não se sintam inibidos a fazê-lo por eventuais ônus da sucumbência, a lei veda tal condenação, só a permitindo na hipótese já declinada. Com isso, além de assegurar a vontade de agir, que não quer inibir, a lei está dizendo àqueles que exercem atividades potencialmente danosas ao interesse público primário que o ônus de arcar com as despesas aqui cogitadas constitui risco da própria atividade.

Em outras palavras, quem exerce tais atividades fica ciente, segundo a lei, de que poderá arcar com aquelas despesas processuais, caso seja acionado com base na Lei da Ação Civil Pública, mesmo sendo improcedente a demanda.

Ademais, submeter o autor da ação civil pública à espada da sucumbência importa dificultar a defesa da coletividade, obstando, em última análise, a própria prestação jurisdicional que vai ordenar a tutela do interesse público primário ou a reparação do dano.”

Aliás, diga-se de passagem, a previsão legal ou por construção pretoriana de isenção do ônus da sucumbência não é novidade no direito brasileiro. Será que é desconhecido do apelante o teor

da Súmula nº 512 do colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido do não cabimento de honorários em mandado de segurança, sem embargo das inúmeras críticas a este respeito pela doutrina. Não é só, contudo, pois ainda há a regra de clareza meridiana insculpida no art. 5º, LXXIII, da *Lex Legum* com relação à ação popular.

Acerca do tema, a já caudalosa jurisprudência pátria aponta no sentido do acerto da direção tomada pela decisão profligada, porquanto as mais altas Cortes de Justiça já tiveram oportunidade de deixar registrado que:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AFORAMENTO PELO MP – SUCUMBÊNCIA – INADMISSIBILIDADE

Aplicação dos artigos 17 da Lei nº 7.347, de 1985, com a redação dada pelo art. 115 da Lei nº 8.078, de 1990, e 5º, inc. LXXIII, da CF, de 1988. É inaplicável o art. 20 do CPC para a ação civil pública, movida pelo MP, que for julgada improcedente, quando se não configura má-fé de parte do autor, por estar atuando em defesa dos direitos e interesses da própria coletividade. Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 594090748 – 1ª Câmara Cível – Santa Maria – TJRS – 13.09.94 – Rev. de Jur. Nº 168 – pág. 195).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MINISTÉRIO PÚBLICO

Só no caso de o órgão ministerial agir com comprovada má-fé, os ônus da sucumbência deverão ser carreados à Fazenda Pública. Lei nº 7.347, de 24.07.85, arts. 17, 18 e 19.” (STJ – Resp 26.140-9 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU de 11.12.95).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Processual Civil – Ação Civil Pública – Ministério Público – Legitimidade – honorários Advocatícios – Lei nº 7.347/85 (art. 17) – Lei nº 8.078/90 (art. 115).

1. — A legitimidade do Ministério Público para agir como autor da Ação Civil Pública é ponto luminoso no cenáculo constitucional das suas atividades, com expressa previsão, (arts. 127 e 129, III, CF – Lei Comp. 75/93, art. 6º e art. 5º, Lei nº 7.347/85). 2. — Existente fundamento razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como **custos legis**, não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da Ação Civil Pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant, c/c. o art. 115, Lei nº 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios. 3. — No caso, além do mais, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou clamado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ou que a ação é resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Tanto que a solução judicial dependeu de laboriosa prova técnica. 4. — A litigância de má-fé reclama convincente demonstração. 5. — Recurso provido.” (REsp. nº 28.715-9 – SP 92.0027289-4 – STJ – 1ª Turma – Rel. Min. Milton Luiz – d. em 31.08.94 – DJU de 10.10.93 – pág. 27.108).

De mais a mais, completamente infundada é a menção do apelante no tópico de nº 1.5 de suas razões recursais sobre aplicação dos arts. 17 e 18 do CPC, que versam sobre a litigância de má-fé, sendo, entretanto, pelo absurdo da hipótese e por ser o objeto do recurso restrito à verba de honorários, despidiendá qualquer digressão.

Em verdade, o que ocorreu, foi um caso de inadequação da via eleita que redundou na extinção do processo, sendo necessário deixar patenteado que em momento algum, ainda que de relance, o douto sentenciante fez qualquer menção à inviabilidade da matéria de mérito, tanto que as medidas judiciais cabíveis serão de logo adotadas para atender a pretensão ainda insatisfeita.

A já referida impropriedade da via utilizada, passou despercebida até mesmo pelo próprio recorrente, uma vez que incumbia

a ele alegar a ausência de qualquer das condições da ação por ocasião da contestação (art. 301, X), o que não foi feito.

A jurisprudência encartada, é bom que se frise, exime o Ministério Público de arcar com o ônus da sucumbência na hipótese de improcedência do pedido, ou seja, quando já há pronunciamento judicial contrário ao direito afirmado pelo autor na inicial, com muito mais razão, então, não terá lugar condenação em honorários de advogado quando se tratar de processo extinto sem julgamento de mérito, como no caso vertente.

Por fim, um último argumento deve ser lançado para afastar de urna vez por todas o desejo de reforma do decisório fustigado, é que o apelante pretende ver o próprio Ministério Público condenado ao pagamento dos honorários. Ora, tal pretensão é por todos os títulos sem qualquer propósito, pois como já teve oportunidade de deixar assentado o proficiente Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul CLÁUDIO BARROS SILVA³ o *“Ministério Público é uma instituição do Estado, seus órgãos são agentes políticos do Estado, quando atuam exercem parcela da soberania estatal, por esta razão não deve adiantar despesas, bem como pagar custas ou honorários advocatícios”*, uma vez que ***“mesmo que se pudesse admitir a sucumbência, esta deveria ser arcada pelo Estado e não pelo Ministério Público”***. (grifo nosso)

Por todo o exposto, pugna o órgão ministerial de 1ª instância, pelo improvimento da apelação interposta, com a consequente manutenção da decisão de origem.

Pacatuba, 16 de abril de 1998.

NOTAS:

¹ Artigo publicado na Revista JUSTITIA, abr/jun – 1996, pág. 56.

² Op. Cit., pág. 58.

³ In Os Efeitos da Sucumbência ao Ministério Público na Ação Civil Pública, pub. no Bol. de Informações Técnico Jurídicas do Ministério Público de Sergipe, outubro/95, pág. 21.

“O Juizado Especial Criminal não é competente para o processamento das infrações de trânsito: ‘lesão corporal na direção de veículo automotor’, ‘embriaguez ao volante’ e ‘participação em corrida não autorizada’, previstas respectivamente nos artigos 303, 306 e 308 do novo Código de Trânsito Brasileiro — Lei nº 9.503/97, embora o parágrafo único do Artigo 291 do citado diploma legal autorize a adoção da ‘composição civil dos danos’, da ‘transação penal’ e da ‘representação’.”

João Raimundo M. Guimarães
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Os fatos sob apreciação nos presentes autos se amoldam, em tese, à conduta típica prevista no Artigo 303 da Lei nº 9.503/97(Código de Trânsito Brasileiro), sob o *nomen iuris* “Lesão corporal na direção de veículo automotor”.

Os autos do inquérito policial foram, inicialmente, distribuídos à Vara Criminal Comum desta Comarca de Estância-SE.

No entanto, em decisão de fls. 41, o ilustre Magistrado titular daquele Juízo veio a declinar da competência, acompanhando parecer do nobre Representante do Ministério Público ali oficiante, sob o argumento de que na forma do Parágrafo Único do Artigo 291 da Lei nº 9.503/97 (novo Código de Trânsito Brasileiro), a competência para o delito em questão é deste Juizado Especial Criminal, para aqui remetendo, então, os autos.

Preliminarmente, para compreensão da matéria, necessário se faz analisar os limites da competência desse Juizado Especial Criminal, bem assim o alcance a que quis chegar o novo Código de Trânsito Brasileiro com respeito ao processamento do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

Com relação à competência do Juizado Especial Criminal, criado pela Lei nº 9.099/95, normatiza a mesma:

*“Artigo 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das **infrações de menor potencial ofensivo**” (grifamos);*

*“Artigo 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os **crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano**, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (grifamos).*

Extrai-se, portanto, que o citado diploma legal definiu claramente como sendo da competência do Juizado Especial Criminal o processamento das infrações de menor potencial ofensivo, vindo em seguida explicitar que infrações se enquadram neste conceito.

Definidos os limites da Competência do Juizado, na forma dos artigos acima citados, passemos, agora, a analisar especificamente a questão concreta relativa ao crime de “lesão corporal na direção de veículo automotor”, tipificado no artigo 303 do novo Código de Trânsito, cujas penas previstas são: **“detenção de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”** (grifamos).

À primeira vista, controvérsia não haveria, vez que a pena máxima cominada para o citado delito supera a um ano de detenção, pelo que estaria objetivamente fora da competência do Juizado Especial Criminal.

No entanto, a polêmica se instalou em face da previsão constante do Parágrafo Único do Artigo 291 do citado diploma legal, *verbis*: **“aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada o disposto nos Artigos 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”**.

Referidos artigos da citada Lei tratam respectivamente da “composição civil dos danos”, da “transação penal” e da “representação”, esta como condição de procedibilidade da ação penal.

Sobre a matéria, a doutrina predominante segue na direção de que o Juizado não é competente para o processamento dos ditos delitos de trânsito, isto simplesmente porque eles não se enquadram no conceito de infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do Artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95.

A propósito, a melhor interpretação que se tem dado ao citado dispositivo legal (Parágrafo único do artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro) é no sentido de que o que o legislador quis na realidade foi autorizar a adoção dos institutos processuais (composição civil, transação penal e representação) nos citados delitos, como forma de desafogar a pauta forense, agilizando a prestação jurisdicional, espelhando-se na excelente performance que vêm tendo os Juizados em todo o País, mas isto sem ampliar a competência destes.

Destarte, os referidos institutos devem ser aplicados pela própria Justiça Comum, em uma fase anterior (audiência preliminar) ao procedimento específico, na qual seria tentada a composição civil dos danos ou a transação penal, para, na hipótese de não se chegar a bom termo naquela oportunidade processual, só então proceder o Ministério Público na forma do Artigo 539 do Código de Processo Penal, dando início propriamente à ação penal pública condicionada, com o oferecimento da denúncia de forma escrita, obedecido o rito sumário previsto naquela norma processual.

Esse entendimento vem corroborado pelo fato de que se o legislador quisesse que o processamento de ditas infrações ficasse na competência do Juizado Especial Criminal teria também autorizado a adoção do procedimento sumaríssimo previsto no artigo 77 da Lei nº 9.099/95.

Todavia, assim não o fez, ficando claro que a "*ratio legis*" foi mesmo a de se aplicar os referidos institutos pela própria justiça comum criminal.

A propósito, outra não é a lição do festejado processualista JÚLIO FABRINNI MIRABETE, em artigo publicado no Boletim Criminal nº 61 —dezembro/97, sobre os crimes de trânsito especificados na novel lei:

*“De acordo com o artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro e o artigo 61 da lei nº 9.099/95, são considerados como infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes previstos naquele estatuto em que a pena máxima não seja superior a um ano, sendo portanto da competência dos Juizados Especiais aqueles previstos nos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312. **Em consequência, não estão na competência do Juizado, devendo ser objeto de processo perante o juízo comum, os crimes de homicídio culposo (art. 302), de lesão corporal culposa (art. 303), de embriaguez ao volante (art. 306) e de participação de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada (art. 308), pois em todos a pena máxima é superior a um ano.** Entretanto, há disposição expressa que aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, aplica-se o disposto nos artigos 74, 76 e 88 da lei nº 9.099/95. Assim, mesmo perante o Juízo comum, deve ser dada a oportunidade para se tentar a conciliação, com composição dos danos e a transação, com a aceitação da proposta da aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”* (grifamos).

Com essa mesma linha de pensamento, o I Encontro de Coordenadores e Juízes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, realizado no Rio de Janeiro(RJ), em seu ENUNCIADO nº 19 definiu: **“Não compete ao Juizado Especial Criminal o julgamento dos crimes previstos nos arts. 302, 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro”** (grifamos) (Publ. Diário Oficial do Rio de Janeiro — Poder Judiciário — Seção 1 — Estadual — Parte III — dia 16.06.98).

Assim sendo, por todo o exposto, manifesta-se este Órgão Ministerial no sentido da não competência desse Juizado Especial Criminal para o processamento do crime de trânsito de Lesão Corporal na Direção de Veículo Automotor, pelo que, assim também

entendendo Vossa Excelência, os autos devem retornar àquele Juízo ou, para dirimir a controvérsia, suscitar-se o Conflito Negativo de Competência.

Estância (SE), 09 de fevereiro de 1999.

Na inexecução do contrato administrativo a responsabilidade civil surge como uma de suas primeiras consequências, pois toda vez que o descumprimento do ajustado causar prejuízo à outra parte, o inadimplente fica obrigado a indenizá-la. Essa é a regra, só excepcionada pela ocorrência de causa justificadora da inexecução, porquanto o fundamento normal da responsabilidade civil é a culpa, em sentido amplo. A responsabilidade civil decorrente do contrato administrativo se rege pelas normas pertinentes do direito privado, observado o que as partes pactuaram para o caso de inexecução e atendidas previamente as especificidades do direito administrativo no que concerne ao objeto do ajuste, cuja contratação tem regência própria em cada entidade estatal. É independente de qualquer outra e abrange não só as efetivas perdas e danos (lucro cessante e dano emergente). Nela podem incidir tanto o particular contratado como a própria Administração. Comodato ou contrato de empréstimo é também instituto típico do Direito Privado, conceituado nos arts. 1.248 e ss. do CC como a entrega de coisas não fungíveis para uso gratuito. No Direito Administrativo esse instituto encontra o seu sucedâneo na concessão de uso não remunerada, regida pelo Direito Público e com as características próprias dos contratos administrativos. Por isso, a Administração Pública não deve utilizar-se do comodato quando dispõe, para o mesmo fim, da concessão gratuita de uso. Os contratos administrativos e, também, no que couber, os predominantemente regidos pelo Direito Privado obedecem, necessariamente, a formalidades para seu travamento. Desde logo, têm que ser precedidos de licitação, salvo nos casos de inexigibilidade ou dispensa. A extinção unilateral do contrato pela Administração só poderá ocorrer nos casos previstos em lei, e deverá ser motivada e precedida de ampla defesa, e se as razões fundadas forem de interesse público, sem falta do contratado,

caso em que este fará jus a indenização pelos prejuízos comprovados que houver sofrido. Por outro lado, o ato administrativo é válido quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Entre os atributos dos atos administrativos salienta-se o da presunção de legitimidade, porém dita presunção só existe até serem questionados em juízo. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria infúquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé.

Josenias França do Nascimento
PROMOTOR DE JUSTIÇA

O Postulante JOÃO BOSCO DA SILVA, movimenta a jurisdição e propõe uma AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS (ação principal), em face da MUNICIPALIDADE DA ESTÂNCIA, deduzindo pretensão no sentido de responsabilizar civilmente o Município da Estância pela ruptura unilateral de um contrato de comodato que celebrara com o mesmo em data de 14 de outubro de 1996, causando-lhe prejuízos materiais e morais, razão porque deseja alcançar provimento judicial que a condene a pagar a título de indenização no valor de R\$ 52.168,15 (cinquenta e dois mil, cento e sessenta e oito reais e quinze centavos), correspondente ao dano material sofrido e o lucro cessante, sem prejuízo da indenização por arbitramento judicial do dano moral que diz ter sofrido em decorrência da resolução do referido contrato.

O Município da Estância citado contestou o mérito das verbas indenizatórias pedidas pelo autor JOÃO BOSCO DA SILVA, alegando serem indevidas porque a obra de construção do quiosque demolido estava inacabada, e se não bastasse, também estava irregular, uma vez que o alvará de construção fornecido pela Municipalidade da Estância, se encontrava com o prazo de término daquela prescrito, além de não estar funcionando, já que imprestável para o uso da comercialização de produtos porque abandonado sem qualquer revestimento de maquinário que demonstrasse estar em plena funcionalidade, e por fim sem o HABITE-SE, documento obrigatório para que qualquer construção venha a ser habitada, segundo exigência da Lei Municipal nº 178, de 14/11/1963 (Código de Obras), em seu art. 245 e parágrafos. Acrescentou, ainda, afora a irregularidade da construção, o contrato de comodato celebrado pelo Município da Estância com o autor da ação padece do vício de nulidade por ferir dispositivo da Lei Orgânica Municipal que proíbe a concessão de uso de qualquer fração dos parques, jardins ou largos públicos, ressalvando a permissão a título precário de pequenos espaços destinados à venda de jornais, revistas, lanches e refrigerantes. Todavia, mesmo que se tratasse de permissão de uso a título precário, para sua validade, necessária a precedência de licitação (Lei nº 8.666/93, art. 2º). Como o administrador municipal a época agira ao arrepio da lei, praticando improbidade administrativa, nulificou o contrato, já que em sendo a permissão e a concessão de uso, com prévia licitação, ato vinculado, então nenhuma consequência indenizatória advirá para a Municipalidade, já que o contrato estabelecedor da relação jurídica nenhuma eficácia jurídica possui em razão do vício de utilidade que nele se encarta. Justificou os motivos que condicionaram a ação demolitória, declarando que o administrador municipal autor da rescisão unilateral do contrato assim agira, atendendo os reclamos da população do bairro que temia pelo mau uso daquela fração ideal emprestada ao particular, então passara a usar o espaço então emprestado para satisfação dos interesses e fins públicos, nele construindo uma praça com nova iluminação, um obelisco e um jardim suspenso para deleite da sociedade civil estanciana.

Suscitou, ainda, preliminarmente, falta de pressuposto de desenvolvimento válido e de existência do processo, uma vez que o autor busca a responsabilidade civil do Município com base na chamada culpa extracontratual ou aquiliana, tendo por fundamento o art. 159 do Código Civil, ao invés de pautar-se na culpa contratual. Argüiu, também, a impossibilidade de acumulação de ressarcimento de dano material com o do dano moral, em se tratando de discussão de culpa contratual por inexecução de avença, e, ainda, a nulidade processual pela falta do pedido do Autor para a intimação do Representante do Ministério Público para acompanhar o feito. Pelas preliminares suscitadas, requereu a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, IV do Digesto Processual Civil.

Com a contestação, o Município da Estância entendendo que no curso do processo se tornou litigiosa a relação jurídica (a validade e eficácia do contrato de comodato) de cuja existência ou inexistência dependerá o julgamento da lide principal, propôs ação declaratória incidental pura negativa com o objetivo de fazer com que a questão prejudicial de mérito, a ser apreciada *incidenter tantum* pelo Magistrado, possa ser abrangida pela coisa julgada, no julgamento que se fará na mesma sentença de ambas as ações, a semelhança do que se exige para a reconvenção (CPC, art. 318).

Em resposta à ação declaratória incidental interposta pelo Município da Estância, disse o contestante JOÃO BOSCO DA SILVA, que milita em seu favor a presunção de legitimidade do ato administrativo emanado pelo Poder Público Municipal, logo não seria o postulado que haveria de questionar a idoneidade do contrato de comodato, uma vez que fora o próprio Município que preparou o instrumento de contrato ora dito como padecente de nulidade. Partindo da presunção de que o ato administrativo tenha legitimidade, alega o demandado de que não poderá se sujeitar ao prejuízo causado por nulidade que porventura advier ao contrato. Acrescenta, que na qualidade de particular, em momento algum supôs sobre a possibilidade de estar indo de encontro ao ordenamento jurídico, uma vez que presumiu a legitimidade daquele ato, e com base na doutrina da aparência, este na qualidade de administrado passou a

confiar na legitimidade do ato praticado pela Administração Pública Municipal. Argumenta quanto ao fato da suposta violação da Carta Federal e da Lei Orgânica Municipal, que o ordenamento jurídico nacional proíbe em alguns casos a utilização de bens públicos pela administração, porém abre exceção para admitir o seu uso na modalidade de permissão, como no caso vertente, quando se trata do uso de forma gratuita de parcela de bem público, então torna-se um absurdo o argumento do autor fundado na impossibilidade jurídica do objeto do contrato. Quanto ao tocante a inexistência de licitação prévia, vê-se que a legislação federal pertinente à matéria, admite casos em que poderá ocorrer sua dispensa, como o é o do tema ora em discussão. No que se refere a descaracterização da natureza do contrato de comodato, parece ao contestante que o argumento do Município não procede, porque o objeto do contrato que se quer afirmar nulo fora parcela de um terreno em uma praça, e não a construção nele erguida. Aduziu, ainda, que o negócio celebrado não trouxe ameaça ao direito do administrado e tão pouco ao patrimônio público, por isso deverá ser reconhecido como válido. Em seguida perguntou a razão do controle tardio feito pela Municipalidade em face do contrato objeto da demanda. Por que se estaria dando um tratamento diferenciado ao contestante, quando existem outros administrados em idêntica situação? Ademais, acrescentou, que houve um abuso no exercício do poder de polícia, já que não se poderia olvidar para sua ação um procedimento administrativo com ampla defesa para o administrado contratante, e isso não fora observado, logo a ação do Administrador reveste-se da arbitrariedade. Por fim pediu a improcedência da incidental, pugnando pelo deferimento do pedido de indenização como fora formulado na ação principal.

O Município da Estância replicando a contestação do administrado contratante, disse em versos que o Administrador Municipal da época dera em comodato um quiosque que sequer existia, logo não existindo o objeto do contrato, este não poderia se estabelecer, então passível seria de nulidade, para não dizer cuidar-se de um ato inexistente. Contraria a presunção de legitimidade que alegou o contestante em seu benefício, pois que tal presunção é de natureza

relativa, somente subsistindo até prova em contrário, e se não bastasse sua relatividade, afirmou que não há presunção que possa valer ato nulo violador da “virgindade da lei”; vingar como contrato válido e idôneo. Ademais, o que deve prevalecer no ato administrativo vinculado, não é a vontade do agente político, mas o ordenamento da lei. Disse, ainda, que a doutrina da aparência não poderá socorrer ao requerido, pois o contrato atacado fora assinado ainda sem objeto em existência, então pergunta-se onde se encontra a aparência de validade naquilo que inexistente? Alega não assistir razão ao contestante quando se diz acobertado pela exceção a regra da exigência do meio licitatório, que é a dispensa, uma vez que dos casos elencados nos arts. 24 e 25 do diploma de licitação, não se enquadra o caso subjudice, e como exceção não se presume, ela decorre da lei, logo se conclui que a dispensa alegada pelo réu não passa de fantasia. Disse, ainda, que a ninguém é dado o poder de a lei desconhecer, e assim é, não poderá o requerido argüir em sua defesa que “em momento algum supôs a possibilidade de estar indo de encontro ao ordenamento jurídico.” Quanto ao contrato de comodato firmado diz estar aquele descaracterizado, já que é de sua natureza jurídica ser gratuito, e como no caso é alegada uma contraprestatividade, logo comodato não é. Negou a perseguição alegada pelo requerido, já que obra ilegal e inacabada em praça pública, era cabível sua demolição. Como a permissão do uso do bem público fora condicionada, não havendo nenhuma norma legal que a sustente, então torna-se inexistente a tal permissão de uso de bem público. Quanto ao argumento de tratamento diferenciado aplicado ao administrado demandado, este é improcedente, pois os quiosques cujas fotos acostara, foram todos construídos pela Municipalidade, não possuindo nenhum deles contrato de comodato. Por fim, termina a réplica versada, reiterando a peça vestibular incidente em todos os seus termos, pugnando pela decretação da nulidade do contrato de comodato.

Eminente Magistrado, o órgão do Ministério Público após haver apreciado as razões das partes envolvidas na demanda, vem oferecer o seu parecer a respeito da matéria em discussão, dizendo que se faz necessário distinguir qual a modalidade do negócio

jurídico realizado pela Administração Pública Municipal e o particular administrado dentro da abrangência do Direito Administrativo, para que se possa concluir se o ato administrativo é inexistente, nulo ou anulável, e se sua invalidação acarretará o dever de indenizar por parte da Municipalidade da Estância.

Ressalte-se, por ser oportuno, que não se admite a Ação Declaratória Incidental para anular-se negócio jurídico, porque se trata de pretensão desconstitutiva e não meramente declaratória. No caso sub judice, se busca um provimento que venha declarar a nulidade do contrato de comodato firmado pela Administração Pública Municipal e o Administrado particular, porém jamais se cogitará de anulatória do negócio jurídico.

A Municipalidade da Estância alega que o ato administrativo praticado pelo administrador municipal à época da celebração do contrato de comodato com o particular administrado sofre do vício de nulidade, e qualifica a relação jurídica que liga o administrado e o Município como controvertida, razão porque dada a incerteza de validade do contrato busca através da declaratória incidental um provimento judicial que venha dirimir a controvérsia.

O Contrato de Comodato é de natureza benéfica posto que gratuito, logo onera somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem, sem qualquer contraprestação. Sua validade e eficácia depende de determinação de seu objeto, que deverá ser certo ou pelo menos determinável.

No caso em apreço, ressaí da documentação acostada aos autos que a Municipalidade da Estância não construíra o quiosque objeto da avença do empréstimo, este dera a concessão de uso de parcela de uma praça pública para que o demandado JOÃO BOSCO DA SILVA, naquele espaço constrísse o seu quiosque de alvenaria, e antes mesmo que tivesse concluído firmara um contrato de comodato com o administrado como se a construção fosse feita pelo Município. Ora, o requisito objetivo do comodato é que só podem ser dados em comodato bens infungíveis e inconsumíveis, móveis ou imóveis, que deverão ser entregues ao comodatário, que os receberá como se encontram, sem que exista para o comodante qualquer dever de repará-los. Como o próprio autor da

demanda indenizatória afirmou em sua exordial, o Município ceder em empréstimo um quiosque inexistente por ocasião da celebração da avença, e que aquele é que deveria construí-lo. Nessa ordem de idéias, tomando como premissa a confissão do comodatário na peça vestibular, o contrato de comodato já nascera nulo por faltar-lhe o objeto, ou seja inexistia o quiosque, este ainda estava sendo construído por aquele. **Em sendo assim, para que fosse válido o contrato, seria necessário a presença do requisito objetivo, a existência do bem imóvel quiosque, e como este não existia ao tempo da celebração do pacto, nulo nascera o contrato, e por via de consequência aquele é inválido e ineficaz.**

Em verdade o Administrador Municipal atribuiu à pessoa do demandado JOÃO BOSCO DA SILVA, por um título individual, a fruição de parcela de solo urbano municipal com exclusividade, nas condições que convencionou naquilo que chamou de contrato de comodato. Certo é que, aqui já não se pode falar da existência de um contrato, mas sim de ato unilateral do administrador que concedeu o uso especial do bem público, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade e do próprio poder público. Ora, atualmente, em se tratando de forma de uso especial de bem público, sua concessão depende de previsão expressa nas Constituições Municipais. E se assim o é, logo o ato administrativo concessor é de natureza vinculada e não discricionária como se apresenta no caso subjudice.

As formas administrativas para o uso especial de bem público por particulares variam desde a simples e unilateral autorização de uso e permissão de uso até os formais contratos de concessão de uso e de concessão de uso como direito real resolúvel, além da imprópria e obsoleta adoção dos institutos civis do comodato, da locação e da enfiteuse.

A forma administrativa que o Município da Estância utilizou para a concessão do uso especial do bem público ao demandado JOÃO BOSCO DA SILVA, foi o ato negocial da permissão de uso, em que pese a forma escolhida para exteriorizá-lo fosse o emprego do comodato do Direito Privado. Em sendo este um contrato de Direito Privado, manifesta-se inadequado para os negócios públicos entre a Administração e os administrados, nos quais prevalece,

sempre, o interesse da coletividade sobre o do particular, exigindo, assim, a supremacia do Estado para as alterações e rescisões unilaterais do ajuste, quando impostas pelo interesse público.

Como a concessão de uso especial de bem público depende de previsão expressa na Constituição do Município, constata-se na Lei Orgânica do Município da Estância, em seu art. 127, § 1º que *"a concessão administrativa dos bens públicos de uso especial e dominiais far-se-á mediante contrato precedido de autorização legislativa, dispensada a licitação, por lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidades assistenciais, ou houver interesse público relevante, devidamente justificado."*

Outrossim, registre-se que a concessão de uso fora de uma parcela de solo urbano municipal de uma praça, o que foi de encontro ao dispositivo contido no art. 129 da LOM, que veda *"a doação, venda ou concessão de uso de qualquer fração dos parques, praças, jardins ou largos públicos, salvo a permissão a título precário de pequenos espaços destinados à venda de jornais, revistas, lanches e refrigerantes."* Todavia a exceção contida no final do dispositivo, que cuida da permissão de pequenos espaços, se encontra vinculada a prévia autorização legislativa de maioria absoluta, e a forma administrativa utilizada seria o decreto, onde ficaria estabelecida as condições de outorga e direitos dos partícipes, é o que se deduz do contido no art. 127, § 3º, da LOM: *"A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita a título precário, com prévia autorização legislativa da maioria absoluta, por decreto, que estabelecerá as condições da outorga e direitos dos partícipes"*.

Registre-se, que nos casos em que é admitida a permissão de uso pela LOM, esta se apresenta como um meio-termo entre a informal autorização e a contratual concessão, pois é menos precária que aquela, sem atingir a estabilidade desta. Em conclusão verifica-se que a permissão de uso especial de bem público, como ato precário e trivial de administração, normalmente é outorgada pelo prefeito independentemente de lei autorizativa e de licitação, mas a lei orgânica do Município pode impor requisitos e condições para sua formalização e revogação, caso em que o Executivo deverá atender às normas pertinentes.

Segundo lição do juspublicista Hely Lopes Meirelles, em sua obra DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, pág. 236, tratando dos Bens Municipais, a permissão como ato negocial *“pode ser com ou sem condições, gratuita ou remunerada, por tempo certo ou indeterminado, conforme o estabelecido no termo de outorga, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se a outorga da permissão dispuser em contrário, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato da revogação deve ser idêntico ao da outorga e nas condições nela previstas”*.

No caso vertente ocorrera a extinção unilateral do contrato administrativo, ou seja a Prefeitura Municipal da Estância por ato próprio e unilateral, alegando como motivação o interesse público e culpa do contratado que deixou prescrever o prazo da licença de construção do quiosque sem completar a obra, pôs termo à execução do ajuste e assume o seu objeto, independentemente de ordem ou decisão judicial, já que é uma de suas prerrogativas nos contratos tipicamente administrativos.

Gize-se que, em qualquer dos casos, com aferição de culpa ou não do contratado, exigia-se que o Município instaurasse procedimento regular com oportunidade de defesa e justa causa, pois a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos ensejadores desse excepcional distrato.

O conteúdo dos autos e o relato dos fatos são demonstradores de que assim não agira o Administrador Municipal, pelo contrário preferiu caminhar pelo caminho da arbitrariedade, pois que não fez acostar aos autos termo rescisório contendo os motivos justificadores da resolução da permissão.

A construção do quiosque após o vencimento do prazo da licença de construção tornou-se clandestina, podendo ser embargada e demolida, porque no caso o particular contratado estaria incidindo em manifesto ilícito administrativo. Mas esse embargo e conseqüente demolição não dispensava o respectivo pro-

cesso administrativo, com audiência do interessado e oportuna lavratura do ato pertinente, e a oportunidade de defesa deve ser concedida a todo particular, sempre que acusado de infração penal ou administrativa, que o conduza a qualquer punição. Preciso que se lembre aqui, que a discricionariedade do poder de polícia não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites da lei; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido: nulo, portanto.

A Administração Pública Municipal alegou como motivo de invalidação do ato administrativo negocial praticado pelo Administrador, a ilegitimidade daquele e por via de consequência da relação jurídica por ele gerada, que se teria de eliminar. No presente caso, a invalidação refere-se a ato ineficaz, logo tem por objeto o próprio ato. Seu efeito consiste em fulminar *ab initio*, portanto, retroativamente, o ato viciado e seus efeitos. Vale dizer: a anulação opera *ex tunc*, desde então. Ela fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem.

São nulos: a) os atos que a lei assim os declare; b) os atos que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior. Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa. Então nessa ordem de idéia, o contrato de comodato que se apresenta nos autos, posto que a lei orgânica municipal assim o declara, e não somente por isso, também por lhe faltar conteúdo.

Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não deveriam ser produzidos. Por isso não deveriam produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que produzem efeitos jurídicos. Podem produzi-los, até mesmo, *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém o impugnar.

Em verdade, como bem disse o Prof. Celso Bandeira de Melo, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, cit. pág. 342, 11ª edi-

ção: “É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria de anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé.” Continua aquele Professor com sua lição: “Além disto, se o ato nulo ou anulável produziu relação jurídica da qual resultaram prestações do administrado (pense-se em certos casos de permissão de uso de bem público ou de prestação de serviço público) e o administrado não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, a invalidação do ato não pode resultar em locupletamento da Administração à custa do administrado e causar-lhe um dano injusto em relação a efeitos patrimoniais passados”.

Com efeito, no caso sub judice, se o ato administrativo era inválido, como em verdade o é, isto significa que a Administração Municipal, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. “Assim, ao invalidar o ato, estará *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, a custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Esse mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou — como, de resto, teria de confiar”. Tal excerto decorre também de lição do eminente Professor Celso Antônio Bandeira de Melo.

Aliás, a solução que se vem de apontar nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, no qual o princípio da responsabilidade do Estado está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger

tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos ilícitos (como o seria a correta fulminação de atos inválidos).

Na inexecução do contrato administrativo a responsabilidade civil surge como uma de suas primeiras conseqüências, pois toda vez que o descumprimento do ajustado causar prejuízo à outra parte, o inadimplente fica obrigado a indenizá-la. Essa é a regra, só excepcionada pela ocorrência de causa justificadora da inexecução, porquanto o fundamento normal da responsabilidade civil é a culpa, em sentido amplo. Nesse diapasão não assiste a Municipalidade quando suscita preliminarmente falta de desenvolvimento válido do processo, porque o Autor estaria demandando indenização com base na culpa aquiliana, quando na verdade aquele fundamenta seu pedido no descumprimento do ajustado no contrato de comodato firmado com a Administração Municipal, tendo como fundamento a culpa em seu sentido amplo.

Por outro lado, a não intervenção do órgão do Ministério Público na causa presente que é de interesse público, ensejaria nulidade de todo processo, todavia com a intimação deste órgão pelo Magistrado a nulidade resultou sanada.

Finalmente, conclui o representante do Ministério Público pela procedência da ação incidental de conteúdo negativo para que se declare a nulidade do ato administrativo materializado no contrato de comodato pelas razões que expôs acima, todavia quanto aos efeitos da invalidação do ato, há de se considerar como nulo também o ato arbitrário da Municipalidade quando agira sob o manto do poder de polícia, sem que possibilitasse o mínimo de defesa ao administrado contratado, em um procedimento administrativo exigido pela lei, em razão disso e do ato ser nulo, não se poderá fugir ao controle judicial a boa-fé do administrado particular quando ajustou a avença, e nesse aspecto deverá ser provada, mediante instrução probatória, e em sendo afinal provada sua boa-fé, que se mande o Município da Estância indenizar as despesas resultantes da atividade dispendiosa da construção (material empregado e a mão-de-obra), já que indevidas são as verbas relativas a perdas e danos conforme foi por aquele requerido (dano emergente e lucro cessante) e mais a verba do dano moral que diz ter sofrido, face à

invalidação que infirma o ato de eficácia quanto os efeitos produzidos por aquela relação jurídica dele decorrente.

É o parecer do órgão do Ministério Público, s. m. j.

Estância, 04 de Maio de 1999.

*“Quem é fiel nas pequenas coisas
também é fiel nas grandes”*

(Evangelho de Lucas – 16,10)

*“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”
(Ninguém pode alegar sua própria torpeza em seu
benefício).*

Alonso Gomes Campos Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA

1. Este Promotor de Justiça já arrazoou diversos recursos e contra-arrazoou tantos outros, mas nunca o fez nessas condições: constringido.

1.1 Constringido porque as razões e motivos nele lançados, além de infundados, eram de total conhecimento do Ministério Público, da defesa e da meritíssima juíza. Aliás, os motivos foram dados pelos próprios recorrentes, conforme petição de fls. 228.

1.2 Agora, vêm os apelantes alegar sua própria torpeza em seus benefícios.

2. Mas, reportemo-nos aos fatos.

3. Para os dias 07, 11 e 14 do mês de agosto do corrente ano foram marcados os julgamentos de Alex Santos Moura e José Teles de Araújo, posto que na madrugada do dia 25 de dezembro de 1996 apresentaram a sociedade sergipana com diversos crimes: os homicídios de Luciano Santos Santa Bárbara (proc. nº 972100021-3), Sérgio Franco de Deus (proc. nº 972100020-6), Carlos Alberto Santos e Roseane de Santana Santos (proc. nº 972100030-2), além de, na mesma noite, terem cometido roubos, estupros e outro homicídio em São Cristóvão; mas estes últimos fatos não vieram a julgamento na 10ª Vara Criminal (docs. 01 e 02).

3.1 Em razão de no dia 11 ser comemorado o dia do Magistrado, o julgamento que estava marcado para aquele dia fora transferido para o dia 25 de setembro (ver fls. 218, verso).

3.2 Vendo isso, o Ministério Público e a defesa fizeram um requerimento à Juíza titular da Vara, onde pediram que o julgamento que tivera sido adiado, fosse marcado para o dia 14 de agosto, uma vez que naquela mesma data seria (como o foi) realizado o julgamento dos mesmos réus, cujos autos tratavam da causa intimamente ligada com aquela outra (ver fls. 228). Aliás, ainda hoje este signatário não entende porque os hediondos fatos criminosos cometidos pelos apelantes, de forma continuada, foram objeto de ações penais distintas, quando o certo seria a reunião em um mesmo processo, em razão da conexão.

3.3 Assim foi feito. A magistrada, às fls. 229, marcou o julgamento para o dia apontado no requerimento. Observe-se, por ser de muita importância que, ao deferir o pleito, ela o fez com suporte no artigo 463 do Código de Processo Penal, cujo dispositivo, embora não indicado na petição de fls. 228, foi mencionado em conversa com a magistrada quando Ministério Público e Defensoria Pública explanaram que julgamento naquelas condições tinha previsão legal, era econômico para o Estado, ganhava-se tempo, etc.

4. Mas, o que diz esse dispositivo?

4.1 O artigo 463 diz que *“o mesmo conselho poderá conhecer de mais de um processo na mesma sessão de julgamento, se as partes o aceitarem; mas prestará cada vez novo compromisso”*.

4.2 Antes de formalizar o requerimento de fls. 228, este Promotor de Justiça e o Defensor Público João Emílio Santa Rita Dantas, defensor dos réus em todos os processos, desde a apresentação da defesa prévia até o julgamento pelo Tribunal do Júri, conversaram com a Magistrada e a colocaram ciente dos motivos do requerimento, qual seja o julgamento dos réus pelo mesmo conselho que apreciasse a causa que estava com julgamento já marcado para aquele dia.

4.3 E por que isso? Porque os fatos são intimamente ligados e, os réus, ao serem interrogados, ao relatar o fato objeto de determinado processo, sempre faziam um relato de tudo o que tinham feito naquela noite.

4.4 Percebendo isso, Ministério Público e defesa entenderam que os jurados, julgando processos distintos, mas que trata-

vam de questões com estreita ligação, teriam condições de fazer melhor juízo de valor.

4.5 Agora, vem outra Defensora Pública, a qual atuou conjuntamente com o Defensor autor do requerimento, a dizer exatamente o contrário: que o julgamento pelo mesmo conselho prejudicou o exercício da imparcialidade dos juízes populares.

4.6 Cabe, em vista disso, as indagações: a defesa não é una? A Defensoria Pública não é norteadada pelos princípios da unidade e indivisibilidade (artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 15/94)? Os dois defensores que atuaram nos três julgamentos estavam, a exemplo dos jurados, incomunicáveis, e não conversaram sobre aquela nulidade? Se tivesse havido comunicação entre os dois, talvez o Dr. João Emílio Dantas tivesse dito à signatária do recurso, Dra. Emília Costa, que tinha sido a própria Defensoria Pública que requereu que o julgamento se desse daquela forma.

5. Finalmente, pode ou não o mesmo Conselho conhecer de mais de um processo na mesma sessão de julgamento? Pode, sim, pois o artigo 463 assim o diz.

5.1. Outra indagação: sendo afirmativa a pergunta anterior, pode o Conselho conhecer de processo envolvendo réu em outro processo já julgado por esse Conselho? Pode, pois o citado dispositivo não faz nenhuma restrição. A não ser que um dos jurados tenha feito parte de Conselho que tenha julgado o mesmo processo anteriormente e, na oportunidade, venha a julgamento novamente, por ter sido anulado o julgamento anterior, pois iria de encontro ao artigo 607, parágrafo 3º, que diz que *“no novo julgamento não servirão jurados que tenham tomado parte no primeiro”*, reforçado pela súmula 206 do STF (*“é nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo”*).

5.2 A jurisprudência também autoriza tal entendimento. A esse respeito, veja-se a apelação nº 114.089, do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicada na RT 444/315, cujo acórdão ora é juntado (doc. 03).

6. Não bastasse isso, observa-se que os apelantes não se insurgiram contra a decisão no momento oportuno, que seria quan-

do a magistrada anunciou que usaria o mesmo conselho para os dois julgamentos. E isso ela já fez quando foram sorteados para o primeiro julgamento, repetindo-o quando da exortação para o segundo julgamento. Ou seja, a nobre Defensora Pública não teve apenas uma, mas teve duas oportunidades para indignar-se. Não o fazendo oportunamente, houve preclusão, nos termos dos artigos 571, Ve VIII e 572, I e III, combinados com o 447, todos do Código de Processo Penal.

6.1 Se nulidade houvesse, o que não é o caso dos autos, aceito o vício pelos recorrentes, aos quais interessaria a formalidade, expressamente ou por continuar a intervir no processo sem importar-se com o fato, sem nenhuma reclamação oportuna, é o vício sanado.

6.2 Dessa forma, o momento adequado para a defesa insurgir-se contra a decisão da juíza seria quando ela anunciou (em duas oportunidades) que o conselho julgaria também este processo (ver ata da sessão, às fls. 245). Enfim, por que não o fez naquela ocasião? Para “não abrir o jogo”, ou para não ouvir que a “nulidade” alegada fora formalmente causada por ela mesma? Registre-se, que, na forma do artigo 463 *in fine*, os jurados prestaram novo compromisso (fls. 234 e 245).

7. Embora o recurso de apelação tivesse por fundamento apenas a alínea “a” do artigo 593, III, do CPP, que é o caso da nulidade posterior à pronúncia, em suas razões os apelantes argumentam também que a decisão foi manifestamente contrária a prova dos autos.

7.1 Nesse aspecto, o recurso também não deve prosperar, uma vez que os jurados optaram por a versão dos fatos apresentada pela acusação, que era a mais segura. E isso não é motivo para anulação do julgamento. Aliás, em todos os três julgamentos os jurados preferiram acreditar nas argumentações do Ministério Público (ver docs. 04 e 05).

8. Por fim, verifica-se que a jurisprudência colacionada pelos apelantes não serve para o caso dos autos, pois é pertinente às hipóteses de novo julgamento do réu, quando julgamento anterior (do mesmo processo) tiver sido anulado.

9. Pelo exposto, requer o Ministério Público que o recurso seja julgado improcedente.

Aracaju, 04 de setembro de 1998.

“É abusiva, e portanto nula de pleno direito, a cláusula constante do contrato de seguro que estabelece que a indenização, na ocorrência de sinistro, é devida pelo valor de mercado do bem e não pelo valor contratado, que serviu de base ao pagamento do Prêmio”, por não condizer com a boa-fé e eqüidade (CDC, 51, IV).

João Raimundo M. Guimarães
PROMOTOR DE JUSTIÇA

O Reclamante RUY SANTOS GUIMARÃES, qualificado nos autos, movimentou a Jurisdição, ajuizando ação em face da BRASIL VEÍCULOS CIA. DE SEGUROS (SUL AMÉRICA), alegando que contratou com a mesma seguro automóvel, relativo ao veículo VW/ Saveiro, HZD-7799, ano 94, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme Apólice de Seguro nº 104997-4, de 22-01-98.

Disse, ainda, que o veículo segurado veio a ser sinistrado em 17-09-98, tendo ocorrido perda total.

No entanto, ao procurar a Reclamada para receber o valor do seguro, a mesma só lhe pagou a importância de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), sob o argumento de ser esse o valor da avaliação do bem sinistrado.

Diante disso, pediu que a reclamada fosse condenada a efetuar o pagamento do saldo restante do valor segurado, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

A reclamada, em peça contestatória, alegou, em síntese, em sede de preliminar carência de ação sob o argumento de que já havia quitado a obrigação, e no mérito fundamentou sua defesa na cláusula que autoriza a indenização dos danos pelo valor médio de mercado do bem sinistrado e não pelo valor efetivamente contratado.

Com esse breve relato, passamos a opinar.

SOBRE A PRELIMINAR

Deve ser rejeitada vez que a alegação de carência de ação não tem sustentáculo jurídico, na medida em que estão presentes todas as condições da Ação, como a legitimidade das partes (Segurado e Seguradora), possibilidade jurídica do pedido (pleiteia-se complementação da indenização) e o interesse processual, que se apresenta na necessidade de buscar seu direito pela via judicial.

NO MÉRITO

A “*vexata quaestio*” repousa na controvérsia acerca da validade ou não da cláusula contida às fls. 29 do “Manual do Segurado”, que corresponde às 49 dos autos, que reza: “*caso a seguradora venha a optar pelo pagamento em espécie, a indenização ficará limitada ao valor médio de mercado do veículo segurado, que em hipótese alguma poderá ser superior ao limite máximo de indenização na data da referida liquidação*”.

Pois bem, inicialmente, há de se ter que o contrato que rege as relações entre Seguradora e Segurado é daqueles que se enquadram no CDC, vez que se trata de prestação de serviço, na forma do § 2º do Artigo 3º do referido Diploma Legal, “*verbis*”: “***Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo o decorrente das relações de caráter trabalhista***” (grifamos).

É evidente, também, que o contrato de seguro é classificado na modalidade de adesão.

Pois bem, um dos princípios reitores da relação de consumo é o da informação, no sentido de que o fornecedor deve dar ao consumidor todas as informações do produto ou serviço, tais como condições de pagamento, preço, quantidade, características, etc. (CDC, artigo 6º, III).

No caso sub judice, no momento da contratação, não é passada ao consumidor o conteúdo da referida cláusula restritiva, que autoriza a Seguradora a indenizar o bem pelo valor de mercado,

ao invés de ser pelo preço do seguro contratado, sobre o qual foi pago o prêmio.

Na verdade, o Segurado só veio ter conhecimento da citada restrição em momento futuro ao da contratação (cerca de 40 dias após), quando recebeu uma via da Apólice e o “Manual do Segurado”, no qual consta a cláusula restritiva” imposta unilateralmente pelo fornecedor, por ser o contrato, como vimos, de adesão.

E tem mais, na mesma esteira, vem em socorro o Artigo 46 do mesmo Diploma Legal, “*verbis*”: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem recebidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Vejamos como é clara a interpretação dessa norma, na autoridade dos que foram autores do Anteprojeto do Código Consumista, ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros: “Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever do fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão” (art. 5º, § 4º, CDC) (obra citada: Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto — pg. 384/385, Ed. Forense Universitária).

Ora, como se sabe, no contrato de seguro de veículo automotor, a Seguradora, através de seus prepostos/corretores, é responsável pela avaliação do bem a ser segurado, informando ao consumidor o valor contratado para efeito de futura indenização, na hipótese de sinistro.

Pois bem, ocorrido o sinistro, vem ela, Seguradora, e tenta impor ao segurado uma cláusula da qual não tomou conhecimen-

to, pois, se tomasse, certamente não aceitaria pagar um prêmio pelo valor constante da avaliação e na hora de reembolsar-se, em caso de sinistro, ficar subjugado ao crivo exclusivo da Fornecedora, que tenta lhe impor, como indenização, um valor dado unilateralmente por ela.

Tal cláusula é sabiamente abusiva, a qual, na dicção do Artigo 51 do CDC é nula de pleno direito, “*verbis*”:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I.

II.

III.

IV. estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (grifamos).

Aliás, em recente pronunciamento do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, o mesmo afirmou que aquele Ministério estaria expedindo Decreto considerando algumas cláusulas das relações de consumo abusivas, e dentre elas figura a que dá poderes às Seguradoras de pagar a indenização pelo valor da avaliação do bem à época do sinistro.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando ser abusiva, e portanto nula de pleno direito, a cláusula que autoriza a Seguradora a pagar indenização pelo preço de mercado do bem sinistrado, manifestamos pela procedência do pedido, no sentido de ser a Reclamada condenada a complementar a indenização, com o pagamento adicional de R\$ 1.000,00 (mil reais), como forma de igualá-la ao valor efetivamente contratado, conforme consta da Apólice.

Estância, 30 de março de 1999.

Concubinato Impuro. Conseqüência. Considera-se impuro o concubinato contemporâneo da união conjugal, e, por isso, incapaz de gerar direitos em favor da concubina, cúmplice do adúltero (TJSE, Apelação Cível nº 59/98, Acórdão nº 67/99, rel. Des. Artur Oscar de Oliveira Deda)

*José Elias Pinho Oliveira
PROMOTOR DE JUSTIÇA*

1. RELATÓRIO

Pretende a Autora se lhe reconheça o direito à partilha de bens que teriam resultado de sociedade de fato havida entre ela e o falecido Edilberto da Silva Ribeiro, por um período de quinze anos aproximadamente.

Da inicial não consta a relação de bens adquiridos com o esforço comum.

Citado, o Espólio resiste a pretensão, aduzindo que os negócios do *de cujus* sempre foram administrados de forma coletiva, por ele e seus sócios, dentre os quais a sua esposa. Alega, ainda, que nenhum aqesto derivou da relação concubinária reportada na exordial, até porque, em substância houve redução no patrimônio do Promovido, em face do deslocamento de haveres para a aquisição de bens em nome da Autora e dos filhos comuns nascidos da união extraconjugal sobredita.

2. DA ANÁLISE DO FATO

2.1. AÇÃO DE DISSSOLUÇÃO COM PARTILHA DE BENS. CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. AUTORA QUE MANTÉM RELAÇÃO CQNCUBINÁRIA COM HOMEM CASADO, NÃO TENDO

CONTRIBUÍDO PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DESTE. BENS QUE INTEGRAM A COMUNHÃO COM ESPOSA LEGÍTIMA. SOCIEDADE DE FATO INEXISTENTE E PARTILHA JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. CCB, ARTS. 262 E 266.

Como se vê dos autos, em que pese as razões expendidas pela nobre patrona da Autora, frente a análise dos fatos e da prova colhida não é merecedora a confirmação do contido na inicial.

Com efeito, sabido que para ensejar o reconhecimento da sociedade de fato é necessária a configuração de premissas indeclináveis, quais sejam, não só o relacionamento concubinário *more uxorio*, *in casu* não demonstrado, valendo aqui ressaltar o depoimento pessoal da Autora (fls. 67/68) "... Que durante, o período que o falecido EDILBERTO convivia com a depoente também convivia com a sua esposa ... respondeu que a qualquer hora o falecido ia na casa da depoente ... (fls. 67/68); bem como o testemunho de Maria Auxiliadora Matos dos Santos (fl. 69) e Valdelice dos Santos (fl.70), todas arroladas pela Autora, que assim disseram respectivamente, a seguir: "Que o falecido EDILBERTO morava também na casa da esposa ... respondeu que a Autora na época em que conviveu com o falecido EDILBERTO morava durante a semana em Aracaju e só vinha para aqui nos finais de semana..." "Que nessa época o falecido EDILBERTO era casado, e convivia também com sua esposa ..."

Note-se as assertivas retromencionadas, muito embora procurando atestar o convívio como se esposa fosse entre o "*de cujus*" e a Autora, duvidosa ficou a sua comprovação, tendo em vista que a mesma morava em Aracaju, passando apenas os finais de semana na cidade de Capela, tanto é verdade que todos são categóricos no sentido de que o falecido jamais deixou a sua esposa, durante o relacionamento amoroso com a Autora.

Outro requisito para ensejar o reconhecimento da sociedade de fato é a concorrente contribuição efetiva da concubina para amealhar o patrimônio comum, cujas pressupostos, *data venia*, não restaram comprovados, é o que nos indica os documentos de

fls. 34/42, onde ali está demonstrado que as Empresas TRANSPORTE RIBEIRO TURISMO LTDA. e SUPERMERCADO RIBEIRO, sempre foram geridas pelo falecido, em sociedade com seu irmão JOSÉ ERIBALDO DA SILVA RIBEIRO e com as esposas de ambos ACÁCIA MOTA RIBEIRO e MARIA HELENA OLIVEIRA RIBEIRO.

Na espécie, porém, somente se provou que existia um prolongado relacionamento entre a Autora e o falecido. Todavia, tratou-se de um concubinato impuro, pois o falecido era casado e mantinha relacionamento íntimo concomitantemente, com sua mulher e a Autora, fato este corroborado pelo próprio depoimento desta e pelas testemunhas.

Dessa forma, não se tratava, enquanto durou o concubinato de união livre entre ambos, e sim uma união espúria.

2.2. INDENIZAÇÃO — CONCUBINA. SERVIÇOS PRESTADOS

A indenização da concubina pode ocorrer por dois motivos: formação ou acréscimo do patrimônio do varão, ou a título de serviços domésticos a ele prestados. *In casu* o pedido cinge-se as duas hipóteses, a primeira já descartada conforme a análise esposada no item anterior, quanto a segunda hipótese também vejo impossibilidade do deferimento do pedido, tendo em vista que ficou comprovado que a autora não conviveu permanentemente sob o mesmo teto com o falecido, pois, este, continuou convivendo com sua esposa, não desenvolvendo aquela serviço doméstico, colaborando com o amásio para mantê-lo sob o mesmo teto, dessa circunstância, é que nasceria o direito a uma indenização.

Ademais, mesmo na hipótese de se admitir a prestação de serviços domésticos como indenizável, no caso sub judice, a indenização já se concretizou com os bens móveis e imóveis obtidos pela Autora por via do concubinato, dentre os quais, há destaque para uma casa situada na Travessa Rio Branco, nº 52, nesta cidade e outra na rua Arnaldo Dantas, em Aracaju, esta última adquirida em nome dos filhos de ambos (fls. 34/42), confirmado em seu depoimento pessoal de fl. 68 "... Respondeu que durante o período

de convivência EDILBERTO deu para ela 04 vacas; um cavalo e a quantia de Cr\$ 500.000,00 para ajudar na compra de uma casa..." Acresce a tudo isso, o recebimento da pensão pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

3. O DIREITO

Os pedidos ora formulados esbarra na sistemática do nosso direito. Autora e falecido foram co-partícipes em fato expressamente previsto como criminoso, na Lei Penal. Por outro lado, sendo o falecido casado em comunhão de bens com ACÁCIA MOTA RIBEIRO, da qual jamais se separou, todo patrimônio pertence a comunhão, como decorre dos arts. 262 e 266 do Código Civil não podendo ser atingido por qualquer efeito da união mesmo porque não ficou comprovado a contribuição da Autora para o aumento patrimonial do falecido. E mesmo provado, tais bens de imediato passariam a integrar o patrimônio comunal, de que a esposa é legítima co-titular. Nesse aspecto, a pretensão de partilha, expendida pela Autora, enfrenta uma impossibilidade jurídica, na medida em que incide sobre um acervo resguardado pela ordem legal que não somente pertencia ao falecido. Vale aduzir, em hipótese como essa da relação concubinária adulterina, nossos pretórios têm sido rigorosos não apenas no sentido de negar à concubina o direito à partilha, mas também outros como ex., o direito à percepção de pensão previdenciária. Confira na Revista dos Tribunais, vols. 567. pág. 66, 577, pp. 121 e 561 e 106.

Aliás, a jurisprudência pertinente à matéria já restou consolidada pela Corte Suprema, ao estabelecer no verbete 380 da Súmula que Comprovada a existência de sociedade de fato, entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Tal relacionamento concubinário para gerar efeitos, evidentemente há de resultar de união entre concubinos desimpedidos (cf. RE 103.775-0 – RS – 109 – P. 290), posto que a justiça não pode reconhecer efeitos jurídicos de natureza patrimonial ao concubinato em detrimento à família legítima, protegida pelo nosso sistema jurídico.

Com referência, a indenização a título de serviços domésticos ao companheiro, é de considerar, para o deslinde da questão, a lição de Edgar de Moura Bittencourt, in *Concubinato*, 4ª edição, p. 114, a respeito de bens em poder da concubina ao cessar a união concubinária, na forma que segue:

“Concubina que amealhou haveres. Rejeição da ação. Se a concubina, durante a vida em comum, prestou serviços ao companheiro e adquiriu haveres encontrados em seu poder ao cessar a ligação é natural que nada há a receber nem, pela partilha de bens, nem por serviços prestados” (RT, Vols. 223/268, 228/145, 211/262; Ver. For. Vol. 195.268. RJ 19/114).

Posto isto, o Ministério Público, através de seu representante que esta subscreve, manifesta-se pela improcedência dos pedidos.

Este é o parecer.

Capela, 23 de outubro de 1996.

APELAÇÃO CÍVEL, USUCAPIÃO, JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, POSSE NÃO DEMONSTRADA, IMPOSSIBILIDADE, INDISPONIBILIDADE DO DIREITO. A simples alegação da posse, ainda que não contestada pelos pretensos confinantes, não autoriza o julgamento antecipado da lide, inclusive porque envolve matéria registrária, de caráter indisponível.

Newton Silveira Dias Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, por seu Promotor de Justiça na Comarca de Itabaianinha, inconformado com a Respeitável Sentença prolatada pelo Douto Juízo desta Comarca, nos autos do processo nº 9870020205 (Ação de Usucapião), às fls. 26/29, interpõe, tempestivamente, o presente RECURSO DE APELAÇÃO para esse Egrégio Colegiado, o fazendo na conformidade do art. 513 e seguintes, do Estatuto Processual Civil. O Recurso está sendo interposto no prazo legal, pois da R. Decisão, proferida em 06 de maio de 1999 foi este Órgão intimado no dia 13 daquele mesmo mês e ano, sendo, destarte, tempestiva a irresignação, nos termos dos arts. 508 e 188, do CPC. A decisão atacada merece ser anulada, pelos fundamentos a seguir expostos:

RELATÓRIO

REDRIANA DOS SANTOS VILA FLOR e JOSÉ MARCOS SOUSA VILA FLOR ingressaram em Juízo com AÇÃO DE USUCAPIÃO, visando à declaração, em seu favor, do domínio do imóvel urbano localizado na Rua Corinto Fontes, nº 39, neste Município de Itabaianinha, com as confrontações descritas na inicial (fls. 02/03), e representadas graficamente no documento de fl. 09.

Determinada a citação dos confinantes (fl. 10), os mesmos não apresentaram qualquer manifestação no prazo destinado à defesa. Também *"in albis"* transcorreu o prazo fixado em edital (fls. 14 e 24), destinado à citação dos interessados incertos.

Quanto às Fazendas Públicas — Municipal, Estadual, e Federal — seus representantes manifestaram a ausência de interesse na causa, conforme se vê às fls. 16, 17 e 18, respectivamente.

Atendendo à cota promotorial formulada à fl. 20, e deferida pelo Juízo, os autores apresentaram certidão do cartório da circunscrição imobiliária do bem usucapiendo, informando inexistir registro do imóvel, não havendo, destarte, proprietário certo a ser citado.

Após adotadas aquelas providências, foi determinada a abertura de vista dos autos ao Órgão Ministerial. Intervindo na condição de *"custos legis"* por envolver matéria de interesse público, este Promotor de Justiça ratificou, à fl. 23, o pedido de realização de audiência de instrução, a fim de constatar a existência dos requisitos do usucapião, haja vista que o processo se ressentia de qualquer prova, havendo apenas as simples alegações autorais, que se pretendiam sustentadas por elas próprias.

Conquanto requerida a instrução do feito, o Digno Magistrado proferiu sentença julgando antecipadamente a lide, o que fez com base nos arts. 330, II; 319 e 334, IV, todos do Código de Processo Civil, estando os fundamentos expostos na decisão de fls. 27/29. Daí o presente Apelo.

FUNDAMENTOS

I. A PROVA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO MATERIAL

Não obstante ser a *"prova"* matéria de cunho eminentemente processual, é inegável que guarda íntima relação com o direito material objeto do litígio.

No caso da ação de usucapião, entre os requisitos para seu sucesso, o que exsurge com maior realce como aquele sobre o qual deverá versar a prova, predominantemente, é a posse, que

deve ser *“ad usucapione”*, exercida com *“animus domini”*, e pelo lapso temporal exigido por lei.

Esta — a posse — é, em si mesma, uma situação fática, segundo a teoria objetiva de IHERING, presente na grande maioria das disposições pertinentes ao instituto, no nosso Direito Positivo. Mas não basta somente a posse. É preciso distingui-la da mera detenção, e por isso, no caráter dessa posse devem estar impressos certos atributos: exercida com *“animus domini”*, de forma mansa e pacífica, sem ter sofrido resistência. Além da posse, há outros requisitos que também demandam, para serem reconhecidos, prova, quase sempre testemunhal, a saber: o tempo decorrido; se houve *accessio possessionis*, ou *sucessio in usucapionem*. Tudo isso são fatos suscetíveis de comprovação.

A respeito da ligação existente entre o direito material, substancial, e o processual, ressaltando que as peculiaridades do primeiro determinam, algumas vezes, inovação no procedimento a ser adotado, refere-se o Mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Sem dúvida, a lei, adequada à ciência processual moderna, procura instituir sistema de tramitação das causas na Justiça que se mostre o mais simples e o mais universal possível, de maneira a permitir que o maior número imaginável de pretensões possa ser acolhido, apreendido e solucionado segundo um único rito.

Contudo, haverá sempre algum detalhe da mecânica do direito material que, eventualmente, reclamará forma especial de exercício no processo. O processo como disciplina formal não pode ignorar essas exigências de ordem substancial porque é da própria natureza das coisas que a forma se ajuste e se harmonize à substância.” (in *“Curso de Direito Processual Civil”*, V. III, pág. 5, Ed. Forense, 8ª Edição, 1994)

A respeito da prova, na ação de usucapião:

“Tem, pois, o autor da ação de usucapião de provar satisfatoriamente a integralidade do lapso de tempo

de sua posse, sob pena de improcedência do pedido (CPC, art. 333, I).” (ob. citada, pág. 190)

II. A NECESSIDADE DA PROVA

Dispõe o art. 333, do CPC:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
- II.”*

No usucapião, o autor, para ver a sua pretensão ser deferida pelo Juízo, ou seja, para ver declarado o domínio de um bem em seu favor, argüi, justamente, ser possuidor do objeto usucapiendo. É esse elemento — a posse — o fato que dá conteúdo ao direito alegado pelo autor.

A esse respeito, estabelecendo os precisos termos do ônus de afirmar, e do de provar, ensina o eminente jurista PONTES DE MIRANDA:

“Os fatos que têm de ser afirmados são os fatos jurídicos — formativos, extintivos, impeditivos ou modificativos. O autor é carregado, de regra, com o ônus de afirmar o fato constitutivo da sua ação ou da exceção, em sentido do direito material.” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo IV, pág. 212, Editora Forense, 1974)

No caso em tela, os autores alegaram a posse pelo tempo e na forma constante dos termos da inicial, juntando, ainda, “recibo de compra e venda”, pelo qual teriam “adquirido” o imóvel em 1992. Como consectário desses fundamentos, lastreados tão somente em alegações deles próprios, autores, e que não podem ser considerados um “fato”, posto que não demonstrada a posse, até por-

que os documentos juntados não têm esse condão, requereram que lhes seja declarado o domínio em seu favor.

Ocorre que a simples alegação dos autores, e o transcurso do prazo para manifestação dos Réus, e eventuais interessados, não são suficientes, em se tratando de usucapião, para se julgar antecipadamente a lide (art. 330, II, do CPC), uma vez que não implicam comprovação da posse pelo tempo exigido, ainda que seja o menor prazo possível, que é aquele do usucapião especial, previsto no art. 183, da Constituição Federal.

III. O SENTIDO DA INTERVENÇÃO MINISTERIAL: INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE EM RAZÃO DA NATUREZA DA LIDE

Dispõe o art. 82, do Estatuto Processual Civil:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I.

II.

III. em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Na verdade, o fundamento técnico-jurídico que justifica toda e qualquer atuação do Ministério Público no Processo Civil, é a existência de um interesse que se caracteriza como público.

E por ser público o interesse, é ele indisponível, ou, em se vislumbrando com maior clareza a indisponibilidade do interesse, é este público. Embora essa situação sugira certo tautologismo no raciocínio, em nada dificulta, ao revés, auxilia na compreensão da problemática.

ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, em primorosa obra a respeito do assunto, citando o Mestre CHIOVENDA, assim se pronunciou:

“Já no começo do século, Chiovenda fazia expressa referência ao elemento nuclear das funções institucionais do Ministério Público ao escrever: ‘O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destituídas de plena capacidade jurídica...’.” (In “A Interpretação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro”, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, Editora Saraiva, 1989, pág. 44)

O interesse público que justifica a intervenção ministerial, na forma do inciso III, do art. 82, do CPC, pode decorrer da natureza da lide ou da qualidade da parte. No caso do usucapião, tal interesse se sobrepõe em razão da própria natureza da lide, por estar presente na própria relação jurídica, independentemente de quem sejam seus protagonistas.

Diz ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO:

“Interesse público, no inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil em vigor, é, em primeiro lugar, o interesse indisponível de cunho material oriundo de qualquer espécie de relação jurídica, pouco importando o ramo do direito em que esteja inserida como objeto de regulamentação. Interesse público, sob esse aspecto, é o interesse ou direito tornado indisponível por lei de ordem pública.”

(...)

“A razão da intervenção é sempre a mesma, isto é, a indisponibilidade do direito material envolvido, o que determinará a necessidade de que se fiscalize a atuação das partes seus representantes e do juiz com vista ao descobrimento da verdade real e ao reconhecimento do direito se ele existir.”

(In “A Interpretação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro”, Editora Saraiva, 1989, pp. 331 e 332)

A indisponibilidade do direito, ou do interesse, presente na ação de usucapião, é, quanto à sua origem, de acordo com a lúcida distinção feita por HUGO NIGRO MAZZILLI, de caráter objetivo, em contrapartida com outra espécie de indisponibilidade, a de caráter subjetivo. Diz o autor:

“Há interesses que, objetivamente falando, são indisponíveis, independentemente de quem seja o seu titular... é o que ocorre nas questões de estado da pessoa, por exemplo... Entretanto, em outros casos, a indisponibilidade, ou o interesse público se ligam não à natureza da relação jurídica em si, mas sim a um dos titulares da dita relação jurídica, pessoalmente considerado: é o caso do interesse do incapaz”.

Na interpretação do mesmo autor, na citada obra, o Estado, através do Poder a quem cabe a função legiferante, vale-se da lei para atribuir o atributo da indisponibilidade a certos direitos, diferenciando-os dos demais.

“É justamente a partir dessa distinção que se torna possível compreender a atuação do Ministério Público no processo. Quando se pensa na razão de ser da instituição, portanto, deve-se ter presente esta realidade: a tutela dos interesses máximos da sociedade, dos seus valores fundamentais, que são justamente aqueles que assumem a forma de direitos indisponíveis.” (pág. 46)

IV. A INDISPONIBILIDADE NA AÇÃO DE USUCAPIÃO

Tal como já ressaltado, o que justifica a presença do Ministério Público, em todos os atos, no processo de usucapião, é a existência de um interesse público e social, já que o mesmo encerra

uma ação através da qual se pretende a aquisição, de forma originária, de um direito real que é, quase que invariavelmente, a propriedade. Um dos traços que se sobrepõem nos direitos reais é o fato de serem oponíveis *"erga omnes"* (contra todos), o que, por si só, já oferece uma idéia de quão presente está o interesse social, qual seja, o de que a propriedade de um bem, notadamente se bem de raiz, seja conferida a quem de direito.

Indiscutível, portanto, ainda que se abstraísse a expressa exigência do art. 944, que no usucapião se encontra presente o interesse público, pela natureza da lide. Por isso que, quando o autor pretende adquirir para si um imóvel, mediante usucapião, não se instala mera contenda privada entre este e os réus certos (proprietário e confinantes).

Especificamente no que pertine à indisponibilidade do direito material objeto da ação de usucapião, CARVALHO SANTOS e PONTES DE MIRANDA, entre outros juristas de peso, apontam dois fatores a justificar a intervenção do Ministério Público, na condição de *"custos legis"*, quais sejam: 1 — o fato de o processo versar sobre modo de aquisição originária da propriedade; 2 — e a circunstância de a lei processual exigir a convocação de réus ausentes, incertos e desconhecidos.

A esses dois fatores, justificantes da indisponibilidade, um terceiro merece ser acrescentado, por ser até de maior significância, na lúcida lição de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, qual seja, a repercussão registrária do fenômeno usucapião. Não se olvide, aliás, que cabe ao Órgão Ministerial exercer a função de Curador dos Registros Públicos.

Esse interesse público, e portanto indisponível, justificador da intervenção ministerial no usucapião, foi posto em relevo, ainda sob a égide do Código de 1939, por J. M. CARVALHO SANTOS, que já ensinava:

"Essa intervenção é obrigatória, precisamente porque há interesse, por parte da sociedade, que não haja, na aquisição da propriedade pelo usucapião, prejuízo para quem quer que seja, máxime havendo a possibi-

lidade de haver interessados desconhecidos aos quaes não tenha chegado a notícia da propositura da acção. Em casos taes, o Ministério Público, acompanhando o processo, resguardará os interesses dos possíveis interessados, não permitindo que uma revelia ocasional importasse em proveito do autor” (in “A Interpretação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro”, Editora Saraiva, 1989, pág. 419)

E se o mestre já fazia tal observação naquela época, não haveria motivos para se pensar diferente agora, ou seja, após o advento do Estatuto Processual Civil de 1973, inspirado nas idéias constantes da legislação processual civil italiana, absorvidas e entre nós introduzidas pelo Prof. ALFREDO BUZAI, deu novos contornos à intervenção ministerial no processo civil, estendendo-a a casos em que dantes não se fazia presente.

V. A NECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

Proferindo os seus sempre sábios ensinamentos, o insigne processualista JOSÉ FREDERICO MARQUES já distinguia:

“No complexo dos atos processuais, dá-se o nome de atos de instrução àqueles destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide, subdividindo-se eles em atos de prova e alegações (retro, nº 424). Há, assim, um conceito genérico de instrução, que abrange a prática de atos probatórios e as alegações das partes.” (in “Instituições de Direito Processual Civil”, V. III, Ed. Forense, 4ª Ed., 1972, pág. 275)

In casu, pedindo desculpas por ser repetitivo, mas pela necessidade de ser enfático, saliente-se que a simples alegação da parte não pode servir como fundamento da procedência do pedido, como constou da R. Sentença:

“Tendo os requerentes alegado a posse contínua e incontestada do imóvel, por si e por seus antecessores, há mais de vinte anos, bem como o “animus domini”, flagrante é a prosperidade do seu pedido, uma vez que sobre tais fatos incidem os efeitos da revelia, razão pela qual não dependem de mais provas, conforme previsto no art. 334, inciso IV, do CPC.”

Em item distinto, destinado a uma análise acerca da livre apreciação da prova, no mesmo capítulo e volume da ilustrada obra, afirma PONTES DE MIRANDA:

“Por outro lado, o juiz somente pode dispensar ou deixar de levar em conta alguma prova quando já tenha chegado a alguma convicção acerca do fato, que se quis provar. Esse ponto é assaz relevante na interpretação do art. 407, parágrafo único. Aí não se deu arbítrio puro ao juiz para a dispensa: pode dar-se que das restantes não se precise; e então pode o juiz dispensá-las.” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo IV, pág. 216, Editora Forense, 1974).

Pode-se, aliás, estabelecer perfeitamente um paralelo entre a situação prevista no art. 407, parágrafo único, do CPC, lembrado pelo grande mestre, quanto à faculdade de dispensa de testemunhas, com o entendimento de ser ou não necessária a realização da instrução.

É do mesmo e festejado processualista JOSÉ FREDERICO MARQUES a seguinte afirmação:

“Por último, há a registrar que a instrução não se confunde com a prova, nem mesmo quando usada no sentido estrito de instrução probatória. Como disse PAULO CUNHA, entre instrução e prova há afinidade de conceitos, mas não identidade. São noções distintas. Instrução e prova não são uma coisa só: a instru-

ção está para a prova, assim como o instrumento está para a outra que por meio dele se consegue.” (in “Instituições de Direito Processual Civil”, V. III, Ed. Forense, 4ª Ed., 1972, pág. 277).

Com o julgamento antecipado da lide, conforme feito através decisão atacada, o processo foi extinto sem que tenha havido, tal como é próprio daquele instituto, o saneamento do processo, momento em que se procederia ao que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO se refere em sua obra (*“A Reforma do Código de Processo Civil”* Malheiros Editores, 2ª Edição, 04-1995, pág. 135) como sendo, a “organização da instrução”, prevista no § 2º do art. 331, do CPC, acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Segundo o mesmo autor, o saneamento do processo, mesmo quando o litígio a ser nele composto versar sobre direito indisponível, poderá ser feito na “Audiência Preliminar”, uma vez que a finalidade desta não é somente a conciliação, mas também, tal como já referido, a organização da instrução, com a delimitação da prova.

Assim se manifesta CÂNDIDO DINAMARCO:

“A conclusão é que a audiência preliminar se realizará no procedimento ordinário brasileiro, sempre (a não ser que extinto o processo antes, é claro). Quando o litígio envolver direito indisponível, ela não incluirá a tentativa de conciliar as partes, mas não ficará excluída a audiência mesma. Nela, o juiz decidirá questões processuais e pronunciar-se-á sobre provas a realizar ou não, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso.”

VI. A NÃO INCIDÊNCIA, NO CASO, DOS EFEITOS DA REVELIA

E se a hipótese é de indisponibilidade, tal como já fartamente demonstrado (item IV), não há que se falar em “efeitos da revelia”.

É o que dispõe o art. 320, inciso II, do Estatuto Processual:

“Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

- I.;*
- II. se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;”*

Disso decorre, como corolário lógico e legal, que também não se pode considerar, quanto às alegações autorais acerca dos requisitos da prescrição aquisitiva, que se trata de *“fato em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”*, nos termos expressos no art. 334, inciso IV, do Código de Processo.

Em comentário ao art. 320, do CPC, consta da obra de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, intitulada *“Código de Processo Civil Comentado”*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, atualizada até 01.08.1997, pág. 601:

“Mesmo que ocorra revelia (não contestação), se o direito posto em causa for indisponível (e.g., anulação de casamento), não ocorrem os efeitos da revelia. Neste caso, ainda que o réu não conteste, o autor tem de fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito (CPC 333, I), vedado ao juiz julgar antecipadamente a lide (CPC 330, II).”

Mais adiante, em comentário ao art. 333, pág. 615:

“Os direitos indisponíveis não podem ser objeto de transação (CC 1035). Por isso que, a respeito deles, não podem ser considerados verdadeiros os fatos alegados na inicial, mesmo que ocorra revelia (CPC 320, II), e não é válida a confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC 351).”

Ora, se a revelia, neste caso (caso de direito indisponível), não induz os efeitos da confissão, ou seja, presunção de veracidade,

de, não se pode prescindir da prova. Se sequer uma presunção, ainda que relativa, existe quanto à veracidade dos fatos alegados, como admitir-se o julgamento sem instrução?

Mesmo sob a égide do regime do Código de 1973, quando se exigia a justificação da posse, como pressuposto de desenvolvimento válido do processo, anteriormente às alterações introduzidas pela Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, já havia resistência na Jurisprudência quanto ao julgamento antecipado do mérito.

Vejamos, a esse respeito, decisões insertas na já citada obra:

Justificação de posse. Necessidade. É “pressuposto processual interno” (Fabrício). Não provada a posse na audiência de justificação, não pode haver prosseguimento da ação de usucapião, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito (RT 508/102). No mesmo sentido: RT 501/174, 494/160; RF 258/279; Fabrício, Coment., nº 457, p. 505) (in “Código de Processo Civil Comentado” NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, p. 974).

“O objeto de prova, na audiência de justificação, é a posse atual, e não o período prescricional aquisitivo, que deverá ser comprovado na fase instrutória apropriada (TJSP — RT 706/75)” (in “Código de Processo Civil Comentado”, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, p. 974).

Ou seja, a falta da prova constituía, no regime então vigente, causa de extinção do processo no seu nascedouro, sem julgamento do mérito. Atualmente, como é sabido, foi suprimida do procedimento da ação de usucapião, a audiência de justificação de posse, porque entenderam os Reformistas, com razão, que a prova da posse não precisava ser feita naquele momento, podendo sê-lo durante a instrução, já que não havia nenhuma medida constritiva a ser imposta.

O que estamos a demonstrar é que, se no regime anterior, mesmo após justificada a posse, como de regra ocorria, se desig-

nava audiência de instrução, com muito maior razão se deve fazê-lo agora, já que suprimida aquela fase.

Por isso é que, a simples ausência de contestação por parte das pessoas citadas, sejam os Réus certos, que no presente caso foram apenas os confinantes, sejam aqueles citados por edital, como eventuais interessados (réus incertos), não pode ter o condão de, por si só, fazer prosperar o pedido. As alegações autorais não podem ser tomadas como dogmas; e, ademais, não é despiciendo lembrar que prova inexistente até mesmo de que os confinantes do imóvel correspondam, exatamente, àquelas pessoas indicadas como o sendo, sobre as quais recaiu a citação, e que silenciaram diante do pedido.

Em trabalho intitulado *“Usucapião — Procedimento da Ação de Usucapião com a Reforma do CPC”*, o promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, BELMIRO PEDRO WELTER, amparado em invejosa bibliografia, aponta não menos do que oito razões para concluir não ser possível a antecipação do julgamento da lide neste caso. Ali, citou, entre outros tantos, BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO, o qual assim se manifestou:

“O autor, por princípio geral de direito, deverá provar os fatos por si alegados (‘actori incumbit onus probandi’), cumprindo-lhe, portanto, na inicial mencionar os meios de provas de que pretende valer-se para provar a sua pretensão deduzida em Juízo. (...) a necessidade de provar constitui um dos postulados básicos do direito processual, não só pela imperiosidade de se buscar a verdade, mas também por ser indispensável, para a garantia e segurança das relações jurídicas, a demonstração da veracidade dos fatos alegados pelas partes.” (in *“Tratado de Usucapião”*, vol. 2, Saraiva, 1992, pp. 935 e 991).

Em moderna obra de comentário ao Estatuto Processual Civil, após as alterações introduzidas pela Lei nº 8.951/94, intitulada *“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTERPRETADO”*, seu autor, Antônio Cláudio da Costa Machado, ao comentar o art. 944, do Estatuto Processual, assim se manifesta:

“A intervenção do Ministério Público como fiscal da lei nos processos de usucapião se justifica por três motivos: primeiro, sob o ponto de vista material, o usucapião é forma originária e excepcional de aquisição da propriedade, de sorte que existe indisponibilidade em certo grau nos litígios que versem sobre tal matéria, o que impede, por exemplo, que os efeitos da revelia sejam produzidos;” (in *“Código de Processo Civil Interpretado”*, Saraiva, 3ª Ed., 1997, pág. 1087).

Por último, não se pode perder de vista a importância do conteúdo de uma sentença que julga procedente pedido de usucapião, onde se declara em favor do autor o domínio de um imóvel, direito real, oponível *“erga omnes”*, e que ensejará o seu registro, nos termos da L.R.P. (6.015/73), art. 167, inciso I, nº 28, com as implicações decorrentes de tal ato para o Registro Público.

“Ex positis”, pede e espera o MINISTÉRIO PÚBLICO seja recebido este recurso e, uma vez conhecido, seja dado PROVIMENTO AO APELO, declarando nula a sentença proferida às fls. 26/29, determinando o retorno dos autos ao Juízo *“a quo”*, para que neste tenha lugar a instrução do processo.

Itabaianinha (SE), 08 de junho de 1999

Duodécimos devidos à Câmara Municipal não repassados pela Prefeitura Municipal de Nossa Senhora das Dores. Controle difuso da constitucionalidade. Ação cautelar de cunho satisfativo. Pela procedência da ação é o parecer.

Deijaniro Jonas Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA

O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE que oficia nesta Comarca, no uso das atribuições que lhe são conferidas em Lei, vem se manifestar sobre o Despacho de fls. 109, dos autos do feito em epígrafe, AÇÃO CAUTELAR INOMINADA, onde figura como Autora a CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE NOSSA SENHORA DAS DORES e Requerido O PREFEITO MUNICIPAL DE NOSSA SENHORA DAS DORES, na qualidade de “*Custus Legis*”, da forma adiante exposta:

I. DOS FATOS

1. A CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE NOSSA SENHORA DAS DORES ajuizou AÇÃO CAUTELAR INOMINADA contra O PREFEITO MUNICIPAL DE NOSSA SENHORA DAS DORES, aduzindo que desde o mês de janeiro do ano em curso o Poder Executivo Municipal, o qual tem como chefe o Senhor JOSÉ AMÉRICO ALMEIDA FILHO, Prefeito Municipal de Nossa Senhora das Dores, não vem efetuando os repasses relativos aos duodécimos, o qual é o elemento de manutenção do Poder Legislativo Municipal, sendo este o cerne do pleito ora analisado;

2. Em decorrência da inação ou da ação direcionada pelo Poder Executivo Municipal, uma série de transtornos vêm ocorrendo

na Câmara Municipal de Nossa Senhora das Dores, ao ponto de, em 23 de fevereiro, o telefone da casa legislativa haver sido desligado;

3. Revela, ainda a Autora que o não pagamento dos duodécimos devidos pelo Poder Executivo, se deveu à reprovação da proposta orçamentária encaminhada por aquele poder à apreciação do Poder Legislativo, sendo que a referida Lei Orçamentária, que recebeu o número 39/99, foi posteriormente aprovada em 18 de fevereiro do ano andante, não havendo mais motivação para aquela forma de agir;

4. Embasa sua pretensão em diversos dispositivos de Lei, dentre os quais o artigo 153 da Constituição Estadual, o artigo 168, da Constituição Federal, o artigo 31, da Carta Magna, os artigos 68, inciso XV, e 219, da Lei Orgânica do Município, dentre outros, além de citações jurisprudenciais;

5. Requer, expondo a existência do *“fumus boni juris”* e do *“periculum in mora”*, a concessão de liminar no sentido de se bloquear as contas do Município, numerário suficiente para a implementação dos pagamentos do duodécimo pretendido, sendo que, pelo explanado, na ordem de R\$ 49.099,50 (quarenta e nove mil, noventa e nove reais e cinquenta centavos), ao mês, uma vez que no Orçamento Programa aprovado, Lei nº 39/99, consta a destinação para o Poder Legislativo, ao longo do ano de 1999, a previsão de gastos na ordem de R\$ 589.194,00 (quinhentos e oitenta e nove mil, cento e noventa e quatro reais), à qual, se dividida pelos meses do ano, chega-se ao montante acima;

6. Requer, ao final, a transferência do montante aludido para a Conta Corrente nº 300.139-8, do Banco do Estado de Sergipe e para a Conta Corrente nº 28.158-1, do Banco do Brasil, ambas, instituições financeiras localizadas nesta cidade;

7. Juntou uma série de documentos, os quais acham-se encartados nos autos, das fls. 11 *usque ad* 80;

8. Analisando a pretensão da Câmara Municipal de Vereadores e verificando a plausibilidade de agasalho do requerimento, segundo os argumentos inclusos, a Autoridade Judiciária concedeu *“inaudita altera pars”*, parcialmente, à liminar, onde se procedeu o bloqueio da quantia pleiteada, fls. 81;

9. Em atendimento ao ordenado no Despacho de fls. 81, foram fornecidas as informações constantes às fls. 89/93, pertinente à arrecadação mensal do Município de Nossa Senhora das Dores, nos meses de dezembro/98, janeiro/99 e fevereiro/99;

10. A resposta do Município, trazida aos autos tempestivamente, foi lançada às fls. 95/106, fazendo juntar ao feito um documento, ocorrendo manifestação do Poder Legislativo — Autor, às fls. 109/113, quando efetuou a juntada de documentos (fls. 114/119), vindo os autos com Vistas ao Representante do Ministério Público — É o Relato.

11. Com efeito, a pretensão do Autor merece o acatamento deste Juízo.

12. As preliminares levantadas, doravante, serão apreciadas. Inicialmente, no que tange à vinculação deste feito à tramitação de um Mandado de Segurança no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, esta não procede. Além de não haver vinculação entre os processos, posto que os mesmos têm pedidos e causa de pedir diferenciados, não fez prova da existência do referido “*mandamus*”. Portanto, tal preliminar não tem como ir adiante;

13. No que pertine à inépcia da inicial, em face da não alusão à lide principal, entendemos, outrossim, que não tem com prosperar este argumento, uma vez que nossa legislação e o moderno entendimento doutrinário prevê a existência de medida cautelar de cunho satisfativo. É a hipótese.

14. Em respeito à incompatibilidade entre Medida Cautelar Inominada e Mandado de Segurança, aventada, também, à título de preliminar, não se pode estabelecer esta linha de raciocínio, eis que uma ação, cuja existência não restou demonstrada nos autos e o presente feito, não há co-relação. São processos autônomos, independentes, sendo que a construção de pensamento aqui representada, é impossível de se viabilizar na prática, senão, por força de uma razão pautada em “*engenharia jurídica*”.

15. Por fim, em análise à última preliminar argüida, indicativa de incompetência absoluta deste Juízo para a análise do presente feito, especificamente, o foro privilegiado, estabelecido nas Constituições Federal e Estadual, relativo a Prefeito Municipal, igualmente, inexistente possibilidade de vingar. A circunstância antevista naquelas

cartas são direcionadas a feitos criminais e mandado de segurança. Não é a hipótese, razão pela qual, não pode esta preliminar prosperar.

16. A situação fática que constatamos no relacionamento entre os poderes do Município de Nossa Senhora das Dores: Poder Executivo — Poder Legislativo, no momento é de afastamento, no mínimo, chegando às raias de acusações públicas, com incontinências verbais de parte à parte, o que faz com que, mais uma vez a população traga em sua mente o descrédito pelas instituições.

17. O Homem médio dorense, o cidadão, as pessoas de bem, que até os meses de outubro/novembro, assistiam a uma harmoniosa, e por que não dizer, conveniente (pelo que hoje se observa), convivência entre estes dois poderes, na atualidade vislumbra parte de seus integrantes, que há pouco tempo se conciliavam, fazerem denúncias públicas, inclusive, de épocas pretéritas e correlatas àqueles tempo memoriais de bom relacionamento, e ficam a se perguntar quanto à honestidade de alguns dos partícipes deste evento. Quais as razões destes fatos virem à tona neste momento, quando já eram do conhecimento dos denunciantes outra? O Por quê desta acomodação??

18. Estamos diante de uma crise institucional local, movida por sentimentos pessoais de uns, por razões legais de outros, enfim, por diversas diretrizes que deságuam num só campo: a discórdia.

19. Dois fatos que se tornaram públicos, revelaram o estado de insatisfação dos integrantes dos Poderes do Município: a eleição da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Vereadores e a não aprovação da Lei Orçamentária *"oportuno tempore"*. Estes dois fatores trouxeram à baila ressentimentos encravados no âmago das pessoas, resultando numa batalha judicial que transcorre às nossas vistas com vitórias e derrotas de forma bilateral, com um só perdedor: o povo Dorense.

20. Até poucos dias, tentou-se viabilizar uma convergência de interesses, no sentido de se conciliar os ânimos e interesses e fazer valer, acima de tudo o bom senso e a democracia. Debalde.

21. Pois bem, em face deste resumido panorama, resta a Justiça posicionar-se no sentido de trazer de volta o estado de legalidade, de direito, para que de forma harmoniosa, independente, autônoma, convivam os poderes do Município de Nossa Senhora das Dores.

22. O que resta desta guerra institucional é o escamoteamento de um dos poderes, o qual não tem o condão de dar a destinação das verbas públicas arrecadadas pelo Município, ficando num segundo plano nesta órbita, e, em contrapartida, o poder que tem a responsabilidade de captar os recursos, não vem cumprindo os mandamentos legais no sentido de suprir as necessidades do primeiro, seja segundo o seu entendimento, seja de acordo com as determinantes contidas nas leis, ou seja: um descaso, e no âmbito legal, tem-se esta como uma gestão inconstitucional.

23. A tentativa de se inviabilizar a atuação do Poder Legislativo, por parte do Poder Executivo é visível. Primeiramente, se entendesse o Chefe do Poder Executivo que em face da não aprovação do orçamento do município para o ano de 1999, não possuía diretrizes para quantificar o valor a ser direcionado àquele poder, deveria tê-lo feito por aproximação ou estimativa. Segundamente: mesmo depois da aprovação da Lei Orçamentária, insiste em não efetuar os repasses devidos — o que, em tese, pode se constituir em crime de responsabilidade — o fazendo, tão-somente, em represália pessoal aos seus integrantes, os quais adotaram uma postura de independência, quando em antanho eram, em sua maioria, subservientes às ações advindas do Poder Executivo, como se pode verificar em resposta à Mandado de Segurança impetrado pelo vereador Valtênio Paes de Oliveira, o qual tramitou neste Juízo.

24. Gize-se que o próprio Poder Executivo afirma que, em média, no ano transato, perfez o repasse mensal de 11,39% (onze vírgula trinta e nove por cento) do arrecadado. Assim sendo poderia, se quisesse, seguir esta linha de procedimento, no início deste ano, em face da ausência de Orçamento, até porque tinha uma base para efetuar tais remessas. “*Contrario sensu*” foi sua ação, cujo objetivo seria (como vem ocorrendo) esfacelar os convergentes interesses e a união dos edis, ora constatada, qual seja: o propósito de diluir a “frente de oposição” recém formada.

25. Noutro campo, tratando a matéria no âmbito legal, cabe a assertiva inicial: o propósito do Poder Legislativo autor merece a guarida da Justiça, para que ocorra um equilíbrio das forças que governam este município, as quais deverão exercer suas atividades numa mesma órbita de igualdade.

26. Trazendo à lume uma questão não levantada pelas partes, já aludida no item 22, na qualidade de “*custus legis*”, o representante do Ministério Público vem discorrer à respeito do contido na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, a qual **dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências**, sendo que, na avaliação destes autos, se confronta com o **controle direto de constitucionalidade, a ser exercido pelo Poder Judiciário**, o que é previsto em nossa “*Lex major*”.

27. Pelo exposto na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, em seu artigo 1º e o parágrafo primeiro, não poderia a Autoridade Judiciária da Comarca de Nossa Senhora das Dores, decidir, como bem o fez — registre-se — a “*vexata quaestio*”, sob o prisma liminar, aqui debatida, senão vejamos, “*verbis*”:

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º. Não será cabível, no Juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou sua liminar, quando o impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal. (grifos nossos)

28. Inobstante tal consideração, apresenta-se “*in casu*”, em face da aberrante ação do Poder Executivo, através de seus atos, direcionados ao entrave do funcionamento do Poder Legislativo, a hipótese do controle difuso de constitucionalidade, antevisto na Constituição Federal em confronto com um mandamento legal decorrente de lei ordinária.

29. Destarte, em fria análise e considerando a hierarquia das ações dos poderes constituídos, recairá sobre os ombros do Poder Judiciário a missão mais gravosa e, por conseguinte, mais

nobre, à qual diz respeito ao controle difuso da constitucionalidade, numa prova de que a regra inserta na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, não é absoluta, e sim relativa.

30. Portanto, para fazer valer o princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes do Município, o Poder Judiciário deverá exercer o controle difuso de constitucionalidade, em razão das ações despropositadas do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo no Município de Nossa Senhora das Dores.

31. Desta forma, objetivando coibir a ação inconstitucional que ora é percebida, a procedência da presente ação se faz imprescindível, e, a possibilidade da presente circunstância ocorrer na avaliação destes autos é perfeitamente possível. Assim, em nos reportando ao Mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua festejada obra CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, às fls. 48 e seguintes, este tem posicionamento que respalda nossa postura, *verbis*:

“O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina constitui também conduta inconstitucional.

De fato, a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, “a”, e III, “a”, “b” e “c”, e art. 103 e seus parágrafos).

(...)

Em suma: à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinado com critérios difuso e concentrado....

De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitu-

cionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo". (grifo nosso)

II. CONCLUSÃO:

Por tudo o acima exposto, vem esta Promotoria, após instada a se manifestar, o fazer no sentido do acatamento da pretensão do Autor, seguindo-se as razões contidas na liminar concedida às fls. 81, de forma a exercitar este Poder Judiciário, o controle difuso de constitucionalidade, antevisto em nossa Lei Maior, e, ao final, que sejam restabelecidos os princípios que a norteiam, especialmente, no que pertine à autonomia e independência dos Poderes, tudo por ser da mais inteira Justiça!

É o Parecer, S. M. J!

Nossa Senhora das Dores (SE), 15 de abril de 1999

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 19ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU / ESTADO DE SERGIPE

“O art. 5º, II, da CF preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas (CF, art. 59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam imposta por uma outra via que não seja a da lei.”

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através dos seus representantes subfirmados, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, Edf. Walter Franco, 4º andar, centro, nesta Capital, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento no art. 129, III da Constituição Federal, na Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública e na Lei nº 8.078/90, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, vem perante Vossa Excelência propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C PEDIDO

LIMINAR, contra a DESO – Companhia de Saneamento de Sergipe, Sociedade de Economia Mista, com sede na Rua Campo do Brito, nº 331, Bairro São José, nesta Capital, para IMPEDIR A ILEGAL COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO, pelas razões de fato e de direito abaixo elencados, dizendo de início para no final requerer o seguinte:

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO — ADMISSIBILIDADE

A Carta Constitucional vigente no artigo 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público o ajuizamento de Ação Civil Pública, visando proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, atribuindo ao “Parquet”, com base em seu novo perfil institucional, a proteção de interesses públicos com reflexo social, tido como coletivos, sejam difusos ou coletivos *stricto sensu*, ademais quando tais interesses possuem reflexo no Código Guardião do Consumidor, cujos mandamentos são de ordem pública e interesse social, conforme estabelecido no art. 1º daquele Diploma Legal.

Assim, com base no artigo 129, III da Carta Magna, corroborado pelo artigo 1º da Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 8.625/93 que dispõe sobre normas gerais, norteadoras da organização do Ministério Público por todos os Estados Brasileiros, além do C.D.C., não podemos duvidar que compete ao Ministério Público proteger interesses públicos e sociais, sendo a Instituição, por disposições legais, elevada à condição de guardião da coisa pública e da sociedade.

Nesse liame, vale transcrever o art. 25 da Lei nº 8.625/92, já mencionada, que amplia a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, senão vejamos:

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

.....

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

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público ou a moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou entidades privadas de que participem.”

Desse modo é dever institucional do Ministério Público, obrigado em razão de ofício, acionar os instrumentos jurídicos disponíveis por lei em defesa do interesse público, como no presente caso onde a DESO vem efetivando a cobrança de tarifa de esgoto, com base em Resolução da própria empresa, que estabelece o “quantum” da cobrança a ser efetivada, tomando por base o consumo de água, sem lei que autorize tal cobrança, estabelecida de forma unilateral pela própria empresa, quando tal serviço é essencial e coletivo, portanto universal, e deveria ser prestado a bem da saúde pública, pelo que se impõe a presente ação, estando evidente a legitimidade do Ministério Público, primitivamente destacada no intuito de evitar procrastinação na defesa dos direitos violados, de interesse público e social.

DO CONTEÚDO FÁTICO

A Promotoria de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, do Ministério Público do Estado de Sergipe, recebeu representação dos moradores do Bairro Industrial, contendo mais de 1.000 (hum mil) assinaturas, pedindo providências acerca da cobrança da tarifa de esgoto, que resultou na reclamação adunada.

Diante da reclamação formalizada, foi notificada a empresa, ora demandada, com a designação de audiência pública para oitiva

das partes envolvidas, sendo os reclamantes representados por comissão de moradores, conforme lista de presença anexa, tendo a empresa, na primeira audiência designada, assumido o compromisso de levantar todas as residências das ruas elencadas na lista apresentada, a fim de detectar, a princípio, outros problemas, não relacionados com a cobrança de tarifa de esgoto, a exemplo da aferição de hidrômetros e instalação deste tipo de equipamento, com a concessão de prazo para tal verificação.

Dando continuidade, na segunda audiência designada, a DESO, registrou que os casos relacionados foram revisados e sanados, com a substituição dos hidrômetros, tudo confirmado pelos interessados presentes, e no que pertine à tarifa de esgoto, pelo representante da empresa, foi registrado que a mesma é cobrada com base no regulamento de serviço da empresa, uma vez que a nível estadual não existia legislação acerca da matéria, e que o valor cobrado representa, a título de serviço de esgoto, 80% do consumo de água, não podendo efetivar qualquer redução, doc. anexo.

Em seguida, objetivando esclarecer melhor a cobrança da tarifa de esgoto, foi designada uma terceira audiência para oitiva final do representante da empresa acerca do respaldo legal daquela tarifa, tudo conforme termo anexo.

Na verdade, a DESO efetiva cobrança de tarifa de esgoto com base em Resolução da própria empresa, alegando que tal percentual foi obtido em decorrência de estudos técnicos, que concluíram que do volume de água utilizado 80% retomavam em forma de esgoto, e que a tarifa de esgoto era cobrada pela empresa com fundamento na Lei Federal nº 6.528/78, regulamentada pelo Decreto nº 82.587/94. Assim, a empresa cobra serviço compulsório através de tarifa, o que contraria o disposto no art. 145, II da Constituição Federal, sem lei que autorize tal cobrança, e ademais sendo serviço público essencial, face à questão de saúde pública, deveria ser custeado através do recolhimento de impostos, pelo que se impõe a presente ação para a tutela do interesse violado, que atinge todos aqueles que vêm pagando encargos, sem previsão legal, violando o princípio da legalidade.

DO SANEAMENTO BÁSICO — INTERESSE PÚBLICO

Os serviços de coleta e tratamento de esgoto, objetivando garantir o saneamento básico, estão diretamente relacionados com a saúde pública, portanto de interesse difuso, prestados a bem da sociedade com um todo.

A própria Constituição Federal deu relevância à saúde, tratando a questão no capítulo da Seguridade Social, tendo como base a disposição legal do art. 193 da Lei Maior, que objetiva o bem-estar e a justiça social, sendo a saúde tratada no art. 196, como direito de todos e dever do Estado, senão vejamos:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Desse modo, cabe ao Estado garantir as ações básicas de saúde, a título universal, valendo a transcrição doutrinária do Prof. José Afonso da Silva:

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle

das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização”.

Ressaltamos ainda que os serviços de saneamento básico, através de coleta e tratamento de esgoto, beneficia a população de maneira uniforme, não podendo ser medido individualmente em relação a cada beneficiário, portanto universal, como bem afirmou a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito Administrativo*, Ed. Atlas: *“Os serviços uti universi são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento”.*

O saneamento básico efetivo não permite que esgotos corram a “céu aberto”, sem qualquer tratamento, e portanto evita a proliferação de vetores (ratos, baratas, mosquitos, etc.), a propagação de doenças, a contaminação do lençol freático, rios, marés, enfim a poluição do meio ambiente, sendo assim essencial, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não tendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos em geral, como bem afirmou o Prof. Hely Lopes Meireles, *in verbis*:

“Serviços ‘uti universi’ ou gerais são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender a coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento, e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua ou para o seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços ‘uti universi’ de-

vem ser mantidos por imposto (tributo geral) e não por taxa ou tarifa que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço”.

Verdadeiramente os serviços de saneamento básico (esgotos) beneficiam a sociedade de forma indistinta, coletar e tratar esgotos é garantia de saúde pública, sendo tais serviços de utilização compulsória, na forma da Lei nº 2.312/54 (Código Nacional de Saúde), que estabelece no art. 11: *“É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente”*, e respectivo regulamento, o Decreto nº 49974-A de 21/01/61, nos arts. 36 e 37; corroborado pela Lei Estadual nº 2.391 de 05/11/82, que trata do sistema estadual de saúde, quando no art. 55 determina que: *“é obrigatório a existência de esgotos sanitários dos edifícios e residências, mormente das localizadas nas zonas urbanas, e a sua ligação à rede pública de coletores de esgotos”*; e ainda com fundamento na Lei nº 637/79, o Código de Higiene Pública do Município de Aracaju, que também obriga a ligação de toda construção habitada à rede de esgoto. Não restando dúvidas de que os serviços de coleta de esgoto sejam obrigatórios, sem opção, de utilização compulsória como já dito, de interesse de toda a coletividade.

DA COBRANÇA EFETIVADA–ILEGALIDADE

Pretende a presente ação coibir a cobrança de tarifa de esgoto, respaldada nos argumentos anteriores, entendendo o Ministério Público, na proteção dos direitos coletivos violados, que a prestação de serviço de saneamento básico é de caráter geral, beneficiando toda comunidade, indistintamente, de natureza *Uti Universi*, pois não podemos negar, como já dito, que a coleta e tratamento de esgotos é questão de saúde pública, protegendo a população da dengue, cólera, hepatite, etc., sem esquecer da proteção, de natureza também difusa, ao meio ambiente, evitando que esgotos *in*

natura sejam lançados diretamente nas vias públicas, no lençol freático, rios, mares e outros, protegendo o meio em que vivemos, garantindo a própria sobrevivência.

Como se não bastassem os argumentos retromencionados, existe o aspecto da ilegalidade da tarifa de esgoto, na forma que vem sendo realizada pela DESO, com base em resolução da própria empresa, sem lei que autorize a cobrança realizada, considerando que o serviço é compulsório, sem opção de escolha para o usuário, que está obrigado a efetivar a ligação da sua residência à rede de esgoto, quando efetivamente instalada, e jamais poderiam os serviços de esgoto, na forma da legislação vigente, serem cobrados através de tarifa. Assim já decidiu a Corte Suprema que taxa e preços não se confunde, estabelecendo a Súmula 545 do STF: *"Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas diferentemente daquelas são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação a lei que a instituiu. O preço público tem caráter contratual, sendo facultativo, não sujeitos ao princípio da legalidade e da anualidade, diferente das taxas, tributos que devem ser criados por lei"*.

Assim, os serviços de esgotos devem ser custeados pelos impostos em geral, face o interesse que tutela, de natureza coletiva, e não podem continuar sendo remunerados através de tarifa, que se presta para o pagamento de serviços "pró-cidadão, isto é aqueles que visam a dar comodidade aos usuários ou a satisfazê-los em suas necessidades pessoais", colocados, facultativamente, à disposição dos interessados.

O patrimônio dos usuários-consumidores está sendo lesado mensalmente e permanecerá se for mantida a cobrança de tarifa de esgoto, através de Resolução administrativa. É gritante o prejuízo financeiro dos consumidores, que são compelidos a pagar tarifa decorrente da prestação de serviço essencial que deveriam ser arcados pela arrecadação dos impostos, ou no mínimo através de taxa, o que não seria ainda adequado, uma vez que é impossível quantificar quanto cada contribuinte usa de esgoto, porém, mais grave é a cobrança por meio de tarifa pela ILEGALIDADE FLAGRANTE.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou o disposto no art. 77 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer no seu art.

145, II, que as taxas, tributos, podem ser instituídos em *“razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”*.

O próprio Código Tributário, no art. 79 estabelece o que seja serviço público específico e divisível, destacando previamente que são aqueles efetivamente usufruídos a qualquer título ou posto potencialmente a disposição do contribuinte, sempre de forma compulsória, definindo como específico aquele que possa ser destacado em “unidade autônoma de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública” e divisível “quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”, o que no caso dos serviços de esgoto torna-se impossível, pois inexistente medidor para auferir quanto cada domicílio produz de matéria orgânica e outros detritos lançados na rede de esgoto.

A instituição de taxa decorre da incidência de fato gerador que importe na prestação de serviço público específico, divisível, colocado, compulsoriamente, a disposição do usuário mesmo que dele não se beneficie diretamente, e sendo o serviço facultativo, será sempre remunerado através de tarifa. Assim, os serviços públicos são remunerados por taxa ou tarifa, sendo através da primeira quando sua utilização pelos administrados seja compulsória, obrigatória, sem opção de escolha, e através de tarifa ou preço público são remunerados os serviços facultativos, posto a disposição para serem utilizados ou não, de acordo com o interesse do usuário, portanto, no caso da cobrança dos serviços de esgotos, JAMAIS poderiam ser remunerados através de tarifa, como vem efetivando a DESO, tendo como base Resolução da própria empresa.

Os serviços de esgotos, na verdade, deveriam ser custeados através de impostos, pois são essenciais e beneficiam toda a sociedade, ou no mínimo, como já dito, através de taxa, instituída por lei, que criaria o tributo com todas as suas implicações decorrentes, estabelecendo o fato gerador, base de cálculo, alíquota, atendendo aos princípios tributários, especialmente os da legalidade e da anterioridade.

Assim para que a tributação através de taxa possa ser válida, é necessário que a mesma seja instituída através de lei, e no en-

tendimento do Prof. Roque A. Carrazza deveriam duas leis serem editadas: *“uma, de natureza administrativa, regulando o exercício do poder de polícia ou a prestação do serviço público e, outra, de índole tributária, qualificando estas atuações estatais e atribuindo-lhe o efeito de, uma vez realizados, darem nascimento, in concreto, à modalidade de tributo, ora em estudo”*.

Arelado aos argumentos legais já efetivados, existe ainda, o aspecto da “discricionariedade” do valor cobrado, quando a DESO, alegando estudos técnicos, cobra a título de esgoto valor sobre a água consumida, estabelecendo, por Resolução própria, sob o nº 004/81, sem ter apresentado os estudos técnicos alegados, que: *“a tarifa de esgoto será igual a 80% do valor da correspondente tarifa de água”*. Obrigando o usuário, consumidor da água, a pagar o valor de esgoto por estimativa, através de tarifa, quando (considerando que o serviço poderia ser remunerado por tarifa) o consumidor só estaria obrigado a pagar por serviço que efetivamente tenha recebido.

Ademais, o percentual de 80% é aleatório, sem respaldo legal, já tendo a empresa, também por Resolução sob o nº 03/85 reduzido o percentual de 80% para 40%, na cobrança da “tarifa” de esgoto, para os conjuntos Brigadeiro Eduardo Gomes, Jardim e outros, alegando características técnicas e sócio-econômicas elegendo percentual sem respaldo legal ou técnico, e por que não 30% ou 50% ou 70%. Já que não existe critérios objetivos. Por que não beneficiar também outros bairros com população de baixa renda?

A cobrança na forma como vem sendo efetivada é inconstitucional, pois viola o art. 145 da Lei Maior, e a legislação ordinária vigente, e deveria ser custeado através da arrecadação dos impostos, face o interesse público, geral, indivisível, atrelado ao aspecto de que não se pode cobrar valor por estimativa, não sendo mensurável o uso efetivo do serviço de esgoto, pelo que se impõe a presente ação coibindo que a ilegalidade da cobrança continue a onerar o cidadão sergipano, quando “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

DO PEDIDO LIMINAR

Estando evidente a ilegalidade da cobrança, na forma efetivada, que viola inclusive mandamento constitucional, onerando o consumidor com pagamento de tarifa sobre serviços públicos essenciais, os quais deveriam ser custeados pelos impostos em geral, ou pelo menos através de taxa instituída por lei, é imperiosa a adoção de medidas urgentes.

Assim, ante o exposto e com base na lei, na doutrina e no direito, estando presentes os pressupostos necessários: “FUMUS BONI JURIS” e “PERICULUM IN MORA”, vem o Ministério Público requerer liminarmente:

- a) Que seja determinado a DESO – Companhia de Saneamento de Sergipe a suspensão imediata da cobrança dos serviços de esgoto, através de tarifa, sob qualquer valor, até o final julgamento da presente ação;
- b) Que sejam oficiados todos os bancos, casas lotéricas e órgãos arrecadadores, a fim de dar conhecimento da medida liminar concedida, no intuito de que recebam o pagamento das faturas do consumo de água com a exclusão do valor da tarifa de esgoto, a partir da data em que for concedido o pedido liminar;
- e) Requer ainda que seja amplamente divulgada a medida liminar nos termos em que for deferida, para que surta os efeitos legais necessários, cumprindo o disposto no art. 94 da Lei nº 8.078, com a publicação de EDITAL no Órgão Oficial do Estado, comunicando acerca da propositura da presente Ação Civil Pública, para que possam os interessados, querendo, intervir no processo, sem prejuízo da completa divulgação pelos meios de comunicação social, por parte dos órgãos alternativos de defesa do consumidor e Ministério Público;
- d) Requerendo por derradeiro que seja fixada multa em caso de descumprimento da Ordem Liminar a ser determinada por Vossa Excelência.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante das razões expositadas requer o Ministério Público:

- 1) citação da demandada, através do seu representante legal, para, querendo, responder a todos os termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão;
- 2) que seja julgada procedente a presente ação, declarando judicialmente a ilegalidade da cobrança de tarifa de esgoto, na forma em que vem sendo efetivada, com base em legislação não recepcionada pela Constituição Federal vigente, através de Resolução, suspendendo definitivamente a cobrança de tarifa de esgoto, sendo determinado à DESO que retire da fatura mensal de água o valor referente à cobrança de esgoto, das pessoas físicas e jurídicas servidas pelas ligações de esgoto, na coleta e tratamento dos despejos de resíduos residenciais, industriais e comerciais;
- 3) requer também que a DESO seja condenada à obrigação de não fazer, abstendo-se da cobrança de qualquer remuneração ou vantagem pecuniária pela coleta e tratamento de esgotos dos domicílios, comércio e indústria, a título de tarifa, sob pena de multa diária;
- 4) que seja declarado ainda o direito de ressarcimento de todos os consumidores lesados, das importâncias pagas, a título de tarifa de esgoto, corrigidos monetariamente, a partir de cada recolhimento, em razão da ilegalidade da cobrança realizada;
- 5) requer ainda a intimação pessoal de todos os atos processuais nos termos do parágrafo 2º do art. 236 do Código de Processo Civil, no endereço indigitado da presente peça;
- 6) requer mais a condenação da demandada no pagamento das despesas e custas processuais relativas à presente ação, dispensando o Ministério Público do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos decorrentes da presente ação, com base na legislação vigente.

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, desde já requeridos, especialmente pelo depoimento pessoal do representante legal da DESO – Companhia de Saneamento de Sergipe, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, a serem oportunamente arroladas, perícia, dentre outras, tudo na forma da lei.

Dá-se à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base na legislação processual civil.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, 09 de dezembro de 1998.

Pedro Iroito Dória Leó
COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL

Maria Lilian Mendes Carvalho
PROMOTORA DE JUSTIÇA

EXMA. SRA. DRA. JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA DE LARANJEIRAS – SE

“A criação de cargos em comissão pela Administração Pública deve atender ao interesse público, que por ser pertinente de toda a sociedade e por ser de todos não é de ninguém.”

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por sua Promotora de Justiça que esta subscreve, na qualidade de Curadora do Patrimônio Público e no uso das atribuições legais que lhe são conferidas pelos arts. 129, inc. III, da Carta Magna, 118, inc. III da Constituição Estadual, pela Lei nº 7.347/85, Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar Estadual nº 02/90, vem perante V. Exa. propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR**, contra o Município de Laranjeiras, pessoa jurídica de direito público interno, com sede nesta cidade, representada pelo Senhor Prefeito Municipal, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir alinhadas:

I. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação decorre primordialmente do art. 129, inc. III, da Constituição Federal ao estabelecer como função institucional do “Parquet” a promoção de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social.

Ademais, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 25, inc. IV, alínea “b” confere, ainda, ao M. Público a incumbência de promover ação civil pública para anular ou declarar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa do Estado ou de Município.

Incumbe, portanto, ao M. Público corroborado, pela Lei nº 7.347/85, defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, zelando pelo efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Confirma a mesma regra o art. 44 da Lei Complementar Estadual nº 02, de 02.11.90, na esteira do novo perfil constitucional do Ministério Público.

II. DOS FUNDAMENTOS

D A NATUREZA DOS CARCOS EM COMISSÃO

Consoante se infere da documentação inclusa, o Município de Laranjeiras vem criando ao longo dos dez últimos anos inúmeros cargos em comissão na sua estrutura administrativa, através de sucessivas leis municipais, com evidente abuso na criação desses cargos, tendo em vista a natureza de suas funções, o que demonstra o nítido propósito de fugir à exigência constitucional do concurso público.

Uma análise apurada das Leis Municipais nºs 387/89, 430/91, 436/92, 444/93, 546/95, 577/96, 597/97 e 583/97 e dos Decretos 08/97, 016/97 e 09/98 revela a utilização indevida desse expediente, com o objetivo claro de burlar o dispositivo legal insculpido no art. 37, II da Constituição Federal.

O eminente Celso Antônio Bandeira de Melo, “in” *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta* ensina que:

“Cargo em Comissão é aquele predisposto ou vocacionado a ser preenchido por um ocupante transitório, de confiança da autoridade que o nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar.”

Exemplo de cargo em comissão é o de chefe ou auxiliar de gabinete, pois “a própria natureza dos serviços que se espera de

quem trabalha em um gabinete exige absoluta confiança da autoridade superior.”

Como bem assinalou o ilustre colega do Ministério Público Sergipano, Luiz Cláudio de Almeida Santos, “in” parecer sobre a matéria, publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, *“se fosse tolerada a interpretação de que a lei pode declarar qualquer cargo de livre nomeação e exoneração, seria possível generalizar a exceção do cargo comissionado e, por tabela, extinguir indiretamente a regra do concurso público, que pressupõe, a seu termo, cargo de provimento efetivo ...”*

Continua ainda, com muita propriedade, o eminente Promotor de Justiça: *“somente quando a confiabilidade for a razão de ser do cargo, a lei estará habilitada a considerá-lo em comissão”*.

Nessa categoria de cargos inserem-se, exclusivamente, as atribuições de **direção, chefia e assessoramento**, conforme dispõe expressamente, o art. 37, inc. V, da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, deixando inequívocas as limitações estabelecidas para a criação de cargos em comissão.

É de se ressaltar, que a Administração Pública submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, seja ao organizar os seus serviços, seja ao prover os seus cargos.

Extraí-se do princípio da legalidade a obrigatoriedade do concurso público, como regra, vedando ao administrador praticar ato que não atenda ao interesse público e do princípio da moralidade, impõe-se a observância da lei jurídica, como também da lei ética da própria instituição.

Portanto, se a Constituição de 1988 já definia os cargos em comissão como de natureza excepcional, agora, com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, o legislador constituinte estabeleceu, de forma expressa e inequívoca que:

Art. 37.

.....

V. as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e

os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Não se concebe, assim, a criação ilimitada de cargos em comissão por qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, não condicionados a uma relação de confiança, a exemplo dos cargos de supervisores, encarregados de manutenção, auxiliares de serviços gerais, encarregados de operações, encarregados de serviços, assistentes de divisão, assistentes de departamentos, agentes de saúde, dentre outros, criados pela Prefeitura Municipal de Laranjeiras, cuja natureza não se coaduna com a especificidade inerente aos cargos comissionados.

DA ABUSIVIDADE DA CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO

Note-se que o Município de Laranjeiras, à partir do ano de 1989, foi criando, com o apoio da Câmara de Vereadores, inúmeros cargos em comissão, sem qualquer critério, e de forma desordenada, ao ponto de existirem mais cargos em comissão do que cargos efetivos na estrutura administrativa municipal.

De conformidade com as leis e decretos municipais, anexados à exordial, o M. Público constatou, perplexo, que o Município de Laranjeiras dispõe de cerca de 1.200 cargos em comissão, o que supera em quatro vezes mais o número de cargos efetivos, sendo que a maioria deles não se destinam às atribuições específicas fixadas na Carta Magna.

Além disso, mesmo no tocante aos cargos de chefia e assessoramento existentes, vislumbra-se, nitidamente, um excesso abusivo desses cargos, fazendo-nos crer que o seu ocupante é chefe exclusivamente de si mesmo, pois só a Lei Municipal nº 430/91 criou 70 (setenta) cargos de chefe de seção e 60 (sessenta) de chefe de divisão, como ainda, a Lei nº 436/92 criou 50 (cinquenta) cargos de Assessor I e 50 (cinquenta) cargos de Assessor

Especial, ou seja, o número de Assessores é infinitamente superior aos de Secretários Municipais, que são em número de 09 (nove), segundo dispõe a Lei nº 444/93.

Hely Lopes Meirelles, "in" Direito Administrativo Brasileiro, registra:

"Observe-se por fim, que a exigência de prévia aprovação em concurso público é para os cargos de provimento efetivo, ou seja, não temporário, não condicionado a uma relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos. Daí porque é dispensado para o preenchimento dos cargos declarados em lei de provimento em comissão, cuja principal característica é a confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, por isso mesmo, nomeáveis e exoneráveis livremente. Não obstante, o STF alertou que a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarado como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso".

Militam também nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins "in" Comentários à Constituição do Brasil:

"Há que se reprimir de forma veemente aquelas hipóteses em que o cargo em comissão é constituído como burla ao preceito constitucional da exigência do concurso público. Esses abusos, ainda que praticados pelo legislador, em nosso entender, são controláveis pelo Poder Judiciário. Se a Constituição referiu-se a cargos em comissão, de sua natureza extrai-se um conteúdo mínimo que não pode deixar de ser exigido. O legislador que o faça estará agredindo a Lei Maior, costeando seus limites, agindo, enfim, sem competência. É matéria, portanto, do controle de constitucionalidade das leis e, conseqüentemente da alçada do Poder Judiciário. Sufragamos inteiramente o entendimento de Dallari, segundo o qual:

“Nem se conta o absurdo de dizer que ao Poder Judiciário é vedado o exame de ocorrência ou não de situações que justifiquem a criação de cargos em comissão. Em caso de impugnação judicial caberá ao impugnado demonstrar objetivamente a ocorrência de tais situações, cabendo ao Juiz convencer-se ou não. O que não se admite é a omissão do Poder Judiciário, pois a Constituição e as leis perdem qualquer sentido sem o exercício da jurisdição. O Juiz nem pode abrir mão do poder-dever de julgar, pois a jurisdição não é uma prerrogativa pessoal do Juiz, mas sim uma garantia constitucional do cidadão”.

É público e notório que em todas as esferas de Poder têm ocorrido freqüentes abusos por parte dos administradores públicos, que utilizam desse expediente, de forma arbitrária, e por vezes eleitoreira, como meio de empregar parentes, amigos e apadrinhados, seja na administração pública federal, estadual e municipal.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DECRETOS MUNICIPAIS

“A doutrina costuma definir como inconstitucional um ato normativo cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, de modo expresso ou implícito, ao conteúdo de dispositivo constitucional”, no dizer de Clèmerson Merlim Clève, “in” A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Como sustenta Marcelo Neves, *“é a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais”.*

Importa verificar, se as mencionadas leis e decretos municipais são compatíveis com o conteúdo do texto constitucional, pois são leis de efeitos concretos, que já trazem em si os resultados administrativos objetivados, sendo passíveis, portanto, de anulação pelas vias processuais.

É de se observar que todas as leis municipais mencionadas foram editadas após a vigência da Carta Magna de 1988, devendo, por isso, guardar uma relação de adequação e compatibilidade não só com os seus preceitos, como também, com os princípios inscritos no corpo constitucional.

O art. 37, inc. V, da Constituição Federal, com a nova redação dada pela emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, visando garantir a exigência do concurso público, bem como, a igualdade de oportunidades e profissionalização no serviço público, impõe regras claras para a criação de cargos em comissão, traçando os contornos específicos que permite verificar se aquele cargo é de molde a ser provido em comissão ou, ao revés, é cargo que poderia ser pertencente ao quadro de cargos de carreira.

Como bem alertou o ilustre colega Luiz Cláudio Almeida Santos, em parecer, já mencionado, *“a lei que institui cargos comissionados deve atender à natureza das funções, sob pena de o legislador-administrador desviar-se dos princípios constitucionais”*.

A simples leitura das tais mencionadas leis municipais revela uma parcial inconstitucionalidade material, pois além de contrariarem o conteúdo do dispositivo constitucional acima indicado, foram editadas *“não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles”*.

Como ensina Clèmerson Merlin Clève, em obra já citada:

“Pode ocorrer inconstitucionalidade material quando a norma editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável.”

A desnecessidade desses cargos é tão flagrante, que o Sr. Prefeito, em Ofício datado de 28 de abril de 1999, informou ao M. Público que, dos 1.208 cargos em comissão existentes na Prefeitura de Laranjeiras, encontram-se preenchidos 738 cargos, o que equivale a dizer, que se encontram vagos 470 cargos comissionados.

Trata-se, na verdade, de desvio ou excesso de poder e manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público.

Cremos que os malfadados atos normativos estão parcialmente contaminados de inconstitucionalidade por violarem direta e indiretamente o texto constitucional e os princípios da legalidade, finalidade e moralidade, no que se referem à criação de cargos comissionados, sem atender a natureza da atividade e sem que a confiabilidade constitua o elemento preponderante do exercício das funções.

À respeito da matéria, trazemos à colação o seguinte aresto do STF:

“A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza; precedentes.”

(ADin 1.141 (ML) — GO — TP — Rel. Min. Sepúlveda Pertence — DJU 04.11 .94)

Importa ressaltar que o objeto da presente ação não é a constitucionalidade em si, nem se pretende a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese. Pretende-se, sim, apenas a solução da questão constitucional na medida em que ela resolve, também, uma determinada situação litigiosa, atacando-se os atos ofensivos praticados com fundamento em lei inconstitucional.

III. DO PEDIDO LIMINAR

A conduta do Município através de seus representantes legais, subvertendo a legalidade e a isonomia que devem presidir a administração pública, com amplos e persistentes reflexos na moralidade administrativa, reclama a adoção de imediata medida judicial, que faça cessar o prosseguimento da atuação impugnada.

Está claramente evidenciada a necessidade de amparo judicial urgente, para afastar de pronto o risco de reiteração de conduta administrativa que se pretende obstar, máxime porque tradutora de permanente inobservância dos postulados maiores da impessoalidade e da igualdade de todos perante a lei expressos na Constituição Federal. Remanesce sempre o perigo de utilização conjuntural dos expedientes aqui guerreados, o que só será prevenido com a imposição liminar de não mais admitir pessoal sem atender os ditames constitucionais.

Diante do exposto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, patenteados pela legislação violada e pelo risco permanente de serem providos os cargos comissionados vagos da Administração Municipal, requer, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, sem justificação prévia, mas após a audiência do representante judicial do MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS, à luz do art. 2º, da Lei nº 8.437/92, no prazo improrrogável de setenta e duas horas, a concessão de MEDIDA LIMINAR para que o Sr. Prefeito Municipal se abstenha de designar ou nomear qualquer pessoa para ocupar os cargos comissionados, ainda não preenchidos, existentes na Prefeitura Municipal de Laranjeiras, até a decisão final transitar em julgado, sob cominação de multa por cada nomeação de R\$ 1.000,00, (mil reais), a ser suportada pelo Tesouro Municipal, sem prejuízo do direito de regresso contra o agente faltoso, e de medidas de ordem penal, sendo a multa destinada ao fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347.85 e seu regulamento.

Requer, outrossim, que se requisite a folha de pagamento de pessoal relativa ao mês de maio do ano em curso.

Requer, uma vez concedida a liminar, que seja encaminhada cópia da decisão à Câmara de Vereadores de Laranjeiras, para conhecimento.

IV. DO PEDIDO PRINCIPAL

Requer ainda:

- a) a citação do Município de Laranjeiras, na pessoa do seu Prefeito, sob pena de revelia e confissão;

- b) o julgamento da procedência da ação, com:
1. a declaração de nulidade de todos os atos e decretos de nomeação e designação para os cargos comissionados, que não se coadunam com o texto constitucional, por serem lesivos ao patrimônio público;
 2. a suspensão imediata de pagamento a todos os servidores ocupantes dos cargos em comissão cuja natureza não esteja em consonância com a previsão constitucional;
 3. a imposição ao Município de Laranjeiras, na pessoa do Sr. Prefeito, da obrigação de não mais designar qualquer funcionário para exercer cargo em comissão fora das atribuições declinadas no texto constitucional;
 4. a condenação do réu no pagamento das custas processuais relativas à presente ação, dispensando o M. Público de desembolso das custas, emolumentos e outros encargos, nos termos do art. 18, da Lei nº 7.347/85.

Se não bastarem as provas previamente constituídas, protesta provar o alegado por todos os meios probatórios admitidos em direito, notadamente depoimento pessoal do Sr. Prefeito Municipal, sob pena de confissão, prova testemunhal e documental, inspeção judicial, auditoria do Tribunal de Contas, e tudo o mais que se fizer necessário ao esclarecimento da verdade.

Dá à causa para efeitos legais o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

P. deferimento.

Laranjeiras, 25 de maio de 1999.

Verônica Lazar Amado
PROMOTORA DE JUSTIÇA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE SÃO CRISTÓVÃO, SERGIPE

“Quando houver perigo de dano grave e irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para adiar-se a adoção de medidas eficazes em função dos custos, para impedir a degradação do meio ambiente.”

(Princípios fundamentais de Direito Ambiental
Princípio da Precaução).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, ora representado pela Promotora de Justiça Curadora do Meio Ambiente que esta subscreve, no exercício de suas atividades institucionais, com fundamento no artigo 129, II e III, da Constituição Federal, artigo 118, incisos II e III da Lei Complementar Estadual nº 02/90, artigos 1º, 3º, 5º, 11 e 12 da Lei 7.347/85, e ainda no artigo 14 da Lei 6.938/81 e demais dispositivos aplicáveis da legislação processual civil, vem ante VOSSA EXCELÊNCIA propor a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR contra

EMURB – EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO DE ARACAJU, entidade paraestatal, constituída sob a forma de empresa pública municipal, portanto, pessoa jurídica de direito privado, representada na pessoa do seu Diretor Presidente, SÉRGIO ARAGÃO ALMEIDA, com endereço à Av. Augusto Franco, nº 3340, Bairro Ponto Novo, Aracaju, Sergipe, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir alinhadas:

LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A legitimidade ativa *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."

A Lei 7.347/85, ao disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conferiu em seu artigo 5º legitimidade extraordinária ao Ministério Público.

Ainda, a Lei 6.938/81, através do artigo 14, § 1º, *in fine*, já havia conferido legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Sendo a EMURB pessoa jurídica de direito privado (empresa pública), conforme comando constitucional (art. 173, § 1º), sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas e, por isso não goza dos privilégios estatais (imunidade tributária, foro privativo, prazos judiciais dilatados, etc.).

"A legitimidade passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais, autárquicas ou paraestatais, porque tanto estas como aquelas podem infringir normas de Direito Material de proteção ao meio ambiente ou ao consumidor, incidindo na previsão do artigo 1º da Lei 7.347/85, expondo-se ao controle judicial de suas condutas." (Helly Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, p. 126, Ed. RT, 17ª ed.).

O FORO COMPETENTE

É este juízo competente para processar e julgar a presente ação civil pública, tendo em vista a disposição da Lei de Ação Civil Pública.

Artigo 2º da Lei 7.347/85:

“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.”

“Sendo o Estado, suas autarquias ou entidades paraestatais interessados na causa, mesmo que a lei estadual lhes dê vara ou juízo privativo na Capital, ainda assim prevalece o foro do local do dano, pois a legislação estadual de organização judiciária não se sobrepõe à norma processual federal que indicou o foro para a ação civil pública”. (Helly Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, p. 127, Ed. RT, 17ª ed.).

Conquanto houvesse interesse do Estado e até mesmo da União, o juízo comum do local do dano é o competente para o processamento da causa. Assim, não há que se falar em foro privativo, muito menos quando se trata de pessoa jurídica de direito privado.

OS FATOS

Através de ofício expedido à ADEMA, esta Promotoria de Justiça solicitou daquele órgão ambiental a realização de perícia na USINA DE CONCRETO ASFÁLTICO localizada na Rodovia João Bebe Água, s/nº, Povoado Cabrita, neste município.

Realizada vistoria em 19/05/99, no período das 14:30 às 15:40 horas, a usina se encontrava em pleno funcionamento, conforme consta no RELATÓRIO Nº 31/99, tendo sido constatado *“todo o sistema de controle de poluentes atmosféricos desligado produzindo poluição ambiental de modo grave, com emissões atmosféricas de*

teor negro nível de densidade 100% ou seja 5 (cinco) na escala RINGELMANN reduzido, possuindo em toda a trajetória do fluxo pontos fugitivos de fumaças e particulados para a atmosfera”.

De acordo com o histórico constante do mesmo RELATÓRIO 31/99, a EMURB foi notificada em 29/07/96, recebeu Auto de Infração nº 02/97, de 30/04/97 pelo não atendimento à Advertência nº 09/96, de 20/07/96, após relatório 21/97.

De igual forma e pelos mesmos motivos, em 18/05/99 foi mais uma vez emitido Auto de Infração 10/99, com a agravante de que, mesmo possuindo o sistema de filtros úmidos, referido sistema não estava sendo utilizado e, em consequência, as emissões eram de teor negro, nível 5 (cinco), 100%.

Em suas conclusões o engenheiro responsável pela fiscalização e signatário do relatório referenciado, se manifesta pela interdição da Usina de Concreto Asfáltico da EMURB, uma vez que este tipo de usina via úmida não atende à legislação ambiental, além de estar produzindo poluição do solo por despejos líquidos, também sem nenhum tipo de controle.

Ressalte-se que a situação detectada em 18/05/99 foi a mesma encontrada em todas as fiscalizações anteriormente realizadas (nível 100%, 5 (cinco) na escala RINGELMANN), além do que, em julho de 1996 e abril de 1997 já havia sido constatada, inclusive, a ausência de licença do órgão ambiental para que a usina pudesse funcionar.

Conforme entendimento técnico esposado nos relatórios 21/97 e 31/99, ora adunados, fica evidenciado que o equipamento de controle de emissão de poluentes existente na usina é obsoleto, e mesmo que estivesse em funcionamento sua eficiência máxima não atende aos requisitos da legislação ambiental, que além da poluição atmosférica gera, outrossim, a poluição hídrica e do solo.

Conclui e recomenda o engenheiro que há no mercado nacional usina de concreto asfáltico tipo VIA SECA, não poluente.

Inquestionável e notória a omissão e descaso da EMURB quanto às providências que há muito deveriam ter sido espontaneamente adotadas, desde o ano de 1996, conforme as orientações do órgão ambiental, em consonância com a legislação vigente.

A poluição ambiental foi constatada e, conseqüentemente, danos ao meio ambiente foram e estão sendo causados.

DO DIREITO MATERIAL

O meio ambiente é um patrimônio público necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. (Lei 6.938/81, Art. 2º, I).

Em sede de interesses difusos o que se objetiva é evitar o dano, mesmo porque a reparação pecuniária não tem o condão de restituir o *statu quo ante*.

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 225:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A Lei 6.938/81 — Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, define e estabelece:

“Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I. meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II. degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III. poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

- b) *criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;*
- c) *afetem desfavoravelmente a biota;*
- d) *afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;*
- e) *lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;*

IV. *poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (...)*

"Art. 14. (...)

*§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade."* (Grifos nossos).

De acordo com a autorização expressa no § 1º do artigo 6º da Lei 6.938/81, o Conselho Estadual de Controle do Meio Ambiente editou a Resolução nº 14/84, dispondo sobre as condições de localização e operação de Usina de Asfalto, uma vez que as características de operação de tais usinas, resultam em forte emissão de poluentes na atmosfera, cujos danos ambientais causados por sua atividade têm sido constatados mesmo quando localizadas em áreas afastadas das zonas urbanas, proibindo, destarte, a instalação e a operação, mesmo em caráter experimental, seja ela de propriedade de entidades públicas ou privadas, sem as licenças prévias previstas na Lei 2. 181/78 e Lei 6.938/81. (Art. 1º).

Ao mesmo tempo a mencionada Resolução 14/84, que entrou em vigor em 11/09/84, concedeu um prazo de 180 (cento e oitenta) dias às usinas de asfalto que já se encontravam em funcionamento, para adequação às suas normas.

Diante dos fatos expostos e da legislação pertinente, restou buscar a preservação do meio ambiente através da presente ação

civil pública, não só para impedir que os danos continuem sendo causados, mas também para repará-los, pois desde as mais remotas gestões da EMURB, seus Diretores se omitiram em adotar as providências que lhes competiam.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer o Ministério Público:

A) LIMINARMENTE:

O transcurso do tempo exigido para tramitação do processo de conhecimento deverá acarretar maiores, mais graves e irreparáveis danos ao meio ambiente, tão castigado pelo descaso da pessoa jurídica responsável pela situação acima exposta.

Qual terá sido a contribuição, durante todos os anos de operação da usina, para o aumento do “buraco” na tão falada camada de ozônio que protege a Terra? Devemos permitir que tal situação persista ao exclusivo arbítrio dos responsáveis, até que manifestem interesse e disposição em solucionar o problema?

“... há ‘Uma Terra Somente’ e há que persistir uma situação que permita uma vida digna da condição humana.”

Confiante na presença dos requisitos necessários a respaldar o pedido de concessão de MEDIDA LIMINAR, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, patenteados por todas as ações encetadas pelo órgão ambiental à demandada, e ainda, por todos os fundamentos e documentos acostados, requer:

- a) seja expedida ORDEM LIMINAR, sem justificação prévia, nos termos do art. 12 da lei 7.347/85, a fim de que a empresa requerida suspenda as atividades da USINA DE CONCRETO ASFÁLTICO, com forte no art. 14, inciso IV da Lei 6.938/81, até que seja providenciada a

- documentação pertinente necessária ao seu funcionamento junto ao órgão ambiental, bem como a apresentação de projeto e instalação de equipamentos eficazes contra a poluição atmosférica, sob pena de multa a ser recolhida ao Fundo de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85 e seu regulamento, Decreto 92.302, de 16.01.86, de conformidade com o artigo 12, § 2º da Lei 7.347/85;
- b) apresentação de Projeto Técnico de controle da poluição, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, aprovado pela ADEMA, em consonância com as exigências legais, inclusive cronograma de execução com início da implementação do projeto, sob pena de execução de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), corrigidos monetariamente;
 - c) determinação do órgão fiscalizador — ADEMA — de acompanhamento de todas as fases de execução, comunicando imediatamente ao juízo a ocorrência de qualquer atraso;
 - d) divulgação da liminar nos locais de costume e FORUM, bem como por outras formas de divulgação e comunicação à Prefeitura Municipal e Câmara de Vereadores.

Requer, ainda, o Ministério Público:

- a) a citação da ré, na pessoa de seu representante legal para, querendo, apresentar defesa, sob pena de revelia;
- b) seja oficiado à ADEMA, comunicando o ajuizamento da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, para que tome conhecimento das determinações contidas na medida liminar, assim também para que informe àquele órgão sobre a aplicação efetiva de penalidades administrativas à ré;
- e) a conversão do pedido liminar em tutela definitiva, sob pena de execução específica e/ou cominação de multa diária, condenando-se a final a ré ao pagamento das custas processuais e demais cominações de lei, dispensando o requerente do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, face ao disposto no art. 18 da Lei 7.347/85;

- d) intimação pessoal de todos os atos processuais nos termos do parágrafo 2º do art. 236 do Caderno Processual Civil;
- e) protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial e especialmente, depoimento pessoal do representante legal da requerida, sob pena de confissão, sem prejuízo dos demais meios de prova admitidos em direito, julgando-se, afinal, procedente o pedido, condenando-se a ré a reparar os danos causados ao meio ambiente.

Dá-se à presente o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os efeitos legais.

Pede deferimento.

São Cristóvão, 11 de junho de 1999.

Ana Galgane Paes
PROMOTORA DE JUSTIÇA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 15ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU / ESTADO DE SERGIPE

“O juiz, reconhecendo que houve cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor, ou que houve fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever efetivamente o contrato. Caso não haja acordo, na sentença deverá o magistrado, atendendo aos princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio que devem presidir as relações de consumo, estipular a nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá sentença determinativa, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída.”

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através dos seus representantes subfirmados, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, Edif. Walter Franco, 4º andar, centro, nesta Capital, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento no art. 129, III da Constituição Federal, na Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública e nos artigos 6º, V, 53, § 3º, 81, 82, 111, todos da Lei nº 8.078/90, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, vem perante Vossa Excelência propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C PEDIDO LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE, contra as empresas a seguir nominadas e qualificadas:

FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A, CGC nº 47.896.709/0001-80, com sede na Alameda Rio Negro, 433, 1º andar, Alphaville – Barueri/SP;

BMG LEASING S/A – Arrendamento Mercantil, CGC nº 34.265.56/0001-34, com sede na Rua Flávio Annes Guimarães, 235 – Contagem/MG;

FORD FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA., CGC nº 01.855.244/0001-19, com sede na Av. do Taboão, 899, prédio 6, sala 5 – São Bernardo do Campo/SP;

FORD LEASING S.A – Arrendamento Mercantil, CGC nº 47.509.120/0001-82, com sede na Av. do Taboão, 899, prédio 6, sala 4 – São Bernardo do Campo/SP;

GM FACTORING – Sociedade de Fomento Comercial Ltda., CGC nº 96.612.718/0001-08, com sede na Av. Goiás, 1.805 – São Caetano do Sul/SP;

GM LEASING S/A, CGC nº 59.274.605/0001-13, com sede na Av. Goiás, 1.805 – São Caetano do Sul/SP;

WOLKSWAGEM SERVIÇOS S.A, CGC nº 54.204.102/0001-58, com sede na Rua Wolkswagem, 291, 4º andar;

MMC AUTOMOTORES DO BRASIL LTDA., Rua Maestro Joaquim Cappachi, 165, Vila Furchal, São Paulo/SP;

FIBRA LEASING S.A. – Arrendamento Mercantil, CGC nº 71.590.798/0001-17, com sede na Rua Eng. Rebouças, 964 – São Caetano do Sul;

FIAT LEASING S.A. – Arrendamento Mercantil, CGC nº 61.190.658/0001-06, Barueri/SP;

BOZANO SIMONSEN LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL, CGC nº 42.291.245/0001-65, com sede na Av. Rio Branco, 138, 5º andar – Rio de Janeiro/RJ, pelas razões de fato e de direito a seguir nominadas, dizendo de início para no final requerer o seguinte:

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ADMISSIBILIDADE

A Carta Constitucional vigente no artigo 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público o ajuizamento de Ação Civil Pública, visando proteger o patrimônio

público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, atribuindo ao "Parquet", com base em seu novo perfil institucional, a proteção de interesses públicos com reflexo social, tido como coletivos, sejam difusos ou coletivos *stricto sensu*, ademais quando tais interesses possuem reflexos diretos no Código Guardião do consumidor, cujos mandamentos são de ordem pública e interesse social, conforme estabelecido no art. 1º daquele Diploma Legal.

Assim, com base no artigo 129, III da Carta Magna, corrobora-se pelo artigo 1º da Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 8.625/93 que dispõe sobre normas gerais, norteadoras da organização do Ministério Público por todos os Estados Brasileiros, além do C.D.C., não podemos duvidar que compete ao Ministério Público proteger interesses públicos e sociais, sendo a Instituição, por disposições legais, elevada à condição de guardião da coisa pública e da sociedade.

Nesse liame, vale transcrever o art. 25 da Lei nº 8.625/92, já mencionada, que amplia a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, senão vejamos:

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

.....

IV. promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei;

*a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao **consumidor**, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;"*
(grifamos).

O corpo legislativo supracitado torna inexorável a legitimação do "Parquet", quando defende em juízo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos advindos da celebração de contrato

de financiamento, compra e venda e arrendamento mercantil (leasing) por uma ampla categoria de consumidores, visivelmente prejudicados com o desequilíbrio das avenças de consumo por força da abrupta mudança na política econômica cambial, e ainda da identificação de algumas cláusulas abusivas, que ferem frontalmente o arcabouço jurídico de proteção ao consumidor. A propósito o art. 51 § 4º, do CDC, reza. *“É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações da partes”*.

Desse modo é dever institucional do Ministério Público, obrigado em razão de ofício, acionar os instrumentos jurídicos disponíveis por lei em defesa do interesse coletivo do consumidor que firmou contrato com correção baseado na variação do dólar face à moeda nacional. Assim, apesar da farta divulgação do Governo de que o Real era uma moeda forte, induzindo toda a sociedade a acreditar na estabilidade econômica, estando todos os consumidores agora em situação vexatória, quando o poder aquisitivo dos salários continua o mesmo, e a prestação contratual foi majorada em mais de 50%, pelo que se impõe a presente ação, estando evidente a legitimidade do Ministério Público, primitivamente destacada no intuito de evitar procrastinação na defesa dos direitos violados, de interesse público e social.

DO CONTEÚDO FÁTICO

A Promotoria de Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública, do Ministério Público do Estado de Sergipe, recebeu diversas reclamações de consumidores, conforme fotocópias adunadas, os quais alegavam que em razão da mudança da política cambial foram surpreendidos com o aumento exorbitante das prestações dos contratos firmados, para a aquisição de veículos, cujo indexador é o Dólar Americano. Assim, as mensalidades

contratuais foram majoradas em mais de 50%, o que não corresponde à realidade econômica e salarial do país e à prometida estabilidade da economia.

Efetivamente, o povo brasileiro ao longo de décadas vem enfrentando dificuldades em razão dos problemas da economia nacional, repleta de disparidades e contrastes, onde poucos ganham muito. A grande maioria só perde com tal situação, levando ao empobrecimento da sociedade, e conseqüente aumento da miséria.

Durante longos anos a nação brasileira se viu submersa em inflação galopante, que chegou a índice alarmante, beirando ao percentual de 80% ao mês, corroendo os salários, o poder aquisitivo da população, e porque não dizer, o próprio povo que já vivia sem esperança, e numa verdadeira guerra pela sobrevivência.

Inúmeros planos econômicos foram postos em prática sem sucesso, onde qualquer sinal de melhora era logo sufocado pelo monstro da inflação.

Contudo a partir do Governo do então Presidente Itamar Franco, foi estabelecido o PLANO REAL que de alguma forma conseguiu frear o ímpeto da inflação e obteve o milagre de produzir uma deflação em alguns raros períodos, restabelecendo o ânimo do povo “profissão esperança”.

Após a implantação do Plano Real, e até a derrocada da última crise instalada em janeiro/99, ao Governo Federal coube a tarefa de manter a estabilidade da moeda nacional, anunciando a sua valorização como um dos pilares da economia, sendo que o real chegou a ser equiparado, num primeiro momento, ao dólar americano, com propaganda inclusive na imprensa falada e escrita, garantindo o valor da nossa moeda, quando toda a situação econômica estava vigiada através do Banco Central do Brasil, que monitorava a variação do câmbio, assegurando o tão sonhado equilíbrio econômico.

Vale registrar que toda essa estabilidade representou um alto sacrifício para o povo brasileiro, pois em que pese um curto período de fôlego em relação a alta desordenada dos preços, por outro lado tivemos (e estamos) enfrentando as conseqüências de um quadro recessivo, de desemprego, aumento das taxas de juros, crescimento do déficit na balança comercial, desmantelamento da

indústria nacional, e mazelas, criadas por tal situação (miséria, aumento da violência, problemas sociais....), contudo sem a monstruosidade feroz da inflação e elevação desenfreada dos preços.

No entanto, a partir de janeiro/99, a economia sofreu mudança de rumo, permitindo o Governo a livre flutuação do câmbio, gerando uma insegurança total no mercado interno, com reflexos internacionais, deixando toda a sociedade atônita, e principalmente os consumidores que firmaram contratos com base na variação cambial, com a escalada estratosférica do dólar americano em detrimento da moeda nacional, atingindo de imediato o poder aquisitivo e o salário (para aquele que ainda possui emprego).

O consumidor foi levado, e até mesmo obrigado a firmar contrato de leasing e financiamento com indexador em dólar, quando àquela época o objetivo do reajuste era tão somente garantir a atualização da moeda, e não transformar tal variação em um plus sobre o preço do bem adquirido, resultando num enriquecimento ilícito do lado mais forte, o agente financeiro, em detrimento do consumidor, o que a lei não acolhe, nem o direito, merecendo a reprimenda judicial.

Assim, dentro do quadro caótica instalado, temos o desespero de milhares de consumidores que cancelaram contrato de financiamento, arrendamento mercantil ("leasing") ou compra e venda, todos atrelados ao dólar, que da noite para o dia foram atingidos pela absoluta desproporção do contrato em relação ao bem adquirido, onde o veículo que em dezembro/98 custava, por exemplo, R\$ 12.000,00, sendo financiado à época, a partir de janeiro/99, passou o devedor a ter que pagar por esse mesmo veículo um preço superior a R\$ 20.000,00, numa oneração gritante. Vale lembrar, no exemplo em tela, referente a aquisição do veículo automotor, que o mesmo ao sair da concessionária tem o seu preço desvalorizado e a medida que vai sendo utilizado o valor tende a cair mais ainda, entretanto em situação oposta está o crescimento injustificado das prestações, superior ao processo inflacionário e conseqüente correção da moeda praticada no país, e muito menos estão em desacordo com o ganho salarial obtido durante o "Plano Real", que para a grande maioria não foi nenhum, pelo contrário,

foram observadas consideráveis perdas salarial com o aumento da carga tributária (alíquota do imposto de renda, CPMF e outras), atreladas ao fato da não reposição sequer da inflação do período.

Como Vossa Excelência pode observar, a manutenção do *"status quo"*, resultará num lucro nunca visto para as entidades requeridas, propiciando um enriquecimento ilícito, um prejuízo para os consumidores, pois aquele, por exemplo, que iniciou o pagamento de uma prestação equivalente a US\$ 400,00, que era equiparado a R\$ 400,00, atualmente estaria desembolsando o valor correspondente a aproximadamente R\$ 800,00, apesar da desvalorização do bem e do orçamento familiar, quando os salários permanecem o mesmo, sem esquecer as perdas do período.

É bom lembrar, para melhor elucidar a situação de desigualdade criada, que até o mês de dezembro do ano de 1998, o dólar vinha mantendo, por vários anos, desde 1994, uma variação compatível com os demais indexadores da economia (INPC, IGPM, IPC, etc.), gerando no espírito dos consumidores a legítima expectativa de que o indexador estabelecido contratualmente (variação cambial), só estaria a recompor as perdas causadas em função da correção da moeda.

A prevalecer a situação ora trazida para apreciação, os demandados, como já dito, sugarão um lucro incomensurável, em detrimento de gravoso ônus ao consumidor, parte mais fraca da relação, pelo que se impõe a presente ação para que seja restabelecido o equilíbrio contratual em razão dos fatos supervenientes que tornaram as condições contratuais excessivamente onerosas, com a conseqüente revisão das cláusulas contratuais pactuadas, questionando também a validade da contratação tendo como parâmetro a indexação da moeda norte-americana, sem esquecer também a cobrança abusivas de multas de mora superior a 2% e outras práticas contrárias à sistemática do Código Guardião do Consumidor, cabendo ao Poder Judiciário Pátrio combater de forma incisiva todos os gravamos contrária a lei e a Ordem Jurídica vigente.

DO DIREITO

DA CONTRATAÇÃO EM DÓLAR

Inicialmente, importa frisar o campo de incidência da presente ação civil pública que objetiva precipuamente a revisão dos contratos celebrados com base na variação cambial, sejam aqueles de compra e venda, financiamento pura e simplesmente ou de arrendamento mercantil, denominado de “leasing”. O Decreto-Lei nº 857/69, determina genericamente que é defeso o pagamento em moeda estrangeira, excetuando-se algumas obrigações internacionais enumeradas. Vejamos “*ipsis literis*” o art. 1º:

“São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil estipulem pagamento em ouro em moeda estrangeira ou por alguma forma restrinjam ou recusem , nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.”

Tal preceito também encontrou agasalho legal no art. 6º, da Lei nº 8.880/94, que reza:

“É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.”

Por outro lado o parágrafo 3º, do art. 53, do Código de Defesa de Consumidor engrossa a legislação em vigor no sentido de não permitir a cláusula de correção, tendo por indexador moeda estrangeira:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como

nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão de inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 3º. Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional”.

Nelson Nery Júnior in “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, 5ª edição, editora Forense Universitária, manifestou-se sobre a matéria na seguinte forma:

“CONTRATOS DE CONSUMO EXPRESSOS EM MOEDA CORRENTE NACIONAL — O Código não admite que os contratos de consumo sejam expressos em moeda estrangeira ou outro fator de indexação, ainda que oficial. Exige que os contratos sejam celebrados tendo como padrão a moeda corrente nacional, que é o real. Acabou-se a possibilidade de haver dolarização, betenização e quejandos como parâmetros monetários dos contratos de consumo.”

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu contra a impossibilidade de estipular-se como indexador moeda estrangeira.

Vejamos:

É taxativamente vedada a estipulação, em contratos exeqüíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto eqüivalendo calcular a dívida com indexação ao dólar norte-americano (Repertório IOB, 8723:310)

COMERCIAL E PROCESSUAL – ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING), GARANTIDO POR CAMBI-

AL – ILIQUIDEZ. O princípio, assim consubstanciado no verbete 60/STJ e revigorado pelo legislador que, com a vigência do Código do Consumidor, passou a coibir cláusulas, cuja pactuação importe no cerceio da livre manifestação da vontade do consumidor (Resp. 82262/RJ – Terceira Turma – Rel. Ministro Waldemar Zveiter. STJ)

ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING DE VEÍCULO. Cláusula, em contrato de arrendamento mercantil, de reajustamento da dívida pela paridade com moeda estrangeira. O artigo 38 da Resolução 980/84 do Banco Central extravasa o permissivo do inciso V do artigo 2º do Decreto-Lei 857/69, contrariando, assim o disposto no artigo 1º do aludido Decreto-Lei, que veda a estipulação em contratos exeqüíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto eqüivalendo calcular a dívida com indexação ao dólar, e não ao índice oficial... (STJ)-RESP. 12523 – Min. Athos Carneiro).

Em nosso ordenamento jurídico, salvo algumas hipóteses legais, é nula a cláusula de correção vinculada à variação cambial, tendo em vista a vigência na atualidade do Decreto-Lei nº 857/69, recepcionado pela Carta Magna de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 8.880/94. Este último diploma legal traz exceções, permitindo a edição de lei federal, que autorize expressamente a inclusão de cláusula de reajuste adstrita à oscilação do câmbio, bem assim nos casos de contrato de arrendamento mercantil, disciplinados pela resolução nº 2.039/96, baixada pelo Banco Central, mas desde que entre pessoas domiciliadas e residentes no Brasil, tendo por base a captação dos recursos no exterior.

De observar-se que as restritas permissões para a celebração de contratos indexados ao dólar pelo Decreto-Lei nº 857/69 e pela Lei nº 8.880, de 27.05.94, não impedem a procedência do presente pedido enraizado especialmente na existência de cláusula

las abusivas e na necessidade de revisão contratual, oriunda do desequilíbrio econômico ocorrido em virtude da surpreendente mudança da política monetária.

Diante do acima exposto, fica evidenciada a impossibilidade da permanência da utilização do dólar como indexador, devendo ser determinado judicialmente a substituição desse fator de indexação contratual pelo INPC (índice nacional de preços ao consumidor), ou outro índice oficial em nosso país, para que se alcance o almejado equilíbrio das avenças.

DA REVISÃO CONTRATUAL

A antiga “teoria da imprevisão”, consagrada pela cláusula “*rebus sic stantibus*”, implícita em qualquer contrato, propicia a revisão contratual em virtude da ocorrência de fato superveniente e imprevisível, que causou o desequilíbrio econômico do contrato, favorecendo o enriquecimento ilícito por um dos contratantes em detrimento do outro. Esta teoria veio mitigar o princípio civilista de que o contrato é lei entre as partes, *pacta sunt servanda*, que se aplicado sem temperamentos gera grandes injustiças.

O Código de Defesa do Consumidor, quando elencou os direitos básicos, sabiamente reproduziu de forma expressa o princípio da cláusula “*rebus sic stantibus*”, trazendo uma inovação, qual seja, a dispensa da imprevisibilidade como condição para reexame da avença, bastando a ocorrência de fato superveniente que provoque a onerosidade excessiva para uma das partes ou para ambas, isto é, a ruptura do famigerado equilíbrio contratual.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

....

V. a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que a tornem excessivamente onerosas.

O eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira comenta o art. 6º, V, na forma seguinte:

“Cabe frisar, igualmente, que o art. 6º, inciso V, do CDC institui, como direito do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais, fazendo pensar que não só a nulidade absoluta serviria como sanção, mas também que seria possível ao juiz modificar o conteúdo negocial.

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. (Instituições de Direito Civil, vol. 3, 10 Ed., 1996, págs. 297 e 299).”

José Geraldo Brito Filomeno, in *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, editora Forense, 5ª edição, pág. 116, com maestria afirma: *“Fica ainda definitivamente consagrada entre nós a cláusula rebus sic stantibus, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuseram ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas”.*

No caso “sub judice”, o consumidor firmou contratos com reajustes vinculados à variação do câmbio, na certeza de seu adimplemento contratual, tendo em vista a conjuntura econômica da época em que foram celebradas tais avenças, que acenava com a estabilidade da moeda brasileira então equiparada ao dólar americano. Todavia, os contratantes surpreenderam-se com a modificação inesperada das diretrizes da política monetária, o que acar-

retou o aumento exagerado e imprevisível da cotação do dólar, tornando inviável a quitação dos contratos que têm como fator de indexação dessa moeda.

O contrato celebrado pelos consumidores com as empresas requeridas sofreu ampla alteração nas condições de execução, com ônus demasiado para o consumidor e lucro sem limites auferido pelas empresas-rés, restando postergada a comutatividade contratual, que chega ao limiar do enriquecimento ilícito.

Sobre o tema mais uma vez trazemos à baila os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

*“Todo contrato é previsão, e em todo contrato houve margem de oscilação de ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Mas quando é ultrapassado um grau de razoabilidade que o jogo da livre concorrência tolera, e quando atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que então o nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve a outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício. Sentido que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste quando a força das circunstâncias ambiente viesse criar um estudo contrário ao princípio da justiça do contrato. E acordou de seu sono milenar um velho instituto que a desenvoltura individualista havia relegado ao abandono do contrato em razão da onerosidade excessiva da prestação (**Instituições de Direito Civil**, vol. III, 10ª ed., Rio de Janeiro – Forense, 1996, p.98).”*

O fato superveniente consistiu em um evento imprevisível, proveniente da elevação do dólar a patamares nunca vistos durante o período de vigência do Plano Real. O consumidor não poderia prever quando da adesão dos contratos de compra e venda, mútuo

ou de “leasing”. Portanto, é direito elementar do consumidor postular a adequação contratual mediante inserção de um índice compatível com a situação econômico-financeira do país, que contemple a perda do poder aquisitivo da moeda e não favoreça o enriquecimento ilícito à parte economicamente mais forte, devendo incidir a cláusula “*rebus sic stantibus*”, o contrato tem de ser mantido sob o véu das condições econômicas que envolveram sua celebração. A jurisprudência pátria respalda tal posicionamento:

“A prestação contratual, em havendo expressão econômica, deve mantê-la durante a avença. Caso contrário, haverá enriquecimento ilícito para uma das partes. Leis subsequentes à avença, visando o conservar o valor, devem ser levadas em consideração. O “pacta sunt servanda” deve ser compatibilizado com a cláusula “rebus sic stantibus” (RESP. 128307/MG, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – STJ).

ou

O princípio – “pacta sunt servanda” — deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço a realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula “rebus sic standibus” cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período mercê da instabilidade econômica, provoca dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restará comprovado que o último reajuste do preço ficará bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo (RESP. 97565, 16/12/96 – Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro).

CLÁUSULA REBUS SIC STANDIBUS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CONSTRUÇÃO E

VENDA DE UNIDADE HABITACIONAL EM PRÉDIO EM CONDOMÍNIO. Pretensão da construtora e vendedora em correção monetária das parcelas devidas com e após a entrega das chaves. Contrato avençado durante o Plano Cruzado I. A correção monetária, como um aspecto diferenciado da teoria da imprevisão no contexto peculiar da economia brasileira, pode incidir mesmo nos contratos avençados sem a sua previsão. Contrato firmado durante o Plano Cruzado I sob custos congelados e geral expectativa, em todas as classes sociais e com raras exceções de que a inflação estivesse debelada ou reduzida a razoáveis proporções, permitindo assim a contratação de construções por preço acrescido apenas de juros. Retomada da inflação, autorizadora da atualização da moeda desvalorizada a ponto de afetar a comutatividade contratual” (RESP. 8473 – Min. Athos Carneiro – STJ).

Registre-se ainda que na hipótese “*sub examine*”, a correção monetária não pode ser instrumento de majoração do preço. Admitir-se o preavalecimento da indexação ao dólar seria o mesmo que proclamar o direito a usura. A respeito do tema, os tribunais decidiram na forma seguinte:

A jurisprudência do STJ firmou que a correção monetária incide sempre a partir do vencimento da dívida, partindo do princípio de que o reajustamento monetário não dá nem tira nada de ninguém, mas apenas corrige o valor aquisitivo da moeda, mormente quando a dívida é de valor (RESP. 7.098 – STJ Min. Waldemar Zveiter).

A correção monetária não constitui parcela que se agrega ao principal, mas simples recomposição do valor e poder aquisitivo do mesmo. Trata-se, apenas,

na verdade, de nova expressão monetária do valor monetário aviltado pela inflação. Quem recebe com correção monetária não recebe um plus, mas apenas o que lhe é devido, em forma atualizada (JTA, 109/372).

Importa transcrever a doutrina difundida por Arruda Alvim e outros, constante na obra *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, editora RT, 2ª edição:

"Havendo, todavia, alterações econômicas, que tornem imperativa a alteração do preço do contrato, tal deverá ser feito de comum acordo, entre fornecedor e consumidor, que, conjuntamente, deverão discutir as novas bases do contrato". (p. 254).

E, ainda:

"A existência de vantagens exageradas deve vir a ensejar a declaração de nulidade da cláusula conforme o disposto no parágrafo quarto, do artigo 51, in fine ('... declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código, ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes')." (p.255).

A elevação exagerada das prestações nos contratos de compra e venda, mútuo, "leasing", em tela, devido ao disparado aumento do dólar americano fere a noção básica de correção, produzindo lucro descomunal às entidades-rés, em prejuízo da coletividade de consumidores, que valeram-se da variação cambial, impulsionados pela política monetária do Plano Real.

À vista das razões expendidas, urge seja feita a revisão judicial do contrato, consoante preceitua o art. 6º, inciso V, do CDC, que afiança ao consumidor o direito básico de não aceitar correção da dívida quando esta se tomar desproporcional ou excessivamente onerosa.

DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS — NULIDADES

A presente ação tem como escopo também corrigir os abusos praticados pelos demandados, que utilizando-se de contratos em massa, os chamados contrato de adesão, efetivam práticas abusivas que devem ser declaradas nulas de pleno direito na forma do art. 51 do C.D.C.

Inicialmente vale registrar que todos os instrumentos contratuais maculam o disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 54 do C.D.C., que exigem que os contratos sejam redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, objetivando facilitar a compreensão do contratante-consumidor, exigindo que seja dado destaque às cláusulas que limitam o direito dos consumidores, o que também não foi atendido.

Assim, como bem registrou o Prof. Nelson Nery Júnior: *“Diante da nova regra, os fornecedores de produto e serviços, inclusive o Poder Público, deverão promover completa revisão cm seus formulários padrão, a fim de adaptá-los às exigências do C.D.C.”*

Outrossim, verificamos também que algumas empresas estão violando o disposto no art. 52, § 1º do CDC, no que pertine à cobrança de multa de mora além do percentual de 2%, a exemplo da FINASA e WOLKSWAGEM, sendo que a primeira além dos 2% cobra também 10% a título de mora, num total portanto de 12%, e a segunda cobra multa de 10% em decorrência da inadimplência do consumidor, valendo a transcrição do dispositivo supra que assim estabelece:

“As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.”

Não obstante o claro comando legal, algumas empresas continuam efetivando a cobrança de valores correspondente a 10% do valor da prestação, contrariando dispositivo de ordem pública e interesse social.

Tal prática indevida não pode ser acolhida, cabendo a devida reprimenda do Poder Judiciário, que deve impor a aplicação do

disposto no parágrafo único do art. 42 do CDC, atendendo ao comando da lei, que as cobranças efetivadas indevidamente, sejam restituídas em dobro a todos os consumidores, nos exatos termos do parágrafo único do artigo citado:

“Art. 42. (...)

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

No que pertine à cobrança de honorários advocatícios e comissão de permanência cumulada com correção monetária (sendo através da variação cambial, caso dos contratos adunados), cabe registrar que a Portaria nº 4 de 13 de março de 1998, expedida pelo Ministério da Justiça, através da Secretaria de Direito Econômico, senão vejamos:

“Divulgar, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90, e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito:

(...)

7. estabeleçam cumulativamente a cobrança de comissão de permanência e correção monetária.

(...)

9. obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que haja ajuizamento de ação correspondente.”

Destacamos que o elenco previsto no art. 51 da Lei nº 8.078/90, determina a nulidade de pleno das cláusulas que impliquem desvantagem exagerada para o consumidor, bem como aquelas consideradas iníquas e abusivas (art. 51, IV, § 1º), não sendo o rol taxativo, adstrito ao *numerus clausus*, e assim aquela prática que

viole a sistemática do CDC, poderá ser declarada nula de pleno direito.

Acerca da matéria indigitamos as decisões judiciais a seguir, formando a jurisprudência dominante:

“O transindividualismo e a relevância social permitem a derrogação da lex private pelo jus cogens, com anulação paricla de pacto que admita a cobrança cumulada de comissão de permanência com correção monetária e de multa acima de 2% do valor devido.” (Ap. Cível nº 235.996.4 – Rel. Juiz Páris Pena)

E mais,

“Indevida a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária.” (Ap. Cível nº 242.604-2 – Rel. Juiz Edivaldo George).

Ademais, o consumidor não pode ser penalizado com a cobrança de honorários advocatícios, na via administrativa, desde quando este não contratou os serviços de advogado, sendo as despesas para aquele tipo de cobrança integrantes do risco da atividade econômica, da mesma forma abusiva é a fixação do percentual de 20% de honorários advocatícios, no caso de cobrança judicial, quando tal encargo em decorrência da sucumbência deverá ser fixado pela Autoridade Julgadora, entre 10% a 20% sobre o valor da condenação, observando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, conforme estabelece o § 3º do art. 20 do Caderno Processual Civil, na subsidiariedade permitida. Portanto, a fixação de honorários na via administrativa é completamente abusiva, e o percentual já previamente fixado, de forma unilateral, na base de 20%, para cobrança judicial, contraria a legislação vigente.

Assim, atendendo a nova concepção contratual, que coíbe práticas abusivas, com vantagem exagerada, não permitindo que uma parte submeta-se aos desígnios da outra, e que os contratos

firmados não atenderam aos requisitos de admissibilidades do Código de Defesa do Consumidor, é imperiosa a anulação de todas as cláusulas que estejam em desacordo com a lei, impliquem em desvantagem e quebra de igualdade contratual entre as partes.

DA MEDIDA LIMINAR “INAUDITA ALTERA PARS” NECESSIDADE IMPERIOSA

Estando evidente os danos causados aos consumidores-contratantes, que se encontram em situação desesperadora, quando surpreendidos pelo aumento exorbitante do dólar em relação ao real, quebrando abruptamente o prometido equilíbrio da economia, sem a correspondente reposição salarial, inviabilizando o cumprimento dos contratos, é indispensável a adoção de medidas urgentes a fim de evitar uma inadimplência generalizada.

Impõe-se, no caso “sub judice”, a concessão de medida liminar nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, que estabelece a Ação Civil Pública, uma vez que estão presentes os pressupostos necessários: *FUMUS BONI JURIS* e *PERICULUM IN MORA*.

O consumidor que não teve qualquer aumento ou reposição em sua fonte de renda, como já dito, que permanece com o mesmo orçamento familiar, cada vez mais apertado em razão do aumento de encargos, por exemplo, da carga tributária, é obrigado a pagar quase que o dobro de uma prestação, sendo levado a situação de inadimplência e a conseqüente inscrição do seu nome no SPC, SERASA, Cartórios de Protestos e outras situações vexatórias que maculam a honra e a imagem do cidadão, valendo a transcrição do Prof. Camargo Mancuso: *“Importante é evitar o dano, até porque o sucedâneo da reparação pecuniária não tem o condão de restituir o “status quo”.*

Não resta dúvida que o CDC, no seu art. 6º, V, enuncia como direito básico do consumidor o pleito de alteração do conteúdo contratual em razão de mudança superveniente à celebração do ajuste, que implique onerosidade excessiva para o consumidor, autorizando, o dispositivo mencionado, o Poder Judiciário realizar

o controle efetivo dos contratos. O contrato não serve tão somente a vontade das partes, mas ao interesse geral na nova concepção social dos contratos, atrelado à lei e aos efeitos sociais.

A hipótese de concessão de medida liminar também foi contemplada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

(...)

“§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

Assim, diante do exposto, com base na lei, na doutrina e no direito, estando presentes os pressupostos necessários, como já registrado: *FUMUS BONI JURIS* e *PERICULUM IN MORA*, vem o Ministério Público requerer liminarmente, “inaudita altera parte”, o seguinte:

- 1) Que as empresas-rés sejam compelidas a receberem os valores das parcelas mensais decorrentes dos contratos firmados, vencidas e vincendas, a partir de janeiro/99, corrigidas pelo INPC (Índice Nacional de Preço ao Consumidor), ou outro índice oficial que Vossa Excelência entenda pertinente, que deverá substituir a variação cambial, incidindo sobre o valor em real da parcela paga no mês de dezembro/98, devendo os réus emitirem novos boletos de cobrança para os contratos celebrados, no prazo de 10 dias, sob pena de pagamento através de depósito bancário na instituição financeira encarregada do recebimento, na forma contratada;
- 2) Que seja determinada a remessa de ofício a todas as instituições bancárias que atuam na Comarca de

Aracaju, a fim de que tomem conhecimento do teor da Medida Liminar concedida, para que não se furtem de receber as prestações dos consumidores;

- 3) Que seja determinada a publicação do Edital de que trata o art. 94 do C.D.C., para conhecimento dos interessados;
- 4) Requer por derradeiro, que seja fixada multa diária, em caso de descumprimento da Ordem Liminar a ser determinada por Vossa Excelência, atendendo ao disposto no art. 84, §§ 3º e 4º do C.D.C.

DO PEDIDO FINAL

Requer o Ministério Público o seguinte:

- 1) procedência da presente ação em todos os seus termos, sendo determinada a revisão de todos os contratos vigentes, substituindo a indexação com base na variação cambial pelo INPC ou qualquer outro índice que Vossa Excelência entenda compatível com atualização monetária, condenando as rés à OBRIGAÇÃO DE FAZER no sentido de procederem a adaptação dos instrumentos contratuais “*sub judice*” transformando em caráter definitivo a Medida Liminar porventura expedida;
- 2) declaração de nulidade de pleno direito das cláusulas iníquas e abusivas que afrontem o Código de Defesa do Consumidor, especialmente aquelas que: a) impeçam o pagamento antecipado do débito; b) imponham o pagamento de honorários na via administrativa em desacordo com o art. 51, inciso XII do CDC; c) estabeleçam previamente percentual de honorários, no caso de sucumbência em ação judicial, sem a observância do comando normativo do art. 20, § 3º, do CPC; d) fixem multa moratória superior a 2%, contrariando o art. 52, § 1º, do CDC;
- 3) requisição às suplicadas para que façam a juntada de modelos dos contratos firmados com os consumidores,

com fundamento na variação cambial, cujas cópias não estejam instruindo a petição inicial;

- 4) citação das empresas-rés para que, querendo, possam contestar a presente ação, sob pena de revelia, e acompanhá-la até decisão definitiva do processo;
- 5) intimação pessoal do Ministério Público de todos os atos processuais;
- 6) inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, VIII, do CDC, uma vez que plenamente verossímil a postulação, e por serem, os consumidores ora tutelados, a parte mais vulnerável da relação de consumo (art. 4º, I, CDC);
- 7) condenação das suplicadas 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 8.078/90.

Protesta por todos os meios probatórios admitidos em direito, desde já requeridos, notadamente a prova documental, pericial, testemunhal e depoimento pessoal dos representantes legais das empresas-requeridas, sob pena de confissão.

Dá-se à causa para fins de alçada o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), para efeitos meramente fiscais.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Aracaju, 08 de abril de 1999

Maria Lilian M. Carvalho
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Ana Paula M. Costa Meneses
PROMOTORA DE JUSTIÇA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DA ESTÂNCIA

"Conjecturis non est opus in claris, et presumptio cedit veritati". (Não são necessárias conjecturas no que é claro, e a presunção cede à verdade).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por intermédio de seu Promotor de Justiça Curador do Patrimônio Público Social da Comarca da Estância subfirmado, exercendo atribuições perante a Promotoria de Justiça da Vara Cível, com endereço para intimações na Praça Jackson de Figueiredo nº 01, centro, nesta cidade, vem perante Vossa Excelência, com fundamento nos arts. 5º, XIX, 129, III, da Constituição Federal, corroborado com os arts. 1º, IV, e 5º da Lei 7.347/85, que disciplina a AÇÃO CIVIL PÚBLICA, e ainda no Decreto-Lei nº 41/66, que dispõe sobre a DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES CIVIS DE FINS ASSISTENCIAIS, no art. 1.218, VII, do Caderno Processual Civil, bem como no disposto no art. 46, do Digesto Processual Civil, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR contra a DIRETORIA EXECUTIVA DA ASSOCIAÇÃO INDEPENDENTE DOS MORADORES DA COLÔNIA ARAÇÁS, nas pessoas de seu Presidente NELSON DE JESUS NASCIMENTO, brasileiro, solteiro, lavrador, maior, capaz, residente e domiciliado na Colônia Araçás, deste Município da Estância, portador da cédula de identidade nº 981.619/SSP/SE, e CPF nº 533.494.235-15; de sua Secretária GENILDA DE ARAÚJO, brasileira, solteira, estudante, maior, capaz, residente e domiciliada neste Município na Colônia Araçás; de seu Tesoureiro Derval Fernando Rosa, brasileiro, lavrador, maior, capaz, residente e domiciliado neste Município na Colônia Araçás, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

1. MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – INTERESSE PÚBLICO

Apesar de reiteradamente já consolidado a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação desta natureza, cabível será a abordagem da questão, preventivamente, afastando qualquer argumento neste sentido, evitando procrastinações desnecessárias, resguardando os interesses, ora tutelados.

Neste diapasão, seria de bom alvitre estabelecer que a legitimidade do Ministério Público, no caso sub judice, possui sustentação na natureza difusa do direito a ser protegido, que ultrapassa o plano individual, assegurado na Carta Magna de 1988, alargando o campo de abrangência da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, como instrumento de tutela jurisdicional de direitos coletivos ou difusos, inserindo tais atribuições, funcionalmente, à Instituição Ministerial, ao determinar que:

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

.....

III. Promover o inquérito civil e a ação civil públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (grifamos).

A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, atribui legitimidade ao Ministério Público em concorrência com outras pessoas, para postular em Juízo a tutela dos interesses difusos, ou seja, interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Tais interesses são comuns a toda uma categoria comum de pessoas; não obstante, não se poder determinar com precisão quais os indivíduos concretamente por eles unidos, portanto dizem respeito a titulares dispersos na coletividade.

Outrossim, o Decreto-Lei nº 41/66, que estabelece a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais, deu ao Ministério

Público, conforme o art. 3º da legislação citada acima, a legitimidade para propor a ação respectiva de dissolução, quando a sociedade deixar de desempenhar efetivamente as atividades a que se destinava, como no presente caso onde, as finalidades previstas no estatuto social da ASSOCIAÇÃO INDEPENDENTE DE MORADORES DA COLÔNIA ARAÇÁS, precisamente aquelas encontradas encartadas no art. 2º, incisos I e V do ESTATUTO SOCIAL, as quais foram totalmente desvirtuadas por sua Diretoria Executiva, como será demonstrado, entretanto, com base no art. 20 caput, do Código Civil, como os atos de desvirtuamento não foram praticados pela Associação, mas sim individualmente pelos membros da Diretoria logo é pretensão da presente ação destituí-los dos cargos que exercem, vez que os atos praticados individualmente por seus sócios nada têm a ver com a Associação.

Gize-se, por ser oportuno, que os atos de associação dizem respeito ao agrupamento dos associados e consórcios, os quais, por abstração, são considerados como o único sujeito, logo possível será a responsabilidade solidária por atos praticados em nome daquela, especialmente quanto aos componentes de sua Diretoria, que são por definição legal seus legítimos administradores.

É obviamente para obter tutela jurisdicional ao direito violado, que o Ministério Público, estando inequívoca a sua legitimidade, comparece perante este Douto Juízo, na busca da realização da Justiça, através dos instrumentos próprios de defesa.

2. DAS RAZÕES FÁTICAS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A presente demanda decorre do procedimento administrativo instaurado perante a Curadoria do Patrimônio Social, tombado sob nº 001/99, resultante de um abaixo-assinado subscrito por 24 (vinte e quatro) associados denunciando a Diretoria Executiva da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, ali solicitando adoção de medidas no sentido de responsabilizar criminal e civilmente os membros da Diretoria da referida Associação, por es-

tares eles descumprindo as finalidades previstas no Estatuto Social, ou seja não estão promovendo a defesa dos interesses dos associados reivindicando junto aos poderes públicos a execução das medidas que lhes assegure a satisfação de suas necessidades fundamentais de modo a garantir uma melhor qualidade de vida, assim como pela sua conduta não vêm desenvolvendo e fortalecendo junto aos moradores os princípios da amizade, união e solidariedade humana, e pior, não vêm executando os programas aprovados pela Assembleia Geral, tendo preferido permitir a ingerência político partidária na administração da Associação, e exemplificando relataram o fato de que a citada Diretoria decidira unilateralmente pelo corte de água da residência de um dos associados, cujo nome é MANUEL CARLOS DE MATTOS, solicitando os préstimos do Prefeito Municipal da Estância, que através de Ordem Interna expedida pelo Procurador Geral do Município, mandou executar o corte. Além disso, a referida Diretoria vem praticando atos discriminatórios contra os associados na distribuição de sementes para o plantio de suas roças e na de lavanderias para as mães associadas, utilizando do princípio abominável da exclusão, favorecendo deste modo somente aqueles que na última eleição votaram na chapa que faziam parte, e que por questão do destino fora a eleita.

Resultou apurado que o Procurador Geral do Município a época DR. CORINTO DE ANDRADE, atendendo determinação do Prefeito Municipal SR. JOSÉ NELSON DE ARAÚJO SANTOS, que por sua vez atendeu pedido feito pelo Presidente da Associação NELSON DE JESUS NASCIMENTO, expediu Ordem Interna ao funcionário do Município SR. CAMERINO MACHADO LIMA, que efetuasse o corte de água da residência do associado MANUEL CARLOS DE MATTOS, impedindo deste modo a este, a retirada de água do poço artesiano que abastece a comunidade da Colônia Araçás, muito embora o procedimento usado pelo associado para abastecer a sua casa não ocasione prejuízo ao poço e nem provoque desabastecimento da comunidade conforme declarou às fls. 15/18, o próprio Presidente da Associação.

Que a declaração do referido Presidente ressaia como verdadeira, porque a COHIDRO responsável pela administração do poço

artesiano através de Comunicação Interna nº 139/99, vista às fls. 69/71, do procedimento administrativo, comunica que tecnicamente não há problema de falta de água para a comunidade, mesmo com a instalação da adutora do associado MANUEL CARLOS DE MATTOS, face a vazão do poço ser de 3.667 l/h, o que levou o magistrado na Ação de Interdito Proibitório, interposta pelo associado ofendido a conceder liminarmente mandado proibitório.

Apurou-se, ainda, que a Diretoria da Associação tem permitido em suas ações o envolvimento de políticos na administração daquela Entidade Civil, uma vez que o Vereador Manuel Dantas Soares, participa das reuniões nelas discutindo política partidária, simplesmente porque fora apoiado na última eleição pela Diretoria eleita, o que fere o princípio contido no Estatuto em seu art. 1º, § 1º, que dispõe não ter a Associação caráter político partidário. Não somente isso, como também restou comprovado o envolvimento político na ação de corte de água feito por ordem do Prefeito Municipal da Estância, quando o Município não é o administrador do poço artesiano, mas sim a comunidade através da Diretoria da Associação que recebe delegação da COHIDRO para administrá-lo.

Resultou, comprovado ainda, que a Diretoria ao invés de desenvolver e fortalecer junto aos moradores os princípios da amizade, da união e solidariedade humana, vem fomentando a discórdia entre os associados, como no caso da associada MARIA LAURINDA DE SOUZA, que era funcionária do Município, e a pedido do SR. NELSON, Presidente da Associação, fora sumariamente demitida pelo Chefe do Executivo Municipal por não concordar com a ratificação do corte de água da casa do associado MANUEL CARLOS DE MATTOS, não só por isso, mas porque reclamara de haver constado o seu nome em ata como tendo votado a favor do referido corte de água.

Foi identificado, ainda, que a Diretoria da Associação convocava as reuniões sem expedir edital contendo a ordem do dia, simplesmente na convocação continha a expressão “tratar assunto de interesse da comunidade”, no entanto quando se reuniam o assunto tratado era político e em busca de perseguir associados com a aprovação dos membros da associação, fato que levou ao esvazia-

mento daquelas reuniões, tanto que nem as atas eram lavradas em livro próprio, mas sim em cadernos. Registre-se que somente foram transcritas para o livro próprio, depois de instaurado o procedimento para apuração das irregularidades, e por isso o conteúdo das atas foi arrumado de tal forma para a satisfação dos interesses da Diretoria, em prejuízo dos interesses dos associados, que muitas vezes foram surpreendidos com deliberações que nunca foram postas em votação, como foi o caso da reunião extraordinária realizada no dia 20 de junho de 1999, onde não se encontrava na ordem do dia a ratificação pela comunidade do corte de água da casa do morador MANUEL CARLOS DE MATTOS, e no entanto fora posto em votação a ratificação do corte, e os quarenta e dois associados presentes não ratificaram o corte, porém no texto da ata se encontra a deliberação como aprovada, fato contestado por D. MARIA LAURINDA DE SOUZA, MARIA ANGELEIDE DE OLIVEIRA, NARCISO DE JESUS FERREIRA, LOURIVAL ROCHA DOS SANTOS e DANIEL SIQUEIRA, associados que se encontravam naquela reunião e declararam que os presentes não acolheram a proposta da Diretoria.

Constatou-se, deste modo, que a Diretoria vem executando de forma unipessoal programas não aprovados pela Assembléia Geral, ferindo disposição contida no Estatuto em seu art. 4º, que dispõe competir à Diretoria somente a execução de programas aprovados pela Assembléia Geral.

Se não bastasse, a Diretoria vem estimulando e promovendo a desarmonia entre os associados, conforme resultou comprovado nos autos do procedimento administrativo, pois que vem distribuindo as sementes para o plantio de suas roças fornecidas pela EMDAGRO de forma discriminatória, ou seja, somente tem acesso às sementes os associados que votaram na última eleição na Diretoria que ora administra os destinos da Associação, ficando excluídos os demais. De igual modo, também ocorre na distribuição das lavanderias, e deste modo, a atual Diretoria não vem defendendo os interesses da comunidade de forma a lhe assegurar a satisfação de suas necessidades fundamentais, de modo a garantir uma melhor qualidade de vida.

Finalmente, estando o Presidente envolvido na política partidária, conseguiu mesmo sendo este empregado na atividade privada, que o Prefeito Municipal o contratasse como Auxiliar de Serviços Gerais, para supervisionar prédio escolar, porém sem que preste qualquer serviço receba remuneração do Município, exatamente para que este atenda os interesses políticos do Poder Público Municipal, e seu vínculo de trabalho foi devidamente comprovado pela Municipalidade da Estância, conforme faz certo o expediente de nº 53/99, avistado às fls. 90 do procedimento administrativo. Esta prática condenável do Município da Estância vem se tornando uma regra geral, quando deveria ser uma exceção, porque não somente o Presidente desta Associação é empregado do Município, como também os Presidentes das Associações da Muculamduba, Riachão do Telé e Vertente.

Enfim, como a Diretoria da Associação vem através de sua conduta unilateral descumprindo as finalidades e princípios daquela Entidade Civil, inclusive praticando delitos criminais do tipo falsidade ideológica, quando registra em suas atas deliberações ditas aprovadas pelos associados, quando em verdade assim não sucedera, visando tão somente a satisfação de seus interesses escusos, se justifica a propositura da presente Ação Civil Pública para afastá-la e afinal destituí-la do mandato para cujo desiderato fora eleita.

3. DA QUESTÃO JURÍDICA **— ASPECTOS NORMATIVOS**

3.1 DO ABUSO DE DIREITO

Evidenciou-se como abusivos os atos emulativos praticados pela Diretoria da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, conforme foram identificados no procedimento preparatório ao inquérito civil e relatados nos itens anteriores, e assim são caracterizados porque foram praticados com intenção de lesar associados, ou seja, estando aquela no exercício do direito de administrar a Associação Civil de Fins Assistenciais, direcionaram o exercí-

cio de seus cargos no intuito exclusivo de prejudicar os componentes da Associação, tal como fizera cortando a água do associado Manoel Carlos de Mattos, perseguindo a associada MARIA LAURINDA DE SOUZA, que a pedido daqueles teve sua demissão efetivada pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, simplesmente porque discordara das deliberações unilaterais dos administradores da Associação, e ainda quando discriminam associados na distribuição de sementes para o plantio de seus roçados e de lavanderias.

Evidencia-se, ainda, ausência de interesse sério e legítimo nos atos por eles praticados, uma vez que em sendo o poço artesiano administrado por delegação da COHIDRO pela comunidade através daquela Diretoria, não tem se portado com seriedade na administração daquele, quando permite a ingerência política na gestão administrativa do referido poço, caracterizada pelo pedido ao Chefe do Executivo Municipal da Estância que autorizasse a um servidor do Município a feitura do corte de água da residência de um dos associados, pelo simples fato de não compartilhar com seus abusos, portanto é também considerado nesse aspecto ilegítimo o interesse dos administradores daquela Associação.

Por fim, os atos praticados pela Diretoria foram contrários aos fins sociais e econômicos dos direitos subjetivos dos associados, além de ser ofensivo aos bons costumes e contrários à boa-fé, quando age no corpo social semeando entre eles a discórdia e a desarmonia, esquece que uma das finalidades da Associação é o desenvolvimento e o fortalecimento junto aos moradores dos princípios da amizade, da união e da solidariedade humana, bem como quando convoca aqueles para deliberar em reuniões e nas atas registra-se como deliberado por todos o que não fora aprovado pela maioria, e, ainda, quando persegue associados que discordam de seus atos emulativos e os discriminam na distribuição de bens que eram destinados a todos indistintamente.

Ora, como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de ilicitude, de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social. Assim, como a Diretoria da Associação exerce a administração daquela praticando atos com finalidades contrárias aos seus objetivos econômicos e sociais, está agindo abusivamente.

JOSSERAND explica-nos que o abuso pode ser constituído pelo carácter antieconômico do ato praticado. O Juiz deverá pesquisar o móvel visado pelo agente, a direção em que encaminhou seu direito e o uso que dele fez. Se essa direção e esse uso forem incompatíveis com a instituição, o ato será abusivo, tornando-se, então, produto de responsabilidade.

Haverá, portanto, abuso de direito se os agentes, ao agirem dentro dos limites legais, deixarem de levar em conta a finalidade social e econômica do direito subjetivo e, ao usá-lo desconsideradamente, prejudicar alguém. Como é o caso dos administradores da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás. Não há violação dos limites objetivos da norma, mas tão-somente um desvio aos fins sociais e financeiros a que ela visa atingir.

O exercício abusivo do direito de administrar pela Diretoria da Associação acarretará a obrigação de ressarcirem os danos causados aos associados, assim como de serem destituídos dos mandatos que receberam dos membros da Associação, isso porque na qualidade de Mandatários não estão dando execução ao mandato, agindo em nome dos mandantes, de acordo com as instruções recebidas e observando as regras contidas no Estatuto Social para a realização do negócio rotulado como gerenciamento das finalidades da Associação, comprometendo assim o seu bom funcionamento.

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o. Os bens do responsável pelo ato ilícito ficarão sujeitos à reparação do prejuízo causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor todos responderão solidariamente pela reparação, por meio de seus bens, de tal maneira que ao titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo. No caso sub judice o órgão do MP optou por responsabilizar civilmente não só o Presidente da Associação, mas os demais membros da Diretoria porque agiram mancomunados, e por tal está acionando

NELSON DE JESUS NASCIMENTO, brasileiro, solteiro, lavrador, maior, capaz, residente e domiciliado na Colônia Araçás, deste Município da Estância, portador da cédula de identidade nº 981.619/SSP/SE, e CPF nº 533.494.235-15, de sua Secretária GENILDA DE ARAÚJO, brasileira, solteira, estudante, maior, capaz, residente e domiciliada neste Município na Colônia Araçás; de seu Tesoureiro Derval Fernando Rosa, brasileiro, lavrador, maior, capaz, residente e domiciliado neste Município na Colônia Araçás, todos membros da Diretoria da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, para que indenizem os prejuízos causados ao associado que sofreu o corte de água de sua residência por simples ato emulativo, assim como todos aqueles associados que se viram privados de receberem as sementes fornecidas pela EMDAGRO para o plantio de suas roças, e ainda todos aqueles que por ato discriminatório daquela Direção deixaram de receber as lavanderias que tinham direito em suas residências.

O nexó causal está presente entre o dano e o comportamento dos administradores da Associação, uma vez que fora através da ação dos acionados que os associados discriminados deixaram de receber suas sementes e lavanderias, e ainda o associado MANOEL CARLOS DE MATTOS, que com o corte de água de sua residência teve obstada a realização de limpeza usual de seu patrimônio, bem como impedido de satisfazer a necessidade de seu diário consumo do líquido precioso.

3.3 DA DISSOLUÇÃO DA ASSOCIAÇÃO ASSISTENCIAL

O Decreto-Lei nº 41/66, estabelece em seu art. 3º, legitimidade para que o Ministério Público proponha ação respectiva de dissolução, quando a sociedade deixar de desempenhar efetivamente as atividades a que se destinavam, todavia como no presente caso, onde as finalidades previstas no estatuto social da ASSOCIAÇÃO INDEPENDENTE DOS MORADORES DA COLÔNIA ARAÇÁS foram desvirtuadas em parte, por ação unipessoal de sua

Diretoria Executiva, não será equânime e justo que aquela Associação venha a ser dissolvida, uma vez que o corpo social que constitui aquela Entidade Civil sempre esteve ausente das deliberações emulativas apuradas e que prejudicaram a alguns associados, e assim sendo é aquela Diretoria Executiva que deverá ser dissolvida, porque fizeram uso do cargo que ocupam para seu próprio benefício em detrimento dos Associados, como já resultou comprovado.

Quanto a exegese do art. 20, caput, do Código Civil, o espírito do enunciado no caput do referido artigo, refere-se ao princípio "*Universitas distat a singulis*", ou seja, no momento em que se opera o assento do contrato ou do estatuto no Registro competente, a pessoa jurídica começa a existir, passando a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, a ter capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não tem nenhuma relação com os dos sócios, adquirindo vida própria e autônoma, não se confundindo com os seus membros, por ser uma nova unidade orgânica. Todos os atos da pessoa jurídica serão tidos como atos próprios, consequentemente os atos praticados individualmente por seus sócios nada terão que ver com ela.

Sua Diretoria, por sua vez cometera ilícito penal, e deverá ser responsabilizada penalmente pela conduta socialmente reprovável. Todavia, se a Associação deve alguma coisa, não é esta dívida pelos sócios. De igual modo, por dívidas particulares dos sócios, não podem ser penhorados os fundos sociais, que, até a dissolução da sociedade, pertencem a esta, e não aos sócios. Todavia, esse princípio até agora tradicional acha-se fortemente abalado em situações que guardam profundo agasalho social, permitindo a responsabilidade solidária da Diretoria da associação pela dívida por aquela assumida, no caso de se verificar culpa ou dolo específico daqueles que a administram, como no caso ora sub judice.

4. DA CONFISSÃO EXTRA JUDICIAL

Os demandados NELSON DE JESUS NASCIMENTO, Presidente e GENILDA DE ARAÚJO, Secretária no procedimento ad-

ministrativo que serve de subsídio a esta ação, confessaram extrajudicialmente de forma voluntária por escrito em termos de declarações, conforme podem ser avistados às fls. 15/18 e 64/65, reconhecendo o fato objeto da presente ação como verdadeiro.

Como se sabe a confissão é ato probatório em que um dos litigantes reconhece como verdadeiro fato contrário a seu interesse e favorável ao adversário.

Quem confessa — ensina MOACIR AMARAL SANTOS — *“não faz com a vontade de favorecer o adversário. Se o confitente reconhece verdadeiros fatos contrários ao seu interesse, é porque sobre este prevalece o seu respeito pela verdade”* (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1973, vol. II, págs. 386 e 387).

Ao dizer que a “confissão judicial faz prova contra o confitente” (art. 350 do CPC), e que “a confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial” (art. 353), o novo CPC considerou a confissão como “prova legal” a que está submetido o Juiz. E tanto isto é exato que a este deixou a livre apreciação apenas no tocante à confissão extrajudicial “feita a terceiro, ou contida em testamento” (art. 353 do CPC).

Assim sendo, Eminentíssimo Magistrado, como prova legal que é, a confissão vincula ao Juiz — o que não é de causar estranheza, uma vez que igual força tem a revelia do réu, razão porque espera o órgão do MP livremente aprecie a confissão extrajudicial dos demandados, dando-lhe eficácia probatória judicial.

5. DO PEDIDO LIMINAR

O conjunto de provas trazido aos autos pelo Ministério Público, evidencia por demais a prática de atos praticados pela Diretoria Executiva da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, e que constituem atos *ad emulationem*, ofensivos dos bons costumes e contrários à boa fé e aos fins sociais e econômicos dos direitos subjetivos dos associados, os quais se traduzem em abuso de direito, ou seja a Diretoria na qualidade de Mandatária.

rios dos associados da indigitada Associação, vem exercitando de forma má os direitos subjetivos dos Mandantes, causando lesão ao patrimônio social da Entidade Civil que representam, e danos a alguns dos Associados, violando dessa forma os princípios que regem aquela Associação, assim como os objetivos ou finalidades contidos no Estatuto Social da referida Entidade.

A fumaça do bom direito é analisada no contexto dos autos, tendo como premissa a probabilidade de chance de que o requerente da medida cautelar tenha êxito no processo; ou seja, de a sentença definitiva vir ser favorável ao requerimento do postulante.

Uma vez demonstrado pelo Ministério Público por todo relato dos fundamentos fáticos e de direito o *"fumus bom iuris"*, corporificado na plausibilidade do direito, resta, quanto ao *"periculum in mora"* explicitar sua probabilidade de existência.

A probabilidade da existência de dano, infere-se dos óbices intransponíveis aos resultados úteis da presente ação, que certamente advirão se os réus continuarem no exercício pleno de administração dos destinos da Associação, exercitando mau os direitos subjetivos dos associados, como, quotidianamente, vêm fazendo com a permissividade de ingerência política partidária na Entidade, traduzida em deletéria perseguição a membros da comunidade, inclusive pedindo a demissão de associados dos seus empregos, distratando alguns deles, e por tal chegando até perante a autoridade policial para dirimir os conflitos existentes entre os Mandatários e Mandantes, face as agressões morais e físicas que alguns dos membros da Diretoria lançam contra moradores; enfim pela continuidade dos atos abusivos comprometem os Administradores o bom funcionamento da Associação, podendo conduzi-la a um processo de dissolução, uma vez que é grande a defecção do quadro de associados, mormente pelas atitudes desrespeitosas da Diretoria com os moradores da comunidade dos Araçás.

De ver-se que, o abuso de direito de associados se encontra plenamente evidenciado nos autos, assim como o dano ao patrimônio social que já foi causado pelos réus, portanto a valoração do dano há de ser feita sob a ótica da Administração da Associação, que sem o afastamento temporário da Diretoria Executiva de forma liminar,

aquela Entidade correrá o risco de vir ser dissolvida por não cumprir mais as finalidades para a qual fora fundada, além do prejuízo social que causará sem probabilidade de ressarcimento.

Assim, face à documentação acostada aos autos, evidencia-se que os réus infringindo os arts. 1º, § 1º; 2º, I e V; e 4º, I a IV, todos do Estatuto Social que rege a Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, provocaram dano ao patrimônio social daquela pelo mau exercício dos direitos subjetivos de seus associados, tornando necessário, urgente e legítimo, o afastamento temporário de sua Diretoria Executiva, ora demandada, até ulterior julgamento final da presente Ação Civil Pública, como garantia de continuidade e funcionalidade da referida Associação, bem como para restabelecer e fortalecer junto aos moradores os princípios da amizade, união e fraternidade, uma das finalidades da Associação, que tem sido flagrantemente violada pelos réus mandatários.

Em face do exposto, requer o Ministério Público, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, do art. 273 do CPC e do art. 16, “c” do Estatuto Social, liminarmente e “*inaudita altera pars*” o afastamento temporário da Diretoria Executiva da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, determinando que a Assembléia Geral da Associação se reúna imediatamente, após decorrido o prazo para o recurso de agravo de instrumento, com a finalidade de eleger uma Diretoria Provisória até o julgamento final desta Ação Civil Pública.

5. DOS PEDIDOS FINAIS

Diante das considerações acima articuladas, requer o órgão do Ministério Público:

- a) Citação da Diretoria Executiva da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, nas pessoas de seu Presidente NELSON DE JESUS NASCIMENTO, brasileiro, solteiro, lavrador, maior, capaz, residente e domiciliado na Colônia Araçás, deste Município da Estância, portador da cédula de identidade nº

981.619/SSP/SE, e CPF nº 533.494.235-15; de sua Secretária, GENILDA DE ARAÚJO, brasileira, solteira, estudante, maior, capaz, residente e domiciliada neste Município na Colônia Araçás; de seu Tesoureiro Derval Fernando Rosa, brasileiro, lavrador, maior, capaz residente e domiciliado neste Município na Colônia Araçás, para, querendo, responderem a todos os termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão, bem como a aplicação do procedimento ordinário, conforme estabelece o art. 298, § 2º do Caderno Processual Civil;

- b) Que seja julgada procedente a presente ação, com a decretação do afastamento definitivo da Diretoria Executiva da Associação Independente dos Moradores da Colônia Araçás, destituindo-a do mandato que recebera dos Mandatários Associados, com determinação de que a Assembléia Geral se reúna após o trânsito em julgado da decisão judicial, para eleger nova Diretoria Executiva para gerir os destinos da Associação;
- c) Que seja condenada a Diretoria Executiva a pagar os danos sofridos pelos associados que por serem discriminados deixaram de receber as sementes fornecidas pela EMDAGRO para distribuição gratuita entre os associados, a fim de plantarem os seus roçados, assim como aqueles moradores associados que deixaram de ser beneficiados com a distribuição de lavanderias, por idêntica motivação;
- d) Condenação da Diretoria Executiva, ora Demandada, ao pagamento das despesas e custas processuais relativas a presente ação;
- e) Intimação pessoal do Representante do Ministério Público na Comarca com assento junto a Vara Cível e com atribuições de Curador do Patrimônio Público Social, de todos os atos processuais nos termos do § 2º do art. 236 do CPC, no endereço indigitado na presente peça;
- f) Que seja dada à confissão extrajudicial dos Demandados Presidente e Secretária da referida ASSOCIACÃO,

respectivamente, no Procedimento Preparatório ao Inquérito Civil, eficácia probatória judicial;

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, desde já requeridos, especialmente os depoimentos pessoais dos réus demandados, sob pena de confissão, audição de testemunhas, arroladas nesta peça inaugural, perícia, dentre outras, tudo na forma da lei.

Dá-se à causa o valor de R\$ 136,00, (Cento e trinta e seis reais) com base na legislação processual civil, para efeitos meramente fiscais.

Nestes termos,
Espera deferimento.

Estância, 08 de Outubro de 1999.

Josenias França do Nascimento
PROMOTOR DE JUSTIÇA
CURADOR DO PATRIMÔNIO PÚBLICO SOCIAL

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO
RÉUS: MUNICÍPIO DE ARACAJU E ENERGIPE
PROC. 9981030582-3

“O escopo das partes é ter razão; o escopo do processo é dar razão a quem a tem. Nas duas fórmulas, verdadeiramente simples, está a antítese entre o interesse interno e o externo: que seja dada razão a quem a tem não é um interesse das partes, mas um interesse da sociedade inteira. Portanto, o processo não serve às partes, mas as partes servem ao processo”

(Carnelutti)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por sua Promotora de Justiça, nesta Comarca, com atribuições de Curadora de Proteção ao Consumidor, com fulcro no art. 129, III, CF, c/c os arts. 1º, IV, 3º, 5º e 21 da Lei nº 7.347/85, vem à presença de Vossa Excelência apresentar RÉPLICA às CONTESTAÇÕES oferecidas pelos representantes legais do MUNICÍPIO DE ARACAJU e da EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S/A, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir expostas:

DAS RAZÕES ADUZIDAS PELOS RÉUS

Ab initio, os réus argüem a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público sob o argumento de que o interesse tutelado na presente ação civil pública é direito individual, homogêneo e disponível. Asseveram que a ação em tela não é o instrumento legal para a declaração de ilegalidade de lei, seu efeito “*erga omnes*” a tornaria um verdadeiro substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade.

No mérito, aduzem que a taxa de iluminação pública é legal. Para as suplicadas, trata-se de serviço divisível e específico,

em confronto com a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios unânimes quanto a generalidade do serviço de iluminação pública, prestado indiscriminadamente aos cidadãos, devendo ser mantido pela receita dos impostos e não por taxa. Na forma a seguir, manifestaram-se as requeridas:

“Portanto, o serviço de iluminação pública é serviço público específico e divisível porquanto custeado pelo erário municipal, podendo, pois, ser efetiva e potencial.” (Município de Aracaju, fls. 220,)

“No conceito da taxa ‘sub examine’ encontramos possível mensurabilidade do referido tributo, os serviços públicos, no caso a manutenção e a conservação da iluminação pública, são serviços custeados, portanto, serviços essenciais que requer para sua mensurabilidade um custo apurado, cuja divisibilidade é apurada no fechamento do orçamento geral, nascendo, daí, o custo individual dos serviços.” (Energipe, fls. 197).

Insistentemente a Energipe e o Município de Aracaju requerem a extinção do processo sem julgamento de mérito, com base no art. 267, I, c/c 295, II e V, do CPC, como se não restasse outra alternativa para as suas defesas ante a plausibilidade, que envolve o direito proclamado na ação civil pública e, no mérito, postulam a improcedência dos pedidos formulados por esta Instituição, em todos os seus termos.

DA NATUREZA DOS INTERESSES TUTELADOS NA PRESENTE AÇÃO

Ad primum, é válido trazer à baila as definições de direito ou interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, destacando-se a forma de aferição da natureza do direito defendido em juízo.

Segundo Nelson Nery Júnior, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, pág. 780, 5ª edição, entende-se por interesse

difuso “aquele interesse que atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual, enquanto que seriam coletivos aqueles outros interesses pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica básica” entre si ou com a parte contrária (grifo nosso).

A diferença entre direitos difusos e coletivos em sentido estrito está na indeterminação dos seus titulares, pois ambos cuidam de interesse transindividual e indivisível. Definindo-se por indivisível o bem jurídico que uma única ofensa é suficiente para lesar certa categoria ou todas as pessoas de um modo geral. É de Kazuo Watanabe, o texto adiante reproduzido:

“Nas ditas modalidades de interesses e direitos ‘coletivos’, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos ‘difusos’ é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através de relação jurídica-base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola, etc.). (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, pág. 628).”

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, embasadas no teor do art. 81, inciso III, da Lei nº 8.078/90, os interesses individuais homogêneos são “assim entendidos os decorrentes de origem comum, que, como vimos, em sentido lato, na verdade não deixam de ser interesses coletivos” (Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, pág. 10, rodapé), atingindo diversos indivíduos, já identificados, de forma diferenciada. São nitidamente divisíveis e de titulares determinados até porque os danos somente serão reparados separadamente. Por exemplo, o “quantum” a ser percebido por cada cidadão, a título de ressarcimento, em decorrência de lesão a seus patrimônios.

É a nota de indivisibilidade que caracteriza o interesse coletivo. A relação jurídica-base, que une seus titulares entre si, ou com a parte contrária, preexiste à lesão ou a sua ameaça, guardando proximidade com o dano, todavia não é decorrente dele. Daí sobressair o traço diferencial entre os interesses coletivos e individuais homogêneos, nestes o liame com a parte contrária é resultante da própria lesão, repercutindo de maneira específica e distinta em relação às pessoas prejudicadas. São do festejado jurista Kazuo Watanabe os seguintes ensinamentos:

“Os interesses ou direitos ‘coletivos’ foram conceituados como ‘transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base’ (art. 81, parágrafo único, nº II). Essa relação jurídica-base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda, constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, a adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça da lesão” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, editora Forense, fls. 626/627).

“E nos interesses ou direitos individuais homogêneos, também poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica-base anterior. O que importa é que sejam todos os interesses individuais ‘decorrentes de origem comum’. O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão. Essa relação jurídica nascida da lesão, ao contrário do que acontece com

os interesses ou direitos 'difusos' ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa da cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas." (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Editora Forense, fls. 627).

O eminente doutrinador Nelson Nery Júnior in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª edição, pág. 778, preleciona que *"a pedra de toque do método classificatório é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial"*.

A causa das mensalidades escolares é o exemplo mais sugestivo para a distinção entre interesses coletivos e individuais homogêneos. Se o que se postula é a existência de critério para atualização das contraprestações pecuniárias, o pleito é de cunho coletivo, visto que beneficiará igualmente o grupo de alunos, o objeto litigioso (causa de pedir e pedido) é de natureza indivisível.

Contudo, se o pretendido diz respeito à devolução das quantias pagas pelos alunos, os interesses em jogo são individuais homogêneos e a satisfação do dano só poderá ser feita separadamente porque dependerá da quantia a ser devolvida a cada aluno.

Na hipótese *"sub examine"*, o pedido de suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública busca tutelar interesse coletivo. Coletivo porque provém de vínculo jurídico-base entre os contribuintes-consumidores e as partes contrárias, Município de Aracaju e Energipe. A ofensa ao interesse do referido grupo de pessoas notabiliza-se pela reparação molecular mediante uma única determinação judicial, favorecendo uniformemente integrantes da categoria de pessoas, restando evidenciado os caracteres de transindividualidade e indivisibilidade.

Quanto ao pleito atinente à devolução dos valores pagos indevidamente é de natureza individual homogênea, mesmo porque a repetição do indébito só poderá ser feita individualmente por ocasião da liquidação da sentença coletiva.

De observar-se que embora seja importante a distinção entre interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos, o essencial é que a doutrina e a jurisprudência, respaldadas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, são uníssonas quanto a legitimidade do Ministério Público para proteger, em juízo, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de repercussão social.

DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 117, do Código Consumerista modificou o teor do art. 21 da lei, nº 7.347/85, incluindo entre os direitos ou interesses a serem defendidos pela ação civil pública, o interesse individual homogêneo, rezando que: *“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”*.

Atualmente, todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de relevância social, podem ser defendidos pelo Ministério Público, mesmo porque o citado dispositivo legal determina claramente a aplicação do título III, do CDC, à lei nº 7.347/85. Este o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência brasileiras, espelhadas nas lições propagadas pela maioria dos juristas estrangeiros.

Nelson Nery Júnior “in” *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* assim se manifesta:

“Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP,) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei nº 7.347/85” (pág. 773).

“Como o art. 21 da LACP determina a aplicabilidade do CDC às ações que versem sobre direitos e interes-

ses difusos, coletivos e individuais, o art. 83 do CDC tem incidência plena nas ações fundadas na Lei nº 7.347/85” (pág. 811).

“Essa ampliação da legitimidade se deve ao fato de que, no sistema da LACP, antes da reforma nela introduzida pelo CDC, apenas os direitos difusos lá mencionados é que poderiam ser defendidos pelo Ministério Público e demais co-legitimados. Agora, estes últimos têm legitimização extraordinária para defender todo e qualquer interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo.”

A respeito também se pronunciaram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery em escólio abaixo reproduzido:

“Nada obstante a norma comentada mencione apenas os direitos difusos e coletivos, aplicam-se as disposições processuais da Lei da Ação Civil Pública bem como do Título III do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas que versem sobre outros direitos individuais homogêneos, como é o caso, por exemplo, da lide dos contribuintes em relação ao fisco no tocante a determinado imposto. Como se trata de ação coletiva, por qualquer dos legitimado da Lei da Ação Civil Pública, 5º e o Código de Defesa do Consumidor 82, o procedimento aplicável é o da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor” (cf. “Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor”, São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 1129, nota 23 ao art. 1º, IV da Lei 7.347/85).

O cerne da questão está na possibilidade do Ministério Público vir a juízo tutelar interesses sociais, que tenham reflexo na área patrimonial.

Com base no art. 127, caput, c/c o art. 129, inciso III, da CF, o Ministério Público tem por funções a defesa da ordem jurídica,

do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, podendo a lei ordinária conferir outras funções a esta Instituição, desde que compatíveis com sua finalidade.

No que concerne às ações individuais para a tutela de direitos indivisíveis pelo Ministério Público, a Constituição de 1988, no citado art. 127 “caput” recepcionou norma já inserida no art. 82 do Código de Processo Civil, consagrando-a constitucionalmente.

A definição de interesse público, indisponível, dado pelo Código de Processo Civil não se amolda mais às novas ações coletivas, notadamente àquelas que albergam os interesses individuais homogêneos, cuja indisponibilidade está pautada pelo caráter social do interesse ou direito protegido, e quando estabelecida em lei.

Para a maior parte dos autores jurídicos que discorrem sobre ações coletivas, os interesses individuais homogêneos, enquanto interesse de massas, ou melhor dizendo, quando relevantes socialmente, ao lado dos interesses difusos e coletivos, incluem-se no conceito de interesses sociais, a que faz alusão a Lei Maior. Esta também a lição ministrada pela renomada jurista Ada Pellegrini Grinover, citada muitas vezes pelos Procuradores dos réus.

“Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª edição, pág. 676).

“Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva

poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa dos interesses privados disponíveis” (Kazuo Watanabe em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª edição, pág. 641).

“Nota-se que a defesa dos interesses individuais homogêneos é compatível com as macrodestinações do Ministério Público, pois esta se insere na concepção de interesses sociais. Não representa, como pensam equivocadamente alguns, a defesa de interesses individuais disponíveis, sendo estes meras células formadoras do tecido do interesse social, ao qual o Parquet resta obrigado a tutelar por dever constitucional” (Ação Coletiva e Adequação da Tutela Jurisdicional, Luiz Renato Topan).

As ações coletivas foram trazidas para o ordenamento jurídico, com o escopo de atender aos reclamos das massas e proporcionar maior acesso ao Poder Judiciário, evitando inúmeras e desnecessárias demandas, que além de abarrotarem as varas judiciais, ainda podem ocasionar decisões conflitantes e demora na prestação judicial.

Corrobora nosso posicionamento excerto do artigo da autoria do Emérito Professor, Rodolfo Camargo Mancuso, Procurador do Município de São Paulo, na obra *“Ação Civil Pública”*, coordenada por Édis Milaré, págs. 449 e 450, referindo-se a entendimento esposado pelo Ministro do STJ Demócrito Reinaldo:

“Sobre esse aspecto, o D. Relator do r. Acórdão do STJ, antes mencionado, Min. Demócrito Reinaldo, pôs em realce a nota da economia processual, “não se justificando”, diz S. Exa., “o ajuizamento de inúmeras demandas todas com o mesmo objetivo, que encarecem a justiça e postergam a prestação jurisdicional” (Resp. Nº 49.272-6 – RS). Com efeito,

impõe-se o trato processual em modo coletivo das lides envolvendo "interesses de massa", em qualquer gradação do universo coletivo, e é nesse sentido que se vem posicionando o legislador brasileiro, na esteira da tendência universalmente verificada."

É indiscutível a legitimação do Ministério Público, consagrada expressamente no art. 127, caput, c/c os arts. 129, incisos III e IX, 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.

Não há motivo plausível para se questionar a legitimação constitucional do Ministério Público quando defende em juízo interesses difusos, coletivos *lato sensu* (transindividuais indivisíveis e individuais homogêneos agrupados coletivamente) ante a natureza social de tais interesses ou direitos. A decisão judicial estará tão somente regulando interesse público de parte ou de toda sociedade, diretamente relacionado com a finalidade do "Parquet".

À vista de tais razões, não se pode exigir que o Ministério Público, necessariamente legitimado pelos arts. 5º, c/c 21, da Lei nº 7.347/85, vezes várias citados, deixe de intentar ações como a presente que ampara interesses de categoria de contribuintes, materializados em (2) dois pleitos. O primeiro coletivo que visa a suspensão da taxa de iluminação pública, e o segundo, individual homogêneo, atinente à devolução dos valores pagos indevidamente, tendo em vista a ilegalidade do tributo, que vem sendo cobrado ao arrepio da lei.

No que diz respeito à taxa de iluminação pública, o já citado doutrinador Kazuo Watanabe se manifestou nos seguintes termos:

"Tem sido, seguramente, com essa preocupação que a jurisprudência vem admitindo a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para defesa dos interesses da população contra

a cobrança indevida da taxa de iluminação pública (ST), Resp. Nº 49.272-6, RS, j. 21.09.94, rel. Min. Demócrito Reinaldo). Alude-se à necessidade de admissão de ação civil pública “para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas” (Código de Defesa do Consumidor, 5ª edição, pág. 641)

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA É O INSTRUMENTO ADEQUADO PARA OBTER A SUSPENSÃO DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E A DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS

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

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

Sobre o tema Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

“No sistema difuso, a chamada via de defesa ou exceção, a alegação de inconstitucionalidade surge incidentalmente em um processo judicial, podendo ser invocada no curso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais, sendo discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso. A decisão de inconstitucionalidade é, dessa forma, deferida a qualquer órgão judicante, individual, coletivo, comum e

especial. O objeto da ação não sendo o vício de inconstitucionalidade em si considerado, sua apreciação resulta da condição para solução da lide, ou seja, a reestruturação de um direito lesado por uma lei ou ato tido por contrário aos dispositivos constitucionais ou, então, visando a impedir que tal lesão venha a consumir-se. Assim, qualquer órgão do Poder Judiciário pode e deve decidir a questão da inconstitucionalidade...” (Elementos de Direito Municipal, p. 117)

A inconstitucionalidade de lei pode ser levantada como questão prejudicial de mérito, que será resolvida na parte da fundamentação da sentença, não sendo abarcada pela autoridade da coisa julgada, ou mediante ação declaratória incidental, cujo pedido será apreciado na mesma sentença, quando os limites objetivos da coisa julgada alcançarão a declaração de inconstitucionalidade de lei, ex vi dos arts. 5º e 469, do CPC.

O controle de constitucionalidade pelo método difuso foi acolhido pelo nosso ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade de lei pode ser reconhecida por qualquer juízo monocrático, ou não, em qualquer processo, seja como questão prejudicial de mérito, seja como declaratória incidental pela via indireta. O Órgão Judicante deixará de aplicar a lei eivada de vício, que continuará intacta, em vigor, para embasar outras relações jurídicas. Novamente nos reportamos aos ensinamentos do eminente doutrinador José Afonso da Silva, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 56:

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

“Inconstitucionalidade – Lei Municipal – Declaração Incidental – Cabimento – Ação direta que não se confun-

de com o reconhecimento da inconstitucionalidade, para fins de aplicação de direitos da parte, segundo o ordenamento jurídico – Preliminar rejeitada” (JTJ 126/29).

*“Competência – Declaração de inconstitucionalidade de lei municipal – Juízo de Primeiro Grau competente para julgamento – Método difuso de controle da constitucionalidade – Atração da competência pela forma incidental – Sistema concentrado – Preliminar rejeitada – Recurso não provido. Nenhum poder é ilimitado e o da Municipalidade não poderia fugir a essa regra, pelo que submetem-se as leis locais ao controle de constitucionalidade, pelo método difuso que permite exame do vício, **incidenter tantum**, em todos os níveis, como requisito de solução da lide e pelo sistema concentrado, executado por um único órgão.” (Apelação Cível nº 228.133-1 – Taquarituba – 3ª Câmara Civil – Relator: Ênio Zuliani – 27.06.95 – v.u.)*

É uma grande falácia, tachar-se a ação civil pública, de verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, em face de seus efeitos *erga omnes*, ou *ultra partes* (limites subjetivos da coisa julgada), tendo em vista que as lides versam sobre interesses coletivos, com objetos diferentes (limites objetivos da coisa julgada), que requerem, portanto, tratamento processual coletivo compatível.

O objeto da ação civil pública está circunscrito tutela de um direito material difuso, coletivo e individual homogêneo enquanto que aquele da ação direta de inconstitucionalidade diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de lei em abstrato, subtraindo-a do arcabouço de nosso sistema jurídico.

No que concerne à possibilidade de arguição de inconstitucionalidade em ação civil pública Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery posicionam-se da forma seguinte: “O objeto da ação civil pública é a defesa de um dos direitos tutelados pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública. Pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de

lei ou ato normativo. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor ou Lei de Ação Civil Pública, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto que o pedido na ação direta de inconstitucionalidade será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade” (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1128, nota nº 7 art. 1º, da Lei nº 7.347/85).

O pedido na ação civil pública é geralmente obrigação de fazer ou não fazer, podendo ter como causa de pedir a inconstitucionalidade ou ilegalidade de um tributo, já na ADIn, a declaração de inconstitucionalidade é o próprio pedido. Nesta direção, as precisas lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“ACP e ADIn. Pedido e causa de pedir. É cabível ACP objetivando condenação do poder público em obrigação de não fazer (abster-se de cobrar imposto), tendo como fundamento (causa de pedir) a inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto. Na ACP o pedido é obrigação de não fazer e a causa de pedir a inconstitucionalidade do imposto. Não se confunde com a ADIn, onde a declaração da inconstitucionalidade não é o fundamento da demanda, mas o próprio pedido”. Neste sentido: JTJ 184/78, 182/10 (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1131, nota 7, art. 1º, da Lei nº 7.347/85)

E mais:

“Competência – Ação de declaração de inconstitucionalidade – Lei municipal – Competência originária do Tribunal de Justiça – Possibilidade do Magistrado de Primeiro Grau declarar

apenas a não aplicabilidade da norma ao caso – Recurso provido para esse fim. O Magistrado de Primeiro Grau não é competente para a declaração de inconstitucionalidade de lei. Poderia somente afirmar a não aplicabilidade por ser inconstitucional, o que é diferente da declaração expressa de inconstitucionalidade da norma, que subtrai esta do mundo jurídico, o que não acontece na outra situação.” (Relator Gomes de Amorim – Apelação Cível nº 160.326-1 – Tanabi – 14.04.92).

“In casu”, suscitou-se a questão da inconstitucionalidade e ilegalidade da lei, que instituiu a taxa de iluminação pública, como questão prejudicial de mérito, portanto não será tocada pela autoridade da coisa julgada. Esta questão resolver-se-á na motivação da sentença pelo juiz, reconhecendo ou não, a ocorrência de discordância com a legislação pertinente, sem declará-la incidentalmente, já que as partes assim não requereram.

*Outras ações distintas poderão ser intentadas com a mesma causa de pedir, isto é, fundamentadas na legislação impugnada, que permanecerá aplicável até a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, caso em que haverá necessidade de ser suspensa a execução dos dispositivos acoimados de inconstitucionais pelo Senado Federal, ou que seja proposta ação direta de inconstitucionalidade.*

*Maria Betânia Silva, Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco, em artigo publicado no Livro de Teses – Tomo 3, no 12º Congresso Nacional do Ministério Público, ensina que é necessário que se indigite o direito material coletivo sustentado para que se admita questão de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública. Vejamos, *ipsis literis*:*

“Assim procedendo, para que a questão da inconstitucionalidade em sede de ACP seja admitida e devidamente posta, o primeiro passo nas Ações Cíveis Públicas ajuizadas contra o pagamento da taxa de iluminação pública é o de identificar o direito material que subjaz a essas ações.”

O escopo da presente demanda não é declarar a inconstitucionalidade direta dos arts. 223 e 224, do Código Tributário Municipal, que ferem todo corpo de legislativo, que disciplina a matéria, mas a suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública e a conseqüente devolução aos consumidores-contribuintes dos valores pagos indevidamente.

O primeiro pleito, de cunho coletivo, atinente à suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública, faz coisa julgada *ultra partes*, ou seja, seus efeitos tão-somente atingem os réus, Fisco Municipal, Energipe, e a categoria de contribuintes, co-titulares do interesse tutelável, que não participaram do contraditório, em face da substituição processual pelo Ministério Público (legitimação extraordinária).

O segundo pedido referente à devolução das quantias pagas indevidamente, de natureza individual homogênea, terá efeito *erga omnes*, caso seja procedente a demanda, em relação a cada contribuinte, ou sucessor. Somente, aquele que se habilitar por ocasião da liquidação da sentença, indigitando o *“quantum”* a lhe ser devolvido poderá ser ressarcido, havendo uma faculdade do contribuinte quanto à reparação do dano, conforme dispõe o art. 21, da lei nº 7.347/85 devidamente alterado pelo Código de Defesa do Consumidor.

A relação jurídica alvejada pela presente ação civil pública é a que se estabeleceu entre a classe de contribuintes e as partes contrárias, o Fisco Municipal e a Energipe, sendo estes os limites subjetivos da coisa julgada.

Os efeitos *ultra partes* e *erga omnes*, na presente ação civil pública, estão restritos aos lesados pelo ato administrativo, ou lei, contrários ao ordenamento jurídico. Não possuem a mesma conotação do efeito *erga omnes* atribuído às ações diretas de inconstitucionalidade, que afeta a todos obrigatoriamente, sem exceção, pois extrai do ordenamento jurídico a lei contrária à Constituição Federal ou Estadual.

A ilegitimidade do Ministério Público argüida pelos réus não pode ser acolhida sob pena de acarretar o trancamento do novo acesso ao Poder Judiciário, recentemente aberto por meio do processo coletivo, traduzindo-se em decisão contra a sociedade.

É justo e necessário que o Poder Judiciário do Estado de Sergipe decida a favor dos interesses da sociedade, apoiando o "Parquet" em suas investidas na defesa dos interesses coletivos e contra os interesses dos réus, que ambicionam continuar recebendo receita oriunda de taxa ilegal e inconstitucional.

É de Kazuo Watanabe o texto a seguir, que teceu alguns comentários sobre o assunto:

"Acrescentaríamos a esses argumentos um outro que, em nosso entender, demonstra a efetiva presença do requisito da relevância social: muitos administradores públicos, mesmo sabedores de que uma lei instituidora de imposto ou taxa inconstitucional, insistem em editá-la e cobrar com base nela o imposto ou a taxa e assim agem fundados nos cálculos estatísticos que evidenciam que um apenas um número muito restrito de contribuintes se dá ao trabalho de postular individualmente seus direitos. Tem inegável sentido social a ação civil pública movida com o objetivo de obstar semelhante conduta ilícita da administração pública." (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª edição, pág. 641)

Exigir-se que seja intentada ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça significa olvidar o controle difuso da constitucionalidade que pode ser feito por qualquer juízo, em qualquer ação. Outrossim, as decisões proferidas contra dispositivo constitucional poderão ser objeto de recurso extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal, não havendo supressão da competência da Augusta Corte em matéria de controle constitucional.

Não se pode postergar o interesse social, valorizando-se um argumento ineficaz de que o Ministério Público não pode propor ação civil pública para salvaguardar os interesses de grande número de contribuintes por tratar-se de matéria tributária. Tal ilação não pode esvaziar o objeto dessa ação coletiva para transformá-la num instrumento inócuo diante dos abusos do Poder Público, formaliza-

dos em leis ou atos normativos, quando se sabe que o art. 21, da Lei nº 7.347/85 autoriza a propositura dessa ação para defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que relevantes no contexto social.

Farta é a jurisprudência no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública para suspender a cobrança da taxa de iluminação, sendo esta via eleita a mais adequada e eficaz ante o inexorável interesse social advindo dos pedidos formulados, transcendendo a esfera do direito ou interesse exclusivamente individual para açambarcar a ampla categoria de pessoas lesadas pela instituição do tributo em tela.

Em todo país, foram deflagradas ações civis públicas para a suspensão da taxa de iluminação pública, com concessão de liminares e procedência dos pedidos principais, inclusive, em municípios do nosso Estado como Lagarto e Itabaiana, Gararu, (doc. de fls. 172 e 178) e outros, onde já foram expedidas medidas liminares.

Adiante, estão transcritas decisões do Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais Pátrios, que corroboram nosso posicionamento.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANCELAMENTO DE TAXA ILEGAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO
O Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal. “É viável, em processo de ação civil pública, a declaração de incidente de inconstitucionalidade. (STJ – Ac. unân. da 1ª T., publ. em 25-08-97 – Resp. 109.013-MG – Rel. Min. Gomes de Barros – Ministério Público do Estado de Minas Gerais x Município de Uberlândia – Adv. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior)”

“Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação Coletiva. Taxa de iluminação.

1. Conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para

abranger a sua legitimidade no sentido de promover a ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º, da Lei nº 7.347/1985.

2. *Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar a taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de Ação Civil Pública, atuar como sujeito ativo da demanda, há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passa a ser interesse da coletividade.*
3. *O direito processual civil moderno, ao agasalhar ação civil pública, visou contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados pela atuação do Ministério Público.*
4. *Agravo Regimental improvido (AGRESP 98286/SP, DJ 23/03/98, STJ, decisão por unanimidade, negar provimento ao recurso)*

APELAÇÃO CÍVEL – MINISTÉRIO PÚBLICO – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – INCOSNTITUCIONALIDADE – JULGAMENTO PER SALTUM – DESNECESSIDADE – MATÉRIA PACIFICADA – REMESSA OBRIGATÓRIA

Inegável a competência do Ministério Público para ajuizar a ação civil pública contra a incidência da Taxa de Iluminação Pública por força do disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, e do artigo 5º, da Lei

nº 7.347/85. “Já tendo o Órgão Especial desta Corte julgado inconstitucionais leis municipais que instituíram a taxa de iluminação pública em condições iguais (ADin. Nº 24 e 67), dispensável, no caso, o julgamento per saltum, podendo a Câmara, desde logo, enfrentar o mérito da apelação (Reg. Int., art. 160)” (ACMS nº 5441, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar). “Matéria pacificada que a TIP incide em inconstitucionalidade porquanto, além de ter por base de cálculo própria dos impostos, não corresponde a serviço público, especificado e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição” (Ap. Cível nº 50.248, de Tubarão, Rel. Des. Amaral e Silva). (TJSC – AC 45.586 – C.C. Esp – Rel. Des. Solon d’Eça Neves – J. 30.04.1997)

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – Ação civil pública. Taxa de iluminação pública. Suspensão da cobrança. DESCONSTITUIÇÃO da decisão inaugural. Inoportunidade nos limites estreitos do Agravo de Instrumento. Orientação da Câmara. É entendimento pacífico e uniforme da Câmara, na sua composição, a ilegalidade da exigência da taxa de iluminação pública, por ausência dos pressupostos da singularidade e da divisibilidade na prestação do respectivo serviço público. A divergência existente refere-se apenas à legitimação do Ministério Público para questionar matéria tributária através de ação civil pública, prevalecendo, por maioria, o entendimento que reconhece a legitimidade. Não prospera, assim, a inconformidade do recorrente, devendo ser relegado para os autos principais, com sentença de mérito, o exame da matéria, em toda a sua amplitude, no qual as partes têm oportunidade do exercício do direito de ataque e defesa de suas Teses. Decisão confirmada. Agravo desprovido. (TARSAGI 194.003.208 – 1ª Civ. – Rel. Juiz Salvador Horário Vizzotto – J. 22.03.1994)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE

“Agravado de instrumento. Ação civil pública. Taxa de iluminação pública (TIP). Legitimidade do Ministério Público. “Face ao insculpido no art. 5º, da Lei nº 7.347, princípio da legitimidade acolhido pela novel Carta Constitucional em seu art. 129, III, patente a competência do Ministério Público para propor Ação Civil Pública visando a defesa de interesses coletivos e difusos” (AI nº 9.747, de Blumenau, Rel. Des. Wilson Guarany) TIP – COBRANÇA INADMISSÍVEL – SERVIÇO INESPECÍFICO E INDIVISÍVEL, NÃO MENSURÁVEL – PRESTAÇÃO UTI UNIVERSI. “Incabível a taxa de iluminação pública, uma vez que esse serviço não é prestado *uti singuli*, mas sim *uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização individual e mensurável.” Assim, a iluminação pública do Município deve ser paga com a receita dos impostos” (TACIV SP, RT 690/106). INCONSTITUCIONALIDADE. “Mostrando-se plausível a tese da inconstitucionalidade de lei municipal instituidora da Taxa de Iluminação Pública, notadamente em face dos precedentes jurisprudenciais que respaldam, deve ser susgado o julgamento do recurso para que a questão seja submetida ao órgão Especial do Tribunal de Justiça (CPC, art. 481) “(ACMS 5440, da Capital, Rel. Des. Newton Trisotto). (TJSC – AC 88.070867-8 (44.964) – Joinville – Rel. Des. Vanderlei Romer – C.C.Esp. – J. 16.10.1996)

Finalmente, a decisão do STF em sede de Recurso Extraordinário que negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Campo Grande

“Despacho: Vistos

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição

Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, ficando assentada a inconstitucionalidade e a ilegalidade da taxa de iluminação pública do Município de Campo Grande (MS).

2. *Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido violou o disposto nos arts. 30, III, e 145, II, da Carta Magna.*
3. *O apelo extremo não merece prosperar.*
4. *A Procuradoria-Geral da República, ao exarar parecer de fls. 252/253, opinou pelo desprovimento do recurso, aduzindo para tanto, verbis:*

“Esse Colendo Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela inconstitucionalidade das taxas de serviços urbanos, tais como, as taxas de limpeza pública, conservação de vias e logradouros públicos e de iluminação pública (RE nº 204.827, Rel.: Min. limar Galvão, DJ 23/06/97) bem como das taxas decorrentes do poder polícia, especificamente, taxa de licença e funcionamento, prevenção de incêndio e de publicidade (RE nº 185.050, Relator para o acórdão Ministro OCTÁVIO GALLOTTI), QUANDO (a) elementos componentes da base de cálculo do IPTU integrarem as suas bases de cálculo e (b) serviços inespecíficos, não mensuráveis e insuscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte, constituírem seus fatos geradores.

5. *Do exposto, com base no art. 38, da Lei 8.038 de 28 de maio de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do RISTF, e, adotando o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, nego seguimento ao Recurso”. (STF, Rec. Extraordinário, nº 188.698-6 (702), 09.12.97, rel. Min. Néri Silveira, recte. Município de Campo Grande, recdo. Ministério Público Estadual, proced. Mato Grosso do Sul).”*

DO INTERESSE DO MUNICÍPIO DE ARACAJU E DA ENERGIE PARA QUE SE MANTENHA A TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

É muito cômodo tanto para a Administração Municipal quanto para Energie que as coisas permaneçam como estão, isto é, sob a égide da inconstitucionalidade. Como relatado na peça exordial, apesar da receita da arrecadação do tributo, em análise, ser superior ao total das despesas com a rede de iluminação pública, desde o ano de 1993 o montante recolhido não vinha sendo traspassado ao Erário Municipal, permanecendo nos cofres da Energie – Empresa Energética de Sergipe S.A, para quitar dívidas originadas pelo consumo de energia de unidades administrativas sob a responsabilidade da Prefeitura.

Após algumas audiências públicas realizadas na sede do Ministério Público, na data de 02 de julho de 1998, o Município de Aracaju e a Energie, fizeram encontro de contas, em face das dívidas municipais de energia elétrica.

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 várias unidades administrativas da Prefeitura Municipal.

A receita angariada 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 (doc. de fls. 20).

A taxa “*sub judice*” por sua própria natureza é tão injusta e ilegal que a sobra da receita arrecadada poderá ser utilizada para outros fins públicos distintos daqueles para os quais a taxa de iluminação pública foi criada, isto não pode se perpetuar. Os serviços de fruição coletiva não são remuneráveis por taxa.

Os Representantes Judiciais reconhecem a inconstitucionalidade e a ilegalidade da taxa de iluminação pública, pois no dia 06 de julho pretérito, foi assinado perante o Ministério Público termo de ajustamento de conduta pelas Dras. Ângela Matos e Ana Luíza DORTAS para suspender a cobrança desse tributo, como já narrado na peça vestibular.

É MATÉRIA PACÍFICA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E NA DOUTRINA A INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

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”*.

O Código Tributário Nacional, em seus arts. 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, têm remuneração proporcional e mensurável ao uso individualizado do destinatário, portanto, denominados *“uti singuli”*.

A instituição de taxa está vinculada a fato gerador que importe atuação estatal específica diretamente relacionada ao contribuinte, que pode ser o exercício do poder de polícia, ou a fruição específica e divisível de serviço público de utilização efetiva ou potencial.

Os Procuradores do Município por ocasião de suas réplicas tentam modificar a natureza do serviço de iluminação pública, afirmando que a divisibilidade e a especificidade do serviço em tela se explica pelo fato de que são beneficiados grupos de indivíduos, que possuem imóveis situados em logradouros regados pela rede de iluminação pública.

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, como querem os Procuradores do Município e da Energiepe, até porque seus usuários são indetermináveis.

O serviço em análise, é prestado de forma indistinta a todos os transeuntes e custeado apenas por parcela da população residente no local, de maneira individualizada, através da conta de energia elétrica, quando deveria ser mantido pelo dinheiro público obtido com a arrecadação dos impostos gerais, dentre estes, o IPTU.

Não pode a Municipalidade onerar arbitrariamente o patrimônio de parte dos beneficiários dos serviços de iluminação pública, isentando, ao seu talante, outros, pois todos desfrutam do mesmo benefício, inclusive, os motoristas e pedestres em trânsito no local.

O alcance social do serviço de iluminação pública desponta ao enfocarmos a questão da segurança pública, pois os logradouros imersos nas sombras são um convite à ação de delinqüentes, colocando em risco a vida e a integridade física de toda população.

A doutrina é unânime em afirmar que o serviço de iluminação pública não é divisível nem específico, não devendo incidir qualquer taxa sobre sua utilização. Além dos textos transcritos na peça inicial, acrescentamos outros extraídos das obras dos mais renomados juristas, que indicam o melhor caminho a ser seguido pelo intérprete da lei.

Vejamos:

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)

Joaquim Castro Aguiar, por sua vez, ratifica o posicionamento esposado pelo Mestre Hely Lopes Meirelles, lecionando: *“Concordamos com Hely Lopes Meirelles, quanto à inconstitucionalidade dessa taxa, cujo fato gerador é a prestação do serviço de iluminação de ruas e logradouros públicos. Tais serviços são genéricos e não específicos e divisíveis: prestados à coletividade em geral e não apenas aos moradores da área. Comete grande equívoco quem vê na iluminação das ruas um serviço prestado a um grupo específico de pessoas, porque, em verdade, a iluminação das ruas e praças visa à comodidade e segurança de toda a população, dos moradores e transeuntes, e até ao embelezamento da cidade. É serviço urbano de caráter geral e não específico. Já se foi a época de se ver a iluminação de ruas e praças como um serviço prestado, especificamente, aos moradores das ruas e adjacentes. O serviço atende a todos, indistintamente, garantindo a segurança e comodidade de toda a população.”* (1982, p. 100/1). Extraído das Informações jurídicas prestadas pelo IBAM (doc. de fls.).

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).

Finalmente, é de bom alvitre reproduzir o magistério de Roque Antonio Carrazza: *“... Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados uti universi, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País, etc. Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas, sim, das receitas gerais do Estado,*

representadas basicamente pelos impostos” (Curso de Direito Constitucional Tributário, 8ª edição, 1996, pág. 289).

Após esgotar o assunto, citando os ensinamentos doutrinários dos mais festejados juristas, colacionamos à presente, alguns acórdãos prolatados por diversos Tribunais pátrios, trazendo à baila, primeiramente, 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 indistintamente 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, a 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. unan. do TA Civ. 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 carac-

teriza 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).

“Embora seja um serviço público, a taxa de iluminação Pública carece de especificidade, por insuscetível de divisão, não podendo, em consequência, ser cobrada como taxa, já que onera apenas os proprietários ou ocupantes dos imóveis situados na zona urbana das cidades e não todos aqueles que dela se beneficiam” (Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro – Ap. 1.010/94 – AC. J. 9.6.94 – Rel. Juiz Marlen de Moraes Marinho – RT 714/227)

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO DE ARACAJU

Em suas peças contestatórias, os Procuradores do Município e Engenheiros além de reputarem o serviço de iluminação pública de divisível e específico, portanto passível de ser cobrado por meio de taxa, afirmam que “a base de cálculo para a cobrança da taxa de iluminação pública é a unidade de padrão fiscal do Município de Aracaju, conforme dispõe o artigo 225 do C.T.M combinada com a tabela VI em anexo”.

Ademais, asseguram que o Município de Aracaju, não legislou sobre energia elétrica, mas sobre iluminação pública, atividade facultativa da administração pública, não sendo a taxa cobrada em razão do consumo de energia elétrica, mas da prestação de um serviço público pelo Município de Aracaju.

Tais afirmações são inconsistentes e não encontram assento na realidade jurídica e fática retratada na presente ação, para fins de apreciação e julgamento do Poder Judiciário, mesmo porque o serviço de iluminação é obrigatório e geral. Por conseguinte, deve ser mantido pelo Poder Público Municipal e não pelo cidadão individualmente considerado, como já foi exauridamente explicitado.

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.”

Ao determinar que a prestação de serviços de iluminação pública, em vias e logradouros públicos, 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 tratado em tópico antecedente.

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: *“À 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”*.

Na peça exordial, fizemos menção à UFIR, mas na verdade trata-se de UFM – Unidade de Padrão do Município, não havendo

qualquer alteração dos fatos, como quis aparentar o Procurador do Município de Aracaju. De acordo com a lei complementar municipal nº 002, de 30 de dezembro de 1991 (fls. 25 e 87), art. 225 do CTM e tabela XI anexa (fls. 225 e 226), 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 UFM, e aquele que possuir terreno pagará 1% da UFM por metro linear de testada real ao ano, estando isentos do pagamento da TIP os prédios públicos municipais.

Os Advogados do Município e da Energipe negam o que é claro como o sol de dezembro, que o valor da base de cálculo da taxa de iluminação pública do Município de Aracaju é a quantidade de energia elétrica consumida pelo contribuinte-consumidor, conforme a lei complementar nº 002/91. Percebe-se evidente violação do art. 145, § 2º, da CF, acima transcrito, restando igualada a base de cálculo do tributo em tela à do ICMS – Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviço, em operações dessa natureza.

Como já dito na petição inicial, a taxa *sub examine* incide sobre operações relativas a energia elétrica, não se compatibilizando também com o comando normativo do supracitado art. 155, § 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.

O Ministério Público, por conduto de seus Agentes, não disse que o Município de Aracaju legislou sobre energia elétrica, mas que instituiu uma taxa ilegal e inconstitucional, ordenando a utilização da quantidade de energia elétrica consumida individualmente, como base de cálculo, para pagamento da iluminação pública. Esse o entendimento pretoriano dominante a respeito do tributo em exame.

*“TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – FATO GERADOR IGUAL A IMPOSTO – INADMISSIBILIDADE
Tendo a Taxa de Iluminação Pública por fato gerador o consumo de energia elétrica, confunde-se com o imposto – Lei 2.308/54 ferindo, em consequência, os art. 77, parágrafo único, do CTN e 18, § 2º da CF”*

(TA-RS – Reex. Nec. 186085239 – 1ª Câmara Cív. – j. em 21.04.87 – Rel. Juiz Alceu 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 dos 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).

Outrossim, interessa reafirmar que o serviço de iluminação pública tem de ser pago pelos recursos próprios do Município advindos da arrecadação dos impostos gerais, principalmente, do 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
posteamto para distribuição domiciliar.*

Anote-se que 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.

Vale salientar que o nosso ordenamento jurídico disciplinou os meios legais para garantir 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.

É obrigação do Poder Público Municipal assumir sua responsabilidade financeira, deixando de onerar os munícipes, sendo desprovida de fundamento a afirmativa de que a suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública gerará grave lesão à segurança pública.

Revela-se absolutamente inconstitucional a taxa de iluminação pública criada pelo Município de Aracaju, tributo vinculado a serviço genérico, com base de cálculo própria de imposto, que diverge de modo contundente dos mandamentos da Carta Magna de 1988, tornando-se uma figura tributária divorciada do sistema jurídico pátrio. Essa Augusta Corte de Justiça também já decidiu:

“Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica. Taxa de Iluminação Pública. Serviços não específicos, indivisíveis e “uti universi”. Inteligência dos arts. 145, II e 155, § 3º, da CF c/c art. 77 e 79, do CTN. Improvimento ao apelo.

Os serviços de iluminação pública não podem ser custeados via taxa, pois não preenchem os requisitos de

especificidade, divisibilidade, nem são uti singuli” (TJSE. Apelação. Acórd. 819/98, Rel. Artur Oscar de Oliveira Deda, procedência – Maruim, proc. nº 298/97).

DO PEDIDO

Diante do Exposto, com fulcro nas legislações pertinentes, ficam impugnadas todas as argumentações dos Réus em suas peças contestatórias, por serem absolutamente infundadas, requerendo o MINISTÉRIO PÚBLICO o seguinte:

- a) o não acatamento das preliminares argüidas por não encontrarem agasalho legal no ordenamento jurídico vigente;
- b) o julgamento antecipado da lide, já que a matéria tratada nos autos é meramente de direito, sem necessidade de prova em audiência, com arrimo legal no art. 330, inciso I, do Caderno Procedimental Civil;
- c) a procedência dos pedidos formulados na exordial, por ser de Direito e de Justiça, sendo condenados os réus a arcarem com o ônus de sucumbência;
- d) a isenção do ônus de sucumbência, no caso de decisão desfavorável ao Ministério Público, cujos atos estão revestidos de presunção de legitimidade, salvo prova em contrário, estando o “Parquet” livre desse encargo financeiro, com fulcro no art. 17, da Lei nº 7.347/85, que prevalece sobre o art. 20, do CPC e na jurisprudência de nossos Tribunais.

Aracaju, 30 dezembro de 1998

Pedro Iroito Dória Leó
COORDENADOR-GERAL – PROCURADOR DE JUSTIÇA

Ana Paula Machado Costa Meneses
PROMOTORA DE JUSTIÇA

RECOMENDAÇÕES

RECOMENDAÇÃO Nº 01/99

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

“Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.”

“Direito a ser protegida contra o abandono e a exploração no trabalho.”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 7º, XXXIII (redação pela Emenda Constitucional nº 20) proibição do trabalho noturno, perigoso, ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo em condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE — ECA:

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I. ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II. progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III. atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV. atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V. acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI. oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII. atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º. Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola.

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I. noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II. perigoso, insalubre ou penoso;

III. realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV. realizado em horários e locais que não permitem a freqüência à escola.

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

.....

§ 5º. Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

.....

c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.

O Ministério Público do Estado de Sergipe, através de seu Coordenador-Geral, no uso de suas atribuições institucionais previstas na Lei Complementar nº 02/90 e:

CONSIDERANDO que a imprensa deste Estado vem noticiando com insistência a presença de crianças e adolescentes no depósito de lixo municipal, conhecido como “Lixeira da Terra Dura”, onde acompanhados ou não pelos pais, dedicam-se a atividade perigosa e insalubre, muitas vezes no período noturno, consistente na coleta de material reciclável, em meio aos resíduos domésticos e de outras origens que é lançado naquele local;

CONSIDERANDO que além do grave perigo de acidentes e doenças a que estão sujeitas, tais crianças e adolescentes encontram-se ausentes das salas de aula que deveriam obrigatoriamente freqüentar;

CONSIDERANDO que a lixeira em questão é administrada pela Empresa Municipal de Serviços Urbanos de Aracaju — EMSURB, que é a responsável pela vigilância do local e pela segurança das pessoas que lá permite ingressar e permanecer, responsabilizando-se também pelos danos que estas possam vir a sofrer;

RESOLVE RECOMENDAR:

1. Que a EMSURB implante um serviço de vigilância permanente na “Lixeira da Terra Dura” visando proibir o ingresso e a permanência de crianças e adolescentes, ainda que acompanhados dos pais, no local onde se depositam os resíduos.
2. Que a EMSURB, através de seus funcionários, encaminhe as crianças e adolescentes porventura encontrados na área de deposição do lixo, para o Conselho Tutelar da região, para as devidas providências;

O descumprimento da presente Recomendação ensejará a adoção das medidas legais objetivando o cumprimento da legislação protetiva da criança e do adolescente.

Comunique-se.

Aracaju, 21 de setembro de 1999.

Procurador Darcilo Melo Costa
COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**COORDENADORIA GERAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

**NÚCLEO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E
ADOLESCÊNCIA**

**PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS
À EDUCAÇÃO E SAÚDE**

RECOMENDAÇÃO Nº 001/99

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA:

“Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social”.

“Direito a ser protegida contra o abandono e a exploração do trabalho.”

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE — ECA:

“Artigo 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

“Artigo 81. É proibida a venda à criança ou adolescente de:

.....

VI. *bilhetes lotéricos e equivalentes”.*

“Artigo 201.

§ 5º. *Para o exercício da atribuição..., poderá o representante do Ministério Público:*

.....

c) *efetuar RECOMENDAÇÕES visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.”*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através seus representantes, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro nos artigos 129, incisos II e III, e 205 a 214, todos da Constituição Federal, artigo 118, incisos I, II e III, da Constituição Estadual, artigo 25, inciso IV, alínea “a”, artigo 27, incisos I, II, III e IV, e parágrafo único, incisos I, II, III e IV, todos da Lei Federal nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, artigo 1º, artigo 4º incisos II e III, artigo 44, § 6º, incisos I a IV e § 7º, incisos I a IV, dispositivos estes da Lei Complementar Estadual nº 02/90, artigo 1º, inciso IV, artigo 5º, artigo 8º, § 1º, e artigo 21 da Lei nº 7.347/85, artigos 4º e 5º da Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL – LDB, nas disposições constantes da Resolução nº 004/97 – CPJ, artigo 3º artigo 4º, artigo 5º, artigo 15, artigo 18, artigo 70, artigo 73, artigo 80, artigo 81, incisos I a VI, artigo 201, inciso VIII, e § 5º, alínea “c” e artigo 232, dispositivos estes constantes do ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA, e,

CONSIDERANDO que o Ministério Público é instituição permanente, responsável pela defesa jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO que é dever desta Instituição fiscalizar, tanto na esfera penal, como na cível, o cumprimento de toda a legislação referente aos direitos das crianças e adolescentes estudantes;

CONSIDERANDO a prisão de indivíduos que faziam a distribuição de cartelas de jogos entre crianças e adolescentes, com autorização da direção e professores de Escolas;

CONSIDERANDO a denúncia formulada por diretores e professores de escolas da cidade de General Maynard, dando conta de que os indivíduos estariam fazendo ameaças para aqueles alunos que não conseguissem “vender” integralmente as cartelas;

CONSIDERANDO denúncias no sentido de que indivíduos estariam utilizando as chamadas máquinas “cata-níqueis” nas proximidades de Escolas, com clientela composta basicamente por estudantes;

CONSIDERANDO o fato de que tal prática vem acontecendo em todo o Estado, seja na rede privada, seja na rede pública de ensino;

CONSIDERANDO as disposições expressas do ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, no sentido de se proteger crianças e adolescentes de qualquer tipo de constrangimento ou ameaça;

CONSIDERANDO notícias amplamente veiculadas pela imprensa e constatadas pela Polícia, dando conta do crescente tráfico de drogas no interior e nas proximidades das escolas;

CONSIDERANDO o fato de que a partir do momento em que professores permitem a entrada de pessoas “estranhas” nas escolas são quebradas quaisquer barreiras em relação às crianças e adolescentes, que passam a enxergar nesse indivíduos pessoas “confiáveis”;

CONSIDERANDO que os indivíduos que visitam as escolas apresentam-se bem vestidos e falantes, distribuindo inclusive “brindes” entre professores e funcionários de secretarias, com o único objetivo de ter acesso às salas de aulas e às crianças;

CONSIDERANDO que os produtos que esses indivíduos distribuem não apresentam nota fiscal e, dentre outros crimes, vislumbra-se a ocorrência, em tese, de extorsão, contrabando, descaminho e contravenção de loteria não autorizada;

CONSIDERANDO o fato de que há no caso exploração de mão-de-obra infantil;

CONSIDERANDO que, na sua grande maioria, os diretores e professores que permitem o ingresso desses indivíduos o fazem por ingenuidade e desconhecimento da Lei;

CONSIDERANDO o teor do artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tipificar como crime, punido com detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, a conduta de quem submete a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento;

RECOMENDA

1. QUE PROFESSORES E DIRETORES SEJAM ALERTADOS PARA O FATO DE QUE PODERÃO SER RESPONSABILIZADOS PELAS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA ENTRADA DE PESSOAS ESTRANHAS NAS ESCOLAS;
2. QUE DORAVANTE A ENTRADA DE PESSOAS NAS ESCOLAS SOMENTE SEJA PERMITIDA APÓS CRITERIOSA ANÁLISE DA SITUAÇÃO E MEDIANTE IDENTIFICAÇÃO;
3. QUE SEJA CUMPRIDA A LEI, COM PROIBIÇÃO EXPRESSA DE ENTRADA DE PESSOAS QUE PRETENDAM VENDER JOGOS E SIMILARES, OU REALIZAR QUALQUER TIPO DE COMÉRCIO NO INTERIOR DAS ESCOLAS.

Por fim, à luz do artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, e artigo 44, § 7º, inciso IV, da Lei Complementar nº 02/90, o Ministério Público vem convocar, para audiência pública, a realizar-se no dia 21 de setembro do ano presente, representantes do CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO, do CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, do CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, do CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, da SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE, da SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO

DE ARACAJU, do SINDICATO DOS TRABALHADORES EM ENSINO DO ESTADO DE SERGIPE — SINTESE, do SINDICATO DOS PROFESSORES DO MUNICÍPIO DE ARACAJU (SE) — SINDIPEMA e da Associação de Pais e Alunos, a fim de que a presente RECOMENDAÇÃO possa ser amplamente discutida e posteriormente afixada em local visível em todos os estabelecimentos de ensino do Estado, devendo ser informado ao Ministério Público, por escrito, o resultado das providências adotadas no prazo de 30 (trinta) dias.

Aracaju, 21 de setembro de 1999

PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Darcilo Melo Costa
COORDENADOR-GERAL
Maria Izabel S. de Abreu
PROMOTORA DE JUSTIÇA
Eduardo B. D'Ávila Fontes
PROMOTOR DE JUSTIÇA
Orlando Rochadel Moreira
PROMOTOR DE JUSTIÇA

DISCURSOS

TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE

Este momento, apesar de solene é também um momento alegria e emoção.

Impulsionado por estes sentimentos profundos da minha alma, gostaria de expressar, em primeiro lugar, a minha eterna gratidão, aos meus pais, que mortos, permanecem vivos pelos exemplos legados à família.

Aos meus irmãos, Augusta, Lurdes, Edgard, Motinha e Fernando pelo carinho, respeito e amizade sinceros que sempre me dedicaram.

Aos meus filhos, Daniela, Thiago, Juliana e Mariana, e ainda, à adorável Isabela, Vitor e André, que os tenho como meus, dedico as honras que neste momento recebo.

Aos meus amigos, que sempre ao meu lado foram solidários, o meu agradecimento fraterno.

Agradeço também as palavras generosas com que a representante do Colégio de Procuradores, Dra. Maria Eugênia da Silva Ribeiro, e o Presidente da Associação do Ministério Público, Dr. Luiz Alberto Moura Araújo, saudaram-me.

Atribuo estas manifestações, aos laços de coleguismo e respeito que com ambos mantenho.

Por derradeiro, a minha esposa Iolanda, amiga e companheira, mulher de sensibilidade, ponto de equilíbrio, é co-partícipe desta minha vitória.

A você, Iolanda, a minha admiração.

*A alma tem utopias como o pássaro tem asas.
Do mesmo modo que as asas sustentam o pássaro,
as utopias sustentam a alma.*

(Victor Hugo)

Minhas Senhoras,
Meus Senhores,

A minha utopia

A posse do novo Chefe do Ministério Público de Sergipe representa a realização de uma utopia que acalentei ao longos dos últimos anos.

Os sonhos dessa utopia transcenderam as evidências pouco animadoras das realidades em que vivíamos e se fixaram na possibilidade da mudança sonhada.

A motivação desse sonho de ontem foi o desejo sincero de contribuir para que a Instituição do Ministério Público possa cumprir, com fidelidade, as suas atribuições constitucionais, estimulando, assim, o processo de transformação da sociedade.

A utopia que hoje se transmuta em realidade somente foi possível graças à participação de dois protagonistas especiais.

De um lado, os colegas do Ministério Público, que nos deram um voto de confiança e acreditaram na nossa proposta.

Do outro, o Excelentíssimo Senhor Dr. Albano do Prado Franco, DD. Governador do Estado, que, na sua profficua vida pública, tem demonstrado ser um democrata comprometido com o respeito à cidadania, com a renovação dos valores e com o progresso da sociedade.

Agradecimentos aos colegas

Aos colegas do Ministério Público desejo, neste momento, expressar a minha mais profunda gratidão e reafirmar o meu compromisso de lutar, com todas as forças, pela construção de um Ministério Público novo, voltado inteiramente para o bem da sociedade.

A gratidão ao Governador

Ao Governador Albano Franco, também desejo assinalar a expressão do meu sincero agradecimento pela escolha do meu nome na lista tríplice integrada também pelos dignos e competentes colegas Fernando Ferreira de Matos e Luiz Alberto Moura Araújo.

Dr. Albano, nesta oportunidade, trago-lhe os agradecimentos dos meus familiares que têm por Vossa Excelência uma grande estima e admiração e que ficaram muito honrados pela escolha que Vossa Excelência fez.

Senhor Governador, Vossa Excelência foi eleito por duas vezes para dirigir o Poder Executivo do nosso Estado.

O povo de Sergipe, manifestando-se através das urnas, tem referendado as suas reconhecidas qualidades de homem público honesto, ético, democrata e progressista.

Aqui no Ministério Público, tenha certeza Vossa Excelência que também contará com a colaboração de uma plêiade de profissionais competentes que, de igual modo, estão comprometidos com esses mesmos valores que distinguem o autêntico homem público.

O tempo tem demonstrado que o homem público somente alcança a plena realização de um ideal elevado, e marca presença na História, quando, colocando o bem coletivo em primeiro lugar, assume, como Vossa Excelência tem feito, compromissos com a cidadania, com a honestidade, com a ética, com a democracia e com o progresso social.

A nossa Instituição, por isso, Senhor Governador, estará ao lado de Vossa Excelência para ajudá-lo a construir uma sociedade mais humana e mais justa, onde o homem seja o ponto de convergência de todos os esforços e realizações.

Agradecimento ao Dr. José Andrade

Agradeço ao Procurador José Gomes de Andrade a sua importante colaboração nesse período de transição da Chefia da Instituição.

Sua Excelência não mediu esforços para disponibilizar o pessoal e serviços necessários ao atendimento das nossas necessidades nessa fase preparatória da nossa posse.

Durante esses quatro anos em que estive na Chefia do Ministério Público, o Dr. José Andrade implementou diversas realizações.

Entre elas, lembramos, nesta oportunidade, a estruturação dos serviços administrativos da Procuradoria Geral, e a qualificação dos nossos servidores.

Lembramos, também, a estruturação dos Gabinetes dos Procuradores de Justiça, a construção de Gabinetes individuais para os Promotores que atuam nas Curadorias especializadas de Aracaju, a informatização e a melhoria das instalações físicas dos Gabinetes dos Promotores de Justiça da Capital e do Interior.

Sua Excelência, sem dúvida, deixa no nosso Ministério Público a marca das suas realizações.

A crise econômica

Chego à Chefia do Ministério Público num momento em que uma grave crise ameaça fazer ruir as estruturas que sustentam a combalida economia de muitos países , inclusive o Brasil.

O fantasma da crise econômica também ameaça as estruturas da democracia.

Assistimos, vez por outra, os valores da economia sobrepor-se aos princípios do direito e da justiça, sacrificando a liberdade e colocando o homem no mesmo nível de valoração dos objetos de consumo.

A marca da austeridade

Mas acreditamos que toda crise se vence com determinação, destemor e luta.

A nossa administração à frente do Ministério Público será marcada pela austeridade, como os tempos exigem, voltada sem-

pre para o essencial e absolutamente necessário, como têm sido as gestões que me antecederam.

Não se pode negar, Senhor Governador, que Vossa Excelência, apesar das dificuldades porque passa o Estado, muito tem feito pelo Ministério Público.

A nossa prioridade administrativa

A despeito dessa crise, queremos, logo no primeiro momento em que falamos na qualidade de Procurador Geral de Justiça, abordar um tema que, pela sua importância para o nosso Ministério Público, será incluído entre as prioridades da nossa gestão.

Trata-se da absoluta necessidade de se dotar as nossas Promotorias de Justiça de uma estrutura mínima de apoio técnico administrativo.

As atividades das Promotorias

Senhor Governador, como Vossa Excelência sabe, a Constituição de 1988 ampliou muitíssimo as atribuições dos Membros do Ministério Público.

Antes dela, os nossos Promotores somente atuavam na área judicial.

Na atualidade, essa situação modificou-se profundamente. Novas atribuições de natureza extrajudicial foram acrescentadas às atividades ministeriais.

Os nossos Promotores têm, agora, dentre outros, os encargos de promover a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio natural e cultural e do acidentado do trabalho.

Também lhes compete promover a curadoria do Patrimônio Público, das fundações, dos interesses dos usuários do serviço público, dos direitos da criança e do adolescente, dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência, além do controle externo da atividade policial.

Para a implementação dessas atividades, há necessidade de instauração de Inquérito Civil, de procedimentos administrativos, de realização de exames periciais, requisições, notificações, inspeções e diligências investigatórias em órgãos e entidades públicas e privadas, indispensáveis à propositura da Ação Civil Pública.

A dedicação dos nossos Promotores

Não obstante essas dificuldades, Senhor Governador, os nossos Promotores de Justiça doam-se de corpo e alma ao desempenho das suas atribuições, chegando ao ponto, como aconteceu recentemente com o nosso colega Valdir de Freitas Dantas, de derramar o seu próprio sangue, na luta pelo cumprimento do seu dever.

A propósito, gostaria, nesta oportunidade, de dizer que a morte do colega Valdir não vai intimidar a ação do Ministério Público em defesa dos legítimos interesses da sociedade.

Não vamos aceitar, em hipótese alguma, a impunidade desse crime que não só atingiu o Ministério Público, mas se constituiu numa afronta e desafio a todo sistema de autoridade constituída do Estado.

O Judiciário e Tribunal de Contas

Senhor Governador, Vossa Excelência tem se revelado um Governante sensível às necessidades do Poder Judiciário.

Como homem público de visão, sabe perfeitamente que aparelhar a Justiça é investir na cidadania.

A Justiça é o ponto de equilíbrio das relações sociais.

Onde não existe um Poder Judiciário forte e devidamente aparelhado, reina a desordem e a anarquia.

Portanto, está de parabéns Vossa Excelência pelas importantes realizações que proporcionou ao Poder Judiciário Estadual, viabilizando a construção e o aparelhamento do Fórum de Aracaju e de muitos outros em diversas comarcas do Interior do Estado.

Também agiu com acerto Vossa Excelência ao viabilizar a construção da sede do Egrégio Tribunal de Contas do Estado, dotando-o de uma estrutura capaz de atender satisfatoriamente às necessidades dessa importante Corte.

O bom administrador é aquele que, tendo visão de futuro, implementa realizações definitivas.

Aqueles que não têm esse descortino administrativo, são obrigados a emendar, ampliar e reformar, diversas vezes, aquilo que poderia ter sido uma obra definitiva.

A oportunidade do Ministério Público

Tendo Vossa Excelência, Senhor Governador, viabilizado a modernização do Judiciário e do Tribunal de Contas é necessário completar a sua obra, ampliando ainda mais sua generosidade em direção ao Ministério Público.

O Ministério Público de Sergipe tem absoluta certeza de que Vossa Excelência não medirá esforços para, no momento oportuno, viabilizar o atendimento desse pleito.

O grande beneficiário dessa realização será o povo sergipano, especialmente as camadas mais carentes da sociedade, que são as maiores usuárias dos serviços prestados pelas nossas Promotorias de Justiça.

Os Poderes e Instituições

Todos sabemos que somente se pode conquistar o progresso de uma sociedade se os Poderes do Estado e as demais Instituições, atuando de forma harmônica e independente, se organizarem numa ação integrada.

O Ministério Público, em nossa gestão, deseja continuar agindo de forma integrada e harmônica com os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e com as demais Instituições.

O Nosso lema será sempre somar forças, nunca dividir.

O diálogo construtivo será a nossa principal arma de atuação.
A prudência será marca registrada do nosso agir.

Entendemos que o Ministério Público, no seu mister de realizar o bem coletivo, existe para resolver os problemas e não para criar obstáculos e dificuldades que entrem o progresso.

O exercício de um mandato

A nossa opção preferencial pelo caminho do diálogo e do entendimento, porém, jamais implicará em omissões no cumprimento dos nossos deveres.

Os Procuradores , Promotores e o Governador do Estado, numa opção harmonicamente integrada, outorgaram-nos um mandato, que desejamos cumprir com dedicação e fidelidade.

Compromisso com a Democracia

A liberdade é o oxigênio da vida dos homens e a democracia é a fonte dessa liberdade.

Sem liberdade não se constrói progresso efetivo.

As realizações do autoritarismo são efêmeras e não resistem à ação do tempo.

Cremos na força da liberdade e reafirmamos, também, neste momento solene, o nosso compromisso com o Estado de Direito e com a vivência dos princípios democráticos

O Ministério Público é a casa da democracia. Nela os ideais democráticos devem florescer sempre.

A nossa Instituição tem o dever de vivenciar internamente os princípios da democracia para que possa, fortalecido com a força do seu exemplo, exercer, com êxito, o importante múnus de guardião do regime democrático.

A nossa eleição é um exemplo claro da vivência dessa prática democrática no nosso meio.

Vamos administrar o Ministério Público nesses dois anos dentro de um clima de absoluta democracia e na mais perfeita ordem.

Repudiamos tanto a violência do autoritarismo quanto a desordem e o corporativismo que gera anarquia.

Estaremos abertos ao diálogo, ao amplo debate das idéias com toda a classe.

Como é próprio da democracia, as idéias da maioria devem prevalecer. Contudo, seremos intransigentes na defesa da unidade dos integrantes da instituição.

Valorização do mérito

É nosso propósito, enfim, incentivar os critérios do mérito, fortalecendo essa prática democrática e abrindo, com isso, oportunidades, para que no preenchimento dos espaços de maiores responsabilidades da Instituição, prevaleçam sempre, a maturidade, o equilíbrio e a competência.

Conclusão

Minhas Senhoras,
Meus Senhores

Esta festa de hoje, ontem era apenas um sonho. Portanto, vale a pena sonhar.

James Allen, no seu livro *Visões e Ideais*, assim escreve sobre este tema:

"Quem acaricia uma bela visão, quem tem no coração um alto ideal, um dia o realizará. Colombo acariciava a visão de outro mundo, e o descobriu. Copérnico nutria a visão de uma multiplicidade de mundo e de um universo mais amplo, e os revelou. Buda contemplou a visão de um mundo espiritual de perfeita paz e nele entrou.

A proeza máxima foi, a princípio, e por algum tempo, um sonho. O Carvalho dorme na bolota, o pássaro espera no ovo. Os sonhos são as sementes da realidade."

Senhoras e Senhores,

O sonho não acabou. Da realização da minha utopia, nasceu um novo sonho: construir um Ministério Público forte, independente, realizador e profundamente comprometido com os interesses da Sociedade.

Este sonho não é só meu. É o Sonho dos meus colegas do Ministério Público.

Juntos vamos sonhar este sonho que também não é só nosso. É o sonho de um povo.

Que Deus seja a Luz do meu caminho, a minha força e o meu refúgio.

Muito Obrigado.

(Discurso de posse do Dr. Moacyr Soares da Motta no cargo de Procurador-Geral de Justiça, no dia 4 de outubro de 1998)

TRABALHO E HARMONIA

Ao cabo de mais uma jornada, é com elevada honra, que em nome dos eminentes Procuradores de Justiça Eduardo Cabral de Menezes, Gilberto Vila-Nova de Carvalho e Pedro Iroito Dória Leó, os dois primeiros deixando o Conselho Superior do Ministério Público, o último concluindo seu mandato na Coordenadoria-Geral do Ministério Público, e em nosso nome próprio, peço vênia para me dirigir a todos os presentes, especialmente aos membros do valoroso Ministério Público sergipano, para agradecer o apoio recebido no decorrer desses dois anos, biênio 1997/1998.

Durante esse período, a Corregedoria-Geral do Ministério Público em nenhum momento perdeu de vista o método que norteou todos os seus atos: trabalho conjunto e em harmonia com os que faziam a Administração Superior do Parquet em Sergipe.

Quando do ato de posse, em 17 de fevereiro de 1997, usando a palavra, conclamamos a todos a esse trabalho solidário, irmados, também na linha defendida e proclamada pelo ilustre Procurador de Justiça Gilberto Vila-Nova de Carvalho, na oportunidade, no seu discurso de saudação.

Não podemos ter vários Ministérios Públicos: o democrático e o autoritário; o conservador e o liberal; o velho e o novo. Não. Somos uma instituição única e somente assim seremos fortes e reconhecidos pela sociedade.

Permitimo-nos recordar as sábias palavras de Gilberto Vila-Nova naquela oportunidade. Disse Sua Excelência: "É tempo de banir a idéia do 'velho' e do 'novo' Ministério Público, como se este não fosse a conquista daquele: ou melhor, o que se insiste em denominar de novo nada mais é o que se denomina de velho, transformado através de lutas persistentes, sempre acompanhado dos riscos do desagrado aos poderosos, à sombra de discriminação irracional, guiados pelas luzes da ciência e pela força inquebrantável de seus integrados: OS DE ONTEM e os DE HOJE, mas os DE ONTEM, certamente seguirão com os DO AMANHÃ".

Meditando atentamente sobre o que dizia, e somando às nossas reflexões particulares, procuramos dirigir a nossa conduta por esse caminho de Unidade.

E para tanto, senhoras e senhores, o único caminho possível é a valorização individual de cada pessoa, de cada colega, de cada membro da instituição.

A Corregedoria-Geral do Ministério Público é Órgão fiscalizador da conduta funcional dos membros da instituição. Em que pese nosso espírito conciliador não fugimos do dever inerente ao cargo.

Entretanto, perseguimos insistentemente a concretização da tarefa de orientação, pois, na linha evangélica, corrige-se o pecado mas sem deixar de buscar salvar o pecador.

Fizemos dessa missão um ideal, porquanto como nos ensina Carl Schulz, os ideais são como as estrelas; não podemos tocá-las com as mãos, mas como o marinheiro no oceano deserto das águas, segue as estrelas, escolhemos as idéias como guias e seguindo-as, atingimos nossos destinos.

A unidade, sempre a unidade na instituição. Esse nosso ideal-maior.

A nossa gestão à frente da Corregedoria Geral teve um sabor especial, uma vez que desfrutamos do prazer de contribuir modestamente na formação dos novéis Promotores de Justiça.

O Estágio Probatório, devidamente respaldado e modernizado por uma nova regulamentação, proporcionou uma melhor formação dos Promotores de Justiça.

Antes, após nomeados, de imediato ingressavam nas funções ministeriais, sem nenhuma orientação. Hoje, uma formação básica teórico-prática é levada àqueles que, para nossa honra, resolverem abraçar o Ministério Público.

E a missão de acompanhamento que proporcionou auxiliar na formação de cada um deles, não seria possível sem a valiosa contribuição de Procuradores e Promotores de Justiça que emprestaram seu patrimônio intelectual nessa empreitada.

Agradecemos, assim, do fundo do coração, aos colegas que se somaram a esse processo.

Expressamos neste ato a nossa gratidão aos Drs. Gilberto Vila-Nova de Carvalho, Darcilo Melo Costa, Adélia Moreira Pessoa, Maria Lilian Mendes de Carvalho, Ana Paula Machado Costa, Sílvio Roberto Matos Euzébio, Maria Cristina Gama e Silva Foz Mendonça, Maria Izabel Santana de Abreu, Marilene Figueiredo, Ana Cristina Aragão e Carmem Lúcia de Gusmão.

Nesse processo de formação dos Promotores de Justiça em Estágio Probatório, não menos valiosa foi a contribuição do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, capitaneado pelo Procurador de Justiça Fernando Ferreira de Matos, com o auxílio inestimável, também, de Eduardo Lima de Matos. Palestras, encontros e simpósios foram realizados, além do importante curso de Direito Processual com a presença de expoentes da cultura jurídica brasileira, a exemplo do Prof. José Carlos Barbosa Moreira.

Nesse trabalho conjunto não podemos olvidar da parceria da Coordenadoria-Geral, através de seu titular, Dr. Pedro Iroito Dória Leó, que com a sua vasta experiência e trabalho incansável, não mediu esforços para que esse ideal fosse concretizado. Também em seu nome agradecemos aos dignos membros do Centro de Apoio Operacional, já citados nessa oração e aos Promotores de Justiça Curadores da Capital. Dr. Eduardo Seabra, Euza Costa, Lilian Carvalho, Ana Paula Menezes, Augusto Lobão e Edjilda Guerra, os quais, com determinação da implantação do Programa de Defesa Comunitária, com atuação nos bairros mais humildes, buscaram levar aos excluídos, uma verdadeira lição da cidadania.

Também em seu nome e no meu, um agradecimento especialíssimo ao Promotor de Justiça Assessor da Corregedoria-Geral e membro de Núcleo de Defesa da Cidadania do Centro de Apoio Operacional, Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado. Companheiro de todas as horas, co-responsável por algum mérito que alcançamos e responsável direto pelo êxito do Boletim de Informações Técnico-Jurídicas nesse biênio, com tiragem de vinte e cinco edições. Os elogios dos integrantes do parquet nacional, o Coordenador-Geral do Ministério Público que hoje conclui o seu mandato delega a Carlos Augusto e aos eminentes colaboradores desse prestigiado Boletim.

Senhoras e Senhores:

Já dizia o pensador que o que recebemos quase sempre é retorno do que damos. Por isso, até para sermos bons conosco, devemos dar o melhor de nós para o próximo.

Procuramos imprimir nas nossas atitudes isenção e imparcialidade.

A espinhosa missão desenvolvida, por vezes, proporcionou a alguns, dissabores. Contudo, o encargo que nos foi confiado pelos doutos membros do Colégio de Procuradores de Justiça tinha que ser cumprido.

Todavia, como antes declinado, procurávamos corrigir os erros, os excessos, mas sempre preservando a pessoa.

E o fruto desse trabalho colhemos quando da eleição para o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

Agradecemos mais uma vez a todos que sufragaram o nosso nome quando do pleito ocorrido dias atrás.

Ao Dr. José Gomes de Andrade, Procurador-Geral de Justiça no mandato passado, só temos palavras de agradecimentos pelo saudável convívio e absoluta confiança depositada.

Agradecemos nessa mesma linha ao atual Procurador-Geral de Justiça, Dr. Moacyr Soares da Motta, apesar dos poucos meses de convivência na Administração Superior do Ministério Público.

Dignos Procuradores de Justiça que encerram seus mandatos no Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, Dr. Gilberto Vila-Nova de Carvalho e Dr. Eduardo Cabral de Menezes: durante o período em que participamos, na qualidade de membro nato desse prestigiado órgão superior, registramos que o elevado saber jurídico de Vossas Excelências contribuiu sobremaneira para que pudéssemos, como órgão colegiado, cumprir melhor a nossa missão institucional.

Àqueles que a partir desta data iniciam mais uma árdua jornada, as nossas felicitações. Que o Dr. José Renato Lima Sampaio, à frente da Corregedoria-Geral; Dr. Darcilo Melo Costa, assumindo a Coordenadoria-Geral e Dra. Maria Eugênia da Silva Ribeiro, eleita como um dos representantes da classe no Conselho Superi-

or do Ministério Público, alcancem o sucesso esperado. A biografia de Suas Excelências será ainda mais enriquecida ao termo dos seus mandatos. Parabenizamos, individualmente, cada um deles.

Por fim, desejaríamos deixar uma mensagem de estímulo.

Certa feita nos deparamos com o seguinte pensamento:

"A VIDA DE UM HOMEM SEM IDEAL É TRISTE. PODE TENTAR ESCONDER, COMO ELE QUEIRA, A SUA TRISTEZA DE SI MESMO E DOS OUTROS. MAS ASSIM PROCEDENDO NÃO ESTARÁ FAZENDO NADA MAIS QUE AUMENTAR O TÊDIO PROVOCADO PELO VAZIO DE SUA VIDA".

Prezados Colegas:

Não percamos o ideal. Não deixemos que eventuais situações de desânimo funcionem como tristeza no nosso coração, obscurecendo o ideal da profissão.

Ao ingressarmos no Ministério Público, não procuramos emprego. Procuramos muito trabalho. Trabalho nobre em prol da sociedade.

Continuemos assim. Precisamos também ser semeadores da unidade.

Se procedermos desta maneira seremos sempre fortes. É o que espera a sociedade.

Muito obrigado.

(Pronunciamento do ex-Corregedor-Geral do Ministério Público, Heli Soares Henriques Nascimento, por ocasião da posse dos novos titulares da Corregedoria-Geral e Coordenadoria-Geral do Ministério Público)

MINISTÉRIO PÚBLICO SOCIAL*

O Ministério Público sergipano consciente da importância da Assembléia Estadual Constituinte elaborou um anteprojeto ao seu Capítulo, trazendo ao conhecimento dos ilustres Constituintes, como colaboração da Instituição e colocou-se à disposição de Vossas Excelências para qualquer esclarecimento.

Hoje, o Ministério Público tem este espaço na Casa do Povo para dialogar e o fará inspirado nos princípios democráticos que norteiam este Poder e na luta sempre constante do Parquet, desde a criação da Confederação Nacional do Ministério Público, na cidade de Teresópolis, em 11 de dezembro de 1970.

Ressalte-se, que a participação de Sergipe é destacada, inclusive, com promoções de conchaves em nosso Estado e sempre presente aos eventos da Instituição nos outros Estados, tendo assinado todas as Cartas de Princípios que reclamavam direitos e deveres do MP.

É mister, como preâmbulo ao diálogo, fazer-se uma análise histórica do surgimento do Ministério Público Brasileiro.

Embrionariamente, no início da fase Imperial o Código de Processo Criminal fez-lhe ligeira referência como Promotor da Ação Penal.

Já em 1876, com a Consolidação de Ribas, surgia na instância superior o Procurador da Coroa, sem ter a categoria de Chefe da Instituição.

Constitucionalmente, o Ministério Público no Império foi ignorado, sendo, portanto, apenas, tratado nas leis ordinárias e de modo disperso.

Com o advento da República, os Decretos 848/90 e 1.030/90, deram o primeiro passo na organização do Ministério Público, na esfera federal, face à visão do jurista Campos Sales, patrono da Instituição.

As Constituições da Velha República fizeram, apenas, menções e traçaram algumas linhas básicas, mas não criaram a carreira.

Somente na Constituição democrática de 1946, surgiu o Ministério Público, como órgão e instituição.

Para os Estados, previa a Constituição de 46 que o Ministério Público seria organizado em carreira, observando-se o ingresso por concurso, promoções e remoções e após dois anos de exercício não poderiam os membros do Ministério Público ser demitidos senão por sentença Judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes facultasse ampla defesa e nem removidos, salvo por conveniência do serviço, motivado pelo Chefe da Instituição.

Foi o primeiro grande passo do Ministério Público como Instituição.

Infelizmente, a Carta de 67, outorgada pelo Governo Militar, retroagiu, localizando o Ministério Público no Capítulo do Poder Judiciário.

Com a emenda nº 7/77, devido ao trabalho incessante da Confederação Nacional do Ministério Público e das lideranças do Parquet nos Estados, restabeleceu-se o princípio adotado na Constituição de 46 e previu a Lei Complementar para estabelecer normas gerais sobre a organização do Ministério Público nos Estados, resultando a Lei Complementar nº 40/81, simbolizando a unidade estrutural da Instituição no Brasil.

Com o advento da democracia, e, conseqüentemente, com a vigência da atual Constituição Federal, o Ministério Público teve, finalmente, pelos bravos constituintes, reconhecido o seu valor institucional, ficando, inclusive, em capítulo próprio.

O MP não pertence, portanto aos Poderes Executivo e Judiciário. Ele é órgão independente, autônomo e seus membros passaram a gozar garantias necessárias para a grave missão que lhes são impostas, sem interferências indevidas.

É desnecessário, Senhores Constituintes, fazer-se uma apologia das lutas dos bravos colegas, que desde a fundação da Confederação Nacional do Ministério Público, cuja idéia surgiu em plagas sergipanas, no I Seminário Sergipano do Ministério Público, em 1969, buscaram a posição firme da instituição no contexto nacional, porém, é, oportuno, relembra aqueles que não viram os loiros da vitória, pois, infelizmente, a morte primeiro chegou: Ferdinando Vasconcelos, Guimarães Lima, Carlos Siqueira Neto, entre outros.

Com a nova Constituição, o Ministério Público não é mais o Procurador do Rei, como acontecia no Império; não é mais o acu-

sador sistemático como se julgava na Velha República e nem tão pouco o auxiliar do Judiciário.

Ele é, nos dias hodiernos, o patrono das pretensões da comunidade contra as injustiças e não somente contra as ilegalidades. Ele é, sem dúvida, o defensor natural dos direitos humanos, do meio ambiente, do patrimônio cultural e natural do Estado,

Ora, Senhores Constituintes, o Ministério Público como representante da Sociedade, defende o interesse público e ao defendê-lo, a Instituição representa a comunidade e não o Estado.

Portanto, na defesa dos interesses da sociedade, não a sociedade privilegiada, mas a sociedade comunidade, a sociedade social, a sua ação pode ser destacada na atividade preventiva, evitando inúmeros e desnecessários litígios, fazendo o papel de "ombudsman", ou seja de defensor do povo.

Na impossibilidade de sua tarefa conciliatória, a sua atuação perante o Poder Judiciário é inesgotável, destacando-se a defesa dos direitos dos trabalhadores ou decorrentes de acidentes, controle das fundações, representação de inconstitucionalidade, ação de reparação de dano causado por delito quando a vítima é pobre, ação civil pública, mandado de segurança, ação popular, ações que envolvam direito de família e questões de Estado, causas em que haja interesse de menores, além dos interesses difusos e coletivos, afora as ações criminais, entre outras.

Para tal gama de compromissos de tamanha envergadura, os Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça terão que alcançar, em nosso Estado, a estrutura necessária para o mister. E esta necessidade está exposta no trabalho que elaboramos como contribuição ao Poder Constituinte Sergipano. O Ministério Público tem a convicta certeza que o anteprojeto se transformará em positiva realidade, a exemplo da Constituição Nacional, e reafirma o seu compromisso de que com as garantias e a estruturação necessária, os membros cumprirão a árdua missão transformando os Procuradores e Promotores de Justiça em verdadeiros e invencíveis Procuradores e Promotores Sociais, tão preconizado pelo Príncipe dos Promotores, Roberto Lyra.

Senhores Constituintes, como afirmamos no início, o Ministério Público veio aqui, não para o monólogo, mas para o diálogo e

deste modo coloca-se à disposição de Vossas Excelências para quaisquer esclarecimentos pertinentes aos nossos reclamos, que são também da comunidade, porque no dizer do colega Oscar Xavier de Freitas, *"O Ministério Público organizado é um dos fatores de segurança, da estabilidade das instituições. Não existe plenitude de um Estado de Direito sem o Ministério Público forte. Nem legislador eficiente se lhe falta a fiscalização do exato cumprimento da Lei. Não existe Lei sem Ministério Público"*. Da sensibilidade de Vossas Excelências em conferirem ao Ministério Público a instrumentação necessária muito depende a segurança social.

Por fim, sem Ministério Público não há justiça!

* Pronunciamento do então Promotor de Justiça Pedro Iroito Dória Leó perante a comissão do Anteprojeto de Constituição do Estado de Sergipe, em 1989.

VITALICIAMENTO (*)

Prezados membros do Ministério Público vitaliciados,

Quis o destino e a generosidade do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça que nessa sessão solene de vitaliciamento dos nobres, jovens, vibrantes e dedicados Promotores de Justiça, em nome da Administração Superior do Ministério Público, proferisse essa singela saudação.

Retorno à Tribuna tomado de incontida alegria, pois de agosto/97 a fevereiro/99 pude desfrutar do saudável e enriquecedor convívio de Vossas Excelências, quando ocupei o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público no biênio passado. Foram dezoito meses de acompanhamento profissional, de orientação no exercício das relevantes funções que desenvolveram. Percebi, ao longo dos meses, que os Senhores não eram tão somente Promotores de Justiça, cuja atuação fiscalizava, mas, apesar de muito jovens, o entusiasmo e a dedicação ao trabalho, aliado ao destemor de alguns, efetivamente, fizeram nascer no meu âmago uma profunda admiração e estima pessoal, pois souberam honrar e, exclusivamente em razão do mérito, merecer o tratamento protocolar, prerrogativa da função: Excelência.

Em 10 de agosto de 1997, vinte e um Promotores de Justiça, aprovados em rigoroso Concurso Público, tomaram posse. Destes, dois ocupam hoje o cargo de Procurador da República, um o de Juiz Federal e um de Juiz Estadual. Dos que permaneceram na nossa Instituição, apenas um, por problemas de saúde já superados, não cumpriu ainda o estágio probatório exigido por lei.

Recordo-me da emoção de todos naquela solenidade e, especialmente, do discurso do Dr. Paulo Gustavo Guedes Fontes, representando os recém-empossados.

Após terem percorrido longos e fatigantes oito meses de certame foram classificados e nomeados. Como registrou Dr. Paulo Guedes Fontes, todos tinham alcançado uma "significativa vitória pessoal". Pessoal, mas também familiar, porquanto o esforço é

partilhado, em função das renúncias e ansiedade de todos que nos cercam e acompanham de perto a maratona de um concurso público desse nível.

Recordo-me, assim, da imagem daquele dia. Todos felizes: os recém-empossados, seus amigos e familiares e nós que já estávamos no Ministério Público, visto que a Instituição estava sendo premiada com a adesão de valorosos novos parceiros. Uns provenientes dos bancos acadêmicos sergipanos e outros recebidos pelo nosso Estado como filhos adotivos, originários de outras unidades da federação, notadamente da Bahia. Estes escolheram o acolhedor Sergipe por opção e mereceram, também, o nosso acolhimento. Hoje, todos somos uma só família.

**Senhoras e senhores,
Meus caríssimos Promotores de Justiça protagonistas dessa solenidade,**

Já dizia Santo Agostinho, com a sabedoria que lhe foi presenteada por Deus, que:

“Há maior alegria quando se conclui alguma coisa do que quando se começa. Todo começo é repleto de inquietude, que cessa apenas quando se consegue o fim apetecido e esperado. O coração não conta vitória pelo que começa, mas pelo que termina.”

Essa verdade quase dogmática pode ser comprovada aqui e agora.

Creio que, a par da grande alegria no momento de posse, maior alegria invade seus corações nesse momento.

Foram testados e devidamente aprovados. Confirmados na carreira, passam a usufruir da prerrogativa constitucional da vitaliciedade. Prerrogativa assegurada pelo legislador constituinte não como uma simples regalia para alguns privilegiados. Mas uma garantia que, em última análise, é garantia da sociedade.

A função desempenhada pelo Ministério Público não é propriedade do Procurador ou do Promotor de Justiça. É da sociedade e para a sociedade. Exercemos sim um verdadeiro ministério e um ministério público.

Parabenizo, em nome do Colégio de Procuradores de Justiça, a cada um dos Senhores. Vossas Excelências honram o Ministério Público de Sergipe. Seus familiares têm todo o direito de cultivar um saudável orgulho.

Avante! Bravos Promotores de Justiça!

Aperfeiçoem seus conhecimentos. Sedimentem os adquiridos e busquem incessantemente o saber que não deve ser egoisticamente acumulado, mas colocado à disposição da coletividade quando se desincumbirem das suas funções institucionais.

Perseverem; perseverem sempre. Não percam o entusiasmo. Nós, mais amadurecidos, precisamos do entusiasmo dos jovens.

Busquem conjugar os arroubos dos jovens, à responsabilidade do cargo e à experiência dos mais vividos.

**Senhores membros da mesa,
Senhoras e Senhores,
Meus caros Promotores de Justiça vitaliciados,**

O Ministério Público brasileiro, com a moldura e consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988 apresenta, no sistema jurídico contemporâneo, uma estrutura singular. Como lembra Nagib Slaibi Filho, herdou dos Estados Unidos da América a desvinculação com o Poder Judiciário e a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica do seu membro. Da Europa Continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive com prerrogativas similares.

O Ministério Público brasileiro desenvolveu-se, assim, sob a influência do Novo e do Velho Mundo. E dessa simbiose vem a sua força.

Nesse passo, permito-me invocar, corroborando o entendimento declinado, as lições de Pedro Roberto Decomain, emérito

membro do Ministério Público brasileiro: o órgão do Ministério Público é independente no exercício das suas funções, não ficando sujeito à ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.

A Constituição Federal valorizou de tal modo a independência e a autonomia do Ministério Público, como bem lembra Alexandre de. Moraes, valoroso Promotor de Justiça de São Paulo, que considera crime de responsabilidade do Presidente de República a prática de atos atentatórios do livre exercício da Instituição. Essa é a dicção do art. 85, inciso II da Carta Magna.

Registro, insistentemente, tais prerrogativas para justificar quão grande é a nossa responsabilidade.

A sociedade muito espera de todos nós.

Reza a Carta Constitucional, no seu art. 127, § 1º, que um dos princípios institucionais do Ministério Público é a Unidade.

Já no início de 1997 o emérito Procurador de Justiça Gilberto Vila-Nova de Carvalho conclamava a todos à Unidade. Em brilhante discurso proferido também nessa tribuna dizia:

“A UNIDADE do Ministério Público, seu princípio reitor, não deve situar-se apenas no plano teórico-doutrinário, significando que atuamos todos em SEU nome; é preciso transportá-lo do plano abstrato para lhe conferir dimensão mais ampla, como forma de torná-lo abrangente de todas as correntes do pensamento, de modo a colocar o acento na convergência de esforços, das idéias, das convicções, das preferências, das prioridades, enfim, do labor, fazendo repontar do ENCONTRO, do DESENCONTRO e mesmo do CONFRONTO, A SÍNTESE da afinidade de propósitos, da colaboração participativa, do apreço de todos por todos e de todos por cada um.

Aí encontraremos, verdadeiramente, o Ministério Público forte e unido que sonhamos; MINISTÉRIO PÚBLICO possível; MINISTÉRIO PÚBLICO eficiente. ‘A fraternidade — afinal de contas — não vem a ser uma

divisa, senão uma realidade e um dever, que não ameça a estrutura ou a liberdade social'. A lição de MARC ANCEL, cabe muito bem no âmbito do Ministério Público, permitindo-nos assinalar que a fraternidade entre os membros do Ministério Público não lhes afeta a autonomia e a liberdade de pensamento; ao revés, amplia a primeira e garante a segunda. Não há cuidar-se, nos tempos de hoje, do "meu" ou do "seu " Ministério Público, mas do nosso MINISTÉRIO PÚBLICO, em seu perfil institucional, não com o que, isoladamente, se suponha ter. 'O indivíduo não se manifesta, senão pelo encontro com seus semelhantes' — e desse encontro, que devemos perseguir, nasce a unidade concreta que reforça o princípio como idéia sistematizadora dos institutos jurídicos.

É tempo de banir a idéia do 'velho' e do 'novo' Ministério Público, como se este não .fosse uma conquista daquele: ou melhor, o que se insiste em denominar de novo nada mais é o que se denomina de velho, transformando através de lutas persistentes, sempre acompanhadas dos riscos do desagrado aos poderosos, à sombra de discriminação irracional, guiadas pelas luzes da ciência e pela força inquebrantável de seus integrantes: os DE ONTEM e os DE HOJE, certamente seguirá com os DO AMANHÃ.

Portanto, nem 'velho' nem 'novo', mas o Ministério Público que se renova."

Com ele, reafirmo: precisamos de um Ministério Público forte e em harmonia para que coeso possa se desincumbir da sua missão constitucional. É o que desejo. Não compartilho da tese do Velho e do Novo Ministério Público. Somos uma Instituição só, una, indivisível. São faces da mesma moeda. O novo só existe em face da perseverança e dedicação do velho. Fundiram-se numa instituição fortalecida pela Constituição Federal para bem servir à sociedade.

Portanto, partamos irmanados, cultivando laços fraternos, como uma grande família.

Nesse momento de festa, não poderia deixar de registrar um fato lamentável: a partida da colega Maria Aparecida dos Santos. Quis o Criador abreviar a sua vida terrena e a levou prematuramente.

Dedico esse momento solene também a ela, à combativa Promotora de Justiça Criminal.

Em nome do Colégio de Procuradores de Justiça presto essa homenagem.

A todos aqui presentes, especialmente aos Promotores de Justiça vitaliciados, só tenho palavras de incentivo e felicitações.

Parabéns e obrigado.

*Pronunciamento do Procurador de Justiça Heli Soares Henriques Nascimento na solenidade de vitaliciamento dos Promotores de Justiça.

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO Nº 01/99 – CPJ

Concede o Colar do Mérito 'TOBIAS BARRETO', post mortem, ao Promotor de Justiça VALDIR DE FREITAS DANTAS.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso das atribuições legais, de acordo com art. 6º do Ato nº 04/89-CPJ, e

CONSIDERANDO que a coragem, a dedicação e o zelo com o que o Promotor de Justiça VALDIR DE FREITAS DANTAS sempre desempenhou as suas atividades, junto às Promotorias de Gararu e Cedro de São João, tornaram-no merecedor da admiração da sociedade sergipana e de seus colegas;

CONSIDERANDO que o seu trabalho foi decisivo para o fortalecimento da imagem do Ministério Público junto ao nosso povo;

CONSIDERANDO que o seu assassinato covarde, no estrito cumprimento do dever legal, serviu para ressaltar ainda mais as suas qualidades profissionais e humanas;

CONSIDERANDO que é dever do Ministério Público Estadual reconhecer e estimular o exercício de atividades que promovam o seu engrandecimento e aperfeiçoamento;

CONSIDERANDO finalmente, que o Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, pela unanimidade de seus membros, aprovou a homenagem de que trata a presente Resolução,

RESOLVE:

Art. 1º. Fica concedido ao Promotor de Justiça VALDIR DE FREITAS DANTAS o Colar do Mérito "TOBIAS BARRETO", post mortem.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor nesta data.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões do Colégio de Procuradores de Justiça – Plenário "Governador Djenal Tavares de Queiroz", em Aracaju, 09 de março de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes
Gilberto Vila-Nova de Carvalho
José Jorge Santos Mesquita
Pedro Iroito Dória Leó
Maria Eugênia da Silva Ribeiro
Heli Soares Henriques Nascimento
José Gomes de Andrade
José Renato Lima Sampaio
José Costa Cavalcante
José Carlos de Oliveira Filho
Fernando Ferreira de Matos
Paulo Moura
Darcilo Melo Costa

RESOLUÇÃO Nº 02/99 – CPJ

Altera dispositivos da Resolução nº 012/94, que trata da organização das Promotorias de Justiça Especializadas da Capital e suas atribuições.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais, conforme o disposto no art. 35, inciso II da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990;

Considerando que a atual divisão das Promotorias de Justiça Especializadas da Capital, conforme Resolução nº 12, de 09 de novembro de 1994, já não atende a uma melhor racionalização de suas atividades;

Considerando a necessidade de dar-se nova organização e atribuições às referidas Promotorias, conforme proposta apresentada pela Coordenadoria Geral, para melhor cumprimento de suas atribuições legais.

RESOLVE:

Art. 1º. Os artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Resolução nº 12/94, passam a ter a seguinte redação:

“Art. 3º. As atividades de defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis e dos interesses coletivos e difusos na Comarca de Aracaju serão exercidas por Promotores de Justiça Especializados, lotados na Coordenadoria Geral.

Art. 4º. Os Promotores de Justiça Especializados, de que trata o artigo anterior, são os seguintes:

I. Promotores de Justiça do Patrimônio Público, Social e Cultural;

II. *Promotores de Justiça do Meio Ambiente e Urbanismo;*

III. *Promotores de Justiça dos Direitos à Educação e Saúde Pública;*

IV. *Promotores de Justiça do Consumidor e Serviços de Relevância Pública;*

V. *Promotores de Justiça dos Direitos do Cidadão;*

VI. *Promotores de Justiça da Infância e Adolescência.*

Art. 5º.

Art. 6º.

§ 1º.

§ 2º.

§ 3º. *Os Promotores de Justiça que exercerem as atribuições referidas no art. 4º poderão atuar junto às Promotorias de Justiça do Interior do Estado, com a autorização do Coordenador-Geral, desde que os titulares das respectivas Promotorias solicitem a colaboração."*

Art. 2º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões do Colégio de Procuradores de Justiça, em Aracaju, 1º de junho de 1999.

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes
Gilberto Vila-Nova de Carvalho
José Jorge Santos Mesquita

Pedro Iroito Dória Leó
Maria Eugênia da Silva Ribeiro
Heli Soares Henriques Nascimento
José Gomes de Andrade
José Renato Lima Sampaio
José Costa Cavalcante
José Carlos de Oliveira Filho
Fernando Ferreira de Matos
Paulo Moura
Darcilo Melo Costa

RESOLUÇÃO Nº 03/99 – CPJ

De 10 de agosto de 1999

Aprova Proposta Orçamentária para o exercício de 2000.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais,

RESOLVE:

Art. 1º. Fica aprovada a Proposta Orçamentária do Ministério Público do Estado de Sergipe para o exercício de 2000, no valor de R\$ 24.716.000,00 (vinte e quatro milhões, setecentos e dezesseis mil reais), conforme o seguinte desdobramento por categoria econômica, elementos e sub-elementos de despesa:

11000	MINISTÉRIO PÚBLICO		
11101	PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA		
02.062.0011.2065	Manutenção das Atividades do Ministério Público		
3.0.00.00	DESPESAS CORRENTES		
3.1.00.00	PESSOAL E ENCARGOS SOCIAIS		
3.1.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
3.1.90.09	Salário Família	R\$	8.000,00
3.1.90.11	Vencimentos e Vantagens Fixas	R\$	13.450.000,00
3.1.90.13	Obrigações Patronais	R\$	1.350.000,00
3.1.90.16	Outras Despesas Variáveis - P. Civil	R\$	200,00
3.1.90.92	Despesas de Exercícios Anteriores	R\$	200,00
3.1.90.93	Indenizações e Restituições	R\$	1.100,00
3.4.00.00	OUTRAS DESPESAS CORRENTES		
3.4.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
3.4.90.08	Outros Benefícios Assistenciais	R\$	11.200,00
3.4.90.10	Outros Benefícios de Natureza Social	R\$	200,00
3.4.90.14	Diárias - Pessoal Civil	R\$	70.260,00
3.4.90.30	Material de Consumo	R\$	240.700,00
3.4.90.32	Material de Distribuição Gratuita	R\$	200,00
3.4.90.33	Passagens e Despesas c/ Locomoção	R\$	38.500,00
3.4.90.35	Serviços de Consultoria	R\$	700,00

3.4.90.36	Outros Serviços de Terceiros – P. Física	R\$	110.400,00
3.4.90.37	Locação de Mão-de-obra	R\$	110.700,00
3.4.90.38	Arrendamento Mercantil	R\$	48.400,00
3.4.90.39	Outros Serviços de Terceiro P. Jurídica	R\$	361.600,00
3.4.90.41	Fundo de Após. do Serv. Púb. Estat. do Est. Sergipe	R\$	55.000,00
3.4.90.92	Despesas de Exercícios Anteriores	R\$	38.200,00
3.4.90.93	Indenizações e Restituições	R\$	8.490,00
4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00	INVESTIMENTOS		
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.52	Equipamentos e Material Permanente	R\$	157.250,00
4.6.90.61	Aquisição de Imóveis	R\$	1.200,00
4.6.90.65	Const. ou Aumento de Cap. de Emp.	R\$	500,00

SUB-TOTAL R\$ 16.063.000,00

09.272.0141.2066 Encargos com Inativos – P.G.J

3.0.00.00	DESPESAS CORRENTES		
3.1.00.00	PESSOAL E ENCARGOS SOCIAIS		
3.1.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
3.1.90.01	Aposentadorias	R\$	2.350.000,00
3.1.90.09	Salário Família	R\$	2.000,00
3.1.90.13	Obrigações Patronais	R\$	235.000,00

SUB-TOTAL R\$ 2.587.000,00

TOTAL DAS ATIVIDADES R\$ 18.650.000,00

02.062.0011 Recomposição da Frota de Veículos
da PGJ

4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00	INVESTIMENTOS		
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.52	Equipamentos e Material Permanente	R\$	195.000,00

SUB-TOTAL R\$ 195.000,00

04.126.0041.	Ampliação do Sistema de Informática – P.G.J		
3.0.00.00	DESPESAS CORRENTES		
3.4.00.00	OUTRAS DESPESAS CORRENTES		
3.4.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
3.4.90.30	Material de Consumo	R\$	22.000,00
3.4.90.39	Outros Serviços de Terceiros – P. Jurídica	R\$	50.000,00
4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00	INVESTIMENTOS		
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.52	Equipamentos e Material Permanente	R\$	160.000,00
SUB-TOTAL		R\$	232.000,00
14.422.0311.	Const./Equip. de Sedes do MP em Aracaju, Estância e Itabaiana		
4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00	INVESTIMENTOS		
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.51	Obras e Instalações	R\$	4.600.000,00
4.5.90.52	Equipamentos e Materiais Permanentes	R\$	400.000,00
SUB-TOTAL		R\$	5.000.000,00
02.062.0011.	Expansão, Ampliação e Reforma de Gabinetes Regionais		
3.0.00.00	DESPESAS CORRENTES		
3.4.00.00	OUTRAS DESPESAS CORRENTES		
3.4.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
3.4.90.30	Material de Consumo	R\$	24.000,00
3.4.90.36	Outros Serviços de Terceiros – P. Física	R\$	10.000,00
3.4.90.39	Outros Serviços de Terceiros P. Jurídica	R\$	24.000,00
4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00	INVESTIMENTOS		
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.52	Equipamentos e Material Permanente	R\$	321.000,00
SUB-TOTAL		R\$	379.000,00

04.128.0047.	Implantação da Escola Superior do Ministério Público		
3.0.00.00	DESPESAS CORRENTES		
3.4.00.00	OUTRAS DESPESAS CORRENTES		
3.4.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
3.4.90.30	Material de Consumo	R\$	20.000,00
3.4.90.36	Outros Serviços de Terceiros		
	– P. Física	R\$	10.000,00
3.4.90.39	Outros Serviços de Terceiros		
	– P. Jurídica	R\$	20.000,00
4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00	INVESTIMENTOS		
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.52	Equipamentos e Material Permanente	R\$	200.000,00
SUB-TOTAL		R\$	250.000,00
02.062.0441	Recomposição do Acervo da Biblioteca da P.G.J.		
4.0.00.00	DESPESAS DE CAPITAL		
4.5.00.00			INVESTIMENTOS
4.5.90.00	APLICAÇÃO DIRETA		
4.5.90.52	Equipamentos e Material Permanente	R\$	10.000,00
SUB-TOTAL		R\$	10.000,0
TOTAL DOS PROJETOS		R\$	6.066.090,00
TOTAL GERAL DA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA		R\$	24.716.000,00

Art. 2º. Os valores constantes da presente proposta serão atualizados na Lei Orçamentária, para preços de janeiro de 2000, pela variação dos índices oficiais da inflação do período de junho a dezembro de 1999.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Art. 4º. Esta Resolução entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Aracaju, 10 de agosto de 1999

RESOLUÇÃO Nº 04/99 – CPJ

Aprova Projeto de Lei Complementar que altera dispositivos da Lei Complementar nº 02/90.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso das atribuições previstas no art. 35, inciso II, da Lei Complementar nº 02/90,

RESOLVE:

Art. 1º. Aprovar o Projeto de Lei Complementar que altera os artigos 8º, § 7º; 10; 34, item 9; 37, inciso VI; e 38, item 2, da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990.

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 de Queiroz, em Aracaju, 15 de setembro de 1999, 178º da Independência e 111º da República.

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes
Gilberto Vila-Nova de Carvalho
José Jorge Santos Mesquita
Pedro Iroito Dória Leó
Maria Eugênia da Silva Ribeiro
Heli Soares Henriques Nascimento

José Gomes de Andrade
José Renato Lima Sampaio
José Costa Cavalcante
José Carlos de Oliveira Filho
Fernando Ferreira de Matos
Paulo Moura
Darcilo Melo Costa

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº

De ____ de _____ de 1999.

Altera dispositivos da Lei Complementar nº 02/90 e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE

Faço saber que a Assembléia Legislativa aprovou e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º. Os artigos 7º, § 8º, 10, 34, item 9, 37, inciso VI e 38, item 2, da Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º.

§ 7º. *Nos afastamentos, ausências e impedimentos temporários, o Procurador-Geral de Justiça será automaticamente substituído pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto, livremente escolhido dentre os Procuradores de Justiça e sucessivamente, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e pelo Procurador de Justiça mais antigo na instância.*

Art. 10. *O Procurador-Geral de Justiça será assessorado por um gabinete constituído de Procuradores e Promotores de Justiça.*

.....

Art. 34. *São atribuições do Procurador-Geral de Justiça:*

I. *Administrativas:*

.....

9. *delegar aos Procuradores de Justiça funções junto ao Tribunal de Justiça e, na primeira instância, a qualquer membro do Ministério Público.*

.....

Art. 37. São atribuições do Corregedor-Geral do Ministério Público:

.....

VI. *instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da Instituição, presidindo-o e aplicando as sanções cabíveis, na forma desta Lei.*

.....

1. *a instauração do procedimento disciplinar dependerá de autorização de 1/3 (um terço) dos membros do Colégio de Procuradores de Justiça, quando o sujeito passivo for Procurador de Justiça:*

2. *concluído o procedimento instaurado para apurar conduta de Procurador de Justiça, serão os autos encaminhados à decisão do Procurador-Geral de Justiça.*

.....

Art. 38. São atribuições dos Procuradores de Justiça:

I. *oficiar:*

1.

2. *perante o Conselho da Magistratura, por delegação do Procurador-Geral de Justiça."*

Art. 2º. As despesas decorrentes desta Lei Complementar correrão à conta das dotações orçamentárias próprias consignadas ao Ministério Público.

Art. 3º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Aracaju, ____ de _____ de 1999, 178º da Independência e 111º da República.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO SERGIPE

EMINENTES DEPUTADOS ESTADUAIS,

Projeto de Lei nº
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Editada em 12 de novembro de 1990, a Lei Complementar Estadual nº 02, que deu organicidade ao Ministério Público nesta unidade federativa, está a merecer alterações pontuais em seu texto, necessárias a uma eficaz resposta às demandas institucionais.

O primeiro dos dispositivos que este Projeto de Lei pretende modificar é o § 7º do art. 8º, que regula a forma, até então adotada pelo Ministério Público local, para a substituição do Procurador-Geral de Justiça.

Eis o seu texto:

Nos afastamentos e impedimentos do Procurador-Geral de Justiça, este será substituído pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e, na ausência deste, pelo Procurador de Justiça mais antigo.

A pretensão do Ministério Público, referendada pelo Colendo Colégio de Procuradores de Justiça, orienta-se no sentido de que a substituição do Procurador-Geral de Justiça, nos afastamentos, ausências e impedimentos temporários, seja atribuída ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto.

Impõe-se assinalar que esta nova função objetiva, tão-somente, conferir operacionalidade à Administração. O novo modelo de substituição do Procurador-Geral de Justiça, sublinhe-se, não subtrai nenhuma das atribuições ordinárias da Corregedoria-Geral do Ministério Público, elencadas no art. 37, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 02/90.

A substituição do Procurador-Geral de Justiça pelo Corregedor-Geral representa para este um encargo adicional, uma função extraordinária, significativamente onerosa para um órgão assaz assoberbado com as elevadas funções de orientar e fiscalizar as atribuições e a conduta dos membros do Ministério Público. A

experiência tem demonstrado que não é o órgão adequado para as constantes substituições do Procurador-Geral de Justiça. São ambas autoridades muito requisitadas para encontros nacionais e, com certa frequência, comparecem aos mesmos eventos.

A alternativa que se propõe, Senhor Presidente, Senhores Deputados, não constitui nenhuma novidade. A própria organização administrativa estadual convive com a figura do Secretário-Adjunto, para fins similares. Aliás, o modelo que nos propomos adotar guarda similaridade com o praticado no Ministério Público de Minas Gerais, cuja Lei Orgânica (Lei Complementar nº 34/94), atribui ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto a função de substituir, nos afastamentos, ausências e impedimentos temporários, o Procurador-Geral de Justiça. Enfim, os Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Bahia e outros dispõem de forma peculiar sobre a substituição do Chefe do Ministério Público.

Quanto à pretensão de alterar o art. 10, move-nos a necessidade de ampliar o gabinete de assessores, nele incluindo os Promotores de Justiça. A designação de membros do Ministério Público de primeira instância para funções de assessoramento também não constitui nenhuma inovação. A Lei Federal nº 8.625/93, que traça diretrizes para a organização do Ministério Público nos Estados contempla esta possibilidade.

Já as supressões incidentes sobre os artigos 34 e 38 não ensejam controvérsias, posto que se impõem como decorrência da criação do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, através da Lei Complementar Estadual nº 36/97.

Resta-nos, finalmente, expor os motivos que nos inspiraram a propor a alteração do texto do art. 37, particularmente em seu inciso VI, que confere à Corregedoria a prerrogativa de instaurar procedimento disciplinar contra qualquer membro da Instituição. A nova redação proposta não o impede de fazê-lo. Todavia, impõe-lhe condições de procedibilidade, quando a investigação recair sobre Procurador de Justiça, exigindo a consulta prévia ao Colégio de Procuradores de Justiça. O poder de sancionar o eventual infrator é remetido ao Procurador-Geral de Justiça. Como visto, o novo texto proposto poupa o Corregedor-Geral do desconforto de impor reprimenda funcional a qualquer de seus pares.

Confiantes em que este Projeto de Lei merecerá a habitual acolhida dessa Augusta Casa, valemo-nos do ensejo para manifestar a Vossa Excelência e aos eminentes Deputados a expressão do nosso apreço.

Aracaju, 15 de setembro de 1999.

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PRESIDENTE DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE
JUSTIÇA

RESOLUÇÃO Nº 05/99 – CPJ

Denomina Pavimento “Governador Luiz Garcia” o 3º 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 então Promotor Público Luiz Garcia, no exercício de sua atividade ministerial, prestou relevantes serviços à sociedade sergipana;

Considerando que, na Chefia do Poder Executivo Estadual, no período de 1959 a 1962, com visão de estadista, o homenageado instituiu o concurso de provas e títulos para o ingresso na carreira do Magistério Público, extinguindo a figura do Promotor Público Adjunto, assegurando aos agentes ministeriais a indispensável independência funcional, modelo político posteriormente adotado pelas leis orgânicas estaduais e pela Constituição Federal;

RESOLVE:

Art. 1º. Fica denominado Pavimento “Governador Luiz Garcia” o 3º andar do Edifício “Walter Franco”, onde funcionará a Escola Superior do Ministério Público.

Art. 2º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões do Colégio de Procuradores de Justiça, em Aracaju, 16 de novembro de 1999.

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes
Gilberto Vila-Nova de Carvalho
José Jorge Santos Mesquita
Pedro Iroito Dória Leó
Maria Eugênia da Silva Ribeiro
Heli Soares Henriques Nascimento
José Gomes de Andrade
José Renato Lima Sampaio
José Costa Cavalcante
José Carlos de Oliveira Filho
Fernando Ferreira de Matos
Paulo Moura
Darcilo Melo Costa

RESOLUÇÃO Nº 06/99 – CPJ

Aprova Projeto de Lei que dispõe sobre a criação da Escola Superior do Ministério Público.

O COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais, notadamente as previstas no art. 35, inciso II, da Lei Complementar nº 02/90,

Considerando a imperiosa necessidade constante aprimoramento técnico dos servidores e membros do Ministério Público;

Considerando que é preciso dotar a instituição de um órgão com razoável autonomia, operacionalmente ágil, apto a implementar atividades de ensino, pesquisa e formação profissional;

Considerando, enfim, que a implantação de um órgão com esse perfil vem somar-se à profícua atividade já empreendida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;

RESOLVE:

Art. 1º. Aprovar o Projeto de Lei que dispõe sobre a criação da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Art. 2º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões do Colégio de Procuradores de Justiça, em Aracaju, 16 de novembro de 1999.

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROCURADORES DE JUSTIÇA:

Eduardo de Cabral Menezes
Gilberto Vila-Nova de Carvalho
José Jorge Santos Mesquita
Pedro Iroito Dória Leó
Maria Eugênia da Silva Ribeiro
Heli Soares Henriques Nascimento
José Gomes de Andrade
José Renato Lima Sampaio
José Costa Cavalcante
José Carlos de Oliveira Filho
Fernando Ferreira de Matos
Paulo Moura
Darcilo Melo Costa

LEGISLAÇÃO

LEI COMPLEMENTAR Nº 44

De 22 de outubro de 1999

Altera dispositivos da Lei Complementar nº 02/90, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE

Faço saber que a Assembléia Legislativa aprovou e eu sanciono a seguinte Lei Complementar.

Art. 1º. Os artigos 8º, § 7º, 10, 34, item 9, 37, inciso VI, e 38, item 2, da Lei Complementar nº 02/90, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º.

§ 1º.

.....

§ 7º. *Nos afastamentos, ausências e impedimentos temporários, o Procurador-Geral de Justiça será substituído por Procurador de Justiça de sua livre escolha e, sucessivamente, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e pelo Procurador de Justiça mais antigo.*

§ 8º.”

“Art. 10. O Procurador-Geral de Justiça será assessorado por um gabinete constituído por Procuradores e Promotores de Justiça.”

“Art. 34. São atribuições do Procurador-Geral de Justiça:

I. Administrativas:

1.

.....

9. delegar aos Procuradores de Justiça funções junto ao Tribunal de Justiça e, na primeira instância, a qualquer membro do Ministério Público.

10.”

“Art 37. São atribuições do Corregedor-Geral do Ministério Público:

I - ...

.....

VI. Instaurar, de ofício, ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da Instituição, presidindo-o e aplicando as sanções cabíveis, na forma desta Lei.

1. A instauração do procedimento disciplinar dependerá de autorização de 1/3 (um terço) dos membros do Colégio de Procuradores de Justiça, quando o sujeito passivo for Procurador de Justiça;

2. Concluído o procedimento instaurado para apurar conduta de Procurador de Justiça, serão os autos encaminhados à decisão do Procurador-Geral de Justiça.

VII - ...

.....

“Art. 38. São atribuições dos Procuradores de Justiça:

I. Oficiar:

1 - ...

2 - perante o Conselho da Magistratura por delegação do Procurador-Geral de Justiça.

II - . . .

.....
Art. 2º. As despesas decorrentes desta Lei Complementar correrão à conta das dotações orçamentárias próprias consignadas ao Ministério Público.

Art. 3º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Ficam revogadas as disposições em contrário.

ALBANO FRANCO
Governador do Estado

JUGURTA BARRETO DE LIMA
Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania

JORGE ARAÚJO
Secretário-Chefe da Casa Civil

NOTICIÁRIO

MOACYR SOARES DA MOTTA ASSUME A PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

O novo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, Dr. Moacyr Soares da Motta, assumiu o cargo no dia 04 de novembro de 1998, em solenidade bastante concorrida e realizada no auditório do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Ele foi escolhido em uma lista tríplice e teve o seu nome referendado pelo Governador Albano Franco, que prestigiou a posse. Ao discursar, o novo Procurador-Geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, revelou que assumir a Chefia do Ministério Público de Sergipe representa uma utopia acalentada por ele ao longo dos anos.

No início da solenidade Moacyr Soares da Motta prestou juramento perante o Colégio de Procuradores. Após a leitura do Termo de posse, já como Procurador-Geral de Justiça, ele concedeu a palavra ao seu antecessor, Procurador de Justiça José Gomes de Andrade que disse deixar o cargo com a consciência do dever cumprido.

Logo depois, a Procuradora de Justiça Maria Eugênia da Silva Ribeiro, expressou o pensamento do Colégio de Procuradores e passou a palavra ao Presidente da Associação Sergipana do Ministério Público, Promotor de Justiça Luiz Alberto Moura Araújo, que deu as boas vindas ao novo Procurador-Geral. Encerrando a solenidade, Moacyr Soares da Motta revelou estar concretizando um antigo sonho de contribuir para que o MP possa cumprir com suas obrigações constitucionais, estimulando o processo e transformação da sociedade.

Moacyr Soares da Motta, destacou também que a sua marca de administração será a austeridade e que terá como prioridade administrativa dotar as Promotorias de Justiça de uma estrutura mínima de apoio técnico-administrativo.

O Dr. Moacyr Soares da Motta tem 54 anos, é baiano da cidade de Jequié e ingressou na carreira do Ministério Público em 1978, através de concurso público. Em 1980, a convite do então Governador do Estado do Amapá, Gilton Garcia, exerceu o cargo de Secretário de Justiça e Segurança Pública, assumindo o Governo interinamente por cinco vezes. Ao retornar a Aracaju, em 1990, foi promovido ao cargo de Procurador de Justiça, atuando junto ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e à Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Foi escolhido para exercer o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe através de eleições diretas realizadas no mês de outubro de 1998.

Presentes à solenidade, além do Governador Albano Franco, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Desembargador Epaminondas de Andrade Lima; Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Carlos Pinna; Vice-Governador José Carlos Machado; Prefeito de Aracaju, João Augusto Gama, além de Promotores de Justiça, Desembargadores, Juizes de Direito, Conselheiros do TC, parlamentares, Secretários de Estado e autoridades militares.

PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA ESCOLHEM REPRESENTANTE DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em pleito realizado no mês de dezembro de 1998, os integrantes do parquet elegeram os representantes do Ministério Público junto ao Conselho Superior, sendo o Procurador de Justiça Heli Soares Henriques Nascimento o mais votado, obtendo 85 votos dos 95 votantes.

Foram eleitos, também, os Procuradores de Justiça Maria Eugênia da Silva Ribeiro e Darcilo Melo Costa.

O Conselho é constituído dos três representantes da classe, do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público.

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADQUIRE VEÍCULO PARA O PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA (MP/UFS)

O Procurador-Geral de Justiça, Moacyr Soares da Motta, ao solicitar ao Procurador de Justiça Iroito Leó que entregasse a chave do veículo destinado ao Programa de Defesa Comunitária, ressaltou que naquele momento desejava fazer justiça à luta empreendida pelo colega Iroito Leó, face à implantação do Programa de Defesa Comunitária em convênio com a Universidade Federal de Sergipe, quando Coordenador-Geral do Ministério Público.

Ao proceder a entrega simbólica do veículo à diretora do Núcleo de Apoio Operacional de Defesa Comunitária, Promotora de Justiça Cristina Mendonça, o ex-Coordenador-Geral do Ministério Público ressaltou o trabalho da equipe do Programa de Defesa Comunitária nos bairros humildes da Capital e reafirmou que a iniciativa não foi somente dele, mas de todos que compõem o Ministério Público e por fim parabenizou o Procurador-Geral de Justiça Dr. Moacyr Soares da Motta por esse empreendimento, numa demonstração evidente da unidade, do trabalho e da impessoalidade do Ministério Público em defesa dos excluídos e de todos aqueles que procuram o parquet, em busca de seus direitos.

Estiveram presentes ao ato, Procuradores e Promotores de Justiça.

GOVERNADOR APLAUDIDO PELO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Por indicação do Procurador de Justiça Pedro Iroito Dória Leó, o Colégio de Procuradores de Justiça aprovou, por unanimidade, votos de aplausos e de reconhecimento ao Governador Albano Franco pela doação de um terreno, medindo 12.000 m² situado na parte alta do Centro Administrativo "Governador Augusto Franco", ao Ministério Público, destinado para edificação de sua sede.

Na oportunidade, o autor da proposta, conclamou ao Chefe do Executivo Sergipano que a nova sede do Ministério Público

seja construída em sua administração, objetivando atender a uma antiga reivindicação do parquet sergipano.

Também o Procurador de Justiça Iroito Leó pediu que fosse registrada em Ata do Colégio de Procuradores de Justiça o trabalho desenvolvido pelo Procurador-Geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, com a colaboração do Procurador de Justiça José Carlos de Oliveira Filho, para a concretização da doação do mencionado terreno ao parquet e que fosse dado conhecimento aos Promotores de Justiça deste Estado.

O Ato de Doação foi publicado no Diário Oficial do dia 17 de maio do corrente ano.

GOVERNADOR RECEBE COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Em audiência especial o Governador Albano Franco recebeu o Colégio de Procuradores de Justiça, quando através do Procurador de Justiça Iroito Leó, expressou o reconhecimento do parquet pela doação de um terreno no Centro Administrativo para a construção da sede própria da Procuradoria Geral de Justiça, que, por certo, será construída na atual administração.

Na ocasião o Procurador-Geral de Justiça Moacyr Motta anunciou o desejo de implantar a Escola Superior do Ministério Público em sua gestão e pleiteou ao Governo do Estado o seu integral apoio para a concretização dos anseios do parquet.

O Governador Albano Franco relembrou o seu tempo de Promotor de Justiça na Comarca de Laranjeiras e destacou o trabalho do Ministério Público em prol da comunidade.

JUSTIÇA ATENDE RECLAMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUSPENDE TAXA DE ESGOTO COBRADA PELA DESO

O Ministério Público Sergipano, através do então Coordenador-Geral Pedro Iroito Dória Leó e da Promotora de Justiça de

Defesa do Consumidor Maria Lilian Mendes Carvalho, intentou em 09 de dezembro de 1998 ação civil pública, objetivando a suspensão do pagamento de taxa de esgoto, cobrada pela Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO, alegando que o serviço de coleta e tratamento de esgoto, estão diretamente relacionados com a saúde pública e a saúde é direito de todos e dever do Estado e a cobrança da mencionada taxa é inconstitucional, face o interesse público, geral e individual.

Em outubro do corrente ano, o Magistrado José dos Anjos prolatou sentença, julgando procedente a ação, declarando judicialmente a ilegalidade da cobrança de tarifa de esgoto, na forma em que vem sendo efetivada.

IROITO LEÓ HOMENAGEADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NACIONAL

Os Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, tendo à frente o Corregedor-Geral do Ministério Público do Paraná, Hélio Airton Lewin, estiveram reunidos em Curitiba, por ocasião do 13º Congresso Nacional do Ministério Público, quando homenagearam o ex-presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, Procurador de Justiça Iroito Leó.

Na ocasião o integrante do parquet sergipano recebeu uma placa dourada com os seguintes dizeres: *“O Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público homenageia o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça, doutor Pedro Iroito Dória Leó, pelos relevantes serviços prestados frente à Presidência deste Colegiado, no período de 21/12/95 a 09/11/96, honrando, mercê de qualificado trabalho, as melhores tradições institucionais. Curitiba, outubro de 1999.”*

Também quando da reunião conjunta do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, da Confederação Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público o Procurador Iroito Leó foi homenagea-

do nos pronunciamentos do Procurador-Geral de Justiça do Paraná, Gilberto Giacoia, presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, e Achilles de Jesus Siquara Filho, presidente da Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP, *“como fundador da entidade máxima do parquet e bravo lutador pelas causas do Ministério Público, desde a década de 60”*.

Já o ex-Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro e atual Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia cognominou o Procurador Iroito Leó, como *“o príncipe do Ministério Público do Nordeste”*.

PROFESSOR EDUARDO MATOS, DA UFS, ALCANÇA GRAU DE MESTRE

No último dia 12 de novembro de 1999, no auditório do NESSA/UFS, o Prof. Eduardo Matos fez a defesa pública da sua dissertação de mestrado, com o tema AUTONOMIA MUNICIPAL E MEIO AMBIENTE, obtendo nota 10 (dez) com menção de louvor por ser um trabalho de mérito excepcional.



Da esquerda para a direita: Tânia Magno, Willis Santiago Guerra Filho, Eduardo Matos e Vânia Fonseca.

A banca examinadora foi composta pela Profa. Dra. Vânia Fonseca (Presidente), pelo Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho e pela Profa. Dra. Tânia Elias Magno da Silva.

Outro fato importante é que o tema da dissertação do Prof. Eduardo Matos servirá de subsídios para os Municípios Sergipanos, pois foi analisada a situação desta unidade federativa após a Constituição de 1988, avaliando suas atribuições em relação ao meio ambiente.

Merece destaque também, o pioneiro trabalho que vem sendo desempenhado no Núcleo de Estudos do Semi Árido, sob a Coordenação da Profa. Vânia Fonseca, com a execução do PRODEMA, programa que já resultou na titulação de mais 15 mestres no Estado de Sergipe, com temas ligados ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

O Colégio de Procuradores de Justiça por proposta de seu presidente Procurador-Geral de Justiça Moacyr Soares da Motta, aprovou por unanimidade voto de louvor ao Promotor de Justiça Eduardo Matos pelo êxito alcançado, fato que orgulha o parquet sergipano.

**PROMOTOR DE JUSTICA
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO:
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

No dia 22 de março de 1999, perante a Banca Examinadora composta dos Professores Doutores Willis Santiago Guerra Filho (Bielefeld — Alemanha) da Universidade Federal do Ceará, Paulo Lopo Saraiva (PUC-SP) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Carlos Ayres de Britto (PUC-SP), da Universidade Federal de Sergipe, o Promotor de Justiça CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO defendeu a dissertação *“Mandado de Injunção — Um Instrumento de Efetividade da Constituição”* e obteve o título de Mestre em Direito Constitucional, com menção máxima com louvor.

A dissertação referida foi também aprovada pelo Conselho Editorial da importante Editora Atlas, de São Paulo, onde já se encontra no prelo, devendo ser a obra lançada no próximo mês de janeiro/2000.

O Colégio de Procuradores de Justiça registrou o fato, inserindo em ata voto de louvor, por proposta do Procurador de Justiça Darcilo Melo Costa.

ESCOLA SUPERIOR DO MP FUNCIONARÁ NO 3º PAVIMENTO DO EDIFÍCIO SEDE DA PGJ

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, Moacyr Soares da Motta, determinou a reforma geral do 3º pavimento do edifício Walter Franco, sede da Procuradoria Geral. As obras estão em fase de conclusão, devendo ser entregues até o final do mês de dezembro deste ano.

No 3º pavimento do edifício sede da Procuradoria Geral de Justiça, funcionará a Escola Superior do Ministério Público, sendo



3º pavimento do edifício-sede da PGJ, em obras.

dotada de salas de aula, salas equipadas para ensino à distância, biblioteca central do Ministério Público, sala da diretoria.

Além de toda a estrutura para o pleno funcionamento da Escola Superior do MP/SE, ainda no 3º pavimento será instalado o auditório “Gov. Antonio Carlos Valadares”, que por enquanto está localizado no 7º andar do mesmo edifício, onde funciona a administração superior do Ministério Público de Sergipe.

QUADRO DE ANTIGÜIDADE DO MP DE SERGIPE

**Tabela de Antiguidade do Quadro do Ministério Público, de acordo com o art. 34, inciso I, item 18,
da Lei Complementar nº 02, de 12.11.90**

Janeiro/1999

N. ORD.	NOME	EX. NA INST.	EX. NO MP	CARGO ATUAL
01	Eduardo de Cabral Menezes	04.05.70	10.07.62	Procurador de Justiça
02	José Jorge Santos Mesquita	23.12.81	10.07.62	Procurador de Justiça
03	Maria Eugênia da Silva Ribeiro	10.03.82	10.05.78	Procurador de Justiça
04	José Gomes de Andrade	26.10.81	10.05.78	Procurador de Justiça
05	José Costa Cavalcantê	26.08.85	09.07.62	Procurador de Justiça
06	Fernando Ferreira de Matos	18.10.85	13.07.62	Procurador de Justiça
07	Darcilo Melo Costa	26.09.88	01.12.62	Procurador de Justiça
08	Gilberto Vila-Nova de Carvalho	26.09.88	26.07.68	Procurador de Justiça
09	Pedro Iroito Dória Leô	14.12.90	11.07.62	Procurador de Justiça
10	Heli Soares Henriques Nascimento	14.12.90	22.07.65	Procurador de Justiça
11	Moacyr Soares da Motta	14.12.90	10.05.78	Procurador de Justiça
12	José Renato Lima Sampaio	14.12.90	27.09.78	Procurador de Justiça
13	José Carlos de Oliveira Filho	01.12.92	12.05.82	Procurador de Justiça
14	Paulo Moura	12.09.96	22.05.65	Procurador de Justiça
SEGUNDA ENTRÂNCIA				
PRIMEIRA INSTÂNCIA				
01	Maria Luíza Vieira Cruz Alves	18.07.77	26.07.68	3ª Promotoria de Justiça
02	Porfírio Martins Félix	12.06.80	13.01.64	Promotoria da Justiça da Comarca de Lagarto
03	Maria Isabel Santana de Abreu	12.06.80	10.05.78	1ª Promotoria de Justiça da Cur. da Inf. E Adolescência
04	Maria Creuza Brito de Figueiredo	31.12.81	26.07.68	2ª Promotoria de Justiça
05	Maria Cristina Gama e S. F. Mendonça	29.03.82	30.10.78	Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor
06	Maria Helena Fernandes de Barros	06.06.84	27.01.70	1ª Promotoria de Justiça da Cur. da Fazenda Pública
07	Maria Joselita Almeida Barbosa	03.10.85	02.10.70	4ª Promotoria de Justiça Criminal
08	José Luiz Melo	27.11.86	22.11.82	2ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri
09	Rodomarques Nascimento	19.03.87	12.05.82	3ª Promotoria de Justiça Criminal
10	Luiz Valter Ribeiro Rosário	14.04.87	12.05.82	4ª Promotoria de Justiça da Cur. da Fazenda Pública
11	Ana Christina Souza Brandi	06.10.88	12.05.82	Promotoria de Justiça das Execuções Criminais
12	Maria Conceição de F. R. Mendonça	06.10.88	12.05.82	1ª Promotoria de Justiça da Cur. Família e Sucessões

N. ORD.	NOME	EX. NA INST.	EX. NO MP	CARGO ATUAL
13	Celso Luiz Dória Leó	06.10.88	12.05.82	1ª Promotoria de Justiça Criminal
14	Maria Aparecida dos Santos	06.10.88	12.05.82	5ª Promotoria de Justiça Criminal
15	Ernesto Anízio Azevêdo Melo	06.10.88	12.05.82	2ª Promotoria de Justiça da Cur. Família e Sucessões
16	Luiz Antônio Araújo Mendonça	06.10.88	14.03.83	1ª Promotoria de Justiça
17	Paulo Lima de Santana	06.10.88	11.07.84	2ª Promotoria de Justiça Criminal
18	Luiz Alberto Moura Araújo	06.10.88	14.11.84	4ª Promotoria de Justiça
19	Maria Anamira Amado Batalha Neta	20.02.90	12.05.82	3ª Promotoria de Justiça da Cur. Família e Sucessões
20	Eduardo Antônio Seabra	28.12.90	01.10.82	6ª Promotoria de Justiça
21	Marilene Paes Barreto de Figueiredo	30.01.91	14.11.84	3ª Promotoria de Justiça Distrital
22	Eduardo Lima de Matos	30.01.91	14.04.88	10ª Promotoria de Justiça
23	Pedro Victório Daud	30.01.91	14.04.88	9ª Promotoria de Justiça
24	Virgílio do Vale Viana	31.01.91	01.10.82	8ª Promotoria de Justiça
25	Patrício Ferreira de Farias	26.10.92	14.04.88	Promotoria de Justiça da Comarca de Itabaiana
26	Eduardo Franklin M. de Oliveira	26.10.92	14.04.88	Promotoria de Justiça da Comarca de Boquim
27	Carmem Lúcia Buarque de Gusmão	26.10.92	14.04.88	1ª Promotoria de Justiça Distrital
28	Wilton Araújo Santos	26.10.92	27.12.88	7ª Promotoria de Justiça
29	Josenias França do Nascimento	26.10.92	28.12.88	Promotoria de Justiça da Comarca de Estância
30	Gimarcos Evangelista de Alcântara	26.10.92	21.02.89	Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Itabaiana
31	Jorge Murilo Seixas de Santana	23.12.92	21.02.89	3ª Promotoria de Justiça da Cur. da Fazenda Pública
32	Raul José Vieira Neto	01.06.94	21.02.89	Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Estância
33	Ana Cristina Aragão de Carvalho	10.10.94	21.02.89	2ª Promotoria de Justiça Distrital
34	Carlos Augusto Alcântara Machado	06.09.95	12.03.91	2ª Promotoria de Justiça da Cur. da Fazenda Pública
35	Odil Silva Oliveira	09.11.95	12.03.91	Promotoria de Justiça Militar
36	Marcílio de Siqueira Pinto	11.12.95	21.02.89	5ª Promotoria de Justiça
37	Gláucia Queiroz de Moraes	02.05.96	21.02.89	Promotoria de Justiça Crim. da Com. de S. Cristóvão
38	Ricardo Sobral Souza	08.05.96	12.03.91	Promotoria de Justiça da Comarca de T. Barreto
39	Edjilda Resende de Lima Guerra	23.05.96	04.04.90	2ª Promotoria de Justiça da Cur. da Inf. e Adolescência
40	Adélia Moreira Pessoa	12.06.96	12.03.91	6ª Promotoria de Justiça Criminal
41	Eduardo Barreto D'Ávila Fontes	12.06.96	12.03.91	Promotoria de Justiça da Comarca de N. S. do Socorro
42	Luiz Cláudio Almeida Santos	19.02.97	12.03.91	Promotoria de Justiça Crim. da Com. de N. S. do Socorro
43	Vicente Cabral Leão	18.09.97	12.03.91	Promotoria de Justiça Crim. da Com. de Lagarto
44	Paulo Vieira Messias	21.11.97	14.03.90	Promotoria de Justiça da Comarca de Propriá
45	Alonso Gomes Campos Filho	08.04.98	09.06.92	1ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Juri

PRIMEIRA INSTÂNCIA

PRIMEIRA ENTRÂNCIA

Nº. O.	NOME	EX. NO MP	SITUAÇÃO INICIAL	SITUAÇÃO ATUAL
01	Maria José Pizzi de M. Moreira	21.02.89	Prom. de Just. de Cedro de S. João	Prom. de Justiça de Neópolis
02	Verônica de Oliveira L. Amado	12.03.91	Prom. de Just. de Cedro de S. João	Prom. de Justiça de Laranjeiras
03	Aldo Souza Aragão	12.03.91	Prom. de Just. de Cristinápolis	Prom. de Justiça de Frei Paulo
04	Arnaldo Figueiredo Sobral	12.03.91	Prom. de Just. de Poço Verde	Prom. de Justiça de Itaporanga d'Ajuda
05	José Elias Pinho de Oliveira	12.03.91	Prom. de Just. de C. do S. Francisco	Prom. de Justiça de Capela
06	Gilton Feitosa Conceição	12.03.91	Prom. de Just. de Porto da Folha	Prom. de Justiça de Japaratuba
07	Maria Eugênia Deda	26.03.92	Prom. de Just. de Umbaúba	Prom. de Justiça de Riachuelo
08	Antônio Carlos Nascimento Santos	09.06.92	5ª Prom. de Just. Auxiliar	2ª Prom. de Just. Espec. Criminal - Aju
09	Euza Maria Gentil Missano	09.06.92	6ª Prom. de Just. Auxiliar	1ª Prom. de Just. Espec. Cível - Aju
10	Ana Paula Machado Costa	09.06.92	7ª Prom. de Just. Auxiliar	3ª Prom. de Just. Espec. Cível - Aju
11	Augusto César Lobão Moreira	09.06.92	Prom. de Just. de Porto da Folha	Prom. de Justiça de Ribeirópolis
12	Maria Lillian Mendes Carvalho	09.06.92	8ª Prom. de Justiça Auxiliar	2ª Prom. de Just. Espec. Cível - Aju
13	Antônio César Leite de Carvalho	09.06.92	Prom. de Just. de C. S. Francisco	Prom. de Justiça de Aquidabã
14	Deljaniro Jonas Filho	29.12.92	1ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Just. de N. S. das Dores
15	José Rony Silva Almeida	29.12.92	2ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Justiça de Marum
16	Roosevelt Batista de Carvalho	29.12.92	Prom. de Just. de Poço Verde	Prom. de Justiça de Poço Verde
17	Carlos César Souza Soares	29.12.92	7ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Justiça de Umbaúba
18	Maria Helena M. Sanches Lisboa	29.12.92	9ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Justiça de Campo do Brito
19	Sílvio Roberto Matos Euzébio	29.12.92	Prom. de Just. de Poço Redondo	Prom. de Justiça de Cedro de S. João
20	Rogério Ferreira da Silva	01.08.97	Prom. de Justiça de Gararu	Prom. de Justiça de P. da Folha
21	Juliana e Souza Checucci	01.08.97	Prom. de Justiça de Pacatuba	Prom. de Justiça de Gararu
22	Félix Carballal Silva	01.08.97	Prom. de Justiça de Pacatuba	Prom. de Justiça de Cristinápolis
23	Henrique Ribeiro Cardoso	01.08.97	Prom. de Just. de C. S. Francisco	Prom. de Just. E. C. e Crim. N. S. Socorro
24	Gicleia Mapa C. D'Ávila Fontes	01.08.97	Prom. de Just. de C. S. Francisco	1ª Prom. de Justiça Auxiliar
25	Mirian Teresa Cardoso Machado	01.08.97	1ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Justiça de Itabaianinha
26	Newton Silveira Dias Júnior	01.08.97	Prom. de Just. de Poço Redondo	Prom. de Just. E. C. e Crim. S. Cristóvão
27	Ana Galgane Paes	01.08.97	Prom. de Just. Cív. Crim. Estância	Prom. de Justiça de Carira
28	João Rodrigues Neto	01.08.97	Prom. Just. Cív. e Crim. de Lagarto	Prom. de Justiça de Japaratuba
29	Marcelo Augusto Costa Campos	01.08.97	3ª Prom. de Justiça Auxiliar	3ª Prom. de Justiça Auxiliar
30	Berenice Andrade Melo	01.08.97	4ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Justiça de N. S. da Glória
31	Walter César Munes Silva	01.08.97	5ª Prom. de Justiça Auxiliar	5ª Prom. de Justiça Auxiliar
32	Lenilde Nascimento Araújo	01.08.97	6ª Prom. de Justiça Auxiliar	6ª Prom. de Justiça Auxiliar
33	Peterson Almeida Barbosa	01.08.97	7ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Just. Cív. e Crim. de Estância
34	João Raimundo Moreira Guimarães	01.08.97		

Nº. O.	NOME	EX. NO MP	SITUAÇÃO INICIAL	SITUAÇÃO ATUAL
35	Márcia Mendes Matos	01.08.97	8ª Prom. de Justiça Auxiliar	Prom. de Just. Civ. e Crim. de Itabirana
36	Ana Cláudia Machado C. Moraes	01.08.97	9ª Prom. de Justiça Auxiliar	9ª Prom. de Justiça Auxiliar
37	Maura Silva de Aquino	30.12.97	7ª Prom. de Justiça Auxiliar	7ª Prom. de Justiça Auxiliar
38	Oriando Rochadel Moreira	30.12.97	1ª Prom. de Justiça Esp. Criminal	1ª Prom. de Justiça Esp. Criminal
39	Ademilton de O. Santos	02.09.98	Prom. Just. Esp. Civ. e Crim. Lagarto	Prom. Just. Esp. Civ. e Crim. Lagarto
40	Fábio Viegas Mendonça de Araújo	02.09.98	Prom. de Just. de Poço Redondo	Prom. de Justiça de Poço Redondo
41	Emerson Oliveira Andrade	22.10.98	2ª Prom. de Justiça Auxiliar	2ª Prom. de Justiça Auxiliar
42	Luís Fausto Dias de Valois Santos	24.11.98	4ª Prom. de Justiça Auxiliar	4ª Prom. de Justiça Auxiliar

Encontram-se vagas: 8ª Promotoria de Justiça Auxiliar e Promotoria de Justiça da Comarca de Canindé do S. Francisco

Aracaju, 19 de janeiro de 1999

Moacyr Soares da Motta
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

MANDAMENTOS

MANDAMENTOS DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

No desempenho de suas atribuições, o agente do Ministério Público deve ser independente, discreto, sereno e cordial.

Deve ser equilibrado sem ser fraco, e firme sem ser prepotente.

Não pode se servir da desgraça alheia como degrau para satisfazer a sua vaidade.

Deve dar mais de si do que exigir dos outros — os membros da sociedade, os profissionais com quem trabalha e todos aqueles com quem profissionalmente se relaciona.

Não deve manifestar suas convicções a respeito de processos em que intervirá ou em que já interveio.

A sua convicção deve estar baseada no exame acurado das provas dos autos e no estudo sistemático da lei, da doutrina e jurisprudência.

Deve analisar as causas com visão social, com sensibilidade ética, religiosa e filosófica, nunca deixando de atentar para os fins sociais a que as leis se destinam.

Ao participar de um julgamento, deve o Promotor se colocar na posição dos litigantes, para ver o que faria se estivesse no lugar deles.

Com a ajuda de todos esses ingredientes, poderá o Promotor de Justiça emitir seus pareceres com ampla possibilidade de estar acertando.

O Promotor não pode, jamais, anunciar independência, anunciar coragem ou exercer o cargo de modo a agradar aos grandes e poderosos, em detrimento dos humildes.

Nem pode, a pretexto de parecer independente, atuar de forma tendenciosa, visando sempre que os pobres sejam os ven-

cedores nas causas em que ele atua, em prejuízo dos legítimos direitos dos ricos e dos poderosos — que também têm direitos — com o intuito claro e indisfarçável de parecer justo aos olhos dos menos esclarecidos, desconhecendo e desrespeitando, com esse censurável procedimento, insofismáveis direitos de outrem.

Seja rico, seja pobre, seja poderoso, ou desvalido, o cidadão tem o direito de exigir que o membro do Ministério Público, defensor da lei por excelência, aja com isenção de ânimo, com critério e com acendrado senso de justiça.

O agente da Instituição tem o dever de desincumbir-se de suas graves atribuições com o firme propósito de acertar, direcionando todas as suas energias morais, intelectuais, físicas e mentais, na luta sem trégua para que, nas lides forenses em que atua, seja dado a cada um o que é seu.

Não pode o Promotor de Justiça desempenhar os seus misteres sem o devido respeito aos princípios da equidade, da moralidade e da serenidade; sem uma boa e sã interpretação das normas jurídicas; sem a curada sensibilidade para o que é justo; sem uma análise criteriosa da vontade do legislador — que dita regras gerais — deixando ao intérprete o dever de adequá-las aos fatos sociais, que mudam e transmudam no tempo e no espaço.

Parodiando o apóstolo Paulo, deve haver no Promotor de Justiça, conquanto intérprete da lei, a virtude que não houve no legislador.

A independência do Ministério Público, embora esteja prevista em lei, só se manifesta e se consolida com o atuar escorreito, sereno, nobre e justo de seus representantes, quando, então, se manterá forte a Instituição e merecerão, os seus agentes, o respeito de todos.

Não pode o Promotor de Justiça agir com prepotência; ao contrário, deve agir com serenidade, humildade e respeito às dores do mundo.

Deve o agente ministerial ouvir somente aos ditames da lei e à voz da consciência, que necessita ser lapidada pelo estudo, depurada pela reflexão, e fluidificada pelo orar, pelo meditar e pela permanente comunicação com a luz infinita.

Com toda a sociedade deve se comunicar, livre de preconceitos, pois a humanidade é energia que interage consigo mesma e com todas as outras energias que regem o universo.

O Promotor de Justiça não pode ter a pretensão de ser perfeito, mas tem o dever de estar sempre se aperfeiçoando.

Paulo do Rêgo Monteiro Rocha
PROCURADOR DE JUSTIÇA NO PARANÁ

MANDAMENTOS DO PROMOTOR DO JÚRI

Na tribuna do Júri, o Promotor não pode trair a sua própria consciência nem enganar os jurados.

Se, num processo, formou convicção séria e segura sobre a culpabilidade do réu, deve lutar com firmeza e serenidade por sua condenação. Do contrário, cumpre-lhe pedir a absolvição e, até mesmo, se for o caso, recorrer a seu favor.

O Promotor do Júri nunca pode esquecer que a sua oração há que ser entoada com mansidão, de modo a respeitar as dores morais do acusado e os sofrimentos dos familiares da vítima.

Na tribuna do Júri o Promotor jamais poderá esquecer que está sendo julgado um semelhante seu, que merece, portanto, ser tratado com dignidade e compaixão.

O Promotor do Júri quando, a seu pedido, o réu é condenado, não tem o direito de se sentir vitorioso. É que constitui atitude patológica comprazer-se alguém com a desgraça alheia. De igual, não pode o Promotor do Júri sentir-se culpado, quando, embora se tenha empenhado para obter do Conselho de Sentença uma decisão condenatória, o veredito dos juízes de fato lhe tenha sido desfavorável o que mais importa é que o Promotor do Júri cumpra o seu dever, pedindo, com energia, mas com mansuetude, a condenação de quem lhe pareça culpado, e a absolvição de quem lhe pareça inocente. A tomada de atitude diversa não condiz com a espinhosa missão do Promotor, que deve agir com senso de justiça e sentimento de amor cristão. Além do mais, segundo a vigente Constituição Federal, todo cidadão a quem se imputa a prática de um crime, deve ser considerado inocente, até que, por decisão de que não caiba mais recurso, seja julgado culpado.

Deve o Promotor de Justiça exercer o cargo com serenidade, de modo tal que, se os jurados condenarem o réu, ele sinta compaixão de sua desgraça e, se for absolvido, que não se sinta derrotado, pois vitória ou derrota no Tribunal do Júri pode sentir o advogado — que defende o constituinte — jamais o Promotor de Justiça, que

defende a sociedade, que defende princípios éticos e morais, e que nunca pode se servir da tribuna do Júri para se projetar ou para se promover, à custa da desgraça alheia.

Aliás, mesmo tendo o réu sido condenado — com decisão de que não caiba mais recurso — é da responsabilidade do Promotor de Justiça fiscalizar o cumprimento da pena — para assegurar que ele receba o tratamento previsto na Lei de Execuções Penais que visa, antes de tudo, a sua reabilitação.

O trabalho do Promotor deve ser, quer no Júri, quer fora dele, exercitado com humildade e sadia independência, pois, por seus atos e modo de agir, merecerá ou não o respeito de todos, a quem deve dispensar, por sua vez, igual respeito, cordialidade e amor fraternal.

Paulo do Rêgo Monteiro Rocha
PROCURADOR DE JUSTIÇA NO PARANÁ

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 a 11/08/98

MP-SP

Carlos Otaviano Brenner de Moraes

11/08/98 a 12/11/98

MP-RS

Francisco Pinto de Oliveira Neto

12/11/98 a 28/08/99

MP-MS

Hélio Airton Hewin

28/08/99

MP-PR

* 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 incontido na vida privada porque se mostra fraco e corruptível e agride os padrões morais da comunidade.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE