



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

**ANO XIV
2004
Nº 19**

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Praça Fausto Cardoso, 327

Ed. Walter Franco • CEP 49014-900 • Aracaju/SE

Tel. (79) 216-2400 • Fax (79) 211-7479 / 211-7472

C.G.C. 13.168.687/0001-10

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Publicada pela Escola Superior do Ministério do Estado de Sergipe

Luiz Valter Ribeiro
Procurador-Geral de Justiça

Verônica de Oliveira Lazar Amado
Diretora

Conselho Editorial
Darcilo Melo Costa
Euza Maria Gentil Missano Costa
Eduardo Lima de Matos
Maria Lilian Mendes Carvalho
Carlos Augusto Alcântara Machado

QUADRO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Luiz Valter Ribeiro

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Maria Creuza Brito de Figueiredo

SUPLENTE
José Carlos de Oliveira Filho

COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Moacyr Soares da Motta

**SECRETÁRIO-GERAL DA PROCURADORIA GERAL
DE JUSTIÇA**
Promotor de Justiça Marcílio de Siqueira Pinto

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PRESIDENTE

Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO

CORREGEDORA-GERAL

Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO

MEMBROS

Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES

Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

SECRETÁRIO

Promotor de Justiça MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

PRESIDENTE

Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO

SECRETÁRIO

Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO

MEMBROS

Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES

Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

Procuradora de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO

Procurador de Justiça PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Procuradora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ

Procuradora de Justiça MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU

Procuradora de Justiça MARIA CREÚZA BRITO DE FIGUEIREDO

Procuradora de Justiça MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS

Procuradora de Justiça MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA

Procurador de Justiça LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA

ASSESSORIA DO PROCURADOR GERAL

Promotor de Justiça

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ

FÉLIX CARBALLAL SILVA

ASSESSORIA DA CORREGEDORIA GERAL

Promotor de Justiça

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

ASSESSORIA DA COORDENADORIA GERAL

Promotor de Justiça

ODIL SILVA OLIVEIRA

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(PLENO)**

Procurador de Justiça
LUIZ VALTER RIBEIRO

CÂMARAS CÍVEL E CRIMINAL

Procuradores de Justiça
EDUARDO DE CABRAL MENEZES
MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
MARIA CRISTINA DA GAMA S. F. MENDONÇA
MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ
MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU
MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO
RODOMARQUES NASCIMENTO
MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS
PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ
MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA
LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA

COORDENADORIA GERAL

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETORA

Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ

NÚCLEO DE APOIO ÀS ATIVIDADES CÍVEIS E CRIMINAIS

*Promotor de Justiça MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO
ROLLEMBERG MENDONÇA*

NÚCLEO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

*Promotora de Justiça MARIA CONCEIÇÃO DE
FIGUEIREDO ROLLEMBERG MENDONÇA*

NÚCLEO DE DEFESA DA CIDADANIA

Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

NÚCLEO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO RIO SÃO FRANCISCO

Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS

NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E A SAÚDE PÚBLICA

Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

NÚCLEO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

COORDENADOR: EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO DE ARACAJU

*Promotor de Justiça EDUARDO BARRETO D'ÁVILA
FONTES (Funções relativas à defesa do patrimônio
público, social e cultural)*

*Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA (Funções
relativas à defesa do patrimônio público, social e cultural)*

*Promotora de Justiça ANA CLÁUDIA MACHADO COSTA
MORAES (Funções relativas à defesa do Meio Ambiente e
Urbanismo)*

*Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA
MENESES (Funções relativas à defesa do Meio Ambiente
e Urbanismo)*

*Promotora de Justiça ANA CAROLINA DIAS LIMA
FERNANDES (Funções relativas à defesa do Meio
Ambiente e Urbanismo)*

*Promotora de Justiça MIRIAM TERESA CARDOSO
MACHADO (Funções relativas à defesa dos direitos à
Saúde e Educação)*

*Promotora de Justiça ANA PAULA SOUZA VIANA (Funções
relativas à defesa dos direitos à Saúde e Educação)*

*Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE DE MELO
(Funções relativas à defesa do acidentado do trabalho,
do idoso, deficientes físicos e direitos humanos em geral)*

*Promotor de Justiça FÉLIX CARBALLAL SILVA (Funções
relativas ao controle externo da atividade policial e
serviços de relevância pública não compreendidos na
esfera da defesa dos direitos do consumidor)*

*Promotor de Justiça JARBAS ADELINO SANTOS JÚNIOR
(Funções relativas ao controle externo da atividade policial
e serviços de relevância pública não compreendidos na
esfera da defesa dos direitos do consumidor)*

**PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA E
PROGRAMA DE DEFESA DOS DIREITOS DOS
IDOSOS E DAS PESSOAS PORTADORAS DE
NECESSIDADES ESPECIAIS**

*Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procuradora de Justiça MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU
Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE MELO*

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETORA

*Promotora de Justiça VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR
AMADO*

COORDENADOR DE ENSINO

*Promotor de Justiça CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA
MACHADO*

COMARCAS DE ARACAJU

*1º Promotor de Justiça (1ª, 4ª, 7ª e 8ª Varas Cíveis)
CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ*

*2º Promotor de Justiça (9ª, 10ª, 11ª e 13ª Varas Cíveis)
EDUARDO LIMA DE MATOS*

*3º Promotor de Justiça (15ª Vara Cível)
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO*

4º Promotor de Justiça (14ª Vara Cível)
PEDRO VICTÓRIO DAUD

1º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (2ª Vara Cível)
MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO R. MENDONÇA

2º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (5ª Vara Cível)
ERNESTO ANÍZIO DE AZEVÊDO MELO

3º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (6ª Vara Cível)
MARIA ANAMIRA AMADO BATALHA NETA

4º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (2ª Vara Cível)
VIRGÍLIO DO VALE VIANA

5º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (5ª Vara Cível)
ANA CRHISTINA SOUZA BRANDI

6º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (6ª Vara Cível)
ALDO SOUZA ARAGÃO

1º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (3ª Vara Cível)
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (12ª Vara Cível)
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

3º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (18ª Vara Cível)
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

*4º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(19ª Vara Cível)*

MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

*5º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(12ª Vara Cível)*

MARIA EUGÊNIA DEDA

*6º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(18ª Vara Cível)*

EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

*7º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(19ª Vara Cível)*

MAURA SILVA DE AQUINO

*8º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(3ª Vara Cível)*

NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR

*1º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da
Adolescência (Juizado da Infância e Juventude) – 16ª Vara
Cível*

MARIA LILIAN MENDES CARVALHO

*2º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da
Adolescência (Juizado da Infância e Juventude) – 17ª Vara
Cível*

SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

1º Promotor de Justiça Distrital (1ª Vara de Assist. Jud.)
CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO

2º Promotor de Justiça Distrital (2ª Vara de Assist. Jud.)
ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO

3º Promotor de Justiça Distrital (3ª Vara de Assist. Jud.)
MARILENE PAES B. DE FIGUEIREDO

4º Promotor de Justiça Distrital (4ª Vara de Assist. Jud.)
EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA

5º Promotor de Justiça Distrital (5ª Vara de Assist. Jud.)
PAULO VIEIRA MESSIAS

1º Promotor de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)
LUÍS ALBERTO MOURA ARAÚJO

2º Promotor de Justiça Criminal (2ª Vara Criminal)
ANA PAULA MACHADO COSTA MENEZES

3º Promotor de Justiça Criminal (3ª Vara Criminal)
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

4º Promotor de Justiça Criminal (4ª Vara Criminal)
PAULO LIMA DE SANTANA

5º Promotor de Justiça Criminal (8ª Vara Criminal)
JOSÉ LUIZ MELO

6º Promotor de Justiça Criminal (9ª Vara Criminal)
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)
DEJANIRO JONAS FILHO

3º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)
ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

2º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (10ª Vara Criminal)
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

4º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (10ª Vara Criminal)
ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

Promotor de Justiça Militar (Auditoria Militar) – 6ª Vara Criminal

ODIL SILVA OLIVEIRA

Promotor de Justiça das Execuções Criminais – 7ª Vara Criminal

LUÍS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor

EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

1º Promotor de Justiça Especial Criminal (1º JESP CRIMINAL)

JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

2ª Promotor de Justiça Especial Criminal (2º JESP CRIMINAL)

JULIANA CHECUCCI CARBALLAL

COMARCAS DO INTERIOR E DE 2ª ENTRÂNCIA

ITABAIANA

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)

GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA

Promotor de Justiça (Vara Cível)

PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)

MÁRCIA MENDES MATOS

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de Itabaiana (JESP Cível e Criminal)

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

ESTÂNCIA

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
JARBAS ADELINO SANTOS JÚNIOR

Promotor de Justiça (Vara Cível)
JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)
JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal (JESP Cível e Criminal)
MARIA HELENA SANCHES LISBÔA VINHAS

LAGARTO

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
EMERSON OLIVEIRA ANDRADE

Promotor de Justiça (Vara Cível)
BELARMINO ALVES DOS ANJOS NETO

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)
ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal (JESP Cível e Criminal)
SANDRO LUIZ DA COSTA

PROPRÍÁ

Promotor de Justiça
ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

2º Promotor de Justiça
JOÃO RODRIGUES NETO

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 (Vara Criminal)

MANOEL CABRAL MACHADO NETO

Promotor de Justiça (Vara Cível)

LUÍS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)

FÁBIO VIEGAS MENDONÇA DE ARAÚJO

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de N. S. do Socorro (JESP Cível e Criminal)

GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES

SÃO CRISTOVÃO

Promotor de Justiça (Vara Cível)

FÁBIO PINHEIRO SILVA DE MENEZES

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)

GLAUCIA QUEIROZ DE MORAIS

Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)

LENILDE NASCIMENTO ARAÚJO

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de São Cristovão (JESP Cível e Criminal)

ANA GALGANE PAES

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO

Promotor de Justiça

WILTON ARAÚJO SANTOS

ITAPORANGA D'AJUDA

Promotor de Justiça

ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

SIMÃO DIAS

Promotor de Justiça

CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES

LARANJEIRAS

Promotor de Justiça

WALTER CÉSAR NUNES SILVA

COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA

AQUIDABÃ

Promotor de Justiça ADRIANA RIBEIRO OLIVEIRA

ARAÚÁ

Promotor de Justiça CANDICE ARRUDA TORRES

BARRA DOS COQUEIROS

*Promotor de Justiça ANA CAROLINA DIAS LIMA
FERNANDES*

CAMPO DO BRITO

Promotor de Justiça FABIANA CARVALHO VIANA FRANCA

CAPELA

Promotor de Justiça ANA LEILA COSTA GARCEZ

CARIRA

*Promotor de Justiça CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA
RIBEIRO*

CARMÓPOLIS

Promotor de Justiça ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO

CEDRO DE SÃO JOÃO

Promotor de Justiça ANDERSON VIANA SOUZA

CRISTINÁPOLIS

Promotor de Justiça JULIVAL PIRES REBOUÇAS NETO

FREI PAULO

Promotor de Justiça ADEMILTON DE OLIVEIRA SANTOS

GARARU

Promotor de Justiça MARCEL PERES DE OLIVEIRA

ITABAIANINHA

*Promotor de Justiça TALITA CUNEGUNDES FERNANDES
DA SILVA*

JAPARATUBA

Promotor de Justiça PETERSON ALMEIDA BARBOSA

MARUIM

*Promotor de Justiça CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES
PELELLA*

NEÓPOLIS

Promotora de Justiça NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR

NOSSA SENHORA DAS DORES

*Promotor de Justiça CARLA ROCHA BARRETO DE
ALMEIDA*

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA

Promotor de Justiça JOSÉ LUCAS DA SILVA GOIS

PACATUBA

*Promotor de Justiça EDUARDO CALMON DE ALEIDA
CÉZAR*

POÇO VERDE

Promotor de Justiça FLAVIANO ALMEIDA SANTOS

POÇO REDONDO

Promotor de Justiça SUZY MARY DE CARVALHO VIEIRA

PORTO DA FOLHA

*Promotor de Justiça FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA
GÓIS*

RIACHUELO

*Promotor de Justiça CLÁUDIA DANIELA DE FREITAS
SILVEIRA FRANCO*

RIBEIRÓPOLIS

Promotor de Justiça CLÁUDIA DO AMARAL CALMON

UMBAÚBA

Promotor de Justiça MAURÍCIO GUSMÃO MAGALHÃES

COMARCA DE ARACAJU/ 1ª ENTRÂNCIA

*Promotor de Justiça Substituto
ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA*

*Promotor de Justiça Substituto
PAULO JOSÉ FRANCISCO ALVES FILHO*

*Promotor de Justiça Substituto
RENÊ ANTÔNIO ERBA*

*Promotor de Justiça Substituto
ALLANA RACHEL MONTEIRO BATISTA SOARES COSTA*

*Promotor de Justiça Substituto
POLLYANA MARA CASTRO DE AGUIAR*

*Promotor de Justiça Substituto
ANA PAULA SOUZA VIANA*

Promotor de Justiça Substituto
GOETHE ODILON FREITAS DE ABREU

Promotor de Justiça Substituto
KARLA CHRISTIANY CRUZ LEITE

Promotor de Justiça Substituto
LÚCIO JOSÉ CARDOSO BARRETO LIMA

Promotor de Justiça Substituto
ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

Promotor de Justiça Substituto
JOÃO PAULO PIROPO DE ABREU

Promotor de Justiça Substituto
MÔNICA MARIA HARDMAN DANTAS

Promotor de Justiça Substituto
ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça Substituto
ETÉLIO DE CARVALHO PRADO JÚNIOR

Promotor de Justiça Substituto
TATIANA SOUTO QUIRINO

SUMÁRIO

DOCTRINA

A intervenção do Ministério Público no Processo Civil:
um convite à reflexão no ano da debutante

- ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA 27

Do julgamento antecipado do pedido na Lide Penal

- ANTÔNIO HENRIQUE DE ALMEIDA SANTOS 46

Saúde Pública e efetividade das normas constitucionais

- AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE 61

A Lei Federal Nº 10.628 e o foro por prerrogativa de função

- CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO 75

Breves notas aos aspectos cíveis do estatuto do idoso

- CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES PELELLA 88

Ação Civil Pública: uma garantia Constitucional

- JÚLIO CESAR FINGER 100

Investigação da maternidade e paternidade socioafetiva,
posse de estado de filho - possibilidade jurídica legitimidade
do Ministério Público - MARIA LILIAN MENDES CARVALHO ...

122

A inconstitucionalidade do estabelecimento de foro por
prerrogativa de função por lei ordinária estadual

- SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO 133

PEÇAS PROCESSUAIS (2ª instância)

Habeas Corpus - Crime Hediondo - Prisão Preventiva

- JOSÉ LUIZ MELO 145

Responsabilidade Civil do Estado - Fuga de Detento

- MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU 151

Responsabilidade Civil - Permissão de uso

- PEDRO IROÍTO DÓREA LEÓ 157

PEÇAS PROCESSUAIS (1ª instância)

Reclamação - Indeferimento de requerimento de Promotor - FÉLIX CARBALLAL SILVA.....	169
--	-----

Alteração de regime matrimonial de bens - MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO ROLLEMBERG	180
---	-----

Exceção de Litispendência - PAULO LIMA DE SANTANA	185
---	-----

Conflito de atribuições no Ministério Público - EDUARDO BOTÃO PELELLA (MPF)	190
--	-----

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Interdição de Pousada - Favorecimento à prostituição - ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES - MARIA LILIAN MENDES CARVALHO - CLÓVIS BARBOSA DE MELO	207
---	-----

Associação Beneficente Hospital São Vicente de Paulo - Irregularidade no funcionamento - Extinção - ALONSO GOMES CAMPOS FILHO	214
---	-----

Saldos em contas de FGTS - Liberação - PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES (MPF)	231
---	-----

DISCURSOS

Discurso do PGJ na posse da Mesa Diretora do TJSE	249
---	-----

ESPAÇO CULTURAL

Raquel de Queiroz e José Américo de Almeida: O romance nordestino - DARCILO MELO COSTA	257
---	-----

DOCTRINA

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL: UM CONVITE À REFLEXÃO NO ANO DA DEBUTANTE¹

Por Alexandre Albagli Oliveira²

O presente estudo, longe de querer pôr pá de cal no assunto a ser tratado, é, antes, uma modesta forma de fomentar as discussões acerca da intervenção ministerial no processo civil, quando o Promotor de Justiça atua investido da atribuição de *custos legis*.

Não se pretende, aqui, como dito, encerrar os debates a respeito do tema, mesmo porque a pouca envergadura do subscritor deste trabalho não permite a emissão final de juízo de valor, mas, antes, e tão só, um convite à reflexão, para que os doutos – estes sim – se debrucem sobre o tema e ofereçam um posicionamento que melhor se adegue à ciência processual moderna³.

A pretensão deste estudo é suscitar o debate, sem a preocupação de esgotar o assunto, mais ainda porque o Direito não é ciência exata, cuja finalidade precípua é o resultado indiscutível, contestável, apenas, na pena e na voz dos poetas⁴.

¹ Dedico este modesto artigo aos mestres Maurício Albagli Oliveira, Rômulo Moreira, Bernardo Pimentel, Cristiano Chaves de Farias, Otávio Augustus Carmo e Olivan Costa Leal, pela atenção que sempre me dispensaram. Dedico-o, ainda, a todos os estimados colegas do Ministério Público de Sergipe.

² Alexandre Albagli Oliveira é Promotor de Justiça do MP/SE, Escritor (autor do Romance Estrada de Luz – A História de Brasileiro de Deus) e Professor.

³ Esse fenômeno de adequação da ciência processual aos tempos modernos é estendido, também, à magistratura. O mestre MANOEL COSTA NETO (*in* Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nº30, p. 311/315), por exemplo, concedeu alvará judicial para interrupção de gravidez, mesmo sem expressa autorização legal, utilizando-se de convincentes e modernos argumentos jurídicos.

⁴ Não é muito lembrar que Caetano Veloso, ao que parece, contesta tal exatidão: “*como dois e dois são cinco*”.

No mais, frente a tema tão controverso, não se oferece solução, antes, sugestões, sob pena das pechas “*gênio de ocasião*” e “*pavão da opulência*”, na feliz expressão amadiana, caírem como luvas.

Pois bem, qual seria, então, a melhor exegese a ser dispensada em relação ao art. 82 do CPC e, também, em relação ao art. 127 da Constituição Federal? Avante!

O Ministério Público, no processo civil, tem seu desenho institucional traçado em cima do binômio órgão agente e órgão interveniente. Ao que se sabe, esse traço marcante foi debatido entre os juristas italianos, como bem lembra o Prof. ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO⁵: “É justamente em meio a esta realidade que começam a florescer entre os juristas italianos, novas idéias acerca da intervenção ministerial que, posteriormente, desaguariam na instituição legal do duplo posicionamento do parquet no processo civil (órgão agente – órgão interveniente) bem como na aparição da polêmica, que se eternizaria, tendo por objeto a qualidade jurídica do Ministério Público fiscal da lei”.

A origem mais remota do Ministério Público, embora controversa, converge, entre vários Autores, para o Egito antigo⁶, na figura histórica dos encarregados de serem a “*língua e os olhos do rei*”. Entretanto, o nascimento de fato do MP, ao menos na pena dos historiadores, remonta à *Ordonnance* de Felipe – O Belo, pelos idos do século XIV. Adiante, nas Ordenações Filipinas, conhece-se a figura do Promotor de Justiça da Casa de Suplicação, além do Procurador dos Feitos da Coroa e o Procurador dos Feitos da Fazenda⁷. A terminologia “Promotor de Justiça” teve previsão legal só em 1609, em texto que disciplinava a composição do Tribunal da Relação da Bahia⁸.

⁵ A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. Ed. Saraiva. 2ª edição. p. 01.

⁶ O Prof. Alexandre de Moraes (*In* Direito Constitucional, Ed. Atlas, 9ª edição, p. 474), entretanto, revela que “*Porém, a maioria dos tratadistas se inclina a admitir a sua procedência francesa...*”.

⁷ Vê-se, assim, que desde aquela época já havia uma forte intenção de se atrelar a atuação do Ministério Público aos interesses da Fazenda.

⁸ Vide, a propósito, a excelente obra do Prof. ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, p. 16.

Com a Carta de 1967, houve a subordinação do MP ao Judiciário. Apenas com o texto constitucional de 1988 é que o Ministério Público alcançou o perfil de grande instituição republicana sonhada por muitos.

Vê-se, assim, que o aperfeiçoamento institucional do Ministério Público não se deu da noite para o dia, de hora para hora, mas, sim, à custa da ação inexorável do tempo, além da pena dos doutos.

No direito comparado, o Ministério Público existe com diferenças culturais e institucionais intensas, diferindo de país para país, como bem assentou o mestre ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, em sua obra apontada. Há países cujas Constituições dispensam tratamento restrito ao MP, a exemplo da Holanda e da Bélgica. Há, entretanto, textos outros que dispensam minúcias relativas à Instituição, como é o caso da Constituição Paraguaia.

No Brasil, o Ministério Público tem sede constitucional, sendo que a sua função primordial de órgão defensor da ordem jurídica e do regime democrático foi consolidada com a Carta de 1988. Antes, o MP tinha, inclusive, a função anômala de representação judicial da União, o que se revelava uma contradição em si mesma, cujo erro histórico só foi remediado com a última Constituição. Hoje, contudo, resta impostergável a concepção do *Parquet* como instituição defensora dos interesses indisponíveis da sociedade.

Nesse breve passeio histórico perceberemos, sem grande esforço intelectual, que, muito embora a Instituição tenha raízes históricas, sua concepção moderna, no Brasil, é adolescente, impúbere, pois remonta ao ano de 1988.

Pois bem, o art. 82 do Código de Processo Civil assim dispõe:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Junte-se a este dispositivo o art. 127 da Constituição Federal, *in verbis*:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

A partir da leitura dos artigos acima referidos é que o debate ganha vida. Explica-se. O art. 82, inc. III, impõe a intervenção do Ministério Público quando houver interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

Nesse diapasão, um questionamento se impõe: Afinal, o que é interesse público?⁹

O termo “interesse público” não comporta, ao meu sentir, uma definição magnânima. Inclusive, os doutos já enfrentaram a questão, tendo o mestre baiano CALMON DE PASSOS¹⁰ assim se manifestado: ***“todas as colocações em torno do conceito de interesse público pecam pela imprecisão e pela excessiva generalidade”***¹¹.

Razão assiste ao mestre. Não se pode resgatar, do termo em questão – “interesse público”, uma definição última, pois os vocábulos de conceito aberto e a hermenêutica não são verso e anverso de uma mesma moeda.

⁹ EDUARDO ARRUDA ALVIM (*In* Curso de Processo Civil, V. 01, RT, p. 74) diz ter o inciso III do art. 82 do CPC um conceito vago: “... no terceiro empregou aquilo que em teoria geral do direito se denomina conceito vago...”.

¹⁰ *In* Revista Forense, 268/55.

¹¹ Por outro lado, o mestre BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 13ª edição, p. 59) nos oferece um conceito a respeito de interesse público: “... interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Nestes termos, a solução encontrada é interpretar o citado art. 82 do CPC de acordo com o também citado art. 127 da CF, em obediência à pirâmide proposta por Kelsen. Assim, a leitura dos dispositivos em tela deve ser feita a partir da Constituição para, depois, alcançar a legislação ordinária – no caso, o CPC.

Assim, quando o legislador infraconstitucional fala em interesse público, o intérprete deve amoldá-lo ao interesse social reclamado pelo art. 127 da Carta Política de 88.

É de se ver, ainda, que a leitura das atividades ministeriais deve ser dada de acordo com o perfil constitucional traçado pela Carta de 88. Assim é que o Ministério Público, no exercício de suas funções, não deve se desgarrar do contorno traçado pela Constituição, de órgão incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ora, pelo que se vê, doar ao Ministério Público feições outras que não as de defesa de interesses eminentemente sociais, parece-me um lamentável retrocesso histórico. Isto porque, se, antes, a Instituição serviu, inclusive, para a representação da União, hoje, ela está atrelada apenas e tão-somente aos interesses da sociedade como um todo.

No mais, se a Constituição assegurou ao Ministério Público uma série de atribuições (vide art. 129), é porque emprestou à referida instituição **poderes expressos e implícitos**¹² para alcançar o seu mister. Nestes termos, se a CF deu ao MP uma série de atribuições institucionais, deve o órgão (e seus Agentes) adaptar as suas atividades para o atingimento das funções eminentemente sociais traçadas pela Constituição. Caso contrário, os artigos relativos ao *Parquet* se configurarão, lamentavelmente, em letra morta, relíquias históricas.

Assim, se os mecanismos de atuação do MP devem se adequar ao quanto exposto na Constituição Federal, deve o órgão repensar e racionalizar as suas atividades, com o objetivo de se adequar ao comando constitucional.

¹² É o que se convencionou chamar, em doutrina, de **Teoria dos Poderes Implícitos**.

É nessa esteira de raciocínio que uma outra indagação se impõe: Quando deve o Ministério Público intervir, no processo civil, com base no interesse público evidenciado pela qualidade da parte ou pela natureza da lide?

Penso, modestamente, que a resposta – se é que ela existe – deve ser concebida a partir da leitura do texto constitucional.

Assim, seria necessária a intervenção do MP em ações que envolvam interesses meramente patrimoniais da Fazenda Pública? Há interesse público, nestes casos?

A questão impõe alguns comentários. A princípio, é de se perguntar: A presença da Fazenda Pública em um dos pólos da ação evidencia interesse público em debate? Penso que sim. Mas, genericamente, há interesse público não só neste caso, como, de resto, em muitos outros. Assim, a título de exemplo, um litígio particular envolvendo questão patrimonial revela interesse público? Genericamente, sim. Ou há dúvidas de que o cumprimento da lei, o atingimento da justiça, a composição dos litígios revelam interesse público? Vê-se, de passagem, que encontrar interesse público em um processo é tão fácil quanto encontrar água em um rio, pois ganharia um Nobel às avessas quem não o enxergasse, genericamente, nas lides forenses. O que se tem em conta, entretanto, é que o interesse público que impõe a intervenção ministerial é aquele que tem repercussão social e diga respeito à sociedade como um todo.

O que se deve ter em vista é que a visão de se atrelar o interesse público aos interesses da Fazenda é, no nosso modesto sentir, ultrapassada¹³. Isto porque o interesse público não se resume aos apelos e anseios do Estado, antes sobre ele se manifesta, pois as ambições estatais não se confundem com a terminologia *in natura* de “interesse público”, ainda que esta continue sendo pagã, vagando pelo campo filosófico.

¹³ O mestre BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 63) diz, com contumaz propriedade: “*Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identifica-lo como quaisquer interesses de entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno)*”.

Nesse diapasão é que novos estudos estão surgindo, propondo a racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil. O Dr. SÉRGIO NEVES COELHO, em artigo publicado no *site* da CONAMP¹⁴, assevera, com pena de mestre: **“Daí, afigura-se aconselhável busque o novo Ministério Público, de milênio e século que ora se iniciam, a devida racionalização de sua competência¹⁵, adequando-a ao melhor entendimento dos interesses da sociedade”**.

O raciocínio do citado Autor é perfeitamente amoldável às modestas palavras que introduziram esse estudo. Se o MP tem uma série de atribuições constitucionais a alcançar, deve fazê-lo de forma racional, enfrentando as questões que realmente se amoldem ao seu novo perfil constitucional, buscando velar interesses da sociedade como um todo, e não interesses que, embora nobres, tenham reflexos apenas patrimoniais, ainda que da Fazenda Pública.

Assim, nesse contexto, o Dr. SÉRGIO NEVES COELHO põe fim ao seu entendimento, com o qual compartilho letra a letra: **“Destarte, cumpre ao Ministério Público eleger prioridades para a consecução de seu fim, atuando nos feitos em que realmente haja interesse público a ser velado pela Instituição”** (grifou-se).

Junte-se a tais comentários o entendimento do Dr. MARCELO FERRA DE CARVALHO, consignado em artigo que assina no *site* da AMMP (www.ammp.com.br):

“Seria esta atuação compatível com a função constitucional do Ministério Público? A presença na lide de uma pessoa jurídica de direito público torna obrigatória a intervenção ministerial?

Prima facie, devemos observar que o interesse público, que o legislador referiu-se, está relacionado com o interesse geral da coletividade, vinculado aos fins sociais e às exigências do bem comum.

¹⁴ Propostas para a Racionalização da Atuação do Ministério Público no Cível.

¹⁵ Melhor seria “atribuição”.

Não devemos jamais confundir interesse público com interesse de pessoa jurídica de direito público, pois estaríamos voltando ao tempo em que os interesses da Fazenda Pública eram defendidos em juízo pelo Ministério Público.”

Adiante, finaliza o referido autor:

“Então, não obstante a falta de amparo legal, a intervenção do Ministério Público é totalmente desnecessária, tendo a própria lei zelado de forma especial pelos interesses da Fazenda Pública.

A favor da Fazenda Pública podemos citar: prazos ampliados (CPC; 188), a revelia não produz seus efeitos (CPC; 320, II) e a sentença desfavorável deve ser confirmada pelo Tribunal (CPC; 475, II).

(...)

Portanto, o Ministério Público deve evitar atuar desnecessariamente em certos processos e preocupar-se em assumir o novo perfil que lhe foi dado pelo texto constitucional, na defesa dos interesses difusos e coletivos.”

Inclusive, em ações que exigem expressamente a participação do MP, como, p. ex., o Mandado de Segurança¹⁶, a atuação ministerial já vem sendo mitigada pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, a intervenção ministerial no MS, muito embora a exigência legal quanto à participação do *Parquet*, tem sido, também, mitigada, partindo-se da necessidade de se aferir o interesse da coletividade, no *writ*, nos moldes do *judicio de amparo* do direito mexicano.

¹⁶ O art. 10 da Lei nº 1.533/51 assim dispõe: “*Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público ...*” (grifou-se).

A jurisprudência tem seguido a mesma orientação, como se pode ver no voto¹⁷ do Ministro Gomes de Barros, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Resp n.º 9.279:

“Com efeito, imagine-se alguém, titular de pretensão de comprar um imóvel funcional. Esta pessoa terá a seu dispor dois caminhos – ambos, conduzindo à satisfação de seu direito: O Mandado de Segurança e o procedimento ordinário.

Se optar pela via expedita do Mandado de Segurança, haverá interesse público a reclamar pronunciamento do MP.

Se, não obstante, preferir o procedimento ordinário, a manifestação do MP torna-se dispensável – como se o interesse público desaparecesse com a troca de ritos. Ou como se o interesse público fosse no retardamento do remédio constitucional.”

Esse entendimento é corroborado pela cisão doutrinária do conceito de interesse público em primário e secundário. A doutrina, nesse contexto, distingue os interesses públicos propriamente ditos – aqueles interesses primários do Estado, dos chamados interesses secundários, destacando-se, entre os doutos, as lições de Renato Alessi, de Carnelutti e de Picardi.

RENATO ALESSI, lembrado pelo Prof. HUGO NIGRO MAZZILLI¹⁸, faz interessante distinção entre os tipos de interesse. Para o professor da Escola Paulista, “Renato Alesi distinguiu o interesse público primário (o interesse do bem geral) do secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público). Nem sempre o governante atende o real interesse da comunidade. O interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade com um todo)”.

¹⁷ In Revista do E.STJ, 283-561, janeiro de 1992, p. 446-447.

¹⁸ In A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Ed. Saraiva, p. 03.

O mestre BANDEIRA DE MELLO, em festejada obra de sua autoria¹⁹, revela entendimento similar:

“Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.”

A partir dessa interessante classificação, poder-se-ia afirmar que o interesse que justifica a atuação ministerial é, estreme de dúvidas, o interesse primário.

Até mesmo em ações em que, antes, não se questionava a intervenção ministerial, hoje, contudo, tal passividade inexistente. Assim, ações como a de separação judicial e a de divórcio já reclamam, hodiernamente, nova assimilação, ao menos no entendimento de alguns²⁰. O Dr. SÉRGIO NEVES COELHO assevera, por exemplo, no artigo citado, que ***“Nas ações de separação judicial e divórcio o Ministério Público só intervirá se houver interesses de incapazes ou de filhos menores”***.

O que se percebe, desde já, é que a intervenção ministerial, na qualidade de *custos legis*, em causas de reduzida repercussão social, não se coaduna com o perfil constitucional traçado para o MP: perfil de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF).

¹⁹ Ob. cit., p. 32 e 33.

²⁰ Neste ponto, manifesto, modestamente, a minha discordância.

Há a alegação de que o interesse, mesmo que patrimonial, da Fazenda, acaba por repercutir na sociedade com um todo, o que ensejaria a intervenção ministerial. Porém, a própria jurisprudência se encarregou de afastar a procedência de tal argumento, como de vê nos seguintes julgados:

“A intervenção do Ministério Público, como custos legis, é obrigatória, a teor do disposto no art. 82, III, do CPC, quando na causa há interesse público. A presença no pólo passivo de pessoa jurídica de direito público, entretanto, não determina, por si só, a intervenção do Ministério Público.” (RESP 64.073-RS, 3ª turma, rel. Min. Costa Leite, DJ em 12/05/97)

“REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE PATRIMONIAL DA FAZENDA PÚBLICA X INTERESSE PÚBLICO - LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. I - Inexistindo interesse público na ação e sim interesse patrimonial da Fazenda Pública, injustificável a intervenção do Ministério Público. II - Quando não há culpa do contratado, estabelece a lei o ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, com também a devolução da garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão, pagamento dos custos de desmobilização (art. 79, §2º, I, II e III). III - Não havendo prova cabal dos lucros cessantes deve-se indeferir este pedido, sob pena de enriquecimento sem causa. IV- Reforma parcial da sentença. V- Decisão unânime.” (Proc. nº 200120082)

Foi nesse terreno fértil de discussões que o STJ, na esteira do tema em debate, apresentou a Súmula 189, com o seguinte teor: ***“É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”***.

Ora, se nas execuções fiscais a intervenção ministerial se faz desnecessária, por que razões charadísticas – na feliz expressão do mestre TOURINHO FILHO – deve o *Parquet* intervir em ações de conhecimento pela simples presença da Fazenda Pública em um dos pólos da ação?

Outro argumento utilizado por aqueles que defendem a intervenção genérica do MP no processo civil é o de que pode haver conluio ou qualquer outro desvio ético que acabe, no processo em que faça parte a Fazenda, havendo prejuízo generalizado a toda coletividade.

Tal argumento, embora sedutor, não convence. Primeiramente, a Fazenda, seja a Municipal, ou seja a Estadual, tem representação própria. No mais, a fiscalização nos processos em que ela seja parte é muito mais rigorosa, mesmo porque há o duplo grau de jurisdição, previsto no art. 475, II, do CPC, havendo o reexame compulsório das decisões que lhe são desfavoráveis.

No mais, tal argumento parte de uma premissa pouco ortodoxa, entendendo-se, inadvertidamente, que a intervenção ministerial velaria pela ética do processo, como se os princípios éticos – filosóficos, diga-se de passagem – não pudessem ser observados e imunizados pelas partes e pelo magistrado, afora o reexame necessário em casos assim.

Por fim, o art. 129, IX, da CF arrola as atribuições do MP, fazendo, entretanto, uma ressalva. Assim, o legislador constituinte deixou consignado ser atribuição do MP ***“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidade públicas”*** (grifou-se)²¹.

²¹ AGRAVO - Despacho, determinando a manifestação do Ministério Público em ação de desapropriação indireta, tendo por objeto área de proteção ambiental - Pretendida reforma da decisão, sob a alegação de que é vedado ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas e inadmissível a sua intervenção em ações expropriatórias, além da inexistência de dano ao meio ambiente - Recurso não provido.

O certo é que todos esses argumentos que procuram alargar, em demasia, a atuação ministerial são derrubados pela jurisprudência²² e pela doutrina. CAMARGO FERRAZ E GUIMARÃES JÚNIOR²³, *v.g.*, assim se manifestam: ***“Parece claro, no entanto, que não é todo interesse público que merece a atenção do Parquet. O interesse público que existe na correta aplicação da lei pelo Juiz, presente em todos os processos, não é, por exemplo, suficiente para ensejar a intervenção ministerial”***.

O Prof. Humberto Dalla²⁴, por seu turno, consigna o seu entendimento:

“É necessário, portanto, em primeiro lugar, identificar as prioridades do Ministério Público. Nesse sentido, levando-se em conta toda a carga desse trabalho, somos de opinião que a atuação do Ministério Público deve ser polarizada e dirigida sempre ao interesse social, quer no processo penal, quer no processo civil.

Não há correções a se fazer ao texto constitucional, mas sim às leis federais e estaduais, que acometem dezenas de funções administrativas e burocráticas ao Parquet, impedindo sua maior dedicação aos interesses sociais.

A hipótese dos autos não configura representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público. A intervenção do representante do “Parquet” na ação expropriatória foi determinada em face de recair sobre área de proteção ambiental. A existência, ou não, de dano ambiental, não pode ser aferida, tão-só, com base na leitura da inicial. (Agravado de Instrumento n. 39.880-5 - Eldorado Paulista - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Nigro Conceição - 25.03.97 - V.U.)

²² O STJ, no Recurso Especial nº 51/SE, assim decidiu: *“Recurso Especial – Ministério Público– O Ministério Público intervem nas causas em que há interesse público (CPC, art. 82, III). Não se projeta pela simples presença do Estado na relação processual. Desnecessária a atuação quando o particular aciona Estado-membro, buscando reparação de perdas-e-danos”*.

²³ In Ministério Público – Instituição e Processo, Ed. Atlas, São Paulo, 1997, pág. 155.

²⁴ In A Tutela do Interesse Coletivo como Instrumento Polarizador da Participação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, presente no sítio http://www.Humbertodalla.Pro.Br/Artigo47.Htm#_Edn1.

Desse modo, propomos a adoção das funções institucionais do *Parquet*, assim como definidas no artigo 129 da Constituição da República, dentro de uma perspectiva de atuação racionalizada.”

Mais adiante, o referido Professor põe termo à celeuma criada, nos termos que seguem:

“De se consignar que diversas propostas vêm sendo apresentadas em sede doutrinária a fim de alcançar uma solução de racionalização da intervenção do Ministério Público no direito processual civil brasileiro. Registramos, especialmente, a tese de Ronaldo Porto Macedo Jr., apresentada no XIII Congresso Nacional do Ministério Público. Segundo o autor, o artigo 82 do C.P.C. deveria ser alterado a fim de que nele fosse disposto o seguinte: ‘Art. 82. *Compete ao Ministério Público intervir:*

I – Nas causas em que há interesse de incapazes;

II – Nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade.

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse social ou individual indisponível.

Parágrafo único – Na hipótese do inciso III, caberá ao Ministério Público o reconhecimento da existência do interesse social bem como a avaliação da indisponibilidade do interesse individual protegido.

Parágrafo segundo – Caberá a órgão da administração superior do Ministério Público, definido em lei, emitir súmulas normativas relativas a hipóteses de intervenção referida no parágrafo anterior.

Parágrafo terceiro – Se o órgão do Ministério Público deixar de intervir em caso concreto por entender inexistir o interesse social e o juiz, no caso considerar as razões invocadas improcedentes ou contrárias às súmulas sobre intervenção fixadas pelos órgão da administração superior referido no parágrafo anterior, fará a remessa do processo ou de peças de informação ao procurador geral que, nos termos da lei, designará outro promotor de justiça para oficiar no feito ou insistirá no posicionamento de não intervir, ao qual estará o juiz obrigado a atender”.

De igual contexto é o pensamento do Dr. JOÃO LOPES GUIMARÃES JR.²⁵:

“Deve o Ministério Público, então, zelar apenas pelo interesse público que se apresenta como mais relevante, porque relevantes são suas incumbências constitucionais. Assim, se ao Parquet incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, apenas o interesse público qualificado deve merecer sua fiscalização no processo civil, sob pena de um perigoso desvirtuamento da missão constitucional da Instituição, que parece ser a de autêntica alavanca, procurando sempre a efetiva aplicação

²⁵ Ob. Cit., p. 155.

da lei para propiciar o fortalecimento do Estado de Direito e a pacificação social” (grifou-se).

O mesmo professor²⁶ continua, com magistral linha argumentativa:

“É preemente uma profunda revisão nas atribuições cíveis do promotor de justiça. Se temos hoje um novo perfil de Ministério Público desenhado na Constituição Federal, cabe indagar se ele é compatível com funções mais antigas e até tradicionais.

Para robustecer mais ainda a reflexão a que se convida, ao menos em sede doutrinária, transcrevemos, mais uma vez, as lições do Dr. MARCELO FERRA DE CARVALHO, consignadas em artigo que assina no site da AMMP (www.ammp.com.br), ocupando-se, agora, em colher as opiniões dos doutos:

“Comungando do mesmo pensamento, o mestre José Frederico Marques afirma que ‘numa ação em que figure a União, o Estado, o Município, ou outra pessoa jurídica de direito público, a qualidade do litigante não é de molde a justificar a intervenção do custos legis.’

Diz Arruda Alvim: ‘o que incumbe ao Ministério Público é a defesa dos interesses públicos da sociedade e não interesses do Estado, ou imanes do Estado, considerado como pessoa jurídica.’

Assevera Sérgio Fadel que ‘interesse público está aí por interesse geral, não na eventual procedência ou improcedência da pretensão

²⁶ Ob. cit., p. 102.

da pessoa jurídica de direito público (como na execução fiscal, ou na ação movida contra a Fazenda), mas sim no resultado da demanda, abstraídas outras circunstâncias, qualquer que seja ele.”

Parece-me, assim, que a *ratio legis* do art. 82 é conferir atribuição ao Ministério Público em larga escala, de forma não casuística, ao menos no inc. III. Entretanto, a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita a partir da Constituição Federal, e não ao contrário, sob pena de invertermos a pirâmide proposta por Kelsen.

O certo é que a atividade do Ministério Público não pode ser desvirtuada²⁷, mais ainda quando se extrai o seu sumo elementar do texto constitucional, no sentido de que o MP tem como função precípua salvaguardar interesses relacionados à comunidade como um todo.

Assim sendo, longe de querer encerrar o debate, mas, antes, apenas com a intenção de, modestamente, fomentar as discussões, foi proposto o presente estudo. Outros já foram produzidos, com bem mais brilhantismo, mas cada um deve doar a sua contribuição, ainda que modesta, para o aperfeiçoamento das instituições.

A bem da verdade, as conclusões nem sempre são uniformes. O Dr. MARCELO FERRA DE CARVALHO²⁸, *v.g.*, finda seu raciocínio, no artigo que assina, com certa acidez nas palavras:

²⁷ Na literatura, esse desvirtuamento pode ser encontrado, *v.g.*, no modesto romance de minha autoria (Estrada de Luz – A História de Brasileiro de Deus), quando um Promotor de Justiça maneja um *habeas corpus* em favor de um bode.

²⁸ Ao que parece, igual posicionamento é defendido pelo prof. Paulo Sérgio Puerta dos Santos (In Manual de Prática Processual Civil, Ed. Saraiva, 2ª edição, P. 56): “Dessarte, o ‘interesse público’ que legitima a intervenção ministerial, portanto, é o direito indisponível que transcende ao interesse das próprias partes litigantes”. E, referindo-se, em caso específico, à Fazenda Pública, assevera este Autor: “O ‘interesse público’ de que tratamos não significa interesse da Fazenda Pública ou de pessoas jurídicas de direito público, pois estas têm seu próprio corpo de procuradores (Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral do Estado)”.

“O Ministério Público deve racionalizar sua atuação nos processos cíveis, priorizando a defesa dos interesses difusos e coletivos, defendendo prioritariamente os interesses das parcelas menos favorecidas da população, a qual deve ter na instituição o seu principal defensor.

Ao intervir pela simples presença da Fazenda Pública, terá o Ministério Público uma única função: ASSESSORAR OS MAGISTRADOS.”

É bom deixar claro, não obstante, que muitas são as vozes que advogam entendimento diverso. O Prof. ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO²⁹, *v.g.*, assim se manifesta: *“Como vimos, a emenda apresentada pelo deputado paulista que gerou a redação atual do dispositivo em estudo teve inequívoca inspiração na idéia de tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os processos em que se figurassem como partes quaisquer das pessoas jurídicas de direitos público interno”*.

Não se espera, assim, tolher o Ministério Público de suas importantes missões legais. Há que se questionar, contudo, se o comando constitucional não reclama uma atuação ministerial mais seletiva, mais coletiva e – por que não? – mais comprometida com os conclames sociais.

Como bem disse Glauber M. Talavera³⁰, *“Não façamos da democracia um sistema que recusa a perfeição e faz da mediocridade um ideal social, violentando e envenenando a liberdade humana, sobretudo diante da língua serpentina daqueles que entorpecem nosso País, buscando o prazer disfarçado com o álibi profilático da ação cívica moralizadora”*.

²⁹ Ob. cit., p. 324.

³⁰ In Temas Atuais de Direito Civil na CF, RT, p. 191.

No mais, como cantarolou poeta (leia-se, Caetano Veloso), ***“Eu não espero pelo dia em todos os homens concordem. Apenas sei de diversas harmonias bonitas e possíveis sem o juízo final”***.

De qualquer sorte, parece-me que a última voz a respeito da intervenção deve partir do próprio Ministério Público, a quem cabe a última palavra em sede de participação processual na qualidade de *custos legis*, como consectário lógico do entendimento de que é ele o encarregado ***“da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”***.

Que se manifestem os doutos.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO NA LIDE PENAL

Antonio Henrique de Almeida Santos
(Juiz de Direito e Professor da ESMPSSE)

INTRODUÇÃO

Partindo-se de uma visão pós-positivista do direito; entendida como a que considera o sistema jurídico como sendo composto de uma ordem escalonada de normas, em que as normas-princípio são postas no ápice do ordenamento, devendo, por conseguinte, todas as demais terem naquelas o seu fundamento de validade; vislumbra-se o papel do juiz/interprete, enquanto titular da função jurisdicional do Estado, como garantidor dos direitos expressos e implícitos na constituição.

Diante desse raciocínio é que se pretende, através do presente trabalho, uma revisão no posicionamento doutrinário majoritário, no tocante ao julgamento antecipado do pedido em matéria penal, no sentido de entender-se possível sempre que a sua não adoção pelo julgador importe em lesão aos princípios constitucionais.

Nesse tom, argumenta-se a favor da possibilidade de antecipação do julgamento da lide penal em caso de absolvição do acusado, mesmo em face da lacuna existente no Código de Processo Penal em relação ao tema, sob pena de ofensa aos princípios da economia e instrumentalidade processuais, este vislumbrados como facetas do princípio constitucional do devido processo legal; bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1. UMA POSIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA EM CONTRAPARTIDA AO LEGALISMO

Para a doutrina do positivismo jurídico, aceita quase que sem contestação na época da promulgação do Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 -, os princípios jurídicos, aí também incluídos os princípios

constitucionais, não passavam de meras pautas programáticas supraleais¹, faltando-lhes, destarte, normatividade². Bobbio afirma que a teoria juspositivista é “baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (Lei) sobre todas as outras.”³. Os princípios de direito, ainda que extraídos da análise de um determinado ordenamento jurídico, não fazem parte do direito positivado (Lei) de modo que, quando muito, têm função interpretativa e/ou informativa.

Nas últimas décadas do século passado a teoria juspositivista já não é mais hegemônica, perdendo espaço para o chamado pós-positivismo, doutrina que teve Boulanger como precursor⁴ e Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, e Robert Alexy, na Alemanha, como principais teóricos⁵. O pós-positivismo alça os princípios de direito à categoria de norma jurídica. Mais do que isso, reconhece aos princípios constitucionais uma supremacia valorativa em relação às demais normas.

Nesse diapasão, toda e qualquer regra de um dado sistema jurídico, também chamadas pelos pós-positivistas de normas-regra ou normas-disposição, somente encontrará suporte valorativo, isto é, somente terá validade jurídica, se não contrariar uma norma-princípio, ou simplesmente um princípio. Assim, a primeira atividade realizada ao interpretar-se uma regra jurídica é justamente averiguar a adequação da regra interpretada com os princípios constitucionais, eis que estes são “a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica.”⁶ Somente após esta análise, após o reconhecimento de que a regra interpretada não vai de encontro a nenhum princípio integrante do ordenamento jurídico, é que o interprete verificará se determinada regra pode ou não ser aplicada ao caso concreto sob análise.

É aí que se explicita a função do juiz como garante do Estado Constitucional e Democrático de Direito.⁷

¹ Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 236.

² Bonavides, *op. cit.*, p. 236.

³ Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, p.162.

⁴ Bonavides, *op. cit.*, p. 239.

⁵ Moraes, *Controle Judicial da Administração Pública*, p. 20.

⁶ Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 148.

⁷ Gomes, *A Dimensão da Magistratura*, p. 116.

Analisando-se, pois, o Código de Processo Penal, verifica-se que o seu Livro II é nomeado por “Dos Processos em Espécie”. Não obstante, o que está disposto naquele Livro são regras procedimentais, mormente a parte que interessa ao presente estudo que é o Título I, Capítulos I e III, que tratam da instrução criminal e do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular, respectivamente.⁸

Nos dispositivos legais susos citados está todo o procedimento, quer dizer, toda a seqüência coordenada de atos processuais que deverão ocorrer até a sentença. Vê-se, pois, que, ao contrário do que ocorre com o Código de Processo Civil – artigo 330 -, o Código de Processo Penal não prevê a possibilidade de julgamento antecipado da lide.

É por não haver a previsão legal do julgamento antecipado da lide penal, bem como porque o Código de Processo Penal discrimina todo o procedimento, que a doutrina e jurisprudência, quase em uníssono,⁹ têm afirmado que não é permitido ao juiz antecipar o julgamento no processo penal.

Assim, os que testificam a impossibilidade do julgamento antecipado em matéria penal, que é, repita-se, a imensa maioria dos doutrinadores, fundamentam sua posição no fato de que o Código de Processo Penal, ao determinar o procedimento a ser seguido, não deixou qualquer lacuna que pudesse ser preenchida através da analogia. Vale dizer, quando o Código de Processo Penal omitiu-se em relação ao julgamento antecipado do litígio quis que tal instituto não fosse aplicado no âmbito penal.

Por outras palavras, não há qualquer argumentação quer da doutrina, quer da jurisprudência, no sentido de entender que o julgamento antecipado da lide feriria qualquer princípio constitucional, ao contrário, a análise é sempre feita internamente à luz do Código de Processo Penal.

Em sentido oposto, casos há em que não antecipar o julgamento da lide eiva de inconstitucionalidade o processo. Isso

⁸ No Capítulo III o Código de Processo Penal diz novamente “processo” embora esteja tratando de procedimento.

⁹ Sanchotene, *Julgamento antecipado da ação penal – ilegitimidade de partes*, p.2.

ocorre quando, pela análise das provas dos autos, o juiz adquire a certeza jurídica da necessidade de absolvição do réu e mesmo assim, com vistas unicamente no que dispõe o Código de Processo Penal, decide por levar a instrução processual até o seu término.

2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Estado Liberal de Direito, surgido nos séculos XVIII e XIX, tinha como fundamento teórico/ideológico a legalidade; já o Estado Democrático de Direito escora-se na constitucionalidade de suas normas. Esse segundo Estado de Direito¹⁰ tem como norte, como diretriz principal, o respeito aos direitos fundamentais¹¹. Em essência, sempre que se contrariar um direito fundamental estar-se-á contrariando o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Henri Clay Andrade, coloca:

“(...) [P]ara o Estado ser liberal e de direito é o bastante que haja previsão legal das garantias inerentes ao liberalismo, em que a igualdade deflui naturalmente da lei como regra geral e abstrata a ser consumida por todos os integrantes do Estado. Entretanto, o Estado para ser democrático e de direito, será indispensável a prática constante da cidadania mediante mecanismos institucionalizados eficazes e acessíveis a todo o indivíduo.”¹²

E o principal desses mecanismos é o princípio do devido processo legal – artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Com efeito, o princípio do devido processo legal “é o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais

¹⁰ Bonavides, *op. cit.*, p. 362.

¹¹ Bonavides, *op. cit.*, p. 362.

¹² Andrade, *A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. In: Barral; Andrade, *novações no Processo Civil*, p. 24.

repousam”.¹³ É que sem este princípio todos os demais quedariam inertes, uma vez que não existiriam meios de garanti-los.

É em homenagem ao princípio do devido processo legal que surge a necessidade de um processo efetivo, visto como aquele que concede “a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.¹⁴ Assim, sempre que se der mais ou menos do que é direito do indivíduo, fere-se o princípio do devido processo legal, acoimando-se de inconstitucionalidade o ato.

E, evidentemente, estar-se-á negando um direito toda vez que se desrespeitar um ou mais princípios constitucionais inerentes a alguém. É diante desse entendimento que o juiz, como titular de uma das funções do Estado, qual seja a jurisdicional, não só pode como está obrigado a decidir de modo a tornar efetivo ou, quando menos, a não permitir que se macule um direito fundamental.

Dessa forma, à vista da certeza prévia da absolvição do réu não pode o juiz levar o processo até seu término nos termos do Código de Processo Penal, eis que o fazendo estará agindo contra o princípio da economia e instrumentalidade processual, bem como da dignidade da pessoa humana e, portanto, estará violando o devido processo legal.

2.1. O devido processo legal - instrumentalidade e economia processuais

Os princípios processuais da instrumentalidade e da economia estão intimamente ligados, sendo aquele pressuposto deste.¹⁵ É que só tem razão falar-se em princípio da economia processual, entendido como o que visa a obtenção do fim almejado com a menor utilização possível de atividade processual,¹⁶ em face da compreensão do processo como instrumento.

¹³ Bulos, *Constituição Federal Anotada*, p. 234.

¹⁴ Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, apud Watanabe, *Da cognição no Processo Civil*, p. 24.

¹⁵ Rocha, *Teoria Geral do Processo*, p. 53.

¹⁶ Cintra; Grinover; Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 72.

Com efeito, o processo não se legitima em si mesmo, somente tem sentido como meio pelo qual visa-se alcançar o direito material pretendido em juízo. Por outras palavras, nos ensina Dinamarco: “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.”¹⁷

No que diz respeito ao processo penal, a par de outros dispositivos que, a exemplo do que ocorre no Código de Processo Civil – artigos 105, 154, 244 etc - , albergam os princípios da instrumentalidade e da economia processuais, dois artigos fundamentam firmemente a tese do necessário julgamento antecipado da lide penal, quando for o caso. São eles os artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal.

O Título I, do Livro III, do Código de Processo Penal, que trata das nulidades, começa com o artigo 563 que é o dispositivo que excepciona os casos de nulidade, quando determina que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa”. Está aí consagrado o princípio do “pas de nullité sans grief”, que por sua vez estriba-se na economia processual. Destarte, “[p]ara que o ato seja declarado nulo é preciso que haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto”.¹⁸

Já o artigo 566 do mesmo Código diz que não é nulo o ato que não influi na apuração da verdade ou na decisão da causa. Comentando o artigo, Mirabete ensina:

“Também como *consequência do princípio da instrumentalidade* das formas processuais, não se declara nulidade se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Se os atos processuais têm como escopo a realização da justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles,

¹⁷ Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 150.

¹⁸ Tourinho Filho, *Processo Penal*, V. 3, p. 118.

não há razão para renová-lo.¹⁹”(sem grifo no original)

Dessa forma, nenhuma nulidade haverá se o juiz convencido de que deve absolver o réu o faz antecipadamente, vez que não se pode alegar a ocorrência de qualquer prejuízo para acusação. É que se, ao analisar pormenorizadamente os autos, o magistrado entende que o acusado deve ser absolvido, é porque foi esta a verdade substancial por ele apurada. Posto que apurar a verdade substancial nada mais é do que apurar a materialidade delitiva, a autoria e a tese da defesa.²⁰

A contrário senso, se mesmo convencido da necessidade de absolvição do denunciado o juiz resolve por não julgar o processo de pronto e sim por levá-lo até o final, seguindo todo o procedimento descrito no Código de Processo Penal, estará indubitavelmente praticando atos inúteis ao processo e à decisão da causa e, por conseguinte, deixando de observar o princípio da economia processual.

Tal situação é inconstitucional, eis que a idéia de economia processual está contida no princípio do devido processo legal.

2.2 O devido processo legal - princípio da dignidade da pessoa humana

Mais do que princípio constitucional a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil – artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nele está contido o direito à vida, os direitos pessoais, sociais, econômicos, educacionais, assim como as liberdades públicas em geral.²¹ Desse modo, qualquer restrição indevida ou abusiva a algum ou alguns desses direitos, implica em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 639.

²⁰ Tourinho Filho, *Código de Processo Penal Comentado*, p. 238.

²¹ Bulos, *op. cit.*, p. 48.

É certo que o réu em um processo penal está submetido a diversas restrições em seu direito de liberdade, este entendido de forma ampla. Assim, sobre ele poderá ser decretada quaisquer das medidas assecuratórias, haverá a possibilidade de ser preso preventivamente, deverá comparecer às audiências etc.²²

Além dessas limitações de caráter objetivo, dúvida não há que o processo criminal por si só causa danos morais ao réu. Quer no que diz respeito à sua imagem perante a comunidade; quer no vexame e angústia internos ocasionados pela própria condição de réu criminal, bem como pela incerteza do resultado do processo. É que a população leiga, na maioria das vezes, não entende que uma pessoa de bem, uma pessoa que não cometeu qualquer ilícito, possa estar sendo submetida a um processo criminal.

Os danos causados a um inocente por ser submetido a um processo penal são difíceis de mensurar, mormente quando a população toma conhecimento, como ocorre quando o processo é divulgado através da imprensa. Recorde-se, por exemplo, o caso dos proprietários de uma escola para crianças em São Paulo que foram acusados de molestar sexualmente seus alunos. O episódio foi amplamente divulgado levando à opinião pública a “condená-los” previamente. Mais tarde, ao ficar demonstrado a inocência deles, o dano já tinha sido causado de maneira irreparável.

Por esse motivo, a continuidade do processo penal contra alguém quando exista a certeza jurídica de sua absolvição atenta contra a dignidade da pessoa humana.

3. DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL PENAL

3.1. Da interpretação conforme a Constituição

Uma regra jurídica a par de, ordinariamente, não ferir nenhum mandamento constitucional, pode comportar uma ou mais formas de interpretação que não se coadunem com os

²² Sanchotene, *op. cit.*, p. 4.

preceitos constitucionais. Se isso ocorrer, tal interpretação dada à norma deve ser afastada, dando-se-lhe uma outra, em cuja sejam observados os mandamentos constitucionais.

Tal técnica consiste no que os doutrinadores²³ chamam de princípio da interpretação conforme a constituição, que nada mais é do que “um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição,”²⁴ segundo o qual o julgador afirma que esta ou aquela interpretação da norma infra-constitucional concilia-se com a Constituição e, por consequência, “declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.”²⁵

Dessarte, pelos motivos acima narrados, levar o procedimento até o seu final, nos termos dispostos no Código de Processo Penal, quando o juiz tem um convencimento prévio de que deve absolver o réu é interpretar a lei processual penal em desacordo com a Constituição. É que, como visto, tal interpretação resultará, inexoravelmente, na contrariedade dos princípios da economia e instrumentalidade processuais, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana inobservando-se, por consequência, o devido processo legal.

Em sendo assim, cabe ao interprete/juiz dar à lei processual uma interpretação que se coadune com os ditames constitucionais.

3.2. Da analogia

Afastada, pois, a possibilidade de levar-se o procedimento até o final, surge a necessidade de encontrar-se uma fórmula dentro do sistema jurídico que possibilite ao juiz antecipar o julgamento da lide penal. Tal faz-se possível através do uso da analogia.

De fato, o artigo 3º do Código de Processo Penal dispõe que “a lei processual penal admitirá a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios

²³ Barroso, *op. cit.*, p. 180. Moraes, *Direito Constitucional*, p. 43. Bonavides, *op. cit.*, p. 473.

²⁴ Herzog-Schik, *Verfassungsrecht apud* Bonavides, *op. cit.*, p. 474.

²⁵ Barroso, *op. cit.*, p. 182.

gerais de direito.” Verifica-se que é a própria lei processual penal quem prevê o instituto integrador.

Como se sabe, “[a] analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei disposição relativa a caso semelhante”²⁶, eis que, conforme o brocardo latino: “ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio”.²⁷

No Código de Processo Civil está previsto, no artigo 330, inciso I, que o juiz antecipará o julgamento da lide “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Não há dúvida que a “ratio legis” do julgamento antecipado é a “observância ao princípio de economia processual”²⁸ e, por conseguinte, ao devido processo legal. Estes princípios subsistem da mesma forma no processo penal.

Além desta regra do Código de Processo Civil, a Lei 8.038/90, que trata de normas procedimentais para alguns processos que têm curso no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, admite expressamente o julgamento antecipado em matéria penal, quando dispõe em seu artigo 6º que “A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento na rejeição da denúncia ou da queixa, *ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas*”(sem grifo no original). É de ver-se que além de tratar-se de norma procedimental, trata-se de procedimento em matéria penal, de modo que mais razão ainda há para utilização analógica do referido dispositivo legal para o procedimento penal comum.²⁹

Assim, inexistindo dispositivo no Código de Processo Penal que regule o julgamento antecipado da lide e uma vez que a razão legal da existência do aludido instituto jurídico – princípio da economia processual – no Código de Processo Civil, bem como na Lei 8.038/90, também está presente, no processo penal comum, nada obsta, antes a lógica autoriza, a que possa o julgamento da lide penal ser antecipado no caso de absolvição do réu.

²⁶ Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 208.

²⁷ Maximiliano, *op. cit.*, p. 209.

²⁸ Theodoro Jr, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 439.

²⁹ Neste sentido, Machado, *Julgamento antecipado em matéria penal*, p. 33.

Acima foi dito que a doutrina majoritária ao entender incabível o julgamento antecipado da lide penal o faz analisando o que dispõe o Código de Processo Penal, sem levantar nenhuma hipótese de inconstitucionalidade referente ao aludido instituto jurídico. Acima também, foram tecidos argumentos para fundamentar a possibilidade da antecipação do julgamento no processo penal, contudo, sempre mediante a possibilidade de absolvição do réu, nunca da condenação.

As alterações expendidas acerca do uso da analogia para justificar o julgamento antecipado da lide em matéria penal poderiam, a uma primeira análise, ser utilizadas também para o caso do magistrado adquirir um convencimento prévio da necessidade de condenação do réu. Todavia, tal entendimento esbarra no princípio constitucional da ampla defesa.

Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes e acusados em geral a ampla defesa e o contraditório. Aquela consistente no dever do Estado em proporcionar ao réu a mais completa forma de defesa possível, quer a defesa exercida pessoalmente por ele, quer a defesa técnica realizada por advogado.³⁰

Se ao acusado é assegurada a ampla defesa, não se pode em seu desfavor antecipar-se o julgamento da lide penal, eis que redundaria necessariamente na supressão de atos processuais nos quais a defesa do réu poderia manifestar-se. A depender de que momento processual houvesse o juiz tido a certeza da condenação poder-se-ia sequer ter-se ensejado ao denunciado a possibilidade de manifestação no processo, a exemplo de que se a convicção em condenar o réu surgisse antes mesmo do interrogatório.

De qualquer sorte, antes do término do procedimento na forma disciplinada pelo Código de Processo Civil é vedado ao juiz antecipar o julgamento da lide para condenar o réu, uma vez que o só fato de obstaculizar a este qualquer das oportunidades nas quais pode exercer a sua defesa estará contrariando o princípio constitucional da ampla defesa.

³⁰ Capez, *Curso de Processo Penal*, p. 20.

4. CONCLUSÃO

Diversas hipóteses poderão ocorrer que, à luz dos argumentos acima exposto, imporão a absolvição do réu antecipadamente. Assim, verificando em qualquer momento processual a ausência de quaisquer das condições da ação, dos pressupostos processuais, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou quando for de fato e de direito não haja mais necessidade de produção de outras provas.

Desse modo, a posição que se afirma é que sempre que o juiz, na análise do processo penal, convença-se liminarmente que o réu deve ser absolvido, há de fazê-lo de pronto, quer os motivos surjam unicamente da análise do direito aplicado ao caso, quer por existirem nos autos provas suficientes para a absolvição.^{31 32}

33

³¹ Salise Monteiro Sanchotene em recente trabalho monográfico admite a antecipação da lide em matéria penal somente quando o juiz se convencer, após o recebimento da denúncia, da ilegitimidade de parte. Sanchotene, *op. cit.*

³² No mesmo sentido de nossa posição se coloca Hugo de Brito Machado. Machado, *op. cit.*

³³ O juiz federal Ricardo César Mandarinó Barretto em recente decisão (processo nº 2001.85.00.3835-8-SPCr. – Classe 07000 – 1ª Vara – Seção Judiciária do Estado de Sergipe) julgou antecipadamente a lide penal argumentado que, *verbis*: “entendo possível a hipótese de julgamento antecipado da lide em procedimentos criminais, quando, em qualquer fase do processo, o juiz convença-se que a hipótese é de absolvição, *seja qual for o fundamento*. (sem grifo no original).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Henri Clay. A possibilidade de concessão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (org.). *Inovações no Processo Civil*. Florianópolis: OAB/SE, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual De Direito Penal: Parte Geral*. v.1. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição Federal. _____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. _____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000. _____. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo. Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 12. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v.1. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MACHADO, Hugo de Brito. Julgamento Antecipado em Matéria Penal. *RJ*. n. 208, p. 33, fev. 1995.
- MIRABETE, Julio Fabrine. *Código de Processo Penal Interpretado*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns Mitos. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, n. 8, p. 06-15, jan./jun. 2000.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica – Como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. *Monografia Jurídica: Orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso*. 2. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SANCHOTENTE, Salise Monteiro. Julgamento antecipado da ação penal: ilegitimidade de partes [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo2.htm>. Arquivo capturado em 12 de março de 2002.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civi*. v.1. 6. Ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

- THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v.1. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989. _____. *Código de Processo Penal Comentado*. V.1. 2. Ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1997. _____. *Código de Processo Penal Comentado*. V.2. 2. Ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1997.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. Ed. Campinas: Bookseler, 2000.

SAÚDE PÚBLICA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Augusto César Leite de Resende ()*

Nos dias atuais, vemos diariamente notícias infelizes do sistema de saúde do Brasil. Os diversos meios jornalísticos apontam como principais problemas do serviço público de saúde, dentre outros, a falta de vagas em Unidade de Terapia Intensiva e de leitos para internamento em hospitais públicos; a falta de medicamentos; o número reduzido de médicos e enfermeiros; a inexistência de equipamentos médicos modernos; a falta de melhor preparo dos agentes de saúde, enfim uma gama de problemas que afeta a prestação dos serviços de saúde pelo Estado.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil. E mais, o art. 5º, *caput*, da *Lex Maxima* garante a todos o direito à vida, bem este que se encontra gravemente comprometido pela doença, a ser resgatado unicamente por uma atitude responsável do Estado.

Cumpre salientar ainda que, a Constituição Federal garante não somente o direito à vida biológica, mas também, e sobretudo, à vida com dignidade. O eminente José Afonso da Silva, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 106, a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana assim ressalta, *ipsis verbis*:

“[...]o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma desinfecção valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de

direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”.

Daí, impõe-se às entidades federativas o dever comum de cuidado da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência e enfermidade, a teor do disposto no art. 23, inciso II, da Constituição Federal:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

Por sua vez, o art. 6º da Carta Política define como direito social a assistência aos desamparados.

Assim, percebe-se, *prima facie*, que é dever e responsabilidade do Estado o fornecimento gratuito de medicamentos e tratamento clínico de qualidade a paciente com doença grave e rara, e sem condições econômicas para a aquisição dos medicamentos e custeio do tratamento terapêutico adequado, de qualidade e eficaz para a enfermidade, *ex vi* do disposto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal.

A propósito, dispõe o art. 196 da Carta Magna, *ipsis litteris*:

“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”.

Entretanto, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios não vêm cumprindo satisfatoriamente o dever imposto pela própria Constituição Federal, não no que se refere à prestação de serviços médicos de qualidade em nossos hospitais públicos, cujo acesso fica restrito a um pequeno grupo com capacidade econômica e financeira para arcar com os custos da Medicina moderna e de primeiro mundo, onde é possível a utilização de novos medicamentos, em sua maioria, importados, e equipamentos modernos de última geração verdadeiramente mais eficazes no diagnóstico e tratamento de enfermidades raras e graves.

O comando constitucional do art. 196 é de natureza evidentemente definidora de direitos e de proteção do interesse geral, de forma que nada obsta o exercício do direito de exigir o atendimento de assistência e proteção indispensáveis à saúde, a exemplo do fornecimento gratuito de medicamentos ou o custeio de tratamento clínico no exterior, pois sem os quais os que deles necessitam fatalmente hão de perecer.

Realmente, a falta de medicamentos ou a recusa ao custeio de tratamento clínico para os enfermos necessitados revela-se em uma omissão abusiva e ilegal do Poder Público, visto que se configura em uma violação aos seus direitos constitucionais como o de ter acesso ao serviço público de saúde de qualidade, impedindo-os, inclusive, de ter uma vida clinicamente estável.

Health better than wealth. “Saúde é melhor que riqueza”, proclama, em estribilho, a sabedoria inglesa. Há 69 anos, o saudoso grande médico sergipano Dr. Augusto César Leite, em discurso, titulado “Brasil, nação organizada, forte e feliz”, pronunciado na Assembléia Nacional Constituinte, na sessão de 12 de abril de 1934, já ressaltava a importância da saúde em nossas vidas, dizendo:

“Ainda quando lhe enriqueça o espírito a melhor cultura e a alma se lhe esteriorize[sic] na pureza dos costumes, na fulgência de virtudes peregrinas, o homem doente clamará angustiado, em meio de tôdas as faturas: - Que me vale um reino se me falta a saúde? Saúde do corpo; saúde da alma; em suma, - higidez e virtude.

Sem elas, não se criam nem progridem as civilizações, juntas, prodígios. São o milagre das nações robustas e vivedouras”.

Desta forma, deve-se dar uma interpretação efetiva ao art. 196, pois sendo norma garantidora do direito à saúde, é, conseqüentemente, definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Ora, o dispositivo constitucional retro mencionado enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme disposto no art. 5º, §1º, da *Lex Maxima*, independentemente assim de qualquer ato legislativo, aguardando-se tão-somente a efetivação pela Administração Pública.

Mais especificamente, enuncia o art. 198 as diretrizes que norteiam a atuação do Estado na efetivação do acesso ao serviço de saúde, dentre as quais destaca-se a contida no inciso II:

“atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

No direito constitucional moderno, as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas pelos operadores do direito e também - por que não? - pelos administradores públicos, de forma a lhes dar a maior efetividade possível, visualizando a Constituição Federal como carta de direitos e de instrumento de sua tutela.

Conferindo efetividade máxima à Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 273834, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, reconheceu o direito à saúde, conforme ementa a seguir transcrita:

“SAÚDE. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS.

**DIREITO À VIDA E À SAÚDE.
FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL
DO PODER PÚBLICO. CF/88, ARTS. 5º,
“CAPUT”, E 196. PRECEDENTES DO STF.**

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria CF/88, art. 196. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar- políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional” (DJ 02/02/2001).

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal ressaltou:

***“A INTERPRETAÇÃO DA NORMA
PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-
LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL
INCONSEQÜENTE. O caráter programático***

da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV-AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (AGRRE 271.286-RS, DJ, 24.11.2000, parágrafo único. 00101, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, STF). (fls. 375/376).

Nesta linha de raciocínio, é o entendimento adotado pelos nossos Tribunais de Justiça, conforme se observa do julgado abaixo transcrito, *in verbis*:

“CAUTELAR SATISFATIVA – DOENÇA GRAVE (EPILEPSIA REFRATÁRIA) – MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL – FALTA DE RECURSOS PRÓPRIOS – FORNECIMENTO GRATUITO

PELO ESTADO – DIREITO A VIDA – É dever e responsabilidade do Estado o fornecimento de medicação a paciente com doença grave e rara, e sem condições econômicas para a aquisição com recursos próprios. Aplicação dos arts. 196, 197 e 227 da CF, e Lei Estadual nº 9.908/93, que regulamentou o art. 196 da carta da república. Apelo improvido, por maioria” (TJRS – AC 598197929 – RS – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Maria Berenice Dias – J. 23.09.1998).

“AGRAVO REGIMENTAL – SAÚDE – Distrofia Muscular de Duchene – Lesão Progressiva das Fibras Musculares – Patologia Incurável – Morte Prematura – Expectativa de Vida em torno de vinte anos – Tratamento em Clínica Especializada nos EUA – Transplante de Células Miooblásticas – Controvérsia Científica quanto aos resultados – Menor Impúbere – Família de Escassos Recursos Materiais – Recusa do Estado em custear o tratamento – Constituição da República (Arts. 227, Caput, 196 e 198) – Carta Estadual (Art. 153) – Estatuto da Criança e do Adolescente (Arts. 4º, Parágrafo Único, D, 7º e 11, § 2º – SUS (Lei nº 8.080/90, Art. 2º) – Recurso Provido – UNÂNIME – Sendo a saúde “direito de todos e dever do Estado” (CF, art. 196; CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A inexistência de previsão

orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o Executivo pode socorrer-se de créditos adicionais. A vida, dom maior, direito natural, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção – prioridade, tratando-se da saúde de uma criança – não tem balizamento caritativo, posto carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando” (TJSC – AgRg-AI 96.012721-6 – C.Fér. – Rel. Des. Xavier Vieira – J. 15.01.1997) (11. 80/458).

“SAÚDE PÚBLICA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS A PORTADORES DO VÍRUS DA AIDS – DIREITO LEGAL E CONSTITUCIONAL QUE INDEPENDE DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA DOS ESTADOS-MEMBROS PARA SUA EXECUÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF E DA LEI 9.313/96 – O direito constitucional à saúde pública, estabelecido no art. 196 da CF, não pode ser considerado como norma programática, que dependa de previsão orçamentária dos Estados-membros para sua execução; assim, cabe ao Poder Público, mormente após a edição da Lei 9.313/96, conceder, gratuitamente, medicamentos, limitados à lista divulgada por órgão oficial, aos portadores do vírus da Aids, impondo-se às administrações estaduais ajustarem suas disponibilidades para o cumprimento de tal previsão legal” (TJRJ –

Ap 1.141/98 – 7ª C. – Rel. Des. Luiz Roldão – J. 05.05.1998) (02.756/333).

“CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – GARANTIA CONSTITUCIONAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS PARA PESSOAS NECESSITADAS, NA FORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 9.908, DE 16 DE JUNHO DE 1.993 – 1. Direito a vida e a saúde ao paciente portador do vírus HIV. Obrigação do estado e do município de fornecer os medicamentos excepcionais de uso freqüente e permanentes. 2. Apelos improvidos. Em reexame, confirmada a sentença” (TJRS – AC 598499275 – RS – 4ª C. Cív. – Rel. Des. Wellington Pacheco Barros – J. 10.02.1999).

Neste mesmo sentido, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa dos julgados abaixo transcritos:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETIVO: RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE RETARDO MENTAL, HEMIATROPIA, EPILEPSIA, TRICOTILOMANIA E TRANSTORNO ORGÂNICO DA PERSONALIDADE. DENEGACÃO DA ORDEM. RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 6º E 196 DA CF). PROVIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I - É direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde,

adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 6º e 196 da CF). II - Em obediência a tais princípios constitucionais, cumpre ao Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa portadora de retardo mental, hemiatrofia, epilepsia, tricotilomania e transtorno orgânico da personalidade” (STJ – Primeira Turma, ROMS 13452/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 07.10.2002).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que

é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativaD omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328D RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11D 05D 99; STJ, REsp nº 249.026D PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26D 06D 2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CFD 88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos

cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente” (ROMS 11183D PR, DJ 04D 09D 2000).

Por fim, registre-se que o dever e a responsabilidade do fornecimento gratuito de medicação e tratamento clínico a pessoa, economicamente hipossuficiente, com doença grave e rara são da União Federal, dos Estado-Membros e dos Municípios conjunta e solidariamente, uma vez que são integrantes do Sistema Único de Saúde, com atribuições e competência reguladas pela Lei 8.080/90.

De fato, o art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei 8.080/90, assim dispõem, *in verbis*:

“Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde”.

Ademais, registre-se que a Lei 8.080/90, em seu artigo 6º, preceitua que o direito à assistência terapêutica e farmacêutica integral está no campo de atuação do Sistema Único de Saúde, *in verbis*:

“Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

Portanto, a inércia do Estado em assegurar eficazmente a todos o acesso a um serviço público de saúde de qualidade revela-se omissão abusiva e ilegal do Poder Público, sanável pela via judicial, pois não possuindo o enfermo condições financeiras para custear tratamento clínico de qualidade, deverá se socorrer do Poder Judiciário, a quem cumpre dar efetividade à Carta Magna, eis que segundo nos ensina o eminente professor Carlos Augusto Alcântara Machado, *in* Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição, 1ª edição, Ed. Atlas, 1999, pág. 43: ***“...tem o Poder Judiciário do Brasil a missão de resgatar a efetividade de nosso constitucionalismo”.***

Aracaju, 10 de novembro de 2003.

(*) Promotor de Justiça de Sergipe

BIBLIOGRAFIA

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara Machado. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

LEITE, Augusto César. *"Brasil, nação organizada, forte e feliz"*. Discurso pronunciado na Assembléia Nacional Constituinte, na sessão de 12 de abril de 1934.

BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

A LEI FEDERAL Nº 10.628/02 E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Carlos Augusto Alcântara Machado ()*

Durante mais de três décadas vigorou no Supremo Tribunal Federal entendimento cristalizado no enunciado da Súmula nº 394, *verbis*:

“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Tal posicionamento possibilitava às autoridades, após a cessação da função anteriormente exercida, a manutenção da prerrogativa de foro, caso o crime tivesse sido praticado no exercício do mandato ou da função pública.

A Súmula editada em 03 de abril de 1964, foi revogada em 25 de agosto de 1999. O Informativo STF nº 159, noticiou o relevante fato:

“Concluído o julgamento de questão de ordem na qual se discute o cancelamento ou a revisão da Súmula 394 do STF (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”) (v. Informativos 149 e 69). O Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula 394 por entender que o art. 102, I, b, da CF - que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do

Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República - não alcança aquelas pessoas que não mais exercem mandato ou cargo. (...). Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394 do STF, é dizer, a decisão tem efeito ex nunc. Em consequência, o Tribunal resolveu a questão de ordem dando pela incompetência originária do STF e determinou a remessa dos autos à justiça de 1º grau competente. Leia em Transcrições a íntegra do voto do Min. Sydney Sanches, relator. Inq 687-SP (QO) e Inq 881-MT (QO), rel. Min. Sydney Sanches; AP 313-DF (QO), AP 315-DF (QO), AP 319-DF (QO) e Inq 656-AC (QO), rel. Min. Moreira Alves, 25.8.99".

Como bem registrado no conteúdo da ementa do acórdão referido no Informativo (Questão de Ordem no Inquérito nº 687-4/SP), a Súmula cancelada foi elaborada a partir de uma interpretação ampliativa das normas da Constituição de 1946 e das Leis nºs. 1.079/50 e 3.258/59. E mais: a tese consubstanciada na Súmula não se refletiu na Constituição de 1988. O atual texto constitucional, ao estabelecer a competência dos tribunais, notadamente a dos tribunais superiores, não contemplou a prerrogativa de foro para ex-autoridades ou ex-mandatários. Concluíram os Ministros do STF que a competência originária dos tribunais tem como objetivo a garantia do exercício do cargo ou do mandato e não proteger quem o exerce ou, o que seria pior, quem deixou de exercê-lo.

Ao final, agregaram mais uma lúcida conclusão: *as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.*

Tratando da matéria e louvando o novo tratamento do tema pelo STF, averbou, com propriedade, o magistrado federal Geraldo

Magela e Silva Meneses: *“estima-se que a recente compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal resultará em celeridade no julgamento dos casos em que estejam envolvidas ex-autoridades. Isso porque a apuração dos fatos dar-se-á no local onde estes ocorreram – e não a partir de Brasília (sede dos Tribunais Superiores) ou das Capitais (onde se localizam os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados) – , sem a necessidade da expedição de cartas de ordem para diligências probatórias. Bem mais ágil procederá o órgão julgador à coleta de provas para embasar a decisão do juízo. Enfim, há uma perspectiva de maior eficácia do processo penal em face da nova interpretação e aplicação da lei”* (Foro por prerrogativa de função: Nova diretriz do STF - Cancelamento da súmula 394), SÍNTESE, outubro/99).

Diante do novo e acertado posicionamento, proporcionou-se a remessa de milhares de processos para a primeira instância do Judiciário, cabendo ao Juízo de primeiro grau, a partir do julgamento da questão de ordem pelo Excelso Pretório – *ex nunc* –, dar prosseguimento aos feitos em curso, mantendo-se válidos os atos praticados.

A alteração da compreensão da matéria, como explicitado, rigorosamente, não se trata de inovação substancial e uma novidade absoluta.

Desde o início do séc. XIX, nos Estados Unidos da América, cristalizou-se o entendimento da taxatividade constitucional das competências originárias dos Tribunais Superiores. Alexandre de Moraes, em erudito estudo (*“Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional”* in www.justica.sp.br/artigo16.htm , acesso em 26 de novembro de 2003), ensina que a Suprema Corte americana firmou o posicionamento em histórica decisão relatada por seu *Chief Justice* John Marshall (1 Cranch 137 – 1803), no conhecido caso *Marbury v. Madison*.

A idéia da taxatividade constitucional das competências originárias dos Tribunais superiores, como averbou o notável constitucionalista do Estado de São Paulo, nasceu com a idéia de supremacia constitucional por meio do controle da constitucionalidade.

E de que trata o caso sempre citado nos manuais de Direito Constitucional, como a origem do controle da constitucionalidade, mas nem sempre explicitado? Vejamos:

No ano de 1801, o Presidente da República dos Estados Unidos da América, John Adams, nomeou Marbury, para o cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia. Como se encontrava no final do mandato, o Presidente da República não logrou empossar o nomeado. Assumiu a Presidência Thomas Jefferson e determinou ao seu Secretário de Estado (Madison) que não desse posse a Marbury. Sentindo-se lesado Marbury ajuizou uma ação na Suprema Corte, requerendo que o Poder Judiciário fizesse cessar a ilegalidade, determinando sua nomeação.

Marbury fundamentou o seu pedido na Lei Judiciária de 1789 que conferia competência ao Poder Judiciário para corrigir ilegalidades eventualmente praticadas por agentes do Poder Executivo.

O Juiz John Marshall, enfrentando a matéria, sem embargo de reconhecer a ilegalidade, concluiu pela impossibilidade de julgar o caso sob apreciação, porquanto não poderia a lei infraconstitucional (Lei Judiciária de 1789) conferir competências ou mesmo ampliar o campo de atuação (competências) da Suprema Corte, delimitado taxativamente pela Constituição. A lei, por conseguinte, padecia do vício de inconstitucionalidade.

Como conclui Alexandre de Moraes, é uma compreensão bicentenária (no direito constitucional norte-americano) e centenária na doutrina e jurisprudência nacionais.

Em 24 de dezembro de 2002, pouco mais de três anos após a histórica decisão da Suprema Corte de Justiça (revisando a Súmula 394), foi promulgada a Lei Federal nº 10.628. Promoveu-se uma alteração no art. 84 Código de Processo Penal, passando o dispositivo a vigorar com a questionável redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente,

prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º. A ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

O novos dispositivos trouxeram importantes consequências ao processo penal e civil, porquanto, considerando o disposto no art. 2º do Código de Processo Penal e no art. 1.211 do Código de Processo Civil, entrarão em vigor de imediato, aplicando-se aos processos pendentes.

Assim, a providência de remessa dos autos para a primeira instância, ocasionada por força do cancelamento da Súmula nº 394, ficará sem efeito, retornando os autos aos tribunais de origem, para o processos penais, caso os ilícitos tenham sido praticados no exercício das funções públicas e sejam decorrentes de atos administrativos. Em se tratando de ação de improbidade, os feitos terão que obedecer ao mesmo procedimento, tornando-se incompetentes os juízos de primeiro grau, nas hipóteses de prerrogativa de foro. De imediato, lamentavelmente, o próprio STF, na seara penal, determinou a aplicação da lei, desde que, em face da sua literal disposição, a imputação fosse "relativa a atos administrativos do agente" (Inq – QO – n. 718-SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Informativo STF nº 308, ed. de 12 a 16 de maio de 2003).

Tenho para mim que as alterações levadas a efeito pela Lei nº 10.628/02 são inconstitucionais.

Partilhando desse entendimento, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a mencionada lei (ADIN nº 2797). Foi negada a liminar em 07 de janeiro de 2003. O Procurador-Geral da República já se manifestou nos autos, pelo reconhecimento, em parte, da inconstitucionalidade.

Assim informa o *site* STF, no acompanhamento processual da ADIN:

RECEBIMENTO DO AUTOS DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, EM 19 DE FEVEREIRO DE 2003, COM PARECER NO SENTIDO DO CONHECIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; E, NO MÉRITO, PELA SUA PROCEDÊNCIA EM PARTE, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 84, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INTRODUZIDO PELA LEI Nº 10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002, BEM COMO DA EXPRESSÃO “OBSERVADO O DISPOSTO DO § 1º”, CONSTANTE DO § 2º, IN FINE, TAMBÉM ACRESCIDO PELA MESMA LEI AO REFERIDO ART. 84, SALVO SE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOVAMENTE REEXAMINAR SUA POSIÇÃO QUANTO AO CANCELAMENTO DA SÚMULA 394, NOS TERMOS DO ITEM 51 ACIMA; E AINDA PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, CONFERINDO INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AO MENCIONADO § 2º, PARA CONSIDERÁ-LO APLICÁVEL APENAS QUANDO SE TRATE DE HIPÓTESES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADORES DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE.

Esse o atual estágio processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade que levou a matéria à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, como já mencionado, a liminar foi negada e a lei impugnada continuará aplicável e em vigor até decisão final.

Indaga-se: Processualmente, nada mais poderá ser feito ? A tramitação dos processos criminais ou daqueles que envolvam improbidade administrativa terá que ocorrer, necessariamente, nos tribunais, mantendo-se a prerrogativa de foro?

Penso que não. Há uma outra solução.

Ninguém desconhece que o controle de constitucionalidade no Brasil segue duas vias ou dois caminhos que não se excluem. Mais do que isto, se completam. É o que se convencionou chamar de controle concentrado e controle difuso. Em relação ao controle concentrado, a matéria encontra-se *sub judice*, com o ajuizamento da ADIN 2797. Resta-nos, ainda, o controle difuso, o incidente de inconstitucionalidade, controle por via de exceção ou defesa, controle de constitucionalidade aberto ou no caso concreto.

O controle de constitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Federal nº 10.628/02 poderá ser suscitado, sempre em casos concretos, nos processos em curso, nas ações que tramitam no Juízo de 1º grau ou que venham a tramitar. Como, via de regra, o titular da ação penal e de eventuais ações de improbidade é o Ministério Público, poderá a instituição guardiã da cidadania arguir o incidente e, caso julgado procedente, manter-se a competência.

Em Sergipe, de forma pioneira, o valoroso Promotor de Justiça Orlando Rochadel Moreira, então membro do Ministério Público do Município de Maruim, fazendo uso de um Recurso em Sentido Estrito nos autos do Processo-Crime nº 153/2001 (Comarca de Maruim), suscitou o controle difuso de inconstitucionalidade, apresentando, com argumentos relevantes, a falta de sintonia do atual texto do Código de Processo Penal com o sistema constitucional vigente (*Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* – Ano XIII – 2003 – nº 18, pp. 137/151). A arguição foi acatada pela Juíza de Direito Dra. Olga Silva Barreto, em 30 de junho de 2003. Do meu conhecimento, foi o primeiro passo no Estado.

Posta a questão, concluo, em síntese, com a indicação de alguns argumentos que, ao meu sentir, podem ser apresentados em desfavor da lei em foco, considerando a sua inconstitucionalidade:

- a) **A prerrogativa de foro:** Ensina Júlio Fabbrini Mirabete, no seu *Código de Processo Penal Interpretado* (Atlas, São Paulo, 2002, pp. 327),

que a competência por prerrogativa de função é uma competência *ratione personae* (em razão da pessoa), ditada pela **função** da pessoa, bem com pela **dignidade do cargo exercido** e não do indivíduo que a merece. Essa foi uma das razões de o Supremo Tribunal Federal ter promovido o cancelamento da Súmula 394. Desinvestido da função pública que exercia, perde a pessoa o foro privilegiado, sendo injustificada a sua manutenção. Por se tornar cidadão comum, em homenagem ao princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Lei das leis, deverá ser processado e julgado, observando as regras de competência comum. Caso contrário, estaríamos diante de uma discriminação irrazoável e despropositada. A prerrogativa é do cargo ou da função. Jamais da pessoa.

- b) As Competências dos Tribunais:** As competências originárias dos Tribunais de superior instância, referidas na Lei fustigada (STF e STJ), como também dos Tribunais Regionais Federais são definidas na Constituição Federal. Os artigos 102, I; 105, I e 108, I, estabelecem, em numero fechado, o campo de atribuição de cada um dos órgãos colegiados, não havendo espaço para atuação do legislador infraconstitucional. Quanto à competência originária dos Tribunais de Justiça, em consonância com o determinado no § 1º do art. 125 da Carta Magna, deverá ser definida nas Constituições de cada Estado-membro. Excepcionalmente, verificamos na Constituição Federal, definição das competências dos Tribunais de Justiça, como é o caso do art. 96, III. Porém, não é a regra. Em face do exposto, é de se concluir: A lei ordinária, não poderá, em nenhuma hipótese, instituir competência originária para os tribunais

antes referidos. A Suprema Corte, enfrentando a matéria, tem se posicionado que *“a competência do STF é de direito restrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos”* (RTJ 159/28). No mesmo sentido, o voto do eminente **Min. Celso de Mello**, Relator do Ag. Rg. na Reclamação nº 1110-1/DF: *“a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República”*. Assim, especificamente em relação às competências por prerrogativa de função, considerando a sua especialidade, não devem ser interpretadas ampliativamente, como já decidiu o STF, em decisão citada anteriormente. Os dispositivos constitucionais colacionados, de superior hierarquia normativa, não se referem – nem sequer sinalizam – à ex-agentes públicos, políticos ou não. É prerrogativa inerente ao exercício do cargo.

- c) **A Improbidade Administrativa:** Há muito restou sedimentado na doutrina e jurisprudência que a ação de improbidade administrativa não tem natureza criminal. O próprio art. 37, § 4º, da Lei Maior preceitua, com clareza solar, que as sanções impostas àqueles que incidirem em improbidade administrativa serão aplicadas, **sem prejuízo da ação penal cabível**. Farto entendimento jurisprudencial e doutrinário corroboram a tese ora esposada. O Superior Tribunal de Justiça,

julgando a Reclamação nº 591/SP, deliberou que o fato de o tribunal ter competência para o processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade de determinadas autoridades públicas, não autoriza a conclusão de enquadramento nessas atribuições do julgamento das mesmas autoridades por atos de improbidade administrativa, considerando sua natureza cível. Na mesma linha, o magistério de **Alexandre de Moraes** (*Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, São Paulo, 2002, pp. 1378/1380), citando, inclusive, diversos julgados também do STF; de **Wallace Paiva Martins Júnior** (*Probidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 289/289) e tantos outros. É tema pacífico. Ademais, considerando a sua natureza particular cível, topograficamente, não poderia a disciplina da matéria (competência) constar de um Código de Processo Penal.

- d) **Precedentes Judiciais:** A polêmica matéria já foi submetida ao crivo dos Tribunais pátrios em controle difuso. O *site Consultor Jurídico*, em edição de 12 de fevereiro de 2003, noticiou que a **9ª Câmara de Direito Público de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** reconheceu que a Lei nº 10.628/02 é inconstitucional. No caso concreto a Câmara, com tal decisão, rejeitou recurso (agravo de instrumento) de Prefeito de Dracena (SP), em Ação Civil Pública por suposto ato de improbidade, que pretendia deslocar a competência para o Tribunal de Justiça. Perfilhando similar entendimento, a decisão do **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, no autos da Ação Civil Pública nº 2003.002338-0. Destaque-se, ainda, acórdão do **Tribunal de**

Justiça do Paraná, através de seu órgão especial, em 04 de abril de 2003, que, ao acolher, no julgamento de um *Habeas Corpus* (Nº 137.187-1), o pronunciamento do Ministério Público estadual, declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/02. Eis a emenda do *decisum*: **“PRERROGATIVA DE FORO – LEI 10.628/02 – EX-AGENTES – INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º GRAU**. Se a Constituição Federal prescreve que ‘a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça’ (art. 125, § 1º), é manifesta a inconstitucionalidade da lei 10.628/02, que concedeu prerrogativa de foro a ex-agentes, ampliando o rol de competência dos tribunais, o que só poderia ser feito pelo poder constituinte derivado, e nunca pelo legislador ordinário”.

O **Tribunal de Justiça de Sergipe**, em duas importantes decisões, no final de dezembro/2003, já deu a sua contribuição. Destaco o julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 07/2003 (Acórdão nº 3911/2003 – Rel. Desa. **Marilza Maynard Salgado de Carvalho**), quando o Tribunal, em sua composição plenária, por unanimidade, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84, do Código de Processo Penal.

De tudo que foi exposto, é de se reconhecer a **inconstitucionalidade formal e material** da Lei Federal Nº 10.628/02, pois em frontal linha de colisão a Carta Magna de 1988.

Registre-se, que , mesmo antes da promulgação da famigerada lei, como bem anota o ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e professor universitário, **Renato Flávio Marcão**, em artigo publicado em Revista Eletrônica, “a

doutrina já vinha se pronunciando sobre o Projeto de Lei n. 6.295/02, que a ela deu origem, e a posição unânime direcionava para a inconstitucionalidade do mesmo, conforme se verifica nos ensinamentos de juristas de escol como **Dalmo de Abreu Dallari** (*Privilégios Antidemocráticos*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 26; **Hugo Nigro Mazzili** (*Privilégio para julgar corruptos*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 32), **Luiz Flávio Gomes** (*Reformas penais : foro por prerrogativa de função*. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 24.12.2002) e **Roberto Delmanto** (*Desaforo privilegiado*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 29)".

Parecia ser matéria pacífica. Não foi. Todavia, ainda é tempo de buscar a correção dos rumos.

Invoco, por fim, o magistério de **Damásio de Jesus**, para, com ele, também afirmar que *"à luz da Constituição Federal de 1988, afigura-se inconstitucional a outorga de foro especial a ex-ocupantes de cargo ou função pública, Violam-se o regime democrático e o princípio da igualdade, pois com a cessação do exercício funcional o agente se equipara ao cidadão comum"* (*Foro por prerrogativa de Função*, Justilex – Ano II – n] 15 – Março de 2203, p. 22).

É de se destacar, no entanto, que a Corte das Cortes de Justiça, já iniciou o julgamento do Inquérito nº 2.010-QO- SP, conforme noticiado no Informativo STF nº 322 (22 a 26.09.2003), de 01 de outubro de 2003, e o Relator Min. Marco Aurélio Melo, no seu voto, manifestou-se pela inconstitucionalidade § 1º do art. 84 do CPP (redação da Lei nº 10.628/02):

Eis o texto anunciado no Informativo:

Verbete 394 da Súmula e Art. 84 do CPP

Iniciado o julgamento de questão de ordem suscitada em inquérito, em que se discute, ante a alteração dada ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei 10.628/2002, se persiste a competência desta Corte para o julgamento de ação penal instaurada contra ex-deputado federal, por crimes supostamente praticados no exercício do mandato ou em razão dele.

O Min. Marco Aurélio, relator, considerando que a orientação firmada pelo STF quando do cancelamento do Verbete 394 da Súmula [Inq 687-SP (RTJ 179/912)] — no sentido de que a competência especial não alcança aqueles que não mais exercem o cargo ou mandato — consubstancia a interpretação constitucional que deve ser dada ao art. 102, I, b e c da CF/88, **proferiu voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, determinando a baixa dos autos à primeira instância.** Após, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence (CPP, art. 84, § 1º: *“A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.”*). Inq 2.010-QO-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 25.9.2003.(INQ-2010).

Recordo que a não concessão da medida liminar pleiteada na ADIN nº 2797 não impede o controle difuso, apesar de posicionamentos divergentes. A própria Suprema Corte, no julgamento da Rcl (QO) 2.063-RJ (05.06.2002), vencida a Ministra Relatora Ellen Gracie, conforme noticiado no Informativo STF nº 271, considerou que a decisão que indefere medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade não tem efeito vinculante.

Aguardemos a decisão final do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 2797 e no Inquérito 2.010, esperando que fulmine a lei vergastada. E enquanto isso não ocorre, encontra-se a nossa disposição o controle difuso para afastar a aplicabilidade da lei.

Avante !

Aracaju, 19 de dezembro de 2003.

(*) Promotor de Justiça de Sergipe, Mestre em Direito Constitucional e Professor de Direito Constitucional da UFS, UNIT, IELF, ESMESE, ESMPESE. Autor do livro *Mandado de Injunção – Um instrumento de efetividade da Constituição* (Ed. Atlas). Palestra proferida no V Encontro do Ministério Público do Estado de Sergipe, em 19 de dezembro de 2003, em Aracaju-SE (Hotel Parque dos Coqueiros).

BREVES NOTAS AOS ASPECTOS CÍVEIS DO ESTATUTO DO IDOSO

*Cecília Nogueira Guimarães Pelella
Ex-Promotora de Justiça do Estado do Piauí
Promotora de Justiça do Estado de Sergipe
Professora Licenciada de Direito Civil do UNICEUMA*

- SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A CIDADANIA DO IDOSO;
3. ROL DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES;
4. COMENTÁRIOS A ALGUNS ASPECTOS CÍVEIS RELEVANTES;
5. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho retrata alguns aspectos cíveis da recente Lei n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso.

Para o seu desenvolvimento, buscou-se refletir a situação fática e jurídica do idoso, catalogar as principais inovações angariadas com o novo estatuto e comentar alguns de seus aspectos, na seara cível, que foram considerados relevantes.

Ressalta-se, neste contexto, a preocupação de organizar cada vez mais o Ministério Público, diante de suas especificidades de atuação, pois sem *discrímen*, esta Instituição Permanente foi conclamada a atuar em toda e qualquer ação em que o idoso for parte.

Dada a ausência de bibliografia, a pesquisa tem por base sítios da *Internet*.

As premissas a serem consideradas não estarão aprofundadas com a essência teórica que as cercam, dispensando maiores explicações sobre a caracterização de institutos já consagrados no mundo jurídico.

2. A CIDADANIA DO IDOSO

No último dia 1º de outubro de 2003, foi sancionado o Estatuto do Idoso, tendo revogado a Lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) sem muitas mudanças de conteúdo, após quase sete anos de debates do PLC n.º 57/2003, de autoria do ex-deputado federal e atual senador Paulo Paim (PT-RS), aprovado por unanimidade em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Classificado como evento midiático pela cobertura jornalística (Primeira Leitura, 2003), a sanção da norma retrata o crescimento da escala da terceira idade (Estadão, 2003) gerado pela melhoria da qualidade de vida, exemplificadamente pelo progresso tecnológico e medicinal.

O retrato desta proteção vem se modificando. Em 1900, a expectativa de vida era de 33,7 anos (JUS NAVEGANDI, 2003). O Brasil contou com 14,5 milhões de idosos, conforme o Censo de 2000 (IBGE, 2003). Atualmente, calcula-se que o Estatuto do Idoso beneficiará cerca de 20 milhões de brasileiros (JORNAL DO CORREIO, 2003).

Visando incrementar políticas públicas em favor dos idosos, Sergipe, conforme se lê do sítio do governo, em 15/12/2003, é o quarto Estado brasileiro a implementar a política social do idoso, tendo sido enviado projeto para aprovação na Assembléia Legislativa. O Estado possui no comando a vice-presidência nacional do Conselho do Idoso.

A questão cultural de desprezo pelos mais velhos, fez necessária a presença da norma consolidada tão reclamada por muitos, como pela Dra. Judith Borba (BORBA, 2003, 1). Foi preciso o impulso da programação televisiva, através da novela *Mulheres Apaixonadas*, para que as pessoas do povo encarassem de forma natural a terceira idade e o Legislativo impulsionasse o tão almejado projeto de lei.

Inclinado a ser um novo paradigma, o idoso se evidencia como sujeito de direitos *autônomos* e reclama maior atenção e respeito por parte da sociedade, principalmente por quem a zela: o Ministério Público.

É necessário visualizarmos o idoso como cidadão, que tem como essência de existir a dignidade da pessoa humana, posto que

constitui fundamento República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceito de *idade*, conforme arts. 1º, II e III e art. 3º, IV, da Carta Magna.

Mais do que isso, a literalidade da Constituição Federal /88, reclama do título VIII, da ordem social, capítulo VII, da família, da criança, do adolescente e do idoso, a proteção singular do mais experiente na vida, através dos artigos 229 e 230, que definem, respectivamente, o dever alimentar recíproco entre pais e filhos, principalmente na velhice, e a responsabilidade de todos para com o bem-estar das pessoas idosas, determinando através de norma programática o desenvolvimento de programa de amparo aos idosos a serem executados preferencialmente no âmbito de sua residência e a garantia da gratuidade dos transportes coletivos urbanos, por meio de norma de eficácia imediata.

Observa-se, ainda, que não se deve associar aos idosos apenas os direitos especiais, pois conforme acima mencionado, estes retratam em primeiríssima mão um sujeito comum de direitos, posto que o começo do envelhecer é do próprio nascimento. Não há visualização de tamanha consciência, normas constitucionais consagradas como imutáveis, *u.g.* art. 5º, XLVIII, que prevêem espaço próprio para o encarceramento conforme a idade para os idosos, com cumprimento de sanção adequada, é como se não existissem.

Assim, é que a evidência do idoso, embora preexistente à publicação da comentada lei em 03 de outubro de 2003, através dos ditames constitucionais e bom-senso dos aplicadores do direito, apenas com o agrupamento dos comandos jurídicos, através de um Estatuto, houve a concentração de esforços pela sociedade, para que a partir de 1º de janeiro de 2004¹ se tenha a máxima eficácia dos direitos comentados.

3. ROL DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Lendo-se o Estatuto do Idoso, percebe-se imediatamente que se trata de uma espécie de *déjàvu* do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Possuindo sete títulos, divididos em disposições preliminares, direitos fundamentais, medidas de proteção, política de atendimento,

acesso à Justiça, crimes e disposições finais e transitórias, possui uma estrutura parecidíssima à Lei n.º 8069/90.

Sem uma quebra do que apregoavam as leis anteriores, sistematiza a proteção do idoso, carreando em seu bojo algumas inovações, tais como a seguir enunciadas.

A) Definição do Idoso

Há definição jurídica do idoso, art. 1º, como sendo aquele igual ou superior a 60 anos. Entretanto, há antinomias aparentes a serem resolvidas como, por exemplo, os arts. 14, §1º,II, *a* e 230, §2º, da CF, que consagram a capacidade eleitoral ativa facultativa para os maiores de setenta anos e o transporte gratuito para o maior de sessenta e cinco anos de idade, resolvidos pelo princípio da hierarquia; e os arts.65, I e 115, do CP, que prevêm circunstância atenuante e causa de redução da pena se o réu contar com mais de setenta anos na data da sentença, solucionados pelo princípio da especialidade.

B) Desconto e Gratuidade nas Atividades e Serviços de Transporte

As pessoas com mais de 60 anos terão direito a receber descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nas atividades culturais, de lazer e esportivas. A gratuidade nos transportes coletivos públicos também é assegurada pelo estatuto. Pessoas com idade entre 60 e 65 anos, dependendo de disposição da legislação local, também poderão ter esses benefícios assegurados.

C) Benefícios

Nas aposentadorias, o relator acatou redação de emenda do Governo que determina o reajuste dos benefícios na mesma data do reajuste do salário mínimo, porém com percentual que deve ser definido em regulamento. O substitutivo aprovado na Comissão Especial tinha redação que vinculava o reajuste ao do mínimo.

Passou de sessenta e sete para sessenta e cinco anos a idade mínima para requerer o salário mínimo estipulado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), tendo-se que interpretar sistematicamente os arts. 14, 34 e 35.

É garantido o benefício no valor de um salário mínimo, desde que a renda per capita de sua família não ultrapasse o teto de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A perda da condição de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade, desde que a pessoa conte com, no mínimo, os cento e oitenta meses de contribuição.

D) Acesso à Justiça

Será dada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos dos atos e diligências judiciais em que façam parte como intervenientes pessoas com mais de 60 anos, art. 71, tendo sido revogada a Lei n.º 10173/2001, que previam as condições da idade de 65 anos e requerimento ao Judiciário.

E) Plano de Saúde

Quanto aos planos de saúde, fica proibida a cobrança de valores maiores para os idosos, art. 15, § 3º, tendo reformularem suas ofertas para pagar a conta.

Assegura-se também a obrigação do poder público de fornecer gratuitamente medicamentos, próteses e outros recursos indispensáveis ao tratamento, habitação ou reabilitação de idosos, art 15, § 2º.

Geraram esses dois pontos, pedidos de veto por parte do Ministro da Saúde Humberto Costa, tendo em vista o aumento de gastos pelos segurados mais jovens e a já previsão da antiga lei de política do idoso sobre a vedação da proibição do aumento de mensalidade para quem tenha mais de sessenta anos de idade e dez anos de plano de saúde (JORNAL DO CORREIO, 2003), não atendidos pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

F) Transporte Coletivo

Em se falando de transporte coletivo intermunicipal e interestadual, duas vagas gratuitas por veículo serão reservadas para idosos com renda igual ou menor do que dois salários mínimos. Quando excedida as reservas, idosos de semelhante renda terão direitos a um desconto de 50 %. (cinquenta por cento), conforme art 39, que já havia sido consagrado pela Lei 10048/2000.

Analogamente, o transporte intermunicipal também está incluso no art. 40. O problema da questão é que não há designação da fonte de custeio.

G) Outros enunciados

Os programas habitacionais deverão dar prioridade aos idosos na compra de moradias. Para efetivar tal benefício, deverão reservar 3% (três por cento) das unidades às pessoas de terceira idade.

Os meios de comunicação deverão reservar espaços ou horários especiais, dedicados a informações educativas sobre o envelhecimento.

Deverão constar nos currículos mínimos, dos diversos níveis de ensino formal, conteúdos relativos ao processo de envelhecimento. O objetivo é a eliminação do preconceito. O poder público deverá incentivar a criação de universidade aberta para as pessoas idosas e a publicação de livros e periódicos com padrão editorial que permita uma melhor leitura.

O Estatuto do Idoso disciplina, também, as obrigações das entidades de assistência ao idoso, governamentais ou não. Entre elas, a de celebrar contrato escrito de prestação do serviço, proporcionar cuidados a saúde, oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, e proceder a estudo social e pessoal de cada caso. Essas entidades ficarão sujeitas à inscrição de seus programas junto ao órgão competente da Vigilância e ao Conselho do Idoso.

Tipifica ou agrava alguns crimes específicos, tendo por base a idade da vítima, ponto este que não será aqui explanado, dado as polêmicas de comparação típica do Estatuto do Idoso e o Código Penal e a aplicabilidade do art. 94, da Lei 10741/2003.

4.COMENTÁRIOS A ALGUNS ASPECTOS CÍVEIS RELEVANTES

Analisando o Estatuto do Idoso, especificamente alguns dos aspectos cíveis, ressaltaram-se algumas dicções, dada a reflexão unitária do Direito.

A) Prioridade do Idoso

O primeiro ponto polêmico é o preceito do art. 3º, pois estabelece a *absoluta prioridade* de todos assegurarem ao idoso a efetivação dos seus direitos, posto que tal assertiva é idêntica ao art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Num conflito de necessidade pública, como num risco de vida, do idoso e da criança e do adolescente, a quem, afinal, dar prioridade? Há quem entenda que o idoso mereça maior respeito dado sua consciência plena da situação em que se encontra. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que o mais jovem tem maior chance de viver mais tempo e proporcionar maiores relações com a sociedade.

B) Direito Personalíssimo

Outro ponto que causa estranheza é a classificação do envelhecimento como direito personalíssimo, art. 8º, pois este é inerente ao curso natural da existência humana.

O art. 11, do CC, classifica os direitos personalíssimos como intransmissíveis e irrenunciáveis, porque eles seriam passíveis de tais condutas, mas são vedadas por lei, como a privação da vida de alguém. Não é isso que ocorre com o envelhecimento. Este é originalmente indisponível, tornando-se inócua a classificação como direito personalíssimo.

C) Obrigação Alimentar

Outro comando curioso é o do art. 12, que determina que a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

A.dicção em comento não está harmônica com a Lei Maior, art. 229, que prevê a reciprocidade da obrigação de sustento, sem integrantes especiais de solidariedade.

Além do mais, a Lei nº 10406/2002, arts. 1694 a 1710 e a Lei 5478/68, vêm preencher o Estatuto do Idoso quando em seu art. 11 diz que os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.

Chegamos ao impasse, os artigos 11 e 12 são antagônicos. Ou se aplica a obrigação conjunta, conformes as leis infraconstitucionais anteriores, obedecendo-se as classes elencadas

no art. 1674, do CC ou se trata de obrigação solidária, podendo o idoso escolher quem acionar, ferindo princípios da isonomia e da reciprocidade.

Concordando com a conclusão de Vitor Kümpel, quando da inclinação pela segunda opção, deve-se ter em mente que os benefícios da solidariedade e da opção de escolha do obrigado, no que se refere a obrigações alimentares, deverão também ser estendidos à criança e ao adolescente, sob pena do novo sistema ferir os comandos dos arts. 227 e 230, da CF (KÜMPEL, 2003:3).

Cabe, ainda, ressaltar que o art. 13, ao estatuir que as transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça, além de repetir o que dispõe a Lei de regência do MP, esqueceu de que a Defensoria Pública também possui tal mister, basta para isso analisar a Lei Complementar 80/94, art. 4º, I, que não pode ser modificada por Lei Ordinária.

D) Estado de Necessidade

Quando o idoso não estiver no domínio de suas faculdades mentais, não estando o mesmo em condições de proceder a opção de tratamento de saúde, sem que haja curador ou familiar conhecido, o médico optará pelo que reputar mais favorável, comunicando o fato ao Ministério Público, conforme por art. 17, parágrafo único, IV.

Em se tratando de risco de vida, a suso mencionada capitulação, no inciso III, ordena a intervenção do médico, se não houver tempo hábil para consultar curador ou familiar. Há mais uma vez conformidade com os ditames do ECA.

Tais comandos se sobrepõem ao art. 15 do CC, pelo princípio da especialidade, que preceitua que ninguém será constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, tornando-se necessária a análise do caso concreto para se subsumir na melhor conduta.

E) Desempate em Concurso Público

Interessante reflexão se faz no art. 27 e seu parágrafo único, que incentiva a não discriminação e limite máximo de idade, inclusive para concursos públicos, salvo quando a natureza do cargo o exigir e determina como critério de desempate a idade, tendo preferência a

mais elevada; ou seja, a prioridade de um concursando sobre o outro é apenas, pela interpretação sistemática da lei, para os maiores de sessenta anos e não entre dois jovens que possuem a diferença mínima de idade.

Como primeiro ponto a ser analisado, tem-se que em nada será alterada a regra de que a aposentadoria é compulsória ao 70 anos e com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; já a voluntária, precisa ter-se cumprido tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, art. 40, §1º, II e III, da CF.

Fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição, não é permitida a prestação de concurso para os maiores de setenta anos, posto que mesmo que se admitissem não conseguirem reunir os requisitos necessários para a aposentadoria, não se pode admitir o fato do homem ter fontes inesgotáveis para o trabalho ou aceitar como ônus do servidor a ausência de um direito para prestar serviços ao Estado.

Desta forma, ainda é necessário ter no máximo 69 anos, pois a partir daí estará o servidor compulsoriamente afastado, pelos ditames constitucionais.

F) Organização Judiciária

A organização judiciária deverá se enquadrar ao novo paradigma de proteção, criando varas especializadas, exclusivas ao idoso, conforme art. 70.

Tal dicção se interliga, diretamente, ao Ministério Público, instituição diretamente responsável pela aplicabilidade do retromencionado Estatuto, tendo suas atribuições esmiuçadas e aumentadas, *u.g.*, atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, art. 24, III e atuar como *custos legis* em todos os processos em que não for parte, art. 75.

Ou seja, quando houver uma demanda, não só difusa ou coletiva, como já consagrado, envolvendo direitos de uma das partes com mais de sessenta anos, embora seja individual, deverá o Ministério Público atuar.

Isto por certo reclamará da estrutura interna, a existência de Curadorias Especializadas no Idoso, como já existentes no Distrito Federal e em São Paulo.

G) Vedação do art.72

Apesar das promessas de aprovação na íntegra, o Presidente da República acabou vetando o art. 72, em que previa a aplicação do rito sumário quando houvesse como parte pessoa idosa. O rito mais célere proporcionaria a prestação jurisdicional em vida para o demandante.

Entretanto, foi considerado inconstitucional tal artigo, por ofensa ao devido processo legal, visto que pelo simples critério da idade do sujeito, critério subjetivo, não seria possível a determinação do procedimento em tela.

H) Conselho Tutelar do Idoso

Foge à regra da semelhança ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a não normatização de forma pormenorizada do Conselho Tutelar de Defesa e o Fundo de Direitos do Idoso.

Para preencher tal lacuna, tendo sido previsto como dever do Poder Público, o Ministério Público Estadual terá mais uma tarefa a conquistar no ano de 2004, a implementação deste Conselho nas Comarcas que exercem suas atribuições, posto que se pode utilizar da analogia *legis* e nos utilizarmos e idênticas regras do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente.

I) Competência Absoluta

O art. 80 define expressamente como o foro do domicílio do idoso como competente absolutamente para jurisdicionalizá-los, com exceção das competências originária e a da Justiça Federal.

A intenção normativa era facilitar o acesso ao Judiciário, entretanto foi criado algo que dificulta a compreensão a primeira vista.

Flávio Yarshell comenta que nem sempre o domicílio do idoso será o valor mais relevante sob a ótica de ordem pública e que nem sempre a imposição do foro do domicílio do idoso será a mais benéfica para ele, citando como exemplo em demandas individuais ou coletivas em que o local do dano será mais relevante pela questão da colheita de provas (art.2º, da 7347/85) ou do caso de litisconsórcio ativo (YARSHELL, 2003:1).

Entretanto, podemos harmonizar essa conjuntura com o da regra semelhantemente aplicada pelos ditames do art. 109, §3º, da

CF, que também é absoluta e que segundo a nova súmula 689, do STF, poderá ser processada tanto no domicílio do segurado, quanto nas varas federais da capital do Estado-membro.

Isto se deve à razão de que a competência absoluta é a favor do idoso, só este podendo dela dispor, tendo sua vinculação legal como efeito principal impedir que a parte contrária alegue exceção de incompetência.

5. CONCLUSÃO

Denominado como *compromisso civilizatório do povo brasileiro* pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, o Estatuto do Idoso (La Insígnia, 2003:1), está impregnado de muitas repetições sistematizadas e algumas novidades.

O Brasil passa a ser expressamente o País do presente e da cidadania multigeracional.

O Ministério Público recebeu o detalhamento da incumbência preexistente: cuidar dos idosos, mas agora não mais de forma difusa, mas também individual, não mais processual, mas também administrativa.

Tendo sido arroladas algumas modificações, por leitura própria da lei, sente-se a necessidade para subsidiar o alargamento desta proteção, a criação da Curadoria do Idoso, para que seja implantada a especificidade que reclama a lei e se possa dar efetividade aos seus comandos.

Sente-se, ainda, que a regulamentação dos conselhos e fundos de direitos do idoso nas três esferas da federação, deve ser meta a ser atingida em 2004, problema a ser enfrentado, pela falta de verba orçamentária para a materialização dos objetivos traçados.

A ação civil pública ainda será o ponto de apoio para atingir as políticas públicas aqui comentadas e garantir o exato cumprimento de seus ditames.

Diante do exposto, emprestando-se das palavras do Promotor do GAEPI, Grupo de Atuação Especial de Proteção ao Idoso, de São Paulo, João Estevam da Silva, tem-se como verdade que *no âmbito civil, o estatuto é um primor*. Mas de nada adiantará tamanha semi-perfeição se não for posta em prática este desafio de toda a

sociedade, inclusive do Poder Público e do Promotor de Justiça, que deverão dar aplicabilidade máxima à Lei n.º 10741/2003.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORBA, Judith Pinheiro Silveira Borba. A importância da promulgação de um estatuto do idoso. In <http://www.conamp.org.br/eventos/teses/tese224.htm>. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Envelhecimento, ética e cidadania*. In www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2389. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- IBGE. In www.ibge.gov.br. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- JORNAL DO CORREIO. In www.jornaldocorreio.com.br/correio/correio_canal.asp?id_not=42741. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. In www.estadao.com.br/2002/04/08/ger012.html. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- GOVERNO DO ESTADO DE SERGIPE, *Notícia*. In www.governo.se.gov.br. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- KÜMPEL, Victor F. *Aspectos Cíveis da Lei n. 10741/2003- Estatuto do Idoso*. In <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- LA INSÍGNIA. Jornal independente iberoamericano. In http://www.lainsignia.org/2003/octubre/ibe_005.htm. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Primeira Leitura. A Coluna*. In <http://conjur.uol.com.br/textos/21993>. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- SILVA, João Estevam da. Folha on line. In <http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u82859.html>. Acesso em 15 de dezembro de 2003.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Competência no Estatuto do Idoso*. In <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2003.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL¹

Julio Cesar Finger
*Mestre em Direito Público pela PUCRS.
Professor de Direito Constitucional na
Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.
Promotor de Justiça em Porto Alegre*

1. Introdução. 2. As etapas de positivação dos direitos fundamentais no constitucionalismo ocidental. Do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2.1. Considerações iniciais: dos direitos estamentais aos direitos universais. 2.2. As gerações de direitos e a evolução do Estado Liberal de Direito (passando pelo Estado Social) ao Estado Democrático de Direito. 3. Conceituando brevemente direitos e garantias constitucionais a partir de sua distinção. Garantias institucionais. Os remédios do art. 5º. 4. A ação civil pública: breve histórico e contornos de uma garantia constitucional fundamental. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

¹ O presente texto é uma versão atualizada e ampliada do trabalho denominado "A ação civil pública como garantia fundamental", publicado na Revista do MPRS 48, 33-48.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo caminha no sentido de evidenciar a condição de garantia constitucional fundamental que ostenta a ação civil pública, instituída na Constituição Democrática de 1988 como função institucional não privativa do Ministério Público (art. 129, III e parágrafo único). A ACP, embora vislumbrada pela literatura de processo constitucional como “ação constitucional”,² ao lado de outros “remédios”, nem sempre é enfocada na manualística de Direito Constitucional como “garantia”, ao lado dos clássicos *writs*.³

Princiando, buscar-se-á caracterizar a *viragem* que representou o reconhecimento e a declaração dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, inicialmente como direitos naturais, inatos e universais, em contraposição aos direitos estamentais existentes no *ancien régime*. Fixar-se-ão, nesse ponto, os principais elementos conceituais do Estado Liberal de Direito e, após, buscar-se-á delimitar os direitos fundamentais, tomando em conta a classificação em “gerações” ou “dimensões”, que têm como critério a sua evolução histórica, posituação e funcionalidade. Esse arco histórico servirá, também, para situar a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social e Democrático de Direito e para delimitar a espécie de direitos que podem ser assegurados pela ACP. Far-se-á, depois, uma breve conceituação de direitos e garantias fundamentais, a partir de sua distinção. Focando, ainda que modo incidental as garantias institucionais, espécie de garantia constitucional, perseguir-se-á, finalmente, a identificação da ACP como uma garantia fundamental constitucional.

² Exemplificativamente, ROSAS, Roberto, *Direito Processual Constitucional*, pp. 90 e ss.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, *Direito Processual Constitucional*, pp. 25 e ss.

³ Assim, por exemplo, MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, pp. 131 e ss.; SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 458-467 e *passim*; FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 131-153. Em sentido contrário, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 250-258. Sem visar a dimensão ora em discussão, mas apenas como “matéria conexa à ação popular na defesa de interesse difusos”, MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, prefácio.

2. AS ETAPAS DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL. DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. Considerações iniciais: dos direitos estamentais aos direitos universais

A sociedade do *ancien régime* era uma complexa rede, onde os direitos, diferentes para os diversos estamentos, eram obtidos através do *status*. O Estado absolutista, sucessor do Estado feudal, malgrado a concentração de poderes enfeixados no soberano, foi herdeiro de parte da estratificação social que imperou no período estamental.⁴ Cada estamento ou ordem possuía uma “lei” própria e o acesso às situações subjetivas passíveis de se exigir ou dever prestações era dado pela condição de pertencer ou não a um determinado grupo estratificado. Ser, portanto, do clero ou da nobreza significava, *v. g.*, estar imune à tributação ou ter acesso aos cargos públicos. A igualdade entre o gênero humano permanecia apenas um ideal baseado no pensamento tomista. Além da desigualdade entre os homens como princípio geral de organização social e jurídica, a única fonte de direito relevante era a vontade do monarca ou as chamadas “leis gerais do reino”, inicialmente creditadas à inspiração divina e, posteriormente, com o jusnaturalismo racionalista, à natureza humana. O rei podia estabelecer regras “gerais e abstratas” dirigidas a somente um

⁴ Jorge Miranda lembra que o “Estado estamental” é uma forma de transição entre o Estado feudal e o Estado absoluto ou Estado de polícia. Lembra a eminente constitucionalista português que tanto o Estado estamental quanto o absoluto não ocorreram em igualdade de tempo e configuração em toda a Europa. A forma mais “evoluída” de tal forma de organização política ocorreu na Inglaterra, onde os estamentos sobreviveram como grupos políticos, ligados à defesa de liberdades, e não somente como estratos sociais (Manual de Direito Constitucional, t. I, pp. 76 e 77). Os conhecidos estamentos na França pré-revolucionária eram os “Três Estados”: o clero, a nobreza e a burguesia (o 3º Estado).

⁵ Também aqui é necessário ressaltar, sem prejuízo da idéia geral, constante do texto, de que no medievo e na modernidade pré-revolucionária existam “direitos estamentais” que protegiam certas ordens (notadamente clero e nobreza) da intervenção do príncipe, conquistados por meio de “acordos”. O exemplo mais lembrado desses direitos “não-universais” são aqueles obtidos por meio da *Magna Charta Libertatum*, de 1215.

estamento,⁵ a todos eles ou ainda regras singulares, já que em sua pessoa era também reunido o poder de julgar. Esta era a situação que antecedeu às declarações de direitos dos séculos XVII e XVIII,⁶ de inspiração jusnaturalista.

John Locke é sempre citado como o primeiro filósofo liberal, ou seja, quem iniciou a pregar a existência de direitos humanos “naturais” oponíveis aos governantes. Essa visão individualista correspondeu a uma lenta evolução, da qual fazem parte, somente para citar as mais notórias, as teses religiosas que pregam a unidade da humanidade ou a igualdade de todos os homens perante a divindade, o jusnaturalismo de Grócio e, finalmente, o iluminismo. Uma metáfora usada por Norberto Bobbio é de rara felicidade para evidenciar o momento em que se passou a reconhecer direitos (humanos) fundamentais ao cidadão. Bobbio lembra que as relações na esfera política podem ser vistas como relações entre governantes e governados, ou seja, quem tem o poder de obrigar e os que estão submetidos a tais decisões. Desde a antiguidade, esta relação sempre foi vista sob o ângulo dos governantes: quem é ou como deve ser um bom governo, como se o exerce ou como se o conquista e conserva e assim por diante. O indivíduo é objeto ou, na melhor das hipóteses, sujeito passivo da relação política. Neste dado momento, que corresponde ao que Bobbio reputou uma *revolução copernicana*, o indivíduo, dotado de direitos naturais, passou a ser titular de direitos, oponíveis ao Estado e governantes, inclusive com direito a resistir ao governo injusto. O sujeito, então, na relação política, passou a ser o homem e não mais o governante. Tal visão corresponde a uma moral individualista da sociedade, em que o homem possui um valor imanente, e não organicista, ou seja, de que a sociedade é um todo e que este todo está acima das partes.⁷ Convém fixar, nesta oportunidade, a maior importância da “Déclaration” de 1789, pela sua transcendência e maior conteúdo democrático, significando, notadamente para o constitucionalismo europeu continental de que somos tributários, a maior contribuição da grande Revolução Burguesa.

⁵ As principais são: o *Bill of Rights*, de 1689; a Declaração do bom Povo da Virgínia, de 1776; e a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789.

⁷ A Era dos Direitos, pp. 56-61.

A derrubada do *ancien régime* e a conseqüente instauração do Estado de direito, ou Estado Liberal de Direito, significa, sociologicamente, o fim da sociedade estamental e o início da sociedade de classes.⁸ Com efeito, o artigo primeiro da Declaração de 26 de agosto de 1789 já dispunha nascerem e permanecerem os homens “livres e iguais” em direitos. A igualdade formal está na base dos direitos naturais garantidos pelo Estado de direito, que teve por objeto extinguir a sociedade baseada no *status*. Os direitos fundamentais, ou como denomina o constitucionalismo francês essa primeira geração de direitos humanos, as liberdades públicas - liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão -, tem como primeiro princípio comum a **universalidade**. Como tal é entendida a idéia segundo a qual todos que fazem parte de uma comunidade política são titulares dos direitos nela consagrados.⁹ O Estado (liberal) de direito, segundo Elías Díaz, tem como características gerais: (i) o império da lei, como expressão da vontade geral; (ii) a divisão de poderes; (iii) a legalidade da administração; e (iv) os direitos e liberdades fundamentais.¹⁰ Essa visão corresponde, certo modo, à idéia que já vicejava seminalmente entre os revolucionários franceses, que fizeram incluir no artigo décimo-sexto da *Déclaration*, a proclamação de que “Uma sociedade na qual a garantia de direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada não possui uma constituição”. Desse modo, o Estado de Direito tem um conteúdo mínimo, do qual fazem parte os direitos, liberdades e garantias e a divisão (horizontal) de poderes.

2.2. As gerações de direitos¹¹ e a evolução do Estado Liberal de Direito (passando pelo Estado Social) ao Estado Democrático de Direito

⁸ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8ª ed., Madrid: Taurus, 1981, p. 27. Classe, como é cediço, é categoria que pressupõe mobilidade, ou seja, o indivíduo pode alterar a sua condição social e aceder a outra classe, o que não ocorre com o estamento, onde o acesso é uma questão de *status*.

⁹ Embora haja conexão entre igualdade e universalidade, são elas noções diversas: a primeira diz respeito ao conteúdo, a segunda, aos destinatários (MIRANDA, Jorge. Manual, T. IV, p. 193).

¹⁰ *Op. cit.*, p. 31.

Nesse tópico, procurar-se-á demonstrar as sucessivas etapas de positivação dos direitos fundamentais,¹² as quais também correspondem a uma evolução do Estado, que, sem perder as suas características primordiais como acentuado acima, com base na lição de Elías Díaz, ajuntou outras funções e notas distintivas.

Os primeiros direitos reconhecidos nas declarações do século XVIII, as *liberdades públicas*, como ficaram conhecidas no pensamento constitucional francês, compunham direitos que asseguravam uma esfera de autonomia individual em face do Estado. Essas liberdades foram o frutificar do pensamento liberal-burguês da época. Por possuírem conteúdo “defensivo” são também apresentados como direitos “negativos”, já que exigem, por parte do Estado, uma postura abstenseísta. Podem ser citados como exemplos, notadamente, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Tais direitos foram, mais tarde, complementados com um leque de liberdades, tais como as liberdades de expressão, imprensa, reunião, etc., bem como direitos de participação política.¹³ Daí porque são também chamados de *direitos civis e políticos* nos documentos internacionais, ou ainda, *direitos de liberdade*. Tais direitos correspondem à primeira fase do constitucionalismo ocidental, a do Estado Liberal de direito, ou simplesmente Estado de direito, e ficaram conhecidos como **direitos fundamentais de primeira geração**.

Fato histórico e social absolutamente determinante de profundas modificações foi a Revolução Industrial. Com ela sobreveio o incremento em níveis inimagináveis do trabalho subordinado e das relações comerciais. A igualdade formal e o individualismo burguês, expresso na Constituições e nos Códigos, evidenciou-se, mais do que nunca, como forma de exploração. Um exemplo elucidativo, no direito privado, é o contrato de trabalho, como nas demais espécies

¹¹ Para a compreensão do processo evolutivo e construtivo dos direitos fundamentais, ver P. BONAVIDES (Curso, pp. 514 a 531), I. W. SARLET (A eficácia dos direitos fundamentais, pp. 41 a 46 e *passim*) e N. BOBBIO (A era dos direitos, *passim*).

¹² Nesse momento, opta-se por adotar, definitivamente, a denominação **direitos fundamentais**, por se entender mais própria para designar os *direitos humanos* quando reconhecidos por uma determinada ordem jurídica estatal, acolhendo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, *in* A eficácia dos direitos fundamentais, p. 31.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 48-49.

de contratos, e, nesse aspecto, o CCB não foi diferente,¹⁴ pressupunha ampla “autonomia de vontade” para o empregador e empregado. Em realidade, os fatos vieram a demonstrar que é rigorosamente vazio afirmar-se que “todos são iguais”, como lembra BOBBIO.¹⁵ O notável mestre peninsular, a propósito da questão, lembra a irônica frase de Orwell: “todos são iguais, porém uns são mais iguais do que outros”.¹⁶ Incorporaram-se às Cartas de Direitos, seja das cartas marxistas, seja no constitucionalismo da social-democracia (que tem como marco mais expressivo a Constituição de Weimar), os chamados **direitos sociais, econômicos e culturais**, ou **direitos de 2ª geração**, ou ainda, simplesmente, em direitos sociais. Assim é que encontraram lugar os direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, *etc.*, que, ao invés de um **não-fazer**, de respeitar uma área de autonomia e auto-regulação privada, os Estados passaram a dever aos cidadãos um **fazer**. No Brasil, esses direitos prestacionais foram incluídos pela primeira vez na Constituição de 1934.¹⁷ Em vez da igualdade formal e da justiça comutativa, a fim de procurar igualar **materialmente** – ou perante os bens da vida - situações que na realidade não ocorriam, o Estado tornou-se devedor de *prestações positivas*. Em vez de liberdade “perante” ou “em face da lei” ou contra o Estado, liberdade “através” ou “por meio da lei” e promovida pelo Estado. Nesse sentido é que os direitos sociais “nasceram abraçados no princípio da igualdade”, como ensina BONAVIDES.¹⁸ Fala-se, portanto, também em direitos

¹⁴ Art. 1.216 e ss..

¹⁵ N. BOBBIO lembra que para a afirmativa ter significação é preciso responder a duas perguntas: (a) igualdade entre quem?; e (b) igualdade em quê? (*Igualdade e liberdade*, pp. 11 e 12).

¹⁶ *Op. cit.*, p. 12.¹⁷ “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” “Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses econômicos do paiz. Par. 1º. A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador: ...”. “Art. 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e estrangeiros domiciliados no paiz, de modo que possibilite efficientes factores da vida moral e econômica da nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciencia da solidariedade humana.”.

“positivos”, ou, ainda, em direitos de igualdade. Na medida dessa positivação de direitos que impunham nova postura estatal, não é difícil divisar que o Estado não se encontra mais na mesma posição “negativa” ou de abstenção relativamente ao indivíduo e à sociedade. Não se faz proteção à relação de emprego, saúde, educação, previdência, sem intervir nas relações jurídico-privadas e econômicas. O Estado que emerge daí é o que ficou conhecido como Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência, ou ainda e simplesmente Estado Social.

Importa lembrar que embora esteja consagrada a expressão “geração de direitos”, há autores que preferem à “geração”, a palavra “dimensão”, por melhor expressar a idéia evolutiva da positivação de tais direitos. “Geração” traz consigo a idéia de superação ou caducidade: uma “nova geração” supera e substitui a “antiga”, ou “anterior” geração. Não é o que ocorre com os direitos fundamentais, em que as “gerações” tem se sucedido, ao contrário de representar uma tal substituição, como uma complementação ou consolidação da geração anterior.¹⁹ Basta atentar que o direito social à saúde, de segunda dimensão, vem assegurar o direito à vida, de primeira dimensão.

A “sociedade de massas” que adveio do segundo pós-guerra, associado ao desenvolvimento tecnológico provocou a erosão dos direitos individuais.²⁰ Como resposta, vem sendo perseguida a positivação de uma terceira dimensão de direitos, que visam proteger não mais a pessoa, individualmente considerada, mas o grupo social. Essa nova geração de direitos tem como nota distintiva das demais a sua titularidade coletiva ou difusa. Daí porque são também chamados de direitos de fraternidade, podendo ser citados como exemplos os direitos ao meio ambiente, à proteção do consumo e à fruição dos bens culturais. Tais direitos ainda se encontram em fase de positivação e reclamam, por vezes, responsabilidades em escala mundial para a sua proteção. Esses direitos, de natureza transindividual, somente passaram a obter o reconhecimento como

¹⁸ Curso, p. 518.

¹⁹ Nesse sentido, Paulo Bonavides, *in* Curso, p. 525; e Ingo Sarlet, *Eficácia*, p. 47.

²⁰ A esse fenômeno Perez Luño denomina “poluição das liberdades”, *apud* Ingo Sarlet, *A eficácia*, p. 51.

direitos fundamentais, a partir da Carta Democrática de 1988.²¹ embora já houvesse o reconhecimento embrionário em face da Lei de Proteção ao Meio Ambiente, (Lei nº 6.938/81) e mesmo em face da possibilidade de tombamento de bens históricos, como direitos ou meros interesses.

Importa mencionar que Paulo Bonavides defende, entre nós, ainda, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, embora se encontre o eminente constitucionalista cearense em posição minoritária.²²

Releva notar que esse processo de positivação dos direitos fundamentais, em especial da primeira para a segunda geração de direitos importou na passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Ademais, a Carta da República, em seu art. 1º, preceituou constituir o Estado brasileiro um “Estado Democrático de Direito”, acolhendo a construção feita pelo constitucionalismo europeu – via Portugal – no sentido de que esta é uma forma de Estado que corresponde uma evolução do Estado Social de Direito. O Estado Social de Direito, por razões que cuja discussão estão além dos limites a que se propôs o presente trabalho, acabou por gerar uma série de deficiências contrárias aos objetivos para os quais foi concebido. Em trabalho clássico sobre o tema, Elías Díaz menciona, entre vários problemas surgidos, a *tecnocracia* e a *despolitização da vida coletiva*.²³ O eminente Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Sevilha, Prof. Antonio-Enrique Perez Luño, também sobre os fenômenos contrários às aspirações do Estado Social de Direito, alude ao *centralismo de Estado*, às *desigualdades sociais e econômicas*, às *sociedades multinacionais*, aos *grandes monopólios* e à *manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação*.²⁴ Buscou-se, a partir de tais constatações, a formulação do Estado Democrático de Direito, o qual, amalgamando o princípio democrático ao Estado Social,

²¹ A CF/88 reconhece a existência de “direitos do consumidor” (arts. 5º, 170, V) ; “direito ao meio ambiente” (art. 225) ou mesmo do direito à fruição de bens históricos e culturais, ou, ainda, de um direito difuso “à legalidade e moralidade na administração” (art. 5º, LXXIII e também art. 215 – bens culturais).

²² *Op. cit.*, 524-526.

²³ *Estado de Derecho y sociedad democrática*, pp. 83 a 109.

propiciasse um enfrentamento às posturas teóricas conservadoras que advogavam uma interpretação fragmentária e programática dos direitos fundamentais, neles incluídos os econômicos, sociais e culturais.²⁵ O Estado Democrático de Direito, portanto, é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais. Para tanto deve estar dotado de instrumental jurídico passível de judicialização de uma gama maior de conflitos gerados pela efetivação daqueles direitos, aos quais se passou a reconhecer eficácia vertical e horizontal. Dessa forma, pode-se falar, com Willis Santiago Guerra Filho, que o Estado Democrático de Direito provoca um “*sensível deslocamento do centro de decisões relevantes do Legislativo e Executivo em relação ao Judiciário*”.²⁶ Nesse mesmo sentido Lênio Streck, ao afirmar que o Estado Democrático de Direito é “*um plus normativo em relação ao (...) Estado Social de Direito*”.²⁷ Mesmo para aqueles que entendem que não existe um Estado “Democrático” de Direito, concordam que o Estado de Direito da segunda metade do século XX, que emergiu da grande guerra, não é o mesmo de antes.²⁸

A presente classificação, que toma em conta, notadamente, o momento da positivação e, portanto, a historicidade dos direitos fundamentais, servirá para delimitar o objeto a ser assegurado pela ACP, como garantia fundamental. Também a caracterização do Estado Democrático de Direito, como *plus* normativo em relação ao Estado Social, justifica a construção de uma tese no sentido da defesa de mais um instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

²⁴ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 229. A tradução é do autor.

²⁵ PEREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 229. É importante lembrar que a construção teórica que o constitucionalismo ocidental veio a conhecer como o Estado Democrático de Direito partiu dos setores mais progressistas dos intérpretes da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e, graças à marcante influência que a *Grundgesetz* veio a exercer sobre a maioria das constituições européias do 2º pós-guerra, tornou-se uma fórmula praticamente unânime nas cartas democráticas a partir de então.

²⁶ Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna, p. 36.

²⁷ Hermenêutica jurídica e(em) crise, p. 37 (grifo constante do original). Há que se concordar com o autor quando diagnostica a ausência da implantação do modo de produção jurídica própria do Estado Democrático de Direito, o que equivale a afirmar que tal Estado ainda não se viu efetivado (ainda) mais sensivelmente entre nós. *Op. cit.*, pp. 31 a 45 e *passim*. Vide, mais, nota 38.

²⁸ Assim, Paulo Bonavides, *in* Curso de Direito Constitucional, p. 362.

3. CONCEITUANDO BREVEMENTE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS A PARTIR DE SUA DISTINÇÃO. GARANTIAS INSTITUCIONAIS. OS “TRADICIONAIS” REMÉDIOS DO ART. 5º

O Título II da Constituição de 1988 consagra o nosso catálogo de direitos fundamentais sob o epíteto “Direitos e Garantias Fundamentais”. Enfim, o que são direitos e garantias? Constituem ambas categorias diversas?

Hodiernamente, foi Paulo Bonavides o autor que melhor tratou do tema entre nós, inclusive fazendo a devida justiça àquele que, também no Brasil, mais se empenhou em extremar os conceitos de direito e garantia.²⁹ Ruy Barbosa afirmava que *Direito* “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos”, ao passo que “*Garantia* ou *segurança* de um direito é o requisito de legalidade que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.³⁰ Ainda segundo Ruy, as disposições que previam os direitos eram meramente *declaratórias*, ao passo que as que previam as garantias, em defesa daqueles direitos, eram *assecuratórias*.³¹

Merece registro a distinção feita pelo constitucionalista luso Jorge Miranda, que parece ter feito a distinção teórica mais acertada entre estas categorias jusfundamentais. Jorge Miranda se vale das liberdades públicas - de primeira geração - para distinguir ambos os conceitos, as quais, segundo ele, evidenciariam as diferenças com maior nitidez:

- As liberdades assentam-se na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade em relação com a pessoa;
- As liberdades são formas de a pessoa agir; as garantias, modos de organização ou de atuação do Estado;

²⁹ Curso, pp. 481-491.

³⁰ *Apud* Paulo Bonavides, Curso, pp. 483-484.

³¹ *Op. cit.*, p. 486.

- As liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado.³²

Com isso, resulta evidente que os direitos caracterizam-se por serem *atributos da pessoa*, titular do direito, ao passo que as garantias são sempre relativas a uma *atividade ou conduta do Estado relativamente à pessoa*.

Embora não seja objeto do presente estudo, que se limita à circunscrever uma garantia constitucional aos moldes como esta vem sendo tradicionalmente entendida no constitucionalismo pátrio, faz-se necessário registrar que há uma categoria de garantias cujo estudo entre nós ainda é incipiente: as *garantias institucionais*. Mais uma vez, merece destaque o magistério de Paulo Bonavides, que abordou com profundidade e ineditismo o tema entre nós. Recupera e atualiza Paulo Bonavides a doutrina germânica da época de Weimar, notadamente o magistério de Carl Schmitt, salientando que as garantias institucionais são para o Estado Social aquilo que as clássicas garantias constitucionais dos direitos de liberdade foram para o Estado Liberal. Segundo Carl Schmitt, a regulação constitucional pode garantir uma especial proteção a certas instituições, de modo a preservá-las da sua erosão pela via legislativa ordinária.³³ Carl Schmitt cita como exemplos dessa espécie de garantias, na Constituição de Weimar, *v.g.*, a proibição de tribunais de exceção, o matrimônio e a liberdade de ciência e de ensino das universidades.³⁴

Para Paulo Bonavides, garantia institucional é a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como certos direitos fundamentais providos de um componente institucionais que o caracteriza.³⁵

Ingo Sarlet cita como autênticas garantias institucionais – inseridas no catálogo do Título II da nossa Carta de 1988 - a garantia

³² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional T. IV, p. 89.

³³ *Teoría de la Constitución*, p. 175.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 176-178.

³⁵ Curso de Direito Constitucional, p. 492.

da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua portuguesa como idioma oficial (art. 13) e os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput*, e par. 1º).³⁶ Fora do catálogo - em juízo possível ante a abertura material do art. 5º, par. 2º -, segundo o mesmo autor, podem ser citadas o sistema de seguridade social (art. 194), a família (art. 226) e (em coro com Carl Schmitt) a autonomia das universidades (art. 207).³⁷

Para Paulo Bonavides, o que nos parece inteiramente adequado, necessário alargar o conceito de garantia constitucional de modo que como ela também se possa entender as garantias institucionais, “formando com ela um conceito único e conjugado”.³⁸

Embora esse alargamento de marcos teóricos nem fosse necessário para encaixar a ACP como garantia constitucional, essa digressão não é despicienda, ao menos para compreender – incidentalmente -, mais adiante, a posição do Ministério Público, principal autor da ação ora em comento.

No que diz respeito propriamente com o tema deste estudo, as “tradicionais” ações ou “remédios” previstos no art. 5º, o clássico *habeas corpus*, de inspiração liberal, o mandado de segurança, a ação popular, e o mandado de injunção e o *habeas data*, instituídos pela Constituição de 1988,³⁹ são reconhecidamente, até em face de sua expressa localização no Título II da Constituição da República, **garantias fundamentais**. O *habeas corpus* garante o direito de liberdade de locomoção; o mandado de segurança, qualquer direito fundamental que não a liberdade de locomoção ou o direito de informação; o mandado de injunção, direitos fundamentais inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania; o *habeas data*, o direito de informação; e a ação popular, os direitos difusos de legalidade na administração e ao meio ambiente e à fruição do patrimônio histórico e cultural.

³⁶ A eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 182.

³⁷ *Op. cit.*, p. 182.

³⁸ Curso, p. 492. Conclui-se, a partir das palavras do mestre cearense, que a o entendimento restrito que as garantias constitucionais ainda padece entre nós radica em um pensamento jurídico mais voltado ao liberalismo individualista do que ao modo de produção jurídica do Estado Social (e Democrático) de Direito (*op. cit.*, p. 493, principalmente).

³⁹ Previstos nos incisos LXVIII, LXIX, LXXIII, LXXI e LXXII, respectivamente.

4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: BREVE HISTÓRICO E CONTORNOS DE UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

A ação civil pública apareceu em nosso direito por meio da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, como instrumento destinado a promover a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Importa lembrar que a lei, em sua versão original, sofreu veto à ementa; ao art. 1º, inciso IV; ao final do art. 4º e ao final do inciso II, do art. 5º, para ver excluída a expressão “qualquer outro interesse difuso”. Segundo constou da mensagem presidencial ao veto,⁴⁰ este se deu “por razões de interesse público”, porquanto a mencionada alusão daria azo à insegurança jurídica, como decorrência de sua “amplíssima e imprecisa abrangência”. Mencionou ainda aquela mensagem presidencial que os interesses difusos mereciam maior reflexão e análise.⁴¹ O veto evidenciou a cautela com que foi acolhida em nosso direito a legitimação e o reconhecimento de direitos que transcendiam a clássica noção de direito subjetivo, cara ao individualismo inerente ao Estado Liberal de Direito.

Todavia, a Constituição Democrática de 1988 veio a consagrar a ação civil pública como “função institucional” do Ministério Público, no art. 129, III, **para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos**, estendendo a possibilidade de ajuizamento da mencionada ação para aquelas situações que o veto de 1985 retirara. Após, o art. 110 da Lei nº 8.078/90 (CDC) veio a incluir, no inciso IV do art. 1º, a expressão “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, positivando o que veto original extirpara e adequando o diploma legal à previsão

⁴⁰ Mensagem nº 359, de 24 de julho de 1985.

⁴¹ Em prefácio à obra Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, José Sarney, o Presidente da República que sancionou o mencionado diploma legal, revelou que “Tive a fortuna de sancionar a nova lei, contrariando muitas pressões de pessoas, que viam nela uma espécie de apocalipse do direito de propriedade das riquezas minerais não submetidas ao domínio da União” (p. 18). Não pode ser olvidado, também, que os “direitos difusos” eram fruto de uma construção doutrinária que ainda encontrava contornos não muito precisos, suficientes para desencorajar uma comunidade jurídica afeita a uma “modernidade tardia”, ainda em voga.

constitucional, embora tanto nem se fizesse necessário face à supremacia constitucional. Vale registrar que, antes da Lei nº 7.347/85, a Lei nº 6.938/81, no art. 14, par. 1º, já contemplava a legitimidade do Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente. Embora a Lei da Ação Civil Pública, como ficou conhecida, fosse um diploma precipuamente processual, é inegável que somente através dela é que houve o efetivo reconhecimento pela comunidade jurídica da existência dos direitos ao meio ambiente, à proteção do consumo, ao gozo e fruição de bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, embora o primeiro já houvesse sido positivado na Lei nº 6.938/81.⁴²

Como se vê, diante da positivação constitucional, como instrumento judicial de defesa de interesses sociais e do patrimônio público e de direitos e interesses difusos e coletivos, seja como função institucional do Ministério Público, seja como ação de legitimação extensível a outras entidades, conforme previsão na própria Lei Fundamental (art. 129, III e parágrafo único), resulta indubitoso que a ação civil pública destina-se a assegurar o gozo de direitos fundamentais, de segunda e de terceira dimensões. Assim, **enquadra-se a ação civil pública no conceito de garantia fundamental**, tal qual foi explicitado linhas acima. É curioso que tal perspectiva tenha passado despercebida por importante parcela dos autores que se debruçaram sobre o tema,⁴³ embora essa situação venha sendo gradativamente afastada.⁴⁴

⁴² É preciso mencionar que já havia um estudo pioneiro de Barbosa Moreira, de 1977, advogando a possibilidade de ajuizamento de ação popular para a defesa de alguns direitos difusos (Ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos *in* "Temas de Direito Processual", pp. 110 e ss.), embora não tivesse o seminal trabalho encontrado acolhida entre os "operadores jurídicos". Com isso, e com a previsão legal do tombamento, para a defesa de bens históricos, culturais, estéticos e paisagísticos, pode-se afirmar a existência, mesmo anterior à LACP, de interesses (e alguns direitos) difusos ou coletivos, malgrado a legitimação e o acesso à justiça encontrassem sérias limitações.

⁴³ Na obra Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, coordenada por Édis Milaré, *u. g.*, apenas um dos textos, de autoria de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, menciona que a ACP destina-se à defesa de *direitos constitucionais*, embora não os enquadre como *direitos fundamentais*. O autor efetua uma construção de modo a configurar o direito à vida digna, a proibição de preconceito, a proteção à saúde,

Não prejudica a qualificação da ACP como garantia fundamental a legitimação restrita ao Ministério Público e a entes da administração direta e indireta e associações,⁴⁵ estas últimas estipuladas na Lei nº 7.347/85. Não é por não estar disponível ao cidadão, tal qual estão *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular que a ACP deixará de ser uma ação destinada à proteção dos *direitos fundamentais coletivos e difusos*. Uma ação civil pública, tendo por objeto a invalidação de um ato atentatório à legalidade ou moralidade administrativa, nada mais é do que uma ação popular em que figura no polo ativo o Ministério Público.⁴⁶ Por outro lado, a ação popular, embora titulada por qualquer cidadão, visa a um “*conteúdo transindividual, uma vez que os benefícios produzidos e/ou prejuízos*

higiene e segurança do trabalho, o direito à educação, o direito à saúde, o direito ao meio ambiente, o direito à proteção do consumidor, à proteção à família ao adolescente e ao idoso, o direito à informação como direitos difusos, à luz da definição legal que dá o art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.078/90 (*Interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*). Uma tal meritória construção destina-se, segundo o pensamento do mencionado autor, a possibilitar o ajuizamento de ACPs com o objetivo da defesa de tais direitos. De qualquer modo, para os objetivos deste estudo, tais “direitos difusos”, em nosso pensar, são direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, previstos nos arts. 5º, *caput*, XIV, XXXII, 6º, 7º, XXII, 170, V, 196, 220 e 225, todos da CF. Essa também é a posição de Ingo Sarlet, que vê nesses e em outros dispositivos direitos fundamentais “fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal” (A eficácia, pp. 121-124). O mesmo Celso Fiorillo, em artigo intitulado “Tutela do Meio Ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais do Direito Ambiental” in Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos, refere-se ao meio ambiente, tal como positivado no art. 225 da CF, como o “bem ambiental” (pp. 102 e 103 e *passim*).

⁴⁴ Assim, por exemplo, José Luis Bolzan de Moraes, que vislumbra “a proximidade entre os direitos transindividuais e os direitos de terceira geração”, consignando a ACP como *remédio jurídico* para a sua defesa, ao lado da ação popular (Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 167, 169-180 e 196-200). No mesmo sentido, o trabalho de Andreas Krell, intitulado *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, em que o autor expressamente alude que a ACP vem sendo utilizada na defesa de direitos fundamentais de segunda e terceira geração (pp. 103-106).

⁴⁵ O art. 5º da Lei nº 7.347/85 prevê legitimidade ativa ao Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações que tenham sido constituídas a pelo menos um ano e que tenham o direito ou interesse perseguido na ação entre as suas finalidades institucionais.

⁴⁶ Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover, Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência, in “Ação Civil Pública: Lei nº 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação”, pp. 23-27.

*evitados não serão incorporados ao patrimônio do litigante com exclusividade, mas comporão com que um patrimônio comum solidariamente titularizado e usufruído pela sociedade como um todo indistinto.”.*⁴⁷ Logo, tanto a ação popular como a ação civil pública destinam-se a assegurar a mesma espécie de interesses ou direitos, diferindo-se, ambas, somente no que se refere à extensão dos direitos que podem ser protegidos, à legitimação ativa e ao processo, mas não quanto à natureza da pretensão de direito material.

Ademais, não infirma a tese que se vem defendendo a condição de ser a ACP destinada em nível constitucional e infraconstitucional à defesa não só de **direitos** mas também de **interesses**. A distinção entre interesse e direito é controversa entre os estudiosos, sendo mais corrente aquela que prega a justiciabilidade pelo titular a nota distintiva para a caracterização de uma posição jurídico-subjetiva como “direito” ou “direito subjetivo”. Assim disposto, o **interesse** seria um *minus* relativamente ao **direito**. Não é por se permitir o ajuizamento dessa espécie de ação também em situações onde o possível “ofendido” ou “titular do interesse” não teria legitimação segundo a teoria individualista acolhida no Estatuto Processual Civil que se vai descaracterizar a ACP como garantia fundamental, uma vez que a positivação da ACP na Constituição e legislação ordinária veio precisamente consagrar essa possibilidade. Podendo as garantias fundamentais elencadas no rol do art. 5º da Lei Fundamental de regra efetivar **direitos**, não se tem porque reputar como fora dessa categoria um remédio que persegue efetivar **direitos** mas também **interesses**. Segundo essa lógica, a ACP seria um *plus* relativamente às demais ações constitucionais, reconhecidamente garantias fundamentais. Ainda caberia lembrar que a ação popular também visa a garantia de interesses difusos, como se anotou *infra*, e nem por isso se discute a sua condição de direito fundamental. Por fim, justiciável o **interesse** via ACP, não há sentido em extremar os conceitos.

Por tudo o quanto se assinalou, parece-nos não haver maiores dificuldades em identificar a positivação da ACP como decorrência

⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 196.

dos mesmos princípios fundantes que levaram à positivação constitucional dos demais *remédios* previstos no art. 5º, antes lembrados. Ademais, vem em socorro de tal entendimento, ainda, a **abertura material**⁴⁸ do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, par. 2º), que expressamente prevê a possibilidade da existência de direitos e garantias fundamentais decorrentes dos regime e dos princípios adotados pela Constituição ou tratados internacionais adotados pelo Brasil, embora não constantes expressamente do Título II da Constituição Federal. O enquadramento de um determinado direito ou garantia, fora do catálogo, como fundamental, conforme leciona Ingo Sarlet, passa pela análise da “fundamentalidade” material e formal.⁴⁹ O conceito material de direito fundamental toma em conta os critérios da substância (ou conteúdo) e da relevância (ou importância), e o formal, a sua positivação na Lei Fundamental. Quanto ao conteúdo, o critério parece preenchido, em face do que foi linhas acima demonstrado, relativamente ao objeto e finalidade da ACP como tendo caráter assecuratório relativamente aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Tomando em conta que a ACP foi positivada como atribuição de uma instituição essencial para a função jurisdicional do Estado (art. 127, *caput*) e que destinasse à proteção de uma gama de direitos que, não fosse ela, não encontrariam um remédio adequado à sua efetivação em tutela coletiva, não há como negar, destarte, também a relevância da ACP no contexto constitucional.⁵⁰ A fundamentalidade formal, ou positivação na Constituição, obviamente, também se encontra atendida pelo art. 129, inciso III, da CF.

⁴⁸ Sobre abertura material do catálogo de direitos fundamentais, entre nós, por todos, ver Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 78-137.

⁴⁹ O autor mencionado considera, entretanto, possível considerar-se direitos fundamentais aqueles provenientes de tratados internacionais, mesmo que a recepção destes não se dê como norma de hierarquia constitucional, sem, portanto, “fundamentalidade formal” (*op. cit.*, pp. 130-133).

⁵⁰ É preciso ser mencionado que a ação popular tem expressa limitação dos direitos difusos e coletivos que podem ser por ela protegidos. Ademais, o Estado Democrático de Direito, como já se mencionou *supra*, não se efetiva sem a possibilidade de judicialização de conflitos envolvendo os direitos fundamentais. Assim, se o instrumento contribui para o acesso a justiça, deve ser tido como concretização do Estado Democrático de Direito.

Ainda que de modo incidental, recuperando a conceituação antes trazida de garantia institucional, bem como constatada a posição do Ministério Público como legitimado à ACP, conclui-se, a partir daí, que o *Parquet* é uma garantia institucional. Basta se atentar que o Ministério Público é uma instituição de perfil constitucional destinada à garantia de direitos fundamentais.⁵¹

5. CONCLUSÃO

É permitido concluir, pelas razões sinteticamente elencadas a seguir, que a ação civil pública é uma garantia, um remédio constitucional destinado à defesa de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. (i) Não difere a ACP da ação popular, senão pela condição de que a primeira é uma ação constitucional a ser movida pelo Ministério Público ou por entes da administração pública ou ainda por associações; por ter, também a primeira, um espectro de abrangência maior, quanto aos direitos a proteger; e por seguirem ambas ritos processuais parcialmente diversos. (ii) Além disso, a ACP tem estrutura, conteúdo e função de garantia fundamental, bem como vem positivada na Lei Fundamental, não lhe faltando fundamentalidade material e formal, o que a põe ao abrigo da normatividade do disposto no art. 5º, § 2º, que prevê a abertura material do catálogo de direitos fundamentais.

Finalizando, essas breves reflexões tem por pré-compreensão uma “constitucionalidade material”, estando, ao nosso ver, mais próxima de uma visão da Constituição como uma “ordem de valores da comunidade”. Não despreza, de qualquer sorte, uma visão sistemática aberta do direito, em que tanto princípios quanto regras são dotados de normatividade. De qualquer modo, pretende caminhar para além do positivismo legalista, ainda muito em voga mesmo no Direito Constitucional, malgrado sua óbvia inadequação. Além disso, foi nosso desiderato participar, ainda que na mínima

⁵¹ Vale lembrar também que o Ministério Público, como autor privativo da ação penal, também é garante da efetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido, Streck & Feldens, *In Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, pp. 47-50. Sobre o Ministério Público como garantia institucional, Eduardo Ritt, *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*, pp. 153-186.

medida, de um processo de “construção” de uma dogmática de base jusfundamental que contribua para a implementação do Estado Democrático de Direito, sempre tendo em conta, com Celso Lafer, interlocutor de Hanna Arendt, que os direitos fundamentais **não são *physis*: não são um dado, mas um construído.**⁵²

⁵² A Reconstrução dos Direitos Humanos, p. 150.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, in "Temas de Direito Processual", São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 110 e ss.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8ª ed., Madrid: Taurus, 1981.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos*. In MILARÉ, Édís (org.), "Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 163-192.
-
- _____. *Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais do Direito Ambiental*. In MILARÉ, Édís (org.), "Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos", São Paulo: RT, 2001, pp. 101-112.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*. In MILARÉ, Édís (org.), "Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 23-27.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, José Luis Bolzan. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1999.
- RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala, Madri: Alianza Editorial, 1996.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lênio Luiz & FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSE DE ESTADO DE FILHO - POSSIBILIDADE JURÍDICA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Maria Lillian Mendes Carvalho
Promotora de Justiça*

“Enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo”.

1. INTRODUÇÃO

Os operadores do direito, freqüentemente, se deparam com situações fáticas, onde pessoas estabelecem vínculos de filiação, sem regularização jurídica da situação, e, quando ocorrem eventos fatídicos, morte ou incapacidade de uma das partes, situações injustas são estabelecidas, com prejuízo para as partes envolvidas emocionalmente por laços de afetividade, que conviveram como se pais e filhos fossem.

A construção de laços afetivos com a família de fato, afasta do filho abandonado pelos protagonistas biológicos, o sentimento de rejeição, de culpa, desamor, que se instalam na criança e adolescente, cujos danos, certamente, acaso não seja suprida a afetividade por pais substitutos, serão irreparáveis.

Psicologicamente, a criança abandonada, sente-se culpada pelo abandono, acreditando que o desamor dos pais decorre dela próprio. A rejeição vivida causa prejuízos de ordem emocional, destruindo valores, e o sentimento de desamor tende a acompanhar a pessoa abandonada por toda a vida.

A posse de estado de filho gera efeitos jurídicos entre os envolvidos, os quais precisam ser reconhecidos através de ação própria, mesmo não existindo vínculo biológico ou jurídico (adoção) entre o filho de criação e os pais de fato, que o criaram por mera opção de vida, dedicando ao filho todo o amor e carinho que um ser humano precisa para se sentir gente e inserido num contexto familiar, pois não existe situação mais triste do que a pobreza de afeto, e, neste aspecto, aquele que está na posse de estado filho, encontra nos pais do coração, a ternura, o carinho, o amor, educação, enfim o cuidado de pais para filho, formando “... **uma família, cujo único vínculo jurídico é o afeto...**”, que supriu no filho, que não foi assumido pela família biológica, todas as suas necessidades materiais e emocionais.

Filho precisa de colo, carinho, afeto, limites, ou seja: **FAMÍLIA**; tendo a psicoterapeuta familiar Leticia Felipim, concluído que “**é essencial para a saúde mental e orgânica do indivíduo o calor, a intimidade e a relação constante com a mãe ou sua substituta**”.

Foi com o entendimento de que o direito deve ser aplicado atrelado ao princípio da dignidade humana, e acima de tudo com justiça, pois não podemos apagar a história de vida das pessoas, quando no dia a dia do exercício funcional das atividades de curadora da infância e da adolescência, ao nos depararmos com situação fática, onde uma mãe de fato, substituta da mãe biológica, após criar por longos anos uma criança de terna idade, abandonada pela genitora, estando o filho já na fase da adolescência, sendo criado, educado e amado pela mãe afetiva, esta, não tendo regularizado juridicamente

a relação socioafetiva estabelecida, foi acometida de incapacidade mental, buscamos solucionar juridicamente a situação posta.

Assim, após pesquisas doutrinárias e idéias colhidas no último Congresso Nacional de Direito de Família, ocorrido em setembro próximo na Cidade de Belo Horizonte, instauramos procedimento administrativo, com o fim investigativo, para oitiva das partes envolvidas, inclusive testemunhas, o que foi fundamental para a formação do convencimento, resultando no ajuizando de **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA**, para reconhecimento da posse de estado de filho que aquele adolescente encontrava-se em relação a sua mãe de fato, estabelecida através do afeto, objetivando tutelar os interesses daquele, abandonado e sem representante legal, uma vez que a mãe biológica encontrava-se lugar incerto e não sabido, tendo desaparecido há mais de 10 (dez) anos.

O convencimento para o ajuizamento da ação resultou da visível relação afetiva, de mãe para filho e de filho para mãe, numa reciprocidade fraternal, solidária, atrelada à declaração do adolescente, em procedimento administrativo instaurado, como já dito, quando afirmou que: **“Está na companhia da interditanda desde pequeno porque foi abandonado pela mãe biológica e a interditanda passou a criá-lo, não tem parentesco com a interditanda. Foi criado pela interditanda como filho natural. Desconhece qualquer parentesco biológico”**. E mais: **“... que há dez anos, aproximadamente, vive na companhia de Dona Valdeci, pois sua mãe biológica foi embora sem qualquer explicação. Que Dona Valdeci é sua verdadeira mãe, pois lhe criou, dando toda atenção, com carinho e responsabilidade, pelo que nutre pela mesma um amor de filho, sendo bastante apegado a esta. Que se sua mãe biológica chegasse hoje e lhe pedisse para acompanhá-la, não deixaria Dona Valdeci em hipótese alguma, pois é muito apegado a ela. Que gostaria de ter o nome de dona Valdeci em seu registro, pois ela é sua verdadeira mãe....”**.

Diante de tais circunstâncias, estando evidente a relação parental sócioafetiva existente entre o menor e a mãe de fato, o Ministério Público, atendendo as novas tendências do Direito de

Família, corroboradas pela proteção constitucional que recebeu os filhos na Carta Mãe, quando o afeto passou a ser reconhecido como fato gerador de relação jurídica, decidiu adentrar com a ação judicial, objetivando tutelar os interesses do adolescente, bem como da verdadeira mãe daquele, pois assim como o menor precisa ter sua situação regularizada, com a colocação em família substituta, uma vez que foi abandonado pela mãe biológica, aquele ao ser reconhecido como filho de Dona Valdeci, será para esta, futuramente, o seu responsável na condição de filho.

2. MATERNIDADE E PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURÍDICA

O Direito de Família vem descobrindo novos caminhos, buscando como paradigma a relação socioafetiva, tema que vem sendo discutido pela doutrina e já recebeu reconhecimento jurisprudencial, e, apesar das divergências, ninguém pode negar que o afeto é o pilar básico das relações familiares, principalmente no aspecto da filiação, como bem avaliou o Tribunal do Rio Grande do Sul, de vanguarda nestas questões, na decisão AI 599296 654 – 7ª C. Cível – Rel. Luis Felipe Brasil Santos – Unânime – J. 19.08.1999, senão vejamos:

“Utilizam as expressões *filiação sócio-afetiva* (com acento e hífen) e *socioafetiva* (sem acento e sem hífen) para designar a filiação que não biológica, mas, sim, afetiva. Gramaticalmente, o termo correto é sócio-afetiva (com acento e hífen). Contudo, entendo que a interpretação sincrônica recomenda o uso do termo *filiação socioafetiva* (sem acento e sem hífen) por várias razões: a primeira, o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado à idéia de cisão cartesiana; a segunda, *socioafetiva* dá a entender unidade de filiação, isto é, igualdade entre filhos biológicos e sociológicos, cujo pensamento está-se enraizando no plenário jurídico e social não só brasileiro, mas em vários países; a terceira, *socioafetivo* denota a existência de *um pai*, e não *o pai* (biológico), já que, para a filiação, modernamente,

não importa tanto a biologia, mas, sim, a afetividade; a quarta, a grafia *socioafetiva* dá a idéia de sagrado, que pertence ao espírito, que não pertence apenas à perflilhação biológica, a qual, aliás, também deve ser afetiva; a quinta, ao aplicar a grafia *socioafetiva* estar-se-á aplicando uma interpretação originária do contexto social; a sexta, a convenção da gramática, no caso do termo *sócio-afetivo*, causa cisão do social, do espírito, da alma, do sacro, pelo que, para manter a unidade da perflilhação biológica e sociológica, que reclama o tratamento de *pai*, sem discriminação entre biológico ou sociológico, deve ser empregada apenas a expressão *filiação socioafetiva*”.

Os pais biológicos ausentes têm o seu lugar ocupado pelos pais de fato, presentes, afetivos, que, verdadeiramente, cumpriram o papel no lugar daqueles que, apesar de no mínimo terem o dever legal, se omitiram da sua obrigação paterno-maternal.

A maternidade e paternidade sociológica, ou também chamada adoção de fato de filho de criação, decorrente da relação estabelecida entre filhos e pais pelo afeto, “**cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes**”, possui fundamento no nosso ordenamento jurídico, baseado em princípios constitucionais, estabelecidos nos artigos 1º, III, 227 da CF, bem como em razão da doutrina da integral proteção, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente nos art. 4º e 6º, onde o melhor interesse da criança e adolescente deverão ser observados, sem esquecer que a paternidade sócioafetiva, através da posse de estado de filho, recebeu respaldo no novo Código Civil, através dos arts. 1593, 1596, 1597, V, 1626, 1628, sinalizando com a construção de laços de parentalidade baseados no compromisso assumido e no afeto, que deve prevalecer sobre a biológica, levando-se em consideração a convivência, as relações construídas dia a dia, a história de vida das pessoas envolvidas, enfim a identificação do estado de filiação, que deve ser entendido como verdade real no Direito de Família, pois na aplicação da lei, nos termos do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a Autoridade Julgadora deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum.

O fundamento maior da questão tratada:
RECONHECIMENTO DO AFETO COMO GERADOR DE EFEITOS

JURÍDICO, é a Constituição Federal, quando ao tratar de filiação no art. 227, § 6º, estabeleceu de maneira incisiva que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, atrelado ao princípio da paternidade responsável, previsto constitucionalmente no art. 226, § 7º, e ao da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, III, da CF, referido também no parágrafo mencionado, que deve nortear todo o ordenamento jurídico vigente, sendo o princípio mais importante a ser observado, por ser um valor inerente a natureza humana, de caráter espiritual e moral.

Sabidamente, a Constituição Federal, tratou a família como base da sociedade, garantindo-lhe a especial proteção do Estado, fundamentando tal entidade na paternidade responsável e na dignidade humana, aspectos todos estes incidentes na relação socioafetiva, decorrente da posse de estado de filho, que foi assumido com compromisso e responsabilidade pelos pais de fato.

Como não poderia ser diferente, a Lei n. 10.406/02, que instituiu o chamado novo Código Civil, apesar do atraso, e do não registro expresso, já reconheceu o afeto e o compromisso assumido, por meio dos artigos citados, como elementos inerentes a relações familiares, sejam jurídicas ou de fato.

Neste Liame, é possível a pretensão jurídica de que o filho tenha reconhecida a maternidade e/ou paternidade sócioafetiva de seus verdadeiros pais, em detrimento da origem biológica, pois **“não são os laços bioquímicos que indicam a figura dos pais, mas o cordão umbilical do amor”**, cuja causa de pedir da ação é a posse de estado de filho, estabelecida pelo afeto, que possui respaldo no ordenamento jurídico vigente, através dos dispositivos elencados, mesmo que de forma implícita.

O direito à filiação recebeu proteção especial, principalmente a afetiva, que visa à proteção dos filhos, havidos do casamento ou não, ou de outras situações, quando a Constituição Federal e o novo Código Civil reconheceram a igualdade de filiação, que estar intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, pois as questões de estado das pessoas, pelo interesse público decorrente, não interessam apenas ao indivíduo, mas ao Estado, diante do reflexo

social que possui. Assim, a “... proteção da dignidade da pessoa humana e a garantia da segurança das relações jurídicas prometidas pelo Estado de Direito Democrático é que orientam a aplicação do Direito e da Jurisprudência”.

A família deve existir para o desenvolvimento pessoal e garantia da felicidade dos seus membros, tendo o afeto, a solidariedade, o amor, enfim o aspecto emocional do indivíduo, recebido tratamento constitucional, o que levou a doutrina a reconhecer como relevante a família eudemonista que significa “...doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento das condutas humanas morais, i.e., que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade”.

Antes da Carta Política de 1988, a família, apesar da diversidade de relações decorrentes, era formada por pais e filhos legítimos, o que gerava uma série de preconceitos, discriminações e injustiças; situação resgatada pelo comando constitucional, pois como bem disse o Prof. Gustavo Tepedino, independente da origem da filiação, a família deve voltar-se para a “realização espiritual e desenvolvimento da personalidade dos seus membros”.

E na jurisprudência já existem decisões reconhecendo a filiação socioafetiva baseados em preceitos constitucionais, senão vejamos:

“A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei n.º 8.069/90 (especialmente nos art. 4º e 6º), ser possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela ‘posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação’”. (TJRS – AI 599 296 654 – 7ª C. Cível – Rel. Luiz F. Brasil Santos – Unânime - J. 18.08.1999). Grifamos.

O reconhecimento da paternidade e/ou maternidade afetiva deverá ser analisado em cada caso, para verificação do estabelecimento da relação de filiação, mediante provas concretas dos vínculos, da vontade e do amor, sem imposições, com base em valores altruístas, sem interesses escusos. A relação socioafetiva entre os envolvidos deve ser construída e estabelecida aos longos dos anos, através da convivência, do afeto, de ensinamentos, de cuidados, da imposição de limites, enfim do cuidar daquele filho advindo do coração como se fosse gerado das entranhas, pois como bem registrou decisão proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; “..a paternidade, hoje, é funcional, sócio-afetiva...”.

Enfim, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva entre os envolvidos deve resultar da configuração da posse de estado de filho e da posse de estado de pais, um em relação aos outros, com reciprocidade.

3. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Carta Constitucional vigente no artigo 127 e seguintes deu atribuição institucional ao Ministério Público como guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possibilitando o ajuizamento de Ação Civil Pública, visando proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, urbanístico e outros interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos, e individual indisponível, assegurando garantias e prerrogativas que dão ao Representante do Ministério Público, com base em seu novo perfil institucional, o dever de proteger interesses públicos com reflexo social, tido como coletivos, sejam difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, na forma prevista no art. 81 do CDC, que introduziu dispositivos na Lei n.º 7.347/95, e individuais indisponíveis, ademais quando, neste último aspecto, o objeto da ação visa tutelar interesses relacionados com o estado das pessoas, atrelado a dignidade da pessoa humana, decorrentes de relações de família, tendo como

envolvidos crianças e adolescentes, especialmente protegido pelo ECA.

A Lei n. 8.560, de 29 de novembro de 1992, regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, dando ao Ministério Público legitimidade para intentar a ação de investigação de paternidade, se o suposto pai não atender a notificação no prazo de 30 (trinta) dias, ou, comparecendo, negar a alegada paternidade, mas tratou a questão tão somente no aspecto da origem biológica da filiação, tutelando o reconhecimento dos filhos gerados da relação sexual entre os genitores, independente do estabelecimento de laços afetivos ou não, gerando o reconhecimento da paternidade o direito à inscrição do nome do genitor no registro de nascimento, ao uso do nome, a obrigação alimentar, a sucessão, sem garantir o afeto, pois, infelizmente, a lei não obriga aos pais amar os seus filho.

A questão aqui tratada diz respeito ao reconhecimento da maternidade e/ou paternidade estabelecia através do afeto, decorrente do compromisso e responsabilidade daqueles que são pais por opção, independente da imposição legal expressa em terem que assumir tal obrigação, cujas relações merecem também serem tuteladas. Se o Ministério Público possui legitimidade para adentrar com a ação de investigação de paternidade com base na origem genética, também tem legitimidade para o reconhecimento da filiação afetiva.

Assim, com base na Carta Magna, na Lei n. ° 8.625/93 que dispõe sobre normas gerais, norteadoras da organização do Ministério Público por todos os Estados Brasileiros, além do disposto no art. 201 do ECA, não podemos duvidar que compete ao Ministério Público proteger, além dos interesses públicos e sociais, aqueles individuais indisponíveis, sendo a Instituição, por disposições legais, elevada à condição de guardião da coisa pública e da sociedade, especialmente quando os interesses envolvem direitos tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela condição peculiar dos interessados: **PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO.**

Desse modo é dever institucional do Ministério Público, obrigado em razão de ofício, acionar os instrumentos jurídicos disponíveis por lei em defesa do interesse individuais indisponíveis,

como no presente caso onde o representante legal do adolescente, a mãe biológica, estava em lugar incerto e não sabido, e a mãe afetiva, guardiã de fato daquele durante longos anos, estava, no momento, incapacitada para a regularização da situação fática estabelecida, sendo evidente a legitimidade do Ministério Público.

CONCLUSÕES

O presente trabalho, através das modestas considerações postas, possui a pretensão, acima de tudo, de provocar a atenção para tema que reputamos de suma importância para a vida e felicidade de milhares de pessoas que vivem em situação de filiação fática, provocando a reflexão sobre tais questões pelos operadores do direito, trazendo o debate para o plano jurídico, razões pelas quais efetivamos as seguintes conclusões:

1) o afeto tem que ser reconhecido expressamente, através de alteração do art. 1593 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, como uma das formas de origem do parentesco;

2) é possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade e/ou maternidade sócioafetiva, objetivando o reconhecimento da relação afetiva estabelecida entre os pais de fato e o filho afetivo, decorrente da posse de estado de filho, mediante ação investigativa, que deverá demonstrar a relação paterno-filial, estabelecida entre as partes: pais de fato e filho de criação;

3) declarada a posse de estado de filho afetivo, com o reconhecimento da maternidade e/ou paternidade socioafetiva, os efeitos jurídicos decorrentes são iguais àqueles estabelecido no art. 39 a 49 do ECA, e o vínculo jurídico da filiação afetiva será constituído através de sentença judicial, com a inscrição no registro civil da filiação reconhecida, sem qualquer referência neste sentido, com o cancelamento do registro civil referente a origem biológica, tudo por analogia ao disposto no art. 47, e seus parágrafos, do ECA;

4) o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento da ação em favor da criança e do adolescente que esteja em situação

de risco, sem representante legal para a tutela dos seus interesses, ou quando o responsável assim não proceda, evitando prejuízo para aquele menor de 18 anos que se encontra na posse de estado de filho.

FONTES DE CONSULTA:

1. WELTER, Belmiro Pedro. Coisa Julgada na Investigação de Paternidade, Síntese, 2ª ed.

2. LIBERATI, Wilson Donizete. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Malheiros, 7ª ed., e Adoção, Malheiros, 2ª ed.

3. PEREIRA, Sérgio Gischkow e outros. Repertório de Doutrina sobre Direito de Família, Editora RT, 4. vol.

4. FRIDLUND Galatéia, Promotor de Justiça do Paraná, in Adoção à Brasileira - Paternidade Sócio-Afetiva

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTABELECIMENTO DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO POR LEI ORDINÁRIA ESTADUAL

*Silvio Roberto Matos Euzébio**

Sumário: 1. O caso/a norma. 2. Violação dos princípios do Juiz natural e do Promotor natural. 3. O princípio da razoabilidade. 4. A Jurisprudência em caso idêntico. 5. A Normatividade da Constituição. 6. O precedente Local e uma conclusão provisória diante da instituição de outros “Foros por Prerrogativa de Função”.

1. O caso/a norma

O Exmo. Sr. Governador do Estado de Sergipe sancionou a Lei Estadual n. 4.122, de 17/09/99, que institui a Carreira de Delegado de Polícia na Administração Direta do Poder Executivo do Estado de Sergipe, e dá providências correlatas, doc. 03.

Diz o referido Diploma Legal, no seu art. 32, inciso VII, verbis:

“Art. 32 – Além das garantias asseguradas nas Constituições Federal e Estadual, bem como daquelas previstas no Estatuto do Policial Civil e no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Sergipe, o Delegado de Carreira deve gozar as seguintes prerrogativas:

.....”

VII – ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça nos crimes comuns ou de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

2. Violação do princípio do Juiz natural e do Promotor natural

Na referida norma, art. 32, VII, da Lei n. 4.122, de 17/09/99, encontra-se disposição que viola frontalmente disposições da Constituição Estadual, relativas à competência do Juiz Natural e do Tribunal de Justiça, art. 106, I, “a” e “b”, e decorrentes do princípio do Promotor Natural, art. 116, “caput” e §4º, c/c art. 3º, “caput”, e art. 5º, LIII, este último da Carta Federal. Isso sem falar na violação do princípio da proporcionalidade.

Como se sabe, competência não se presume. Assim, não poderia o Legislador Estadual Ordinário instituir foro de competência para processo e julgamento do Delegado de Carreira perante o Tribunal de Justiça, quando a Constituição Estadual assim efetivamente não estabeleceu previsão.

Neste aspecto diz taxativamente a Carta Política Estadual:

“Art. 106. Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o vice-governador do Estado, Os Deputados Estaduais, os Prefeitos Municipais, os Secretários de Estado, o Procurador Geral de Justiça, o Procurador Geral de Estado, os membros do Ministério Público Estadual, os juízes de direito e os juízes substitutos;

b) nos crimes de responsabilidade, quando não conexos com os do Governador, os Secretários de Estado e, ainda, o Procurador Geral de Justiça, o Procurador Geral de Estado, os juízes de direito e os juízes substitutos e os membros do Ministério Público.”

Neste sentido leciona o Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, na sua Obra Clássica, “Jurisdição e Competência”, Saraiva, 5ª ed., pg. 46:

“A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo

*algun de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá **reduzir** ou **ampliar** tal competência.” (grifos do Autor)*

Também é o que diz o Mestre FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, in Processo Penal:

“Ficou bem claro que a CF atribuiu ao Constituinte estadual poderes para fixar a competência do Tribunal de Justiça (v. art. 125). Evidentemente que a norma constitucional era desnecessária. Entretanto, como na lei não há palavras inúteis, é de supor que o constituinte federal quis permitir ao estadual a fixação da competência do Tribunal de Justiça da forma que lhe aprouver. Pergunta-se: sendo assim, por que razão no art. 96, III, já lhe fixou a competência para julgar Juízes e membros do Ministério Público Estadual? A razão é simples: com a competência conferida ao constituinte estadual, este poderia, por fas ou por nefas, excluí-los da alçada do Tribunal de Justiça. E poderá? Obviamente não, e não poderá em face da regra contida no inciso III do art. 96 da CF.” (pg. 118)

A ampliação ou redução de tal competência por Lei ordinária ou complementar, em desacordo com a Lei Fundamental (máxima, com licença do pleonismo) do Estado caracteriza inconstitucionalidade material.

Como diz o Douto LUÍS ROBERTO BARROSO:

“Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina.” (O Direito Constitucional e a

Efetividade de suas Normas, 4ª ed., Renovar, pg. 157.)

Vale ainda lembrar que toda competência por prerrogativa de função tem caráter absoluto (V. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ob. cit. pg. 109.). É somente a Constituição que pode pronunciá-la, “ad exemplum”, o art. 96, III, da Carta Federal:

“Art. 96. Compete privativamente:
(...)

III – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

E isso não constitui novidade. Vejamos um caso semelhante. O Presidente da República vetou o art. 128, XV, da Lei Complementar Federal n. 80, de 12/01/94, que Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, que estabelecia como prerrogativa do Defensor Estadual ser processado pelo “Órgão Judiciário de 2º Grau.

O Presidente da República assim se manifestou, DOU, de 13/01/94, pg. 649:

RAZÕES DO VETO. “O inciso XV do art. 128, que estabelece que os Defensores Públicos do Estado serão julgados pelo órgão judiciário de 2º grau, invade a esfera de competência do Estado, eis que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, nos termos do §1º, do art. 125 da Constituição Federal.”

“A Procuradoria Geral da República acrescenta: “Em se tratando de matéria de fixação de prerrogativa de foro, que envolve partição do

Poder Jurisdicional e fixação de competência, a questão não poder ser tratada a nível de legislação infra constitucional, alojando-se, inteiramente, em sede constitucional.”

Por conseguinte o inciso VII, do Art. 32, da Lei Estadual n. 4.122, de 17/09/99, afasta do Promotor Natural, art. 116, “caput” e §4º, c/c art. 3º, “caput”, e art. 5º, LIII, este último da Carta Federal, a atribuição para o exame e propositura da Ação Penal Pública.

Não tendo sido estabelecida competência do Tribunal para o processo e julgamento dos Delegados de Carreira, a Lei ora representada afasta do Promotor de Justiça a atribuição para o exercício da Ação Penal Pública que tem titularidade.

3. O Princípio da Razoabilidade.

Do ponto de vista material, a falta de razoabilidade é ainda mais gritante. A disposição não se harmoniza com o sistema legal de competência jurisdicional, com o princípio do Juiz Natural, e, ao invés de ajudar a combater, vem disseminar ou gerar a impunidade pela desproporcional instituição de mecanismos restritivos de atuação dos órgãos investigativos naturais, os Promotores de Justiça.

Nós sabemos muito bem o que aconteceu com as ações penais de competência originária do Tribunal de Justiça contra Prefeitos: é fato notório que a maioria ou prescreveu ou foi julgada inepta. O Exemplo não é bom!

Na verdade o dispositivo questionado, na contra-mão da História, pretende esvaziar a atribuição do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial, art. 118, VI, da Carta Estadual.

Imagine numa hipótese de um Delgado de Carreira cometer um delito de Abuso de Autoridade em qualquer Comarca, e a defesa do Sociedade depender somente do Procurador-Geral de Justiça, que apenas poderá atuar junto ao Tribunal de Justiça. Em que pese

a notória seriedade, competência e compromisso do Procurador-Geral, materialmente este não terá condições para investigar os delitos cometidos em todo o Estado de Sergipe.

Também nada justifica a instituição de foro privilegiado ao Delegado de Carreira. O cargo não é de agente político, como o do Membro do Ministério Público e da Magistratura, como leciona o Magistrado HELY LOPRES MEIRELLES:

“Nesta categoria (de agentes políticos) encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e Município); os membros das corporações legislativas (Senadores, Deputados, e vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os Membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público.” (in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, Malheiros, 18ª ed., pg. 74.)

E o mestre assinala, em princípio inteiramente aplicável ao caso, que

“Os vereadores não têm juízo nem foro privilegiado para qualquer processo crime” (idem, pg. 73, nota 35).

Inobstante as suas relevantes funções, conferidas pela Constituição e pelas Leis, o cargo de Delegado de Polícia não apresenta atributos dos demais servidores públicos, apenas em razão do fato de está organizado em carreira.

4. A Jurisprudência em caso idêntico

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar em caso idêntico, onde não admitiu a aplicabilidade de norma concessiva de foro privilegiado a Delegado de Polícia mesmo inserida em Constituição do Estado. Vejamos o precedente já antigo, embora com declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, mas *inter partes et in casu* que revela a importância do assunto específico examinado:

“Ementa: RECURSO DE HABEAS CORPUS. FORO ESPECIAL PARA JULGAMENTO DE DELEGADO DE POLÍCIA, NO RIO DE JANEIRO. COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O CODIGO DE PROCESSO PENAL.

1 - É INCONSTITUCIONAL O DISPOSITIVO DA CARTA ESTADUAL QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA, EM SEDE PROCESSUAL, PRIVATIVA DA UNIÃO, PARA JULGAMENTO DE DELEGADO DE POLÍCIA.

ENTRE OS ALCANÇADOS PELO FORO PRIVILEGIADO, NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI PROCESSUAL, NÃO SE ENCONTRAM OS DELEGADOS DE POLÍCIA. (...)

2 - É PACÍFICO O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, NO SENTIDO DE QUE O HABEAS CORPUS NÃO É VIA ADEQUADA PARA EXAME DE PROVA, EXCETO EM CASOS ESPECIAIS.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Decisão: POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.”

Acórdão RHC 478/RJ; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS (1990/0000435-7), Fonte: DJ, DATA: 21/05/1990, PG:04439; Relator(a) Min. JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (0256); Data da Decisão 24/04/1990; Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

5. A Normatividade da Constituição.

Assinala LUÍS ROBERTO BARROSO, ob. cit., pg. 89, que

“as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa.”

E não poderia deixar de ser diferente com a Constituição Estadual, a qual, de acordo com o princípio da hierarquia das normas, tem fundamento de validade na Carta Federal. O sistema de controle estadual. Por sua vez as Leis Estaduais devem buscar na Carta Estadual o seu fundamento de validade.

Anota GABRIEL IVO no seu Trabalho específico CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, Max Limonad, 1997, pg. 195:

“A Constituição Estadual é superior em relação às demais normas estaduais que nela retiram seu fundamento de validade, desde que compatível com as prescrições da Constituição Federal. Não há uma regra explícita consagradora do princípio da Supremacia da Constituição Estadual; esta decorre logicamente. Mas é corroborada, no entanto, pelo aspecto rígido de que é dotada...”

O art. 125, §2º, da Constituição Federal estabelece que os Estados instituirão o sistema de controle abstrato de normas em face da própria Constituição Estadual, verbis:

“Art. 125 - Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...)

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Esse comando se concretizou através do art. 108, da Carta Estadual, conforme já evidenciado.

6. O Precedente Local e uma Conclusão provisória diante da instituição de outros “Foros” por prerrogativa de função”.

Em 27/03/2001, e partir de sugestão nossa, com a mesma exposição acima, a Associação Sergipana do Ministério Público ingressou com Representação junto ao Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça pela propositura de ADIN, face o teor do art. 32, inciso VII, da Lei 4.122/99, que conferiu o referido “Foro Especial”.

O Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe à época, Dr Moacyr Soares da Motta, ingressou em 17 de abril de 2002 com ADIN cumulada com pedido de medida liminar de suspensão da eficácia do dispositivo junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, tendo por base argumentação similar.

A ADIN foi registrada sob o n. 002/2002, e a Desembargadora Relatora, Dra. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, em 18/04/2003, num primeiro momento, já concedeu a Liminar inclusive considerando o perigo da ocorrência da subtração da apreciação do Juiz Natural e do Promotor Natural na análise de processos contra Delegados de Polícia.

Talvez o caso possa de alguma forma contribuir para a reflexão e o exame da constitucionalidade da redação do art. 84, §2º, do Código de Processo Penal, pelo qual foi “extendida” a prerrogativa de foro especial por função nas Ações Cíveis de Improbidade previstas na Lei n. 8.429/90.

E então buscar uma visão coerente do horizonte, como Triepel, Jurista Alemão citado por João Batista Herkenhoff, in Como Aplicar o Direito, Forense, pg. 90: “A lei não é sagrada; só o direito é sagrado.”

Aracaju, julho de 2003,

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, Ex-Juiz de Direito, e Pós-graduado (lato sensu) em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe.

PEÇAS PROCESSUAIS
(2ª INSTÂNCIA)

PARECER

HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - CRIME HEDIONDO - PRISÃO PREVENTIVA - RÉU PRIMÁRIO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - INADMISSIBILIDADE.

-A constrição cautelar não está jungida à prova plena da autoria. Indícios robustos lhe conferem legalidade, desde quando indubitosa a certeza do fato delitivo.

-Despacho bem fundamentado, com observância dos arts. 311 e 312, do CPP.

-Constrangimento ilegal inócua. Ordem denegada.

Por ingerência de seu advogado legalmente constituído, o réu alhures nominado impetrou a presente ordem de **Habeas Corpus**, com pedido de prisão cautelar decretada pela Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal de Aracaju, por seu envolvimento como um dos partícipes do homicídio ocorrido nesta cidade, no dia 27 de janeiro do corrente ano, por volta das 14:30 horas, tendo como vítima o Deputado Estadual JOALDO BARBOSA, conhecido por “Nego da Farmácia”.

Em sua postulação, a título de argumentação fático-jurídica, o ilustre causídico articulou que não há indícios indicadores da participação do seu defensável na participação do fato apurado, acrescentando que se trata de pessoa primária, sem antecedentes criminais, portadora de residência fixa e profissão definida.

Aduziu, ainda, que o seu defensável padece de um ato judicial equivocado, posto não está revestido dos requisitos e pressupostos que informam a medida extrema, *ex vi* do enunciado nos arts. 311

e 312, do Caderno de Normas Adjetivas Penais, acrescentando que o despacho fustigado é desnecessário, razão por que, invocando a inteligência do art. 580, do CPP, pugnou lhe fosse extendido o tratamento jurídico dispensado por essa Câmara Criminal, concedendo liminar ao co-réu J. E., vulgo “Galego” – também denunciado na peça de abertura - consoante se depreende do **Habeas Corpus** ali interposto, cujo processo recebeu o nº 1977/2003.

Demais disso, arrematou que não existe fumaça nem chama do bom direito a justificar o encarceramento do irrogado, o que implica o atendimento do seu pleito, em caráter de urgência.

Aparelhou a sua pretensão com a juntada dos documentos de fls. 22 **usque ad** 303, constando dos autos que, não existindo liminar pleiteada, pelo Relator foram solicitadas à autoridade indigitada coatora as informações de praxe, no prazo de cinco dias (fls. 309), o que de fato ocorreu, com a juntada ao processo da denúncia e de peças outras relacionadas ao feito, segundo avistável às fls. 312/360.

Apreciando a súplica, rotulada de conotação urgentíssima, Sua Excelência a indeferiu, ao menos liminarmente (fls. 306/308), conquanto não tinha vislumbrado, **in casu**, a constatação de constrangimento ilegal, até porque não resultou demonstrada a inexistência de justa causa para o decreto premunitório; enfim, o increpado não se encontra em ergástulo, considerando sua fuga, no princípio de julho do corrente ano, da 1ª Delegacia Metropolitana, de maneira até hoje inexplicável.

Destarte, este é o relato singelo da presente Ação Penal Constitucionalizada posta em discussão. Passemos à formatação do nosso posicionamento.

Prima facie, empós estudo analítico da hipótese trazida à baila, estribando-nos no quadro probatório produzido, entendemos que o remédio heróico perseguido não comporta agasalho, por duas razões muito claras, senão vejamos.

A uma, porque há indícios suficientes de sua participação no delito **sub oculo**, na condição de um de seus mentores intelectuais, ao lado do ex-Deputado Estadual A. F. S. G. e o filho deste, Vereador A. F. S. G. J., emprestando ao primeiro uma elevada quantia para a contratação dos intermediários e autores materiais do horrendo crime – diga-se hediondo, **ex vi** do contido no art. 1º da Lei nº 8.072/90.

Descabe, assim, a alegação de ausência de fundamentação do decreto cautelar, eis que bem lastreado e de conformidade com a exegese do art. 312, do CPP, pois presentes, na hipótese sujeita, as condições e pressupostos ali emoldurados, cuja finalidade é “assegurar os interesses sociais de segurança”¹, na lição irreprochável do mestre **Júlio Fabbrini Mirabete**.

A duas, porque descabe, de todo, a aplicação do art. 580 do Código de Ritos, visando sejam estendidos ao indigitado os efeitos do **mandamus of writ** deferido liminarmente em favor de do co-réu **J. E. A.**, vulgo “Galego”, considerando que a sua participação na eclosão delitígena não guarda verossimilhança e compatibilidade com o grau de responsabilidade penal do paciente (RT 518/346).

A título de preâmbulo, **ad argumentandum**, força dizê-lo, o feito enfocado nos convoca a envidarmos, mesmo que de molde singelo, uma digressão concernente a seus pressupostos processuais, quais sejam: **fumus boni iuris** e **periculum in mora**.

Dir-se-á, quanto ao primeiro, que o magistrado somente poderá decretar a medida cautelar se estiver seguro da **probabilidade** de que o réu tenha sido, efetivamente, o autor de um fato típico e antijurídico.

Ora, dessa asserção repontam inquestionáveis duas realidades: a prova da existência do crime, que é materialidade, e os indícios suficientes de sua autoria.

Neste particular, os depoimentos dos co-réus **E. S. N.**, **M. E. S.**, **D. L. S.** e, sobretudo, de **M. F. N.**, vulgo “M. M.”, ao serem qualificados e interrogados descreveram com riqueza de detalhes o **modus operandi** da trama criminígena, apontando, ao final, o indigitado **A. F. S. G.** como seu mandante, envolvendo nesse elo psicológico (relação de causalidade) os Senhores **F. C.** e **M. F. N.**

Desse modo, não estamos diante de frágeis indícios de autoria, mas apoiado nos cruzamentos dos dados obtidos através da quebra judicial do sigilo telefônico de todos os acusados, máxime em se apreciando a grande quantidade de ligações telefônicas efetuadas entre o co-réu **J.**, “**M.**”, como um dos autores mediatos e os exequentes, passando pela integração de **F. C.** (**iter criminis**).

É o que se contém e encerra da denúncia detalhada pelo ilustre membro do Ministério Público e facilmente assimilada pela

digna Juíza a quo, em sua decisão xerocopiada e lançada às fls. 301/302.

Quanto ao segundo pressuposto, aplicável ao caso em tela, convém fazemos a seguinte análise, dividindo-o em três hipóteses. Ei-las:

a uma – **garantia da ordem pública** - que se verifica quando impede que o sujeito ativo na relação de direito material continue solto, freqüentando a sociedade, como se nada tivesse ocorrido; decorre, daí, a necessidade de proteção ao meio social, garantindo a credibilidade do Poder Judiciário, máxime no caso em testilha, que provocou clamor público, ante a sagacidade com que foi congeminação a sua idéia, misto de torpeza e brutalidade, cuja execução se efetivou em meio aos olhares atônitos de populares e da própria família da vítima;

a duas – **conveniência da instrução criminal** – tem como escopo impedir que o agente perturbe e obstaculize a coleta das provas, destrua vestígios do crime, atemorize ou suborne testemunhas, co-réus e venha a maquinar tantos outros óbices – o que já foi tentado, visando isentá-lo de responsabilidade penal -, ao sumário de culpa; ausente essa providência, por certo, o Juiz não poderá reunir os elementos de convicção imprescindíveis para o desate do litígio penal;

a três – **a garantia da aplicabilidade da lei penal** – consistente na possibilidade de fuga do agente do distrito da culpa – o que de fato ocorreu -, frustrando, por conseguinte, a futura execução da pena, meta optata do Direito Penal, posto juízo de reprovação ético-social.

De sorte que, basta a presença de apenas um desses pressupostos que emolduram o art. 312, segunda parte, do CPP, para se justificar a prisão do imputado, tido como pessoa envolvida em outros crimes, não somente em Sergipe, mas em outros Estados do Nordeste, assaz conhecido por suas atrocidades e audácia, a exemplo da sua fuga cinematográfica, no início de julho/2003, da 1ª Delegacia Metropolitana de Aracaju. Destarte, por si só, esse é um dos motivos que nos convoca para empreendermos a seu respeito redobrada cautela.

Inobstante a desenvoltura com que foram lançados os argumentos da impetração e a finalidade dos documentos a ela acostados, sinceramente, não demonstraram, **quantum sufficit**, a existência de fumaça nem de chama do bom direito. Aliás, esse foi o panorama técnico-jurídico visualizado pelo conspícuo Desembargador-Relator, às fls. 306/308, indeferindo liminarmente o pleito, visto que não anteviu constrangimento algum.

Acerca da matéria versada e dos fatos assinalados nestes autos, que guardam, em si, compatibilidade, concordância e verossimilhança, vejamos o que diz a Jurisprudência:

Prisão preventiva. “A primariedade e os bons antecedentes não impedem a decretação da custódio provisória se os fatos a justificam. Logo, quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade daquela cautela” (STJ – RT 652/344).

Prisão preventiva. “Não se revoga quando fundada em razões que a justifiquem. Decreto com suporte em pedidos formulados pela Polícia e pelo Ministério Público e razoavelmente fundamentado. Ordem denegada” (STJ – RHC – Rel. José Cândido – RSTJ 39/274).

Prisão preventiva – Ordem pública. “Se o despacho que decretou a prisão preventiva está fundamentado, revelando os interesses da instrução criminal e da ordem pública que recomendam a medida, não há constrangimento ilegal a ser corrigido na via eleita” (STF – RHC 61.394-2 – Rel. Francisco Rezek - RT 590/451 – DJU 10.02.84).

“A grande comoção que o delito causou na sociedade, gerando expectativa de impunidade, é motivo para a segregação cautelar. A forma de execução do delito gravíssimo, revelando em

princípio, periculosidade, serve de fundamento para a prisão ad cautelam, ainda que o agente seja primário, de bons antecedentes, afora outras qualificações normalmente elogiáveis” (STJ – HC 8025 – Rel. Felix Fischer – DJU – 14.12.98, p. 262).

De remate, atendendo a que o delito **enfocado** deixou transparecer em seu **modus faciendi** um consórcio delitígeno com vertente política, cuja destinação não era outra senão fazer com que o Senhor **A. F. S. G.** assumisse a vaga de Deputado Estadual aberta com a morte de **Joaldo Barbosa**, não é recomendável juridicamente colocá-lo de volta à sociedade, como se fosse um homem cordato. Pois bem, homem pacífico, com certeza, não foge de Delegacia ou Presídio, de maneira cinematográfica. Defende-se, luta por seus direitos e demonstra sua inocência.

Não há negar, a bem da verdade, que a sua conduta, além de brutal, ignóbil e abominável é daquelas que revelam, em sua motivação, torpeza, insensibilidade ético-social, indiferença ao seu semelhante, ausência de fraternidade, eis que objetivava o Senhor A. F. – contratante -assumir um mandato que não lhe pertencia, à custa do extermínio do maior bem universal – a vida -, ente supremo, tutelado pelo Estado Democrático de Direito; enfim, “dádiva divina de que somos efêmeros depositários”, no dizer lapidar do poeta **Francisco de Castro**.

Frente ao esposado e não vislumbrando constrangimento ilegal a ser corrigido através da via eleita, somos de parecer contrário ao seu acolhimento.

É assim que pensamos, s. m. j.

Aracaju, 02 de setembro de 2003.

José Luiz Melo
PROMOTOR DE JUSTIÇA

PARECER

Responsabilidade Civil do Estado – Ato comissivo – Estrito cumprimento do dever legal – Abuso – Fuga de detento – Reação de vigias do reformatório penal que abriram fogo, vindo dois disparos a acertar a sua cabeça, causando-lhe a morte – Culpa concorrente, em alta proporção, da vítima – Inexistência de dano material – Dano moral fixado em valor simbólico – Provimento parcial do apelo.

- Excessos há na conduta de vigia do reformatório penal que, para conter fuga de preso, dispara contra a sua cabeça, causando-lhe a morte. Abuso no cumprimento do dever que obriga o Estado a indenizar os parentes do falecido.

- Concorre, entretanto, com culpa, e em elevadas proporções, o preso que empreende fuga, já que, além de estar ele praticando um ato contrário ao direito, deve prever uma severa reação dos vigilantes, assumindo, então, os riscos de sua escapada,

- Inexistência de dano material a ser imposto, à falta de prova do prejuízo; dano moral deferido em valor simbólico dado o forte grau de responsabilidade da própria vítima.

- Provimento parcial do apelo.

Quando tentava escapar do presídio de Aracaju, onde estava custodiado provisoriamente, o detento João Batista Melo foi alvejado, pelos vigias da Casa de Detenção, com dois tiros na cabeça, cujos projéteis transfixaram o seu crânio, causando-lhe laceração cerebral e, conseqüentemente, seu óbito.

Os autores, sua companheira e seus três filhos, ajuizaram, então uma ação de reparação contra o Estado de Sergipe, visando serem compensados das perdas patrimoniais e extrapatrimoniais que sobejaram do seu passamento.

Nega o Estado de Sergipe, todavia, que tenha responsabilidade pelo óbito do ente querido dos autores, argumentando que os policiais que lhe atiraram nada mais fizeram além de procurar, por meios necessários e moderados, evitar a sua escapadela.

Ele, o ofendido, diz o requerido, é que desencadeou o próprio infausto ao tentar se esquivar do cárcere para onde teria sido mandado por ordem judicial.

Concorda com a Administração o representante do Ministério Público a quo, que sugeriu a improcedência do pedido em alentado parecer de fls. 87/88.

Entretanto, a MM Juíza da origem, Dr.^a Elvira Maria de Almeida, diverge, e condena o ente público a reparar os autores em um salário mínimo mensal a título de danos materiais e danos morais no equivalente a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

A sentença, que se submete a reexame obrigatório (CPC 475), foi alvo também de recurso voluntário interposto pelo Estado de Sergipe. Pede ele que seja negada a sua responsabilização na fatídica morte do preso, pelas razões antes alinhadas.

Diz com a não comprovação dos danos materiais e com a repartição das despesas de derrota, afirmando ter havido sucumbência recíproca.

Respondido em fls. 108/114.

Vieram-nos os autos, para opinamento.

Confessamos que estes autos nos põem a muito refletir e a situar em confronto dois interesses dos mais soberbos que a ordem jurídica nacional tem a zelar, a saber.

De um lado, o direito à vida, o mais caro bem que o ser humano possui e do qual decorrem, logicamente, todos os outros. Ainda que se trate a vítima de um segregado, ou mesmo que fosse criminoso tido como irrecuperável, a nossa ordem constitucional desconhece a pena capital.

Daí o valor e o sentido que a nossa Lei Maior empresta ao direito à vida, colocando-o, aliás, como o primeiro dos direitos individuais, e do qual derivam a inviolabilidade à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal).

Na outra extremidade, existe o dever, mais portanto do que o direito, de a Administração coibir, em prol de toda a comunidade, a escapadela de fugidios tidos por nocivos à sociedade, mesmo que temporariamente.

Se a Administração Pública é guardiã da segurança da população, *ex vi* de norma de cunho constitucional, e só ela é detentora do *jus puniendi*, é de seu mister conservar aqueles que transgrediram a ordem longe da comunidade, onde maiores males poderiam provocar.

As tentativas de fuga, então, a menor dúvida não nos resta, devem ser severamente combatidas pelo aparelho estatal, a fim de que sejam desencorajadas, porque contrárias à segurança da sociedade.

Mas, teriam os vigias do presídio o direito de matar para evitar a escapatória da vítima? Na hipótese dos autos, para debelar a fuga, era necessário alvejá-la com dois tiros no crânio? Trata-se, ou não, de estrito cumprimento do dever? Culpa exclusiva da vítima?

Malgrado a polêmica, a nosso juízo, a razão está com a magistrada da origem quando expõe o Estado ao ônus da reparação.

Afinal, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece o direito de matar, salvo homicídio em tempo de guerra. A vida é donativo outorgado por Deus, e só ele tem o dom de arrebatá-la, pena de cometimento de ilícito, salvo, por evidente, as episódicas situações catalogadas no art. 23 do Código Penal brasileiro, ciência da qual nos abeberamos, segundo expomos na seqüência.

Poderiam estar os prepostos do Estado de Sergipe albergados à excludente de ilicitude prevista no inciso III do art. 23 do Código Penal (estrito cumprimento do dever legal). Nessa pesquisa, valem-nos de lições do penalista Heitor Costa Júnior, em 'Estrito cumprimento do dever legal', in RDP 19-20/113, a assertoar que:

“O cumprimento do dever legal somente é escrito quando não excede o limite racionalmente

indispensável à sua realização, quer nos modos como nos meios empregados. A ação só será ajustada ao direito quando for observado o 'arbítrio adequado ao dever', como ensina Maurach. Imprescindibilidade absoluta no uso dos meios e proporção, eis os precisos limites da excludente". (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, RT, 5.^a ed., p. 248).

Chegamos, então, a idêntica conclusão a que adotara a magistrada da origem. Faltou aos prepostos estatais a moderação, a prudência, o comedimento. Por que não atiraram na perna ? Ou no braço ? Ou no tronco ? Por que dois tiros na cabeça ? Perguntas que nunca serão respondidas porque não há justificativa para tamanha desproporção.

Nem sempre para frustrar uma fuga será preciso atirar no crânio do fugitivo por duas vezes. Ao menos no caso dos autos, essa necessidade não nos foi visualizada. E o Estado de Sergipe tinha, sim, legalmente, a guarda e proteção da incolumidade do preso, ainda que ele estivesse tentando evadir-se.

Vilson Rodrigues Alves pontifica:

"Não se pode pré-excluir a responsabilidade civil estatal se a morte do preso vem de ocorrer fora dos confins do estabelecimento prisional, de que egressara contrariamente a direito" (Responsabilidade Civil do Estado, Bookseller, 1.^a ed., Tomo I, p. 384) .

Não é com assassinio frio que se reprimem fugas, salvo em situações de extremada imprescindibilidade, circunstância que, francamente, não detectamos, com a devida vênia.

Pondere-se, todavia, também com a conduta do falecido detento, que cooperou de maneira insofismável para o seu trágico desenredo.

Não se pode deslembrar que ele empreendia fuga, agia contra o direito, esquivava-se de ordem judicial, e sabia os riscos do

seu tresloucado ato. Tinha plena consciência o morto de que eventual flagrante da escapada seria asperamente reprimido.

Diríamos até mesmo que o ente querido dos autores afluíu em proporções muito maiores à sua morte do que seus próprios executores. Nesse contexto, a concorrência de culpas não pode, de maneira alguma, ser esquecida.

A nosso juízo não pode o Estado de Sergipe ser compelido a pagar por danos materiais decorrentes de perda de supostos alimentos que o morto prestava aos demandantes.

Na data em que faleceu, estava o seu genitor e companheiro segregado, e não auferia renda, porque não há prova nos autos nesse sentido; não se pode presumir que em breve sairia da cadeia e viesse a assumir atividade laborativa. Não há, neste sítio, lugar para suposições.

Se na data do seu passamento, ele não estava contribuindo com as despesas de sua família, porque estava preso, inexistente dano material a ser reparado.

De referência ao valor imposto a título de dano moral, na nossa ótica ele está muito além daquele que é merecido, tendo em vista a compensação de culpas que sugerimos linhas atrás. O morto, como já ressaltado, acudiu peremptoriamente ao seu trágico fim. Foi, mesmo, senhor do seu destino.

É nesse tom que queremos crer que o valor simbólico de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) – sendo R\$ 1.000,00 (mil reais) a cada um dos postulantes - representa, com justeza, de acordo com aquilo que modestamente expusemos ao longo desse opinamento, o ressarcimento que reclamam.

Ao final, não houve sucumbência recíproca a reclamar a repartição das despesas expensa litis, como estima o Estado de Sergipe.

O fato de terem os autores pleiteado R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) de dano moral e só obterem R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) – como na sentença - ou R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), se acatado nosso posicionamento, não ofusca a procedência do pedido principal de reparação dos danos morais.

Na ação de reparação de danos morais, como a fixação é de prudente arbítrio do juiz, o pedido inicial do autor é meramente

estimativo, e não se pode carrear para ele a derrota apenas porque não foi concedida em valor inferior. Afinal, em nada ganhou o Estado de Sergipe; apenas a quantificação imposta foi menor do que a pedida pelos apelados.

Frente ao exposto, opinamos pelo provimento parcial do apelo, para afastar a condenação por danos materiais e reduzir a dos danos morais a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), ficando intacto o restante da respeitável sentença monocrática.

É o parecer.

Aracaju/SE, 22 de maio de 2003

Maria Izabel Santana de Abreu
PROCURADORA DE JUSTIÇA

PARECER

A permissão de uso é ato precário, revogável a qualquer tempo pela Administração sem que haja direito a indenização.

Os alegados prejuízos morais ou patrimoniais originários da mudança para o novo Mercado não foram demonstrados.

D. de Q. ajuizou Ação de Indenização por Danos Extrapatrimoniais em face do Município de Aracaju e da EMURB – Empresa Municipal de Serviços Urbanos que segundo alega, geraram grave prejuízo à autora, proprietária de estabelecimento comercial no antigo Mercado Municipal.

Regularmente citados, os Réus apresentaram as contestações às fls. 19/24 e 28/32.

Réplica às fls. 47/54.

Instado a manifestar-se, o Representante do **parquet** opinou pela improcedência das questões preliminares suscitadas pelos Réus e, conseqüente instrução do feito.

Frustrada a tentativa de conciliação, a instrução processual culminou com a apresentação de razões finais pelas partes.

Através do parecer às fls. 157/160, o ilustre Promotor de Justiça sugeriu a improcedência da ação.

Às fls. 168/173 consta sentença que acolheu parcialmente o pleito autoral.

Irresignados, os Réus interpuseram recurso de apelação ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Contra-razões de recurso às fls. 193/201 e 217/223.

Com vistas aos autos esta Procuradoria de Justiça lançou a Promoção nº 008/2003, às fls. 227/230, pugnando pela intimação do Promotor de Justiça oficiante no feito dos termos das apelações interpostas.

Tal Promoção foi cerceada pelo ilustre Relator do feito, conforme despacho às fls. 231, verso.

Este, o breve relatório.

PRELIMINARMENTE

Ao proceder a promoção de fls., esta Procuradoria de Justiça agiu em consonância com a Lei Complementar nº 02/90 e com respaldo nas diversas decisões dos Tribunais e nos princípios doutrinários, pós Constituição de 88.

É ilógico acreditar que o parágrafo 2º do art. 38, da Lei Complementar nº 02/90, exclui a atribuição do Promotor de Justiça de atuar perante o Juízo “a quo” na fase recursal.

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 as atribuições do Procurador de Justiça, porquanto as suas funções não se encerram na sentença do Juiz “a quo”, cabendo-lhe, inclusive, oficiar nos recursos interpostos pelas partes. A sua intervenção no recurso é, portanto, obrigatória, sob pena de nulidade.

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 destaque é meu.

Ora, não tendo representante do Ministério Público de 1ª Instância 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 segunda instância, tem atuação desvinculada, isto é, opina como *custos legis*

em todos os recursos, enquanto que o Promotor de Justiça atua dentro das vinculações previstas em lei.

O artigo 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 de 1º Grau, na fase recursal, é nulidade sanável, porém, se não for suprida, tornar-se-á absoluta, não se aplicando a previsão do art. 249, § 2º, do CPC.

A lei processual civil em vigor não facultou a intervenção do MP e nem tampouco deixou ao livre arbítrio do Juiz, porquanto a sua intervenção é obrigatória, sob pena de nulidade.

Jacyr Vilar de Oliveira, professor da 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 a jurisprudência.

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 jurisdicional é bem diferente:

“A intervenção do Ministério Público, nos casos em que a lei exige, é obrigatória, sob pena de nulidade (Código de Processo Civil, art. 84 e 246), começa quando intimado ou citado para a causa e só termina quando transitado em julgado, cabendo-lhe, ainda, oficiar nos recursos interpostos” Ac. da 8ª Câmara Cível do TJPR. Rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão.

“O órgão do Ministério Público, quando obrigatória sua intervenção no processo, deve ser intimado da sentença e da abertura de vista da apelação interposta. A intervenção em segunda instância não supre a omissão” Ac. da Câmara Cível do TJRS, Rel. Del. Herman Roenick. O grifo 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 suprido no Juízo *ad quem*. Conversão do julgamento em diligência” Apelação Cível, TJSC, Rel. Des. Cerqueira Cintra. (Grifo é meu).

É oportuno salientar que a Augusta 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, em julgamento similar (artigo 82, do CPC), converteu o julgamento em diligência, no sentido de 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).

Ressalte-se, ainda, que a intervenção do Procurador de Justiça, na 2ª Instância, não supre a omissão na 1ª Instância, conforme já entendeu o STJ no RE nº 7886618, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, pub no DJU de 27.10.83, p. 16.697.

Também a 1ª T. do Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 12.240/SP, tendo como Relator o Min. Demócrito Reinaldo, decidiu que:

“Exsurgindo evidente o interesse público na solução da demanda, necessária é a intervenção do Ministério Público em todas as fases da demanda, sob pena de nulidade, não suprimindo a manifestação subsequente do Procurador Geral já o feito em julgamento no Segundo Grau de Jurisdição”. DJU de 16.11.92.

Pelo visto, a convalidação, consagrada na vigência do Código de Processo Civil de 1939, esbarra hoje com o 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); Jacy de Assis (A Intervenção MP no Processo Civil Moderno).

É portanto, obrigatória a intervenção do Promotor de Justiça, no recurso, porquanto intervindo, quer como parte ou como fiscal da lei, age o Ministério Público em salvaguarda dos interesses do Estado.

Doutrinadores de renomada cultura jurídica salientam que não há distinção quando o Promotor de Justiça age como parte ou como fiscal da lei, devendo, portanto, no processo, agir em todos os seus atos, inclusive no recurso.

Cândido Rangel Dinamarco diz que:

“A distinção nada tem de científica, pois baseada em critérios heterogêneos (ser parte não significa ser fiscal da lei e vice-versa). A qualidade de parte reside na titularidade dos deveres, faculdades, que caracterizam a relação processual; partes são sujeitos do contraditório instituído perante o Juiz, ou os sujeitos interessados na relação processual (em confronto com o Juiz, que é imparcial e desinteressado no resultado final da causa)”. In fundamentos do Processo Civil Moderno, pag. 377, ed. Ver. dos Tribunais – São Paulo.

No mesmo sentido doutrina Vicente Greco Filho, à propósito da distinção de parte e fiscal da lei, quando das funções do Ministério Público:

“Com efeito, todo aquele que está presente no contraditório perante o Juiz é parte. Portanto, dizer que o Ministério Público ora é parte, ora é fiscal da lei, não define uma verdadeira distinção de atividades, porque seja como autor ou como réu, seja como

interveniente, equidistante a autor e réu, o Ministério Público, desde que participante do contraditório, também é parte". In Direito Processual Civil Brasileiro, 1º Vol., pag. 154.

Na verdade, sempre que o Promotor de Justiça intervém em uma relação processual civil, assume ele todas as posições inerentes a relação jurídica. O fato de estar, ou não vinculado a um dos interesses em conflito não lhe retira a qualidade de ser ele titular de ônus e deveres na relação processual, porquanto o Ministério Público assume, invariavelmente, a posição de parte (seja como parte principal, seja como parte secundária).

Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrine, Frederico Marques e Silva Lopes, em consonância com a Jurisprudência, proclamam que o Promotor de Justiça ao participar do processo intervindo **como parte artificial, parte imparcial, parte adjunta, parte acessória ou parte secundária**, ou outros adjetivos que lhe individualize a qualidade, **é parte, porque ser parte é fazer aquilo que só a parte pode fazer, não o Juiz.**

Pelo visto, o Promotor de Justiça quer aja como órgão agente, órgão interveniente, ou como se preferir, parte ou fiscal da lei, deve atuar no recurso uma vez que, em ambas as hipóteses, é ele o patrono do interesse público indisponível que lhe legitimou a própria intervenção no processo.

Por tais motivos, injustificável, com a devida vênia, o despacho de fls. da douto Relator.

Tendo sido tolhida a ação do Ministério Público do primeiro grau na fase recursal, em face do entendimento do ilustre Relator, que cerceou a promoção de fls., é imprescindível a conversão do julgamento em diligência, objetivando, consequentemente, a intervenção obrigatória do Promotor de Justiça, por entender que a sua ausência na fase recursal, estará exercitando pela metade a sua nobilitante função.

DE MERITIS

Compulsados os autos tem-se que se trata de Ação Indenizatória patrocinada por proprietária de estabelecimento comercial no antigo Mercado Municipal que entende prejudicada por ato do Município de Aracaju e da EMURB que demoliu, sem prévio aviso os antigos “boxes”, entregando a seus proprietários novo “ponto” que, segundo alega não satisfaz a demanda de espaço dos comerciantes.

Alega, ainda, que a derrubada do seu ponto comercial teve como consequência a destruição de mercadorias ali armazenadas, causando-lhe grave prejuízo.

Não se questiona, portanto, a reforma do antigo Mercado Municipal, obra a muito esperada por todos os aracajuanos, mas a forma como se deu a operação de deslocamento dos feirantes.

O Autor afirma que tinha conhecimento da interdição da área, contudo, insistiu em lá permanecer, mesmo já tendo sido aquinhoadada com espaço no novo Mercado Municipal construído ali perto.

Ora, a permissão de uso de espaço público é ato precário, condicionado ao interesse público, podendo ser revogado a qualquer tempo pela Administração, sem direito a qualquer indenização.

Este, inclusive, o entendimento do TJ/SE que em caso similar assim se posicionou:

“Não cabe qualquer tipo de indenização à apelada, a uma, porque, através de licitação, os feirantes do antigo mercado poderiam inclusive ser excluídos do atual Mercado, a duas, porque ela foi beneficiada com melhores condições de acesso, infra-estrutura e higiene, além de atender ao interesse público ao demolir toda estrutura antiga, que possuía esgotos a céu aberto, ratos, baratas e desigualdade entre os feirantes, pois uns possuíam grandes barracas e outros minúsculas cestas de verduras”. (In Ap. Cível nº 404/2001, Ac. 1750/2001, 2ª Câmara. Rel. Des. Manuel Pascoal Nabuco D’Avila).

A alegada destruição de mercadorias dentro das antigas barracas não restou demonstrada, limitando-se, inclusive, o pedido, a indenização de danos morais e ao fundo de comércio.

Os fatos demonstram que o novo Mercado Municipal beneficiou não somente os feirantes mas toda a comunidade, restando incontestes a inexistência de qualquer prejuízo moral ou material a ensejar indenização.

Diante do exposto, caso ultrapassada a preliminar pela conversão do julgamento em diligência, no mérito, sou pelo conhecimento das apelações interpostas, dando-se-lhes provimento, a fim de reformar a decisão de primeira instância, desacolhendo totalmente o pedido contido na exordial.

Aracaju, 05 de Maio de 2003.

Pedro Iroito Dória Leó
PROCURADOR DE JUSTIÇA

PEÇAS PROCESSUAIS
(1ª INSTÂNCIA)

RECLAMAÇÃO

“Indeferimento do requerimento do Promotor de Justiça no sentido da volta do inquérito à Polícia para novas diligências - Não pode fazê-lo o juiz, cabendo da decisão correição parcial (TACrimSP, RT 455/402).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE vem respeitosamente perante V. Ex^a., por intermédio do Órgão de Execução *in fine* assinado, com espeque nos artigos 149 e seguintes do Código de Organização Judiciária de Sergipe – Lei n.º 2.246 de 26 de dezembro de 1979 - manifestar **RECLAMAÇÃO** contra decisão do digno Juízo de Direito da Décima Vara Criminal da Comarca de Aracaju (Segundo Tribunal do Júri), pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir delineados:

IN LIMINE

Em obediência ao disposto no art. 151 do Código de Organização Judiciária de Sergipe, apresentamos de imediato:

1. Cópia da decisão reclamada (fls. 159 e 163);
2. Cópia da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração formulado pelo MP (fls. 168 e 168v.);
3. Quanto às datas das respectivas publicações, observa-se que o *Parquet* foi intimado da primeira decisão em 13 de março de 2003 (fls. 164v.) e apresentou pedido de reconsideração (fls. 165 *usque ad* 167) em 18 de março do mesmo ano, portanto, tempestivamente (fls. 163, 164, 164v. e 165). Já em relação a segunda decisão (indeferindo o pedido de reconsideração - fls. 168 e 168v.), o Ministério Público tomou ciência na mesma no último dia 3 de abril (fls. 169) manifestando sua reclamação no dia 7 subsequente.

Destarte, foram atendidos fielmente os prazos fixados pelo art. 150, e seu parágrafo, do mencionado Código.

RELATÓRIO

Em 09 de janeiro de 2001 (fls. 02) foi instaurado Inquérito Policial com o fito de apurar as circunstâncias em que ocorreu o assassinato da vítima **J. M. F.** (referido IP foi autuado com o n.º 16/2001 perante o Juízo de primeiro grau).

Até o presente momento o Inquérito Policial não foi concluído (consoante demonstram os documentos de fls. 115 e 162) e o MP, a fls. 157, com fulcro no art. 16 do CPP, requereu a devolução do IP à Delegacia de origem para o cumprimento de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

O douto Juízo *a quo*, por meio da decisão de fls. 159 e 159 v., indeferiu o pedido supra, entendendo que o art. 16 do referido diploma legal não está mais em vigor, diante do disposto no art. 129 da Constituição Federal.

Diante de tal impasse, o Delegado solicitou ao Juízo que enviasse à Delegacia cópia do Inquérito Policial, viabilizando assim a continuação das investigações (fls. 162), contudo, este pleito também foi indeferido a fls. 163, ***“Considerando o contido no § 1.º, do art. 2.º do Provimento 08/202 da Corregedoria Geral da Justiça”*** - fls. 163.

Inconformada com tal situação, esta Promotoria de Justiça, tempestivamente, com espeque no art. 150 do Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe, formulou o pedido de reconsideração lançado às fls. 165/167.

O Juízo reclamado, por seu turno, manteve a decisão anterior - fls. 168 e 168v.

Ante tal quadro, vem o MP interpor a presente reclamação.

FUNDAMENTAÇÃO-DIREITO

1. PERTINÊNCIA DA RECLAMAÇÃO (CORREIÇÃO PARCIAL).

Nos moldes do art. 149 do Código de Organização Judiciária de Sergipe:

“São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do Juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder”. - Inovamos com negrito.

Estudando o emprego da **correição parcial** - denominada **reclamação** por alguns códigos estaduais, a exemplo do nosso - no processo penal, o eminente **Julio Fabbrini Mirabete**¹, com fulcro na jurisprudência,² leciona, *ipsis litteris*:

“Tem a correição parcial em vista, como já observado, o *error in procedendo*, ou seja, o erro cometido pelo juiz em ato processual que causa tumulto no processo. Por isso, se tem admitido a correição parcial nas seguintes hipóteses: (...) de indeferimento de pedido do Ministério Público para volta dos autos de inquérito à Delegacia de Polícia, para localização da vítima ou de testemunha, e para realização de diligências” – destacamos com negrito.

Realmente, nossos Tribunais têm decidido de forma reiterada nesse sentido, *ad verbum*:

“Diligências requeridas pelo promotor público antes da denúncia - Indeferimento pelo juiz - Sustação dos autos de inquérito policial - Inadmissibilidade - Correição Parcial deferida”³.

¹ In Processo Penal, Editora Atlas, 2.ª edição, 1992, p. 678.

² RT 556/342; 573/363.

³ TJSP - Cor. Parc. 14.426-3 - Rel. Prestes Barra - RT 572/319.

“Correição parcial interposta por Promotor, contra decisão de Magistrado que indeferiu pedido de diligências complementares - Cabimento. A jurisprudência, de modo pacífico, firmou entendimento no sentido de ser cabível correição parcial, mesmo durante o inquérito policial, contra decisão judicial que indefere pedido de complementação de diligências formuladas pelo MP”⁴

27088779 – CORREIÇÃO PARCIAL – Irresignação ministerial contra decisão denegatória do pedido de retorno dos autos de inquérito a origem para complementação das investigações. Inteligência do artigo 16 do código do rito. Tratando-se de diligência imprescindível ao exercício do jus persecuendi, sua denegação constitui erro ou abuso capaz de tumultuar o procedimento a propositura da ação penal. Deferiram a correição para cassar o despacho hostilizado. Unânime. (TJRS – CPar 70000037457 – (00331695) – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Antônio Carlos Netto de Mangabeira – J. 14.10.1999)

27088756 – CORREIÇÃO PARCIAL – Indeferimento, pelo juiz, de baixa do inquérito a polícia, a pedido do ministério público, sob o fundamento de que ao parquet cabe requisitar diretamente a polícia diligências necessárias a formação da opinio delicti. Correição deferida. Enquanto não mudada a legislação, a baixa do inquérito a autoridade policial

⁴ TACRIM-SP - Cor. Parc. 285.847 - Rel. Adalberto Spagnuolo - JUTACRIM-SP 69/222 e RT 556/342.

somente poderá ocorrer quando deferida pelo juiz, nos termos do art. 16 do código do rito. Voto vencido. (TJRS – CPar 70000034876 – (00331682) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Ranolfo Vieira – J. 08.09.1999) - Inovamos com destaques.

Tais ensinamentos amoldam-se como uma luva ao caso concreto sob comento, sendo perfeitamente cabível, portanto, a presente Reclamação.

2. INAPLICABILIDADE DO PROVIMENTO N.º 08/2002 DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA.

Estudando o referido provimento em cotejo com o ordenamento jurídico em vigor, ao se manifestar em hipótese semelhante à sob exame, o combativo e estudioso Promotor de Justiça **Alonso Gomes Campos Filho**⁵, titular da Promotoria de Justiça de Própria, concluiu, *verbo ad verbum*:

“Em que pese a louvável proposta de cunho ordinatório-administrativo no sentido de oferecer maior celeridade aos procedimentos informativos na seara penal, assim como a obtenção de uma pronta prestação jurisdicional no Juízo Criminal, não se deve olvidar a caracterização do provimento em apreço como um mero ato administrativo, *interna corporis*, portanto que visa apenas a disciplinar o funcionamento da boa administração da justiça local, não apresentando, destarte, o condão de suplantar Lei Federal que estabeleça de forma diversa, ou mesmo imiscuir-se de disciplinamento próprio da aludida espécie normativa (Lei *strito sensu*), *ex vi* do contido no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei

⁵ Peça Informativa nº 56/2002 - Origem: Delegacia de Polícia de Própria

de Introdução ao Código Civil), combinado com o artigo 3º, do Código de Ritos Penais.

Essa é a didática lição do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles, em sua festejada obra intitulada *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 26ª edição, São Paulo, SP, 2001, p. 175. Verbis:

“Atos administrativos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São os provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições.

(...)

São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem”. (Sem grifos no Original).

Como se pode perceber, Douta Magistrada, não se vislumbra no Ordenamento Jurídico pátrio, notadamente no Código de Processo Penal, até o presente momento, norma inserta em dispositivo de Lei (*strito sensu*) que obrigue às Repartições Policiais manterem, em seus arquivos, cópias de procedimentos que iniciam, podendo ocasionar, ante a norma contida no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna de 1988, uma grande confusão procedimental, fato que redundaria em insofismável óbice à almejada celeridade processual e ao elevado anseio de Pacificação Social. Observe-se que nem mesmo para os autos do processo criminal se exige cópia, pois há no

Código de Processo Penal disciplinamento própria para restauração de autos extraviados (artigos 541 a 548). Daí a não obrigatoriedade da existência de cópia de inquérito policial.

Com isso, não obstante o preceituado no Provimento nº 08/2002, oriundo da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Sergipe, devem os presentes autos retornar à Delegacia de Polícia de origem, **nos termos do artigo 16 do Código de Processo Penal (que se encontra em plena vigência)**".

Com efeito, havendo norma federal disciplinando a matéria - **artigos 10 § 3.º⁶ e 16, ambos do Diploma Penal Adjetivo** (determinando que o Inquérito Policial seja devolvido à autoridade policial para realização de novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia), não se pode acolher qualquer outro ato inferior.

3. AD ARGUMENTANDUM TANTUM - AINDA QUE SE PRETENDA APLICAR O SUPRACITADO PROVIMENTO - A DECISÃO RECLAMADA PRECISA SER REVISTA.

Em que pese a compreensível justificativa do Juízo de primeiro grau, buscando atender as orientações da Corregedoria Geral da Justiça, criou-se uma situação inaceitável, extremamente prejudicial à justiça, isto é, **trancou-se, sustou-se o Inquérito Policial, impedindo a continuação das investigações.**

Entendemos que, na hipótese *sub examine*, deve-se promover uma interpretação lógico-sistemática, teleológica, do mencionado Provimento, a fim de evitar que ele crie, justamente, uma situação que pretendia evitar. Vejamos.

Logo nas suas justificativas ("considerandos"), o Provimento consigna: **"Considerando a necessidade de permitir uma maior celeridade na tramitação do inquérito policial..."**.

⁶ Aliás, o próprio Provimento reconhece expressamente a plena vigência deste dispositivo legal: **"Considerando que as normas processuais penais aplicáveis ao inquérito policial continuam em pleno vigor (art. 5.º, II, 1.ª parte; art. 13, II, 1.ª parte e § 3.º do art. 10, do CPP)"** - sublinhamos.

Em seguida, no § 2.º do art. 2.º, é prevista a possibilidade do Juízo encaminhar à Delegacia de Polícia cópia de documentos que foram juntados após sua remessa à Justiça.

Percebe-se que, ao editar o Provimento supracitado, a Corregedoria não cogitou a hipótese da Delegacia não dispor de cópia do Inquérito; aliás, o que é muito comum, até porque, s.m.j., não existe mandamento legal que imponha a extração de cópia do IP para ser arquivado na Delegacia.

Sendo assim, diante do presente caso concreto não contemplado pelo Provimento (inexistência de cópia do IP na Delegacia de Polícia) cabe ao intérprete encontrar uma solução que esteja de acordo com a finalidade do ato.

Não temos dúvida de que, neste caso, a melhor solução para ***“permitir uma maior celeridade na tramitação do inquérito policial”*** é estender o comando insculpido no § 2.º do art. 2.º do Provimento n.º 08/2002, a fim de permitir ao Juízo que encaminhe à Delegacia de Polícia cópia do Inquérito Policial.

Caso contrário, se estabelecermos apenas e tão somente uma interpretação literal, estaremos violando o Provimento na sua essência e impedindo uma maior celeridade na tramitação do inquérito policial; ou pior, estaremos bloqueando a tramitação do IP.

Embora mereça encômios a intenção das Corregedorias da Justiça e do Ministério Público, no sentido de agilizar os procedimentos e evitar extravio dos autos, na prática, o mencionado ato administrativo ordinatório precisa ser interpretado de forma a atender às suas finalidades.

Ad exemplum, ressaltamos uma situação enfrentada recentemente, quando solicitamos a remessa de outro Inquérito Policial à Delegacia de Polícia para realização de exame de grafoscopia em vários documentos dos autos. Nesta hipótese a perícia só poderá ser feita com os documentos originais! Logo, faz-se mister, a remessa dos autos originais à Delegacia, mesmo contrariando o Provimento da Corregedoria, por se tratar de um caso ***sui generis***.

Conforme sabedoria popular ***“toda regra tem exceção”*** e precisamos tratá-la (a exceção) de forma adequada e diferenciada, sob pena de tornar inócua a própria regra.

Dessarte, inexistindo cópia do IP na Delegacia de Polícia, cabe ao Juízo perscrutar a finalidade do Provimento n.º 08/2002, remetendo cópia do mesmo a autoridade policial, possibilitando assim a continuação das investigações; sob pena de trancar o Inquérito.

4. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.

Acreditamos que a atuação do Poder Judiciário, ainda na fase inquisitiva relativa ao Inquérito Policial, não fere o princípio da imparcialidade, inerente ao referido Poder, divergindo assim do entendimento da abnegada magistrada de primeira instância, a quem admiramos profundamente.

Pelo contrário, cremos que a imparcialidade permanece incólume, inabalável, protegendo, inclusive, o princípio da igualdade entre as partes (futuras).

Isto porque, nesta fase, o Juízo não aprecia o mérito da prova colhida, não se manifesta sobre o conteúdo da mesma; entretantes, funciona como valoroso guardião, assegurando a observância das formalidades legais na colheita dos elementos probatórios.

Neste momento pré-processual, o Judiciário **não** é mero figurante, **não** “assiste” passivamente aos acontecimentos. Cabe-lhe deferir ou indeferir os requerimentos ministeriais.

Indeferir, *verbi gratia*, o retorno do Inquérito à Delegacia de Polícia quando as diligências solicitadas pelo *Parquet* forem prescindíveis ao oferecimento da denúncia⁷ ou violarem dispositivo legal.

O Poder Judiciário garante, pois, ao futuro denunciado, dentro das suas possibilidades, uma investigação que observe os ditames da lei. São os freios e contrapesos.

Além disso, cremos que o disposto no art. 129 da *Lex Mater* convive concomitantemente e pacificamente com as regras previstas nos artigos 10 § 3.º e 16, ambos do CPP.

Aliás, este também é o entendimento dos Tribunais pátrios, consoante jurisprudência colacionada alhures, bem como das

⁷ RT 454/378 e 455/402.

Corregedorias da Justiça e do Ministério Público, consignado no Provimento supracitado, *ipsis litteris*:

“...as normas processuais penais aplicáveis ao inquérito policial continuam em pleno vigor”.

Em seu art. 2.º, o mesmo ato foi taxativo (e neste ponto não violou lei federal; seguiu fielmente o CPP) ao estabelecer:

“Art. 2º. Após manifestação ministerial, os autos retornarão ao Juízo de Direito com os possíveis requerimentos de diligências e posicionamentos, os quais deverão ser apreciados no prazo legal, dando o Juiz o encaminhamento necessário à regular tramitação do feito” - inovamos com negrito.

Sendo assim, acreditamos que na hipótese *sub judice* há apenas duas opções a serem seguidas:

1. Rejeitar o Provimento n.º 08/2002 - por contrariar os artigos 10 § 3.º e 16, ambos do CPP - e determinar a devolução do Inquérito Policial à Delegacia de origem para cumprimento das diligências solicitadas pelo MP e conclusão das investigações;
2. Acolher o Provimento n.º 08/2002 - considerando a relevância do seu propósito - e determinar a remessa de cópia do Inquérito Policial à Delegacia de origem, promovendo assim o “encaminhamento necessário à regular tramitação do feito”.

⁸ Nos moldes do art. 153 do COJ.

CONCLUSÃO

Ex positis, a Segunda Promotoria de Justiça do Júri da Capital requer, após a oitiva do insigne Juízo reclamado, bem como do M.D. Procurador Geral de Justiça⁹, seja a decisão atacada corrigida, determinando-se a remessa dos autos n.º 16/2001 - paralisados na 10.ª Vara Criminal (**Inquérito Policial** cuja vítima é **J. M. F.**) - à Delegacia de Polícia, com fulcro nos artigos 10 § 3.º e 16, ambos do Diploma Penal Adjetivo.

Ad cautelam, se o primeiro pleito for rejeitado, o *Parquet* requer, com espeque no art. 2.º do Provimento n.º 08, de 22 de outubro de 2002, emanado da Corregedoria da Justiça, de acordo com a Corregedoria Geral do Ministério Público, seja a decisão atacada corrigida, determinando-se a remessa de cópia dos autos n.º 16/2001 - paralisados na 10.ª Vara Criminal (**Inquérito Policial** cuja vítima é **J. M. F.**) - à Delegacia de origem, promovendo assim o “encaminhamento necessário à regular tramitação do feito”.

P. deferimento.

Aracaju, 7 de abril de 2003.

Félix Carballal Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA⁹

⁹ Informamos que em 22/10/2003 (Proc. n.º 1910/2003, Recurso n.º 04/2003) o Tribunal de Justiça de Sergipe negou provimento a esta RECLAMAÇÃO; inconformado com a decisão o Procurador Geral de Justiça interpôs RECURSO ESPECIAL

PARECER

ALTERAÇÃO DE REGIME MATRIMONIAL DE BENS

Analiso autos onde consta pedido de Alteração de Regime Matrimonial de Bens postulado por J. A. N. e R. M. A, promovido por Advogado legalmente habilitado, fls. 05.

Alegam e demonstram que são casados pelo regime da **comunhão parcial de bens**, pretendendo a mudança para o regime de **separação total de bens**, lastreando o pleito no art. 1639, § 2º do Novo Código Civil. Invocam como motivação do pedido o fato de serem empresários com pretensão de usar, com validade, dos atos previstos no art. 1647, do Código Civil de 2002.

Juntam o documento que demonstra o casamento civil entre ambos, fls. 06, carecendo de demonstração da condição empresarial alegada que restou, após reclamo Promotorial, satisfeita.

Dita condição enfatizada pelo ilustre Advogado como “**pública e notória**” e para a qual indica a aplicação direta da norma do art. 334, inciso I, do CPC, inclusive irresignando-se acerca da pretensão Promotorial de ouvida dos interessados para melhor conhecimento das razões do pedido, invocadas de forma lacônica na inicial, parece-me, com a devida vênia, duplamente equivocado.

A um porque a publicidade e notoriedade reclamada cinge-se, ao menos na atualidade, aos Genitores dos Promoventes;

A dois *porque não se dispensa, independentemente da qualidade da parte a prova legalmente exigida necessária à qualquer Postulante e de qualquer condição, sendo expresso **verbis**:*

Art. 1639. É lícito aos nubentes , antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido

motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros (grifamos).

Assim, em toda a pesquisa amplamente feita para se conhecer da possibilidade da procedência do pedido, como adiante exposto, foi encontrado, e de forma enfatizada, a indicação de necessidade de apuração das razões invocadas para a pretendida mudança de regime de bens, citando os profs. Sílvia Rodrigues, Sílvia Salvo Venosa, M^a Helena Diniz, Américo Luis Martins da Silva, Segismundo Gontijo e Rolf Madaleno.

Tais considerações são feitas e motivadas pelo reconhecimento pessoal e profissional nutridos pela titular desta Promotoria ao ilustre Advogado. Caminhos novos abertos pela atualíssima legislação nos obriga a desvendar as adequações procedimentais necessárias, mormente naquela em que houve razoável mudança do que era adotado anteriormente.

Assim, sem pretensões maiores, as razões da cautela do Órgão Ministerial distanciada, à evidência, de tumulto ou procrastinação do feito, sempre por mim rejeitados.

Passemos , todavia, à análise meritória da questão.

Nosso Código Civil revogado e o atual Código Civil de 2002 adotou a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial no casamento, como regra geral, limitada por algumas exceções legais.

Dita liciedade da livre estipulação (Sílvia Rodrigues) manteve-se inalterada salvo excepcional mudança no tocante a irrevogabilidade do regime de bens, com vigência desde a data do casamento (art. 1639, §§ 1º e 2º do Novo Código Civil e arts. 256, parágrafo único e art. 230 do Código Civil de 1916).

Inquestionável, pois, a possibilidade da **revogabilidade** da escolha de regime de bens feita, desde que, **em pedido comum e motivado** dos cônjuges, haja, após convencimento das **razões invocadas**, autorização judicial para tanto.

Todavia, percorrendo os novos horizontes abertos pela legislação substantiva civil, encontro instigante artigo nas disposições

transitórias que veda, e de forma expressa, dita revogabilidade no regime de bens adotado em casamentos civis celebrados sob a égide do revogado Código Civil de 1916.

Trancrevo:

Art. 2039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

Buscando a motivação da existência da norma por lei estabelecida, constatei que a mesma visa assegurar a eficácia da norma constitucional; - art. 5º , XXXVI – isto é , **o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada.**

Na escassa doutrina encontrada à respeito, leciona com a clareza peculiar a Dra. M.^a Helena Diniz, Comentários ao Código Civil, vol. 22, pág. 361 , verbis:

“ Se o art. 2039 do novo Código Civil assim não dispusesse, ocorreriam sérios tumultos. Por isso, continuará então, vigorando a lei precedente à recém-editada, harmonizando-se, assim, a estabilidade de situação adquirida pelos cônjuges e a segurança das operações jurídicas com a mutação reclamada pela vida do direito e pela evolução social. Se o novo Código Civil regesse todas as conseqüências dos fatos anteriores, destruiria direitos legitimamente constituídos sob o império do antigo diploma legal, prejudicando interesses legítimos dos cônjuges e causando grave perturbação social “ .

Ainda, aludindo a eficácia residual dos artigos da lei anterior revogados, cita o mestre Miguel Reale dizendo:

“Uma norma pode tornar-se eficaz apesar de revogada, porque outra lei vigente ordena o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas ou aperfeiçoada no regime da lei anterior, ou, então, porque se deve aplicar a norma em vigor na época em que certos fatos ocorrem”.

Na mesma ótica posiciona-se os ilustrados Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Barreto de Andrade Nery, no Novo Código Civil, R.T., pág. 657, **verbis**:

“O regime de bens entre os Cônjuges rege-se, no sistema do CC/ 1916, pelos artigos 265 a 314. O sistema do CC/ 1916 no início de sua vigência celebrava o regime da comunhão universal de bens para os cônjuges que não manifestavam disposição diversa em pacto antenupcial válido (redação do CC/ 1916 258 antes da vigência da LDiv). Os casamentos celebrados após a vigência da LDiv, ainda na vigência do CC/1916, na ausência de convenção diversa válida, são celebrados pelo regime da comunhão parcial”.

Dessa forma, apesar de entender que a postulação feita em comum - condição pela lei – poderia dar sustento suficiente a mudança de situação concretizada em lei anterior, parece-me não se configurar de forma satisfativa o resguardo ao direito de terceiros, com a mudança advinda.

E mesmo em situação de excepcionalidade, dita revogabilidade de regime de bens escolhido quando havia certeza de sê-lo irrevogável, poderá ser prejudicial a um dos cônjuges.

Frisa-se, também, que dita alteração com autorização judicial apesar da necessária averbação, não se reveste do caráter de publicidade.

Ademais, a temática é nova com tímidos julgados que não lhe dão maior visão, o que certamente ocorrerá com os casos concretos e as especialidades que cada um revela. O certo é que o

direito de terceiros deverá ser sempre assegurado, mesmo que possa no caminhar doutrinário e jurisprudencial haver revogabilidade de regimes de bens de casamentos celebrados anteriormente à vigência do Novo Código, bem como há de se atentar as exigências éticas e recíprocas em relação aos cônjuges e outros interessados, cujo valor é de maior e aprofundado conteúdo do que àqueles de caráter estritamente patrimonial.

Não é o caso dos autos que revela, sem maiores aprofundamentos, simples situação de conveniência dos Postulantes pela profissão exercida, sem prejuízo a terceiros.

Sem contudo encontrar apoio de ordem legal e doutrinário, sem base jurisprudencial pela terna idade de vida da lei, parece-me não poder ser dado tratamento outro que não o de rejeição do pedido, com amparo no art. 2039, da nova legislação civil.

Aracaju (SE), 21 de julho de 2003.

Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg
PROMOTORA DE JUSTIÇA

PARECER

EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, representado pelo seu 4º Promotor de Justiça Criminal, subfirmado, com assento e titularidade perante este Juízo, instado a se manifestar nestes autos apartados (art. 111, CPP), acerca da *exceção de litispendência* suscitada pelo causídico defendente do denunciado Edwards de Oliveira Santos Silva (fls. 100/103), temos a dizer o seguinte.

Argúi o excipiente que, apesar de estar sendo processado neste juízo, em face do cometimento o crime de estelionato contra a Escola Técnica Federal de Sergipe, onde o mesmo trabalha, fato ocorrido a 13 de setembro de 1999 (cf. denúncia avistável às fls. 02 usque 05, dos autos principais); nos dá conta da existência de outra ação penal incondicionada, *anteriormente ajuizada* pelo Ministério Público, pertinente ao mesmo fato, em tramitação pela 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Sergipe (processo nº 200.85.2252-5-JF-SE), conforme faz certo com ajuntada da denúncia avistável à fls.02/04, destes autos apartados.

Examinando a DENÚNCIA adunada aos presentes autos, oriunda da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, bem como os demais documentos que a acompanha (fls. 103/104 e 105 a 108), constata-se que efetivamente o fato narrado naquele outro juízo é idêntico ao deste feito (Processo nº 20022400116), posto que se trata do mesmíssimo fato delitígeno, a saber:

“No dia 13 de setembro de 1999, o denunciado (Edwards de Oliveira Santos Silva), funcionário da Escola Técnica Federal de Sergipe, trabalhando no setor de almoxarifado e responsável pelo processo de compra de material, efetuou, fraudulentamente, uma compra de 20 (vinte) cartuchos de impressora da firma MULTIVISON – INFORMÁTICA COMÉRCIO E

SERVIÇOS LTDA., em nome da ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE SERGIPE – ETFSE, mediante falsificação da assinatura do então Diretor de Administração e Planejamento da referida instituição – DAP/ETFSE, o senhor Celso Tavares dos Santos (fls. 25)”.

Como não pode haver dois processos contra a mesma pessoa pelo mesmo fato – *ne bis in idem* – é natural cuide o Órgão Jurisdicional de dar solução à exceção oposta. Estamos, pois, a tratar do instituto da litispendência.

O instituto da litispendência tratado no processo penal – art. 110 - há de se reconhecer, é bastante rarefeito, o que nos obriga, graças à permissividade prevista no seu artigo 3º, buscar interpretação extensiva e aplicação analógica no Código de Processo Civil e na Doutrina.

Sobre o tema, lembra **Walter P. Acosta** que, o Código de Processo que vigorou no Paraná, um dos mais bem redigidos estatutos regionais que tivemos, definia com precisão: “Terá lugar à exceção de litispendência, achando-se pendente, pelo mesmo crime, perante o mesmo juiz ou perante outro, ação idêntica” (O Processo Penal, Walter P. Acosta, Coleção Jurídica da Editora do Autor, 2ª ed., pág. 203).

É comum confundir-se esta exceção com a prevenção, mas deve notar-se que, na prevenção, há um só processo e dois juizes, igualmente competentes, sendo um o preferido por haver sido o primeiro a conhecer do fato, primazia que faz firmar-se nele, e não no outro, a competência; na litispendência, pelo contrário, há reprodução indevida de processos sobre um mesmo fato, devendo-se, em consequência, sustar o processo que seja duplicação do outro. A prevenção, portanto, é uma situação processual, relativa à competência que, uma vez declarada ou reconhecida, torna a lide pendente do julgamento de um determinado juiz. Se, depois disso – como diz Tornaghi – o mesmo autor faz contra o mesmo réu o mesmo pedido, com o mesmo fundamento, quer perante o mesmo juiz, quer diante de outro, cabe a arguição de litispendência.

É cediço que, enquanto um litígio pende de julgamento de um juiz, diz-se que há litispendência. Proposta a ação, explica Frederico Marques, o pedido nela contido dá origem a um litígio processual. A pretensão se torna pendente. É o que se chama litispendência.

Segundo o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho, “a litispendência tem como efeito importantíssimo o de impedir a duplicação da ação, isto é, enquanto houver uma lide pendendo de julgamento, não poderá ser instaurado outro processo contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato. Se tal ocorrer, a parte poderá, por meio da *exceptio litispendentiae*, evitar o *bis in idem*” (Processo Penal, Vol. 02, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, pág. 494).

Tornaghi, com singeleza define a exceção de litispendência nos termos seguinte: “quando alguém propõe contra outrem, no mesmo juízo ou em juízo diverso, novamente, a mesma causa, pode o réu argüir litispendência, isto é, pode alegar que aquela causa já pende de julgamento, não devendo ser objeto de dois processos (*ne bis in idem*)”. (in Hélio Tornaghi, Código de Processo Penal, vol. 2, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, pág. 172).

Ainda o eminente processualista afirma que: “é certo que o CPP não define a litispendência. FÁ-lo, contudo, o CPC, no art. 301 e parágrafos – repetição de ação que está em curso”. Razão porque há de se aplicar por analogia tal preceito ao artigo 110, do CPP.

A Jurisprudência não tem fugido dos conceitos supracitados, senão vejamos:

STF: “Para que se configure a litispendência é necessário que o mesmo autor, invocando o mesmo fato, formule o mesmo pedido contra o mesmo réu” (RT 538/463). STJ: Processo Penal. Litispendência. Há litispendência quando uma ação repete outra em curso. Os elementos constitutivos são: legitimidade ativa e passiva; causa de pedir e pedido. Esses elementos da Teoria Geral do Processo Penal, particularmente quanto ao pedido. Repetem-se ações penais quando a imputação atribui ao acusado, mais de uma vez, a mesma conduta delituosa” (HC 4.325/TJ-DJU de 22-9-97, p. 46.556; in Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Anotado, 9ª ed., Atlas, São Paulo, pág. 388).

STF: “Litispendência. Dupla condenação pelo mesmo fato delituoso: *bis in idem*. Não pode subsistir

a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7-5-1993 (Processo nº 257/93) já que, antes disso, ou seja, a 4-5-1993, havia outra denúncia, igualmente recebida, pelos mesmos fatos delituosos (no Processo 232/93). A litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali à condenação. HC deferido para, com relação ao paciente, anular-se a sentença proferida no Processo nº 237/93-25ª V. Criminal SP, bem como o acórdão que a confirmou, a Apelação nº 861.423, Julgada pela 11ª Câmara do TACRIM-SP, **ficando, quanto a ele, trancado definitivamente o processo**" (HC 72.364-1-SP-DJU de 23-2-96, p. 3.623-4. No mesmo sentido, STF: HC 72.330-6-SP-DJU de 27-10-95, p. 36.333; Julio Fabbrini Mirabete, *idem*, p. 389).

Considerando, pois, a constatação de duplicidade de denúncias pelo mesmo fato delituoso, que redundou em processos distintos: um neste juízo (Processo nº 116/2002), correspondente ao presente feito, **datado de 05.08.2003**; e o outro - **mais antigo** -, corrente pela 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Sergipe, **datado de 03.06.2003**; e, que, em assim permanecendo, redundaria no julgamento do mesmo fato delituoso duas vezes (*bis in idem*). Poder-se-á, portanto, opor-se a exceção de litispendência neste segundo feito, corrente nesta 4ª Vara Criminal, **porque é o mais novo**, evitando-se, por conseguinte, nulidade absoluta de futura decisão de mérito.

Ocorrendo, pois, a litispendência, o caminho processual a ser percorrido é o trancamento da ação penal. Como foi dito anteriormente, o Código de Processo Penal não dá esta solução e, portanto, deve o hermeneuta fazer uso da analogia, dando à causa solução idêntica à que o legislador encontrou para o processo civil, qual seja, a extinção do processo sem o julgamento de mérito, conforme o art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil. A aplicação é válida porque a motivação é idêntica para ambos, que é evitar duplicidade de ações contra o mesmo réu, pelo mesmo fato e mesma causa de pedir. Neste sentido, o primoroso ensinamento de Vicente Greco Filho, **verbis**:

“O inciso V do art. 267 prevê a extinção do processo se o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada. Esses fatos são impeditivos da constituição e desenvolvimento regular do processo. São os chamados pressupostos processuais objetivos-negativos, porque não podem existir para que o processo seja válido. (...) A litispendência é a situação que é gerada pela instauração da relação processual, produzindo o efeito negativo de impedir a instauração de processo com ação idêntica (mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir). Se instaurado, o segundo deve ser extinto, salvo se, por qualquer razão, o primeiro for antes extinto sem julgamento do mérito também”. (Direito Processual Civil, vol. 2, 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, pp. 68).

Como não bastasse, se não houvesse a constatação da litispendência firmada anteriormente na 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Sergipe, não seria o juízo desta 4ª Vara Criminal competente para processar e julgar o presente feito, mas certamente aquela outra, haja vista tratar-se de infração penal praticada em detrimento de bens da União, conforme inteligência do artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal.

Ex positis, opinamos no sentido de que seja, este processo, **trancado definitivamente, com a sua conseqüente extinção**, ante a constatação da litispendência firmada, na conformidade do artigo 110, do CPP, c.c. o artigo 267, inciso V, CPC, aplicado analogicamente ao presente fato.

É o que nos parece, s. m. j.

Aracaju, 06 de novembro de 2003.

Paulo Lima de Santana
4º PROMOTOR DE JUSTIÇA CRIMINAL

PARECER

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Cuida-se de conflito de atribuições suscitado pelo Eminentíssimo Curador de Fundações do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios referente à atribuição conferida ao Ministério Público Federal pelo art. 66 da Lei 10406/2002 no que tange à guarda das fundações no Distrito Federal e Territórios.

2. A questão vem sendo pomo de discórdia há algum tempo no âmbito do MPU.

3. Em janeiro último, o então PGR, Dr. Geraldo Brindeiro, por meio de Resolução entendeu conferir à atribuição, apesar da redação explícita da Lei e da pendência de ADIN no STF (relator Min. Sepúlveda Pertence) ajuizada pela CONAMP, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

4. Tal posicionamento, tomado sem que houvesse sido suscitado conflito de atribuições, diga-se, foi questionado pelos membros da PRDF por intermédio de pedido de reconsideração, o qual foi acolhido.

5. Entretanto, o objeto do pedido de retratação em nada tocou no mérito da controvérsia, limitando-se a questionar a conduta do PGR que, no entender dos membros da PRDF, havia exorbitado de suas atribuições. A questão relativa a quem atine a atribuição de velar pelas fundações no DF e territórios permaneceu intocada.

6. À vista do novo posicionamento do PGR de então é que foi palmilhado o presente conflito que ora reclama manifestação.

7. Instada a se manifestar acerca da questão, a PRDF promoveu debate interno com o objetivo de estabelecer uma posição acerca do assunto tendo a maioria da casa concordado com a tese da inconstitucionalidade consoante os argumentos adiante explicitados.

8. É o breve relato do ocorrido até o momento

9. O art. 66 do CC/02, objeto do estudo, está assim redigido:

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

a) Do claro equívoco legislativo.

10. Primeiramente, salta aos olhos a anacronicidade do dispositivo em relação ao delineamento hodierno do Ministério Público, especialmente após a Constituição de 1988.

11. Como é de domínio público, a comissão encarregada de redigir o projeto do CC/2002 foi constituída sob a direção do professor Miguel Reale em 1969. O trabalho de redação foi concluído e enviado ao Congresso Nacional na segunda metade da década de 70 e, após marchas e contramarchas, sua aprovação se deu apenas em fins de 2001.

12. Neste meio tempo inúmeras foram as modificações ocorridas em nossa configuração estatal influíram decisivamente na questão.

13. A maior delas foi o reconhecimento da qualidade de ente federativo do Distrito Federal, que deixou de ser parcela da União, amealhando autonomia política e governamental próprias.

14. Tal modificação exigiu que ao DF fossem atribuídos os mesmo encargos e cometidas as mesmas competências administrativas e legislativas peculiares a Estados e Municípios transformando Brasília, no dizer de José Afonso da Silva, em *civitas civitatum*.

15. Por tais razões, a CF/88 criou como ramo autônomo do Ministério Público da União o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que nasceu com a vocação de aglutinar as atribuições,

no âmbito do Distrito Federal e dos Territórios que vierem a ser criados, as mesmas atribuições cometidas nos Estados aos ramos do MP nacional em exercício nas unidades da Federação.

16. Claramente, pois, a redação do dispositivo mencionado parece ter sido motivada pela antiga configuração federativa do Estado brasileiro.

17. Tal perquirição, entretanto, em nada contribui na verificação da constitucionalidade da norma em tela. O texto está em vigor e qualquer incompatibilidade vertical deve ser apontada segundo a configuração constitucional que se tem hodiernamente.

b) Da inconstitucionalidade formal

18. O dispositivo sob exame padece de inconstitucionalidade formal.

19. Com efeito, reza a Constituição Federal, em seu art. 128, § 5º que:

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

“c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;”

II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

20. A redação do dispositivo é clara: apenas a Lei Complementar pode conferir atribuições a RAMOS do Ministério Público. E tal diploma legislativo deve contar com iniciativa qualificada exigida pela CF (no caso do MPF com iniciativa do Procurador-Geral da República, 128, § 5º, ou do Presidente da República a teor do art. 61, § 1º, II, “d” da CF).

21. A lei 10406/02 tem *status* de lei ordinária sendo, portanto, veículo inadequado para a regulação da matéria.

22. Note-se bem: não se quer dizer com isto que a Lei ordinária não possa conferir atribuições ao Ministério Público como instituição una e indivisível. O que se afirma, somente, é que a repartição das atribuições entre os diversos ramos que compõem o MP nacional deve ser feita por Lei Complementar.

23. Recentemente, aliás, em veto apostado ao art. 38 da Lei 10671/03 tal consideração constituiu o cerne da motivação do ato presidencial como atesta o excerto das razões de veto a seguir transcrito:

Também ouvida, a **Advocacia-Geral da União** assim se manifestou quanto ao dispositivo a seguir vetado:

Art. 38

“Art. 38. A organização desportiva do País integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, cabendo:

I - ao Ministério Público Federal fiscalizar a legalidade dos atos praticados no âmbito das

entidades nacionais de administração do desporto e das ligas nacionais, inclusive aquelas de natureza financeira, fiscal, contábil e administrativa, apurando as respectivas responsabilidades;

II - ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal fiscalizar a legalidade dos atos praticados no âmbito das entidades estaduais e distritais de administração do desporto, das ligas regionais e das entidades de prática desportiva, inclusive aquelas de natureza financeira, fiscal, contábil e administrativa, apurando as respectivas responsabilidades.”

Razões do veto

“Nos termos do art. 128, § 5º, da Constituição Federal, leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

No que diz respeito ao Ministério Público da União, que abrange o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (art. 128, I, “a” e “d”, da Constituição Federal), a lei prevista no ordenamento constitucional é a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, lei essa que não pode ser alterada por lei ordinária, como quer fazer o art. 38 do projeto.

O mesmo ocorre quanto ao Ministério Público dos Estados, que não pode ser objeto de lei federal, salvo na hipótese de serem estabelecidas normas gerais para sua organização. A matéria é regulada por lei de iniciativa privativa do Presidente da República, nos termos do art. 61, § 1º, II, “d”, da Lei Maior, o que não é o caso em análise.

Não bastassem esses argumentos, o art. 38 refere-se à organização desportiva do País, estranha ao

conteúdo do projeto – defesa do torcedor, e própria da lei que institui normas gerais para o desporto. Por esse simples motivo, já seria preferível a adoção do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.615, de 1998, proposto pelo Projeto de Conversão nº 1, de 2003, ao acolhimento do dispositivo em exame.

Aliás, o art. 40 do projeto em exame preceitua que “a defesa dos direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”, já estando, por conseguinte, devidamente fixada a competência do Ministério Público no que se refere à proteção do torcedor”.

c) Da inconstitucionalidade por quebra de paralelismo funcional estabelecido pela Constituição

24. Também é inconstitucional o dispositivo por afetar estruturalmente as atribuições dos ramos ministeriais estabelecida pela Constituição e explicitada pela Lei Complementar nº 75/93.

25. Segundo o comando constitucional, a vocação jurisdicional do Ministério Público Federal dirige-se à postulação perante a Justiça Federal, ordinariamente. Isto não significa que os membros do Ministério Público não possam postular perante outros juízos. A autorização existe, apesar do veto apostado ao art. 37, III da Lei Complementar 75/93, por exemplo, na Lei da Ação Civil Pública quando regulado o chamado “litisconsórcio entre Ministérios Públicos”, expressão por demais infeliz. Mas tal fato dar-se-á não como regra, mas excepcionalmente. A atribuição *in re ipsa* cometida aos Membros do MPF diz respeito à postulação perante os juízos federais constituídos.

26. Chega-se aqui a um ponto nevrálgico: ou a Lei, conferiu ao Ministério Público Federal a atribuição ordinária de postulação perante o Juízo Distrital ou deslocou toda a matéria atinente às fundações no Distrito Federal e Territórios à Justiça Federal de forma indireta.

27. Em uma ou noutra hipótese há vício de inconstitucionalidade.

28. Se admite-se que o Ministério Público Federal tenha atribuição ORDINÁRIA¹ para postular perante juízo diverso do federal quebra-se a sintonia com o texto constitucional por flagrante desrespeito à repartição de funções ali estabelecida. Além disso, faz-se tábula rasa de tudo o que dispõe a Lei Complementar 75/93 a respeito da atuação jurisdicional do Ministério Público Federal.

29. Se, de outro lado, a atribuição migrou, por força da Lei, à Justiça Federal, têm-se inadequado incremento competencial da justiça federal por meio de ato infraconstitucional desrespeitando o preceito *numerus clausus* do art. 109 da CF e subvertendo a hierarquia normativa, fazendo preponderar a Lei sobre a Constituição. E, ressalte-se, o aumento da competência não é da Justiça Federal como um todo mas da Seção Judiciária do DF pois só aqui a questão das fundações é relegada à área federal.

30. Em caso assemelhado e de grande repercussão referente ao art. 84 do CPP e a nova redação de seu parágrafo 1º o Eminentíssimo Procurador-Geral da República assim se manifestou:

7. Aparto-me do pensamento do il. Relator Wagner Natal.

8. A questão não está em saber-se se a lei infraconstitucional “ampliou, e não gerou nova competência para as Cortes” (fls. 280, *in fine*).

9. A questão está em saber-se se pode haver interpretação da Constituição conforme a lei.

10. Por certo que não!

11. Muito a propósito, a lição do Magistrado André Gustavo C. de Andrade, *verbis*:

“Na direção inversa – da harmonização do texto constitucional com a lei – haveria a denominada “interpretação da Constituição conforme as leis”, mencionadas por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o

¹ O termo ORDINÁRIA não é utilizado aqui em sinonímia ao conceito processual mas sim querendo dizer atribuição usual, imanente ao cargo ocupado.

sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de “mão trocada” se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos.

O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma “legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis”.

Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação “correta” do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este. (in – Revista de Direito Renovar – vol. 24 – set/dez 02 – pg. 78/9, grifamos)

12. Com efeito, a decisão assumida pelo Supremo Tribunal Federal na **Questão de Ordem** no Inquérito Policial nº 687, e que cancelou a Súmula 394-STF, toda ela fixou-se na discussão de ter, aludida Súmula, **compatibilizado-se, ou não, com o texto constitucional de 1988.**

13. Leia-se a própria ementa do julgado, da lavra do voto, vencedora, do il. Min. Sydney Sanches, **verbis:**

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL - PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA – INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO – COMPETÊNCIA DE JÚIZO DE 1º GRAU – NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL – CANCELAMENTO DA SÚMULA 394.

1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, Segunda a qual, **“cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”**.

2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do congresso nacional”, nos crimes comuns. **Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do congresso nacional**, assim como não contempla o ex-presidente, o ex-vice-presidente, o ex-procurador-geral da República, nem os ex-ministros de estado (art. 102, I, “b” e “c”). em outras palavras, a constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo tribunal, Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do

cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a corte suprema, como expressa na Constituição Brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no direito constitucional comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, **numa constituição** que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.” (trecho ementa, transcrito no parecer dado na ADI nº 2797 pelo grifos nossos e do original. Il. colega Geraldo Brindeiro – fls. 8)

14. O próprio voto vencido, da lavra do em. Min. Sepúlveda Pertence, estabelece claramente a **matriz estritamente constitucional** da discussão travada, **verbis**:

“11. De tal modo a tese da Súmula 394 se incorporou ao fundo da cultura **do constitucionalismo brasileiro...** (parecer citado –fls. 10, grifamos)

“**Se nossa função é realizar a Constituição** e nela a largueza do campo do foro prerrogativo de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da lei Fundamental: essa, a correta hermenêutica assumida por nossos antecessores nesta Casa, faz mais de século e meio, para consolidar o entendimento que a Súm. 394 pretendeu traduzir.

Não me impressiona, data venia, que a orientação da Súm. 394 jamais tenha sido explicitada no texto das sucessivas constituições da República.

O argumento é, no mínimo, ambivalente. Aqui, é impossível negar relevo à antigüidade e a firmeza da jurisprudência sesquicentanária que a Súm. 394 testemunha. Não ignoro que – suposta uma mudança na “idéia de Direito” que inspire uma nova Constituição – preceitos típicos da ordem antiga, embora mantidos com o mesmo teor podem receber interpretação diversa, quando a imponha a inserção deles no contexto do novo sistema. O que, porém, não creio ser o caso. E, por isso, se não introduziu restrição aos textos anteriores a respeito, é mais que razoável extrair daí que a nova Constituição os quis manter como mesmo significado e a mesma compreensão teleológica que a respeito se sedimentara nos sucessivos regimes constitucionais, não apenas nos de viés autoritário – quando a Súmula veio a ser excetuada pelos atos institucionais – mas também nos de indiscutível colorido democrático.

Em outras palavras: no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súm. 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição é que reclamaria texto expresso da Constituição: não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como ocorreu.” (parecer citado a fls. 11/12, grifos do original)

15. No parecer cogitado andou bem o il. colega Geraldo Brindeiro quando pontuou, **verbis**:

“42. Contudo, vislumbra-se sério obstáculo que redundaria na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no § 1º do art; 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.628/02, pois somente o próprio Supremo Tribunal Federal é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua própria competência originária e não o legislador ordinário.

Há, assim, a nosso ver, violação do disposto no art. 2º, da Constituição da República.

43. O § 1º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, revogando a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático *Marbury v. Madison* da Suprema Corte Americana.” (parecer citado a fls. 18, grifos nossos e do original)

16. O equívoco do parecer está em dizer, **verbis**: “37. Assim, **explicitando o preceito constitucional, tarefa ínsita ao mister do legislador ordinário**, que é a conformação das garantias constitucionalmente previstas, a Lei nº 10.628 **nada mais fez que adequar a sistemática legal à interpretação teleológica e sistemática do texto constitucional**. Subsistirá o predicamento do foro por prerrogativa de função aqueles crimes que tenham como elementar o exercício do cargo, ao tempo da ação, e a íntima correlação aos seus atributos funcionais.

38. Decerto, explicitar o texto constitucional é tarefa própria do legislador ordinário. Vale destacar as palavras do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, mormente quando afirma que é “certo ainda ser consolidada na jurisprudência que tanto a lei processual federal, quanto as constituições estaduais e a lei orgânica da Justiça Eleitoral podem criar outras hipóteses de cujo âmbito se tem ressalvado apenas a competência do Júri”. (fls. 17, grifamos)

17. É que a lei 10.628/02 no que inseriu o § 1º, do artigo 84, do Código de Processo Penal para “explicitar o preceito constitucional” **não tinha razão para fazê-lo** porque no debate então travado na questão de Ordem no Inquérito Policial originário nº 687, a Suprema Corte estabeleceu, majoritariamente, que

“2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988...” (trecho da ementa a fls. 8, do parecer)

18. O § 1º do artigo 84, instituído com a Lei 10628/02 **ostenta flagrante inconstitucionalidade ante o artigo 2º - independência** entre os Poderes do Estado de sorte que o Poder Legislativo não pode, tal sucedeu com a edição da lei 10628, no tópico aqui estudado, **interpretar a construção jurídico - constitucional – Súmula nº 394 – tarefa exclusiva do Poder Judiciário – e, também, ante o caput do artigo 102, da Constituição Federal que, no plano da constitucionalidade das normas e construções normativas ao Supremo Tribunal Federal, e só a ele, confere o juízo definitivo no controle concentrado da constitucionalidade destes textos.**

19. Tornem, pois, estes autos ao setor criminal da Procuradoria da República no Estado da Bahia a que outro colega prossiga atuando nos autos nº 2000. 24835-7 em tramitação na 17ª Vara Federal Especializada Criminal.

Brasília, 25 de agosto de 2003 .

CLAUDIO FONTELES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

31. Na mesma linha de raciocínio se o interesse federal está presente hoje na apreciação das questões relativas às fundações no

DF e Territórios estava há um ano ou desde a edição da Constituição de 1988. A lei não explicita competência ínsita à Constituição. Amplia-a de fato.

d) Atribuição ao MPF não extensível aos Territórios

32. Outro grave equívoco normativo se dá com a atribuição ao MPF da guarda das fundações privadas estabelecidas em Territórios.

33. O texto constitucional em apenas alguns momentos trata *en passant* da configuração dos órgãos essenciais à prestação jurisdicional nos Territórios.

34. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é mencionado no art. 105, I, a; II, b; III *caput*. Os juízes em exercício nos Territórios são mencionados no art. 110, parágrafo único. E o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é explicitamente mencionado no art. 128 como um dos ramos do Ministério Público da União.

35. Do parco delineamento constitucional referente à prestação jurisdicional nos Territórios parece que o texto pretende atribuir ao corpo de juízes e membros do Ministério Público em exercício perante os órgãos do Distrito Federal atribuição plena nos Territórios inclusive para feitos de atribuição ordinária da Justiça Federal. Não é outra a interpretação do parágrafo único do art. 110.

36. Ora se assim o é, o Ministério Público Federal nem mesmo terá atuação nos Territórios em caso de sua criação. Como poderá velar pelas fundações ali constituídas?

37. Ofendido, pois, o art. 128 da CF.

e) Da ofensa à Carta Magna por desrespeito à razão de existir do MPDFT

38. Indubitavelmente a *mens constitutionis* ao criar e estruturar um ramo inteiro do Ministério Público da União o fez com um objetivo.

39. Pretendendo manter a logicidade da escolha política de alçar o DF à condição de ente federativo autônomo, dotou-lhe de estruturas de poder parêlas às existentes em outras unidades da Federação e com atribuições similares.

40. O MPDFT nasceu assim com o objetivo constitucionalmente delineado de aglutinar no Distrito Federal as atribuições cometidas nos Estados aos “Ministérios Públicos locais” para usar uma expressão ofensiva ao princípio da unidade.

41. Exatamente por isso é que o que foi criado pelo CC/02 é um rematado absurdo. Por um lado, admite a Lei que a matéria relativa à guarda das fundações é ordinariamente afeta aos Ministérios Públicos estaduais. Mas no Distrito Federal, que dispõe de estrutura similar e com delineamento constitucional parelho, a Lei simplesmente ignora tal circunstância e excepciona a Carta Magna nesse ponto, afirmando, indiretamente, que quanto a esta questão, a similaridade constitucional há de ser afastada. Como regra comezinha de hermenêutica sabe-se que apenas a Constituição excepciona a Constituição. A lei, não.

f) Conclusão

42. De tudo quanto exposto conclui-se que: 1) o dispositivo questionado advém de equívoco legislativo relacionado ao descompasso entre o texto inicialmente redigido e o atual perfil constitucional vigente; 2) há, no caso, inconstitucionalidade formal pelo desrespeito ao art. 128, § 5º, da CF/88; 3) o art. 66, § 1º, do CC/02 ofende a repartição de atribuições ministeriais definidas da CF/88 e vulnera o art. 109 da Carta Magna; 4) o dispositivo questionado não poderia atribuir ao MPF o velamento das fundações em território federal se este ramo ministerial, por disposição constitucional, nem mesmo tem atuação nestes; 5) o art. 66, § 1º, do CC/02 ofende a própria razão da criação do MPDFT pela Constituição Federal.

43. Estas, pois as razões que dirijo a Vossa Excelência e submeto à apreciação do Colégio de Procuradores da República no Distrito Federal.

Brasília, 20 de setembro de 2003.

Eduardo Botão Pelella

2º PROCURADOR DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

²O autor é ex-Defensor do Estado do Maranhão, ex-Juiz de Direito do Estado do Piauí e Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Constitucional no UNICEUMA São Luís-MA

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

“A composição desses conflitos de interesse urbanístico é função da lei e, na medida em que a atividade urbanística se faz mais necessária e intensa, vão surgindo normas jurídicas para regulá-la e fundamentar a intervenção no domínio privado. Essas normas, que, entre nós, carecem de sistematização e de unidade, por falta de uma lei urbanística geral, é que constituem o que a teoria jurídica vem denominando Direito Urbanístico”(José Afonso da Silva *in* Direito Urbanístico, pág.29, 2ª edição).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE e o MUNICÍPIO DE ARACAJU, através de seus representantes legais, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, nº 327, Centro, nesta Capital e Praça General Valadão, 341, 5º andar, Centro, nesta Capital, respectivamente, com fundamento no arts. 1º, inciso III, e 5º da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), arts. 81, 82 e 110 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 201, inciso VIII, do ECA, art. 129, inciso III, da Constituição Federal, art.53, da Lei nº10.257/2001(Estatuto da Cidade), vem, ante Vossa Excelência propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, com **pedido liminar**, em face do Sr. **R. T. S.**, brasileiro, casado, proprietário da **POUSADA M.**, residente e domiciliado na rua Vicente Mesquita, nº 114, Bairro Atalaia, nesta Capital, pelas razões fáticas e jurídicas adiante alinhadas:

1-DOS FATOS

1.1-Consta do Procedimento Administrativo, tombado sob o nº03/2003, que no dia 09 de outubro de 2003, por volta das 21:00 hs, os Srs. H. V. dos S. e A. O. F. constataram inegável favorecimento à prostituição na Pousada M., de propriedade e responsabilidade do

denunciado, localizada na rua Vicente Mesquita, nº114, Bairro de Atalaia, nesta Capital, com diárias fracionadas, sem identificação dos “hóspedes”.

1.2-Registre-se que o cliente já adentra o ambiente dirigindo-se aos compartimentos, para fins libidinosos(fls.97 e 98). Aliás, as pessoas que se prostituem, muitas vezes, crianças e adolescentes, já indicam o citado estabelecimento comercial para as práticas sexuais, diante do livre acesso e do preço módico, isto é, R\$ 8,00 (oito reais) por hora.

1.3-Informações prestadas pela Secretaria Municipal de Finanças do Município de Aracaju comprovam que o estabelecimento comercial acima referido labora, ilegalmente, sem o competente alvará para funcionar como Pousada, ou para qualquer outro uso comercial, evidenciando-se destarte a necessidade de cessar sua atividade comercial, posto que não autorizada.

1.4-De observar-se, todavia, que em audiência pública realizada no dia 22 de maio de 2003, o Sr. R. T. S. ciente da ilegalidade e ilicitude a que está envolto seu estabelecimento comercial, mantendo nítida ligação com a “rede” de prostituição, que grassa na orla da Praia de Atalaia, comprometeu-se a não renovar o contrato de locação do imóvel onde está instalada a Pousada M. e, portanto, fechar seu estabelecimento comercial no dia 15 de setembro de 2003(fls.21).

1.5-Todavia, não cumpriu o ajuste celebrado perante a Promotoria do Meio Ambiente e Urbanismo, renovando a avença de locação, expirada em 14 de julho de 2003. Assim, foram realizadas novas audiências públicas, quando o réu acordou fechar a Pousada M. e entregar o imóvel à Imobiliária Legislar, no dia 31 de dezembro de 2003, antecipando tal providência para o dia 01 de dezembro de 2003 (fls.70 e 72).

1.6-Em que pese o compromisso do Sr. R. T. S. relativo ao fechamento voluntário do estabelecimento comercial, denominado Pousada M., em 01 de dezembro de 2003, certamente, não se pode tolerar as condutas delitivas atinentes ao estímulo à prostituição, como fruto de uma sociedade marginalizadora e excludente, que luta para superar seu subdesenvolvimento, até porque não há garantias de que o réu cumpra o ajustado perante o Ministério Público de Sergipe.

1.7-As condutas ilícitas descritas na presente ação civil pública, além de infração urbanística, são delitos catalogados no

Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, já tendo o réu sido denunciado criminalmente. Conseqüentemente, postula-se o **imediato fechamento do estabelecimento comercial**, tutelando assim a ordem urbanística, a moralidade pública e o respeito à dignidade, à liberdade da criança, de adolescente e adultos, contribuindo para extirpar a exploração de menores e a prostituição, que ora também se combate.

2- LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO MUNICÍPIO DE ARACAJU

2.1- Revela-se nitidamente o caráter difuso dos interesses atinentes à tutela do meio ambiente artificial e da criança e do adolescente, mesmo porque indetermináveis seus titulares, atingindo a sociedade de forma indivisível. Tais interesses difusos objetivam sobretudo a qualidade de vida dos cidadãos, mormente, daqueles que residem nas cercanias da Pousada M. e em todo Bairro Atalaia.

2.2- O legislador constitucional da Carta Magna de 1988, em seu art. 227, agiu de forma consentânea com o ordenamento jurídico internacional, de modo a considerar a criança e o adolescente, prioridade absoluta, erigindo à categoria de dever da família, da sociedade e do Estado, impedir que sofram exploração, discriminação, ou qualquer outro tipo de violência.

2.3- A regra do inciso VIII do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente é um desdobramento do artigo 129, III, da Constituição Federal, emergindo o papel do Ministério Público e sua legitimidade para as ações pertinentes, onde o interesse de agir é presumido. Dessa maneira, parafraseando Hugo Mazzilli, vale dizer: “Quando a lei confere legitimidade para intervir é porque lhe presume o interesse”.

2.4- A legitimação ativa do Ministério Público decorre do texto expresso dos arts. 127 c/c o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Essa norma é reiterada pelos arts. 1º, III e 5º, da Lei nº 7.347/85, inciso IV, do art. 25, da Lei nº 8.625, de 12/02/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que incumbe ao Ministério Público Estadual promover a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor,

à ordem urbanística, à criança e ao adolescente, dentre outros, de natureza difusa, coletiva e individual homogênea e de repercussão social. Outrossim, a legitimidade concorrente do Município de Aracaju está fincada nos termos do art. 5º, da Lei nº 7.347/85.

3-DO DIREITO

3.1-As categorias de uso residencial, comercial e industrial são especificações dos usos permitidos em combinação com as regras de ocupação do solo. As normas e critérios de zoneamento devem ser estabelecidos em lei municipal. Segundo, José Afonso da Silva, em Direito Urbanístico Brasileiro, pág.223, 2ª edição, sobre zoneamento: *“Trata-se, portanto, de legítima restrição ao direito de propriedade e ao direito de construir, estabelecida em face do interesse público, não dando direito a indenização, dada a sua natureza de restrição geral”*.

3.2-A interdição administrativa, ou judicial, consiste em forma de atuação repressiva, dentre outras, como os embargos de obras e a demolição compulsória, instrumentos de controle repressivo diante de infrações urbanísticas ou edificações porventura configuradas.

3.3- No caso, em tela, repita-se, a denominada Pousada M. é palco de vários delitos relacionados com a prostituição e sequer possui alvará de funcionamento como hospedaria. Portanto, a aplicação na seara administrativa da interdição pode ser feita através do exercício do Poder de Polícia do Município de Aracaju, sem prejuízo da interdição judicial, ora postulada, na presente ação civil pública, de cunho urbanístico, com base no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.347/85.

3.4- O serviço oferecido pela Pousada M., que carece do devido licenciamento pelo órgãos municipais, caracteriza-se como ilícito penal, gera incômodos, especialmente, porque atrai maior número de veículos automotores, ficando sua instalação sujeita a condições especiais e de licenciamento. Faz-se necessária a análise prévia do órgão municipal de desenvolvimento urbano e ambiental e aprovação do Conselho Municipal do Desenvolvimento Urbano e Ambiental, conforme arts.161 e 165 da Lei Complementar Municipal nº 42/2003- Plano Diretor do Município de Aracaju.

3.5-Com o advento da lei municipal nº 3058/2002, em anexo, empreendimentos como a Pousada M., considerados de impacto,

precisarão do RIV- Relatório de Impacto de Vizinhança, que baseia-se em aspectos sócio-econômicos, urbanísticos e de qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades.

3.6- Sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente, decididamente, a demandada propicia a prática de exploração sexual de adolescentes, desprendida de constrangimentos, em área residencial, não podendo as ATIVIDADES DAS FORÇAS PRODUTIVAS serem exercidas em descompasso com a JUSTIÇA SOCIAL, que regulamenta a ORDEM ECONÔMICA; a livre iniciativa não pode ser exercida em detrimento de preceitos sociais.

3.7- Nesta oportunidade, urge seja dado enfoque à condição peculiar da criança ou adolescente como pessoa em desenvolvimento, significando que todos devem estar atentos à garantia de proteção integral.

3.8- Não é crível, nesta ordem de idéias, que possam ser proliferados estabelecimentos sob a fachada de pousada, disfarçados de estabelecimentos hoteleiros, quando na verdade funcionam verdadeiros motéis, sem autorização municipal. O proprietário permite o livre acesso de crianças e de adolescentes, vítimas de práticas abusivas, infringindo assim os arts. 82 e 250 do ECA, conforme documentação inserta no bojo do procedimento administrativo.

4- DO PEDIDO LIMINAR

4.1- - Para a concessão de medida liminar, faz-se necessário demonstrar fundado receio de dano ao pleito principal - "*periculum in mora*", bem assim sua provável veracidade, que constitui o "*fumus boni iuris*".

4.2- A prova inequívoca ou "*fumus boni iuris*" exsurge do suporte probatório colhido, especialmente, pelos termos de compromissos firmados pelo réu perante o Ministério Público de fechar a Pousada M., que funciona sem o competente alvará, podendo o Município de Aracaju interditá-la administrativamente, a qualquer momento, bem assim o depoimento de menores e adultos perante a autoridade policial, que atestam a existência de delitos de favorecimento à prostituição, casa de prostituição e exploração de crianças e adolescentes.

4.3- O “*periculum in mora*” se manifesta no fato de que a continuidade do serviço ilícito oferecido pela Pousada M. agrava a situação ora aventada referente a prostituição e exploração de menores e adultos. A cada dia, a ausência de ordem judicial, para coibir essa atividade nociva, estimula o ingresso de crianças, adolescentes e adultos nestas práticas cruéis e espúrias, que continuam a manchar de forma indelével o seio da sociedade sergipana. Por outro lado, inúmeras “pousadas” estão sendo construídas à revelia do Município, sem as devidas licenças e em desrespeito à ordem urbanística.

4.4- Assim, os elementos necessários à antecipação provisória da prestação jurisdicional estão amplamente demonstrados, razão pela qual é imperiosa a expedição de medida liminar, *inaudita altera pars*, com base no art. 12, da Lei nº 7.347/85, vindicada nos seguintes termos: ***“Seja determinada interdição judicial da Pousada M., obrigando o réu a fechar o citado estabelecimento comercial, sem prejuízo do exercício do Poder de Polícia do Município de Aracaju quanto a interdição administrativa do mencionado estabelecimento comercial, com base no art. 461, do CPC;”***

4.5- seja imposto o pagamento de multa diária, na ordem de R\$ 1.000,00 (CINCO MIL REAIS) por dia de descumprimento das determinações judiciais referidas nos item “4.4”, importância esta que deverá ser revertida ao Fundo de Defesa do Meio Ambiente, criado pela Constituição do Estado de Sergipe (art. 232, inciso XIX, § 5º) ou no FUNERH - Fundo Estadual de Recursos Hídricos criado pela Lei Estadual nº 3.870/97 e regulamentado pelo art. 4º, parágrafo único, inciso X, do Decreto nº 19.079/00.

5- DO PEDIDO PRINCIPAL

5.1- Requerem o Ministério Público Estadual e o Município de Aracaju o seguinte:

a) seja determinada a interdição judicial da Pousada M., devendo o réu fechar o estabelecimento comercial, convertendo em definitiva a obrigação de fazer atinente ao fechamento do estabelecimento comercial;

b) incidência de multa diária, no valor atual de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), devida somente se, ao término do prazo fixado na sentença, houver descumprimento da obrigação de fazer explicitada. Tal quantia está sujeita a correção monetária pelos índices oficiais, desde a distribuição da petição inicial até o efetivo adimplemento, a ser depositada no Fundo de Defesa do Meio Ambiente, criado pela Constituição do Estado de Sergipe (art. 232, inciso XIX, § 5º) ou no FUNERH - Fundo Estadual de Recursos Hídricos criado pela Lei Estadual nº 3.870/97 e regulamentado pelo art. 4º, parágrafo único, inciso X, de Decreto nº 19.079/00;

c) citação do réu para que possa contestar a presente ação e acompanhá-la até decisão definitiva do processo;

d) condenação do suplicado ao pagamento das despesas e custas processuais relativas a presente ação, dispensando o Ministério Público Estadual do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em atendimento ao disposto nos arts. 18, da Lei nº 7.347/85 e 87, da Lei nº 8.078/90;

Protestam por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente documental, pericial, inspeção judicial, testemunhal e depoimento pessoal do réu, sob pena de revelia e confissão, ao tempo em que requerem fotocópia do contrato de locação renovado em julho de 2003, contrariando compromisso firmado perante o Ministério Público de Sergipe.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), para efeitos meramente fiscais.

Termos em que,
Pede deferimento.

Aracaju, 28 de novembro de 2003.

Ana Paula Machado Costa Meneses
PROMOTORA DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE E URBANISMO

Maria Lilian Mendes Carvalho
PROMOTORA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Clóvis Barbosa de Melo
PROCURADOR- GERAL DO MUNICÍPIO DE ARACAJU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

“Talvez não tenhamos conseguido fazer o melhor, mas lutamos para que o melhor fosse feito. Não somos o que deveríamos ser, mas graças a Deus não somos o que éramos” (Martin Luther King).

“Qualquer dor que sentimos parece terrível, frequentemente insuportável. Ninguém pode senti-la por nós. O mesmo ocorre com os sofrimentos dos outros. Não sabemos o que estão vivendo e não os compreendemos” (14º Dalai-Lama).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por conduto do Promotor de Justiça signatário, no exercício da função institucional de Curador do Patrimônio Social e da Coletividade, legitimado pelo artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal, artigos 25, inciso IV, alínea “a” e 27 da Lei nº 8.625/93, artigos 3º, 5º, 11, 12 e 13 da Lei nº 7.347/85 e artigo 3º do decreto-lei nº 41/66, vem ante esse Juízo, propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** com **PEDIDO LIMINAR**, contra a **ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO**, pessoa jurídica de direito privado, CGC nº 13374301/000127, com endereço na rua Elmiro Costa, s/nº, nesta cidade de Propriá/SE, representada judicialmente por seu presidente, F. L. T., médico, podendo ser localizado no endereço antecitado, e também individualmente contra cada um dos seus diretores, quais sejam F. L. T. (presidente), A. M. S. B. (vice-presidente), F. S. B. (1º secretário), M. F. M. F. (2º secretário), S. M. M. (1º tesoureiro), J. M. B. S. (2º tesoureiro), H. G. B. (orador), P. B. S. (fiscal), M. A. M. M. (fiscal) e E. R. T. (fiscal), todos também de fácil localização no endereço acima apresentado, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir discorridas:

DOS FATOS

Nesta cidade de Propriá, na rua Elmiro Costa, s/nº, está localizado um Hospital, de nome **HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO**, o qual é mantido pela **ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO**, cuja entidade foi criada em 09 de abril de 1.913 e seus Estatutos registrados em 18 de abril do mesmo ano, conforme demonstra cópia do respectivo diploma (doc.1). Na realidade, ao ler o referido Estatuto, confundem-se a **ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO** com o próprio **HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO**.

Pois bem. O citado nosocômio, verdadeiro patrimônio de todo o povo sofrido desta terra, conta com 113 leitos, 04 salas cirúrgicas, Centro Obstétrico, maternidade, Posto de Enfermagem, Enfermarias, Pronto-Atendimento e toda uma estrutura física que o habilitaria a ser um dos maiores e melhores hospitais deste Estado. No entanto não o é, pois é carente de médicos, enfermeiros e pessoal com qualificação para o trabalho de atendimento a enfermos.

Conforme Relatório de Inspeção do Conselho Regional de Enfermagem (COREN) – (doc. 2), feita em 05 de fevereiro do corrente ano, a pedido deste órgão do Ministério Público, no citado Hospital não existe enfermeiro de nível superior e sequer Técnico de Enfermagem, que é um profissional de nível médio. Conta apenas com Auxiliares de Enfermagem, em número de 12, as quais estão preparadas para exercer atividades de natureza repetitiva, envolvendo serviços auxiliares sob supervisão, porém, destes, 10 estão ilegais (sem inscrição) e 2 estão em situação irregular (com débitos perante o COREN). Conta também com Atendentes de Enfermagem, sem as devidas autorizações para trabalhar. O pior é que os partos são feitos pelas Auxiliares e Atendentes de Enfermagem, configurando um verdadeiro risco para a população assistida e um enorme descaso da Administração. Além disso, as crianças que nascem vivas não têm também assistência de um médico pediatra. Tudo isto consta do bem circunstanciado relatório feito pelas dignas enfermeiras que realizaram a Inspeção (doc. 2). É bom ressaltar que todas essas

irregularidades já tinham sido detectadas em inspeção feita pelo COREN em 05 de dezembro de 2000, no entanto o Hospital não deu nenhuma resposta à notificação apresentada à época.

Paralela às irregularidades indicadas pelo COREN, existe uma outra, que vem somar-se àquelas, dando autorização a que se conclua que, efetivamente, a população de Propriá se encontra totalmente órfã de atendimento de saúde: **trata-se da constante ausência de médico de plantão**. Este Promotor de Justiça requisitou uma Inspeção por parte da DIVISÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA deste Estado, tendo o referido órgão desenvolvido uma fiscalização no Hospital em foco, em 19.09.2001, quando elencou, dentre diversas irregularidades, a **ausência de médico plantonista no momento da inspeção (doc. 3)**. Em 19.12.2001, foi feita uma REINSPEÇÃO pela mesma Divisão de Vigilância Sanitária, novamente a pedido desta Promotoria de Justiça, objetivando certificar-se se o Hospital tinha atendido às exigências relacionadas na Inspeção anterior, quando mais uma vez foi verificado que lá não se encontrava médico plantonista (doc. 4).

Assim, ficou fácil arrematar que as orientações, prescrições e partos feitos em Propriá são de autoria das Atendentes e Auxiliares de Enfermagem. Fica, então, a indagação: Saúde é direito de todos, conforme consta da Constituição Federal (art. 196)? Ou o povo de Propriá está revivendo os tempos da “Freguesia de Santo Antônio do Urubu de Baixo” (origem do município de Propriá, nos idos de 1.700), quando não possuía nenhuma espécie de atendimento médico?

A escassez de recursos humanos para atendimento à Saúde em Propriá vem de outras épocas. Já em 1.997, por ocasião da I CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE PROPRIÁ, instância máxima para a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), evento exigido por parte de todos os municípios do Brasil, com a finalidade de avaliar a situação de saúde e para propor as diretrizes para a formulação da política de saúde em cada município do país, de acordo com a Lei nº 8.142/90, a sociedade ali reunida já alertava para o péssimo atendimento do Hospital em tela (doc. 5). O presidente do Conselho Municipal de Saúde de Propriá, entidade colegiada e permanente na esfera municipal, incumbida de

estabelecer as diretrizes para a política municipal de saúde, ouvido nesta Promotoria de Justiça (doc. 6), afirmou que, além de outras deficiências, há falta de médico plantonista no Hospital. Disse, ainda, que o seu diretor, o Dr. F. T., à frente da Casa há oito anos, é uma pessoa inacessível, não apresenta boa-vontade para resolver os temas envolvendo saúde e trata a entidade como se fosse sua.

O mais grave vem agora: no dia 03 de novembro de 2001, faleceu no Hospital São Vicente de Paulo uma recém-nascida, de apenas 03 dias de vida, filha da jovem T. S. C., pelo fato de que, naquele dia, não se encontrar nenhum médico de plantão. Exatamente por isso, este órgão do Ministério Público deflagrou ação penal contra F. T., conferindo-lhe a prática de homicídio culposo, uma vez que deveria estar de plantão no Hospital, porém lá, mais uma vez, não se encontrava (doc. 7). E essa não é a primeira vez que o ilustre Dr. F. é processado criminalmente por conduta anti-ética e delituosa no exercício da medicina, pois no ano de 1.995 o Ministério Público local deflagrou ação penal contra ele, pelo cometimento do crime de omissão de socorro (art. 135, parágrafo único, do Código Penal), tendo em vista que se negara, enquanto médico plantonista do Hospital, a prestar atendimento médico a uma criança de apenas 09 anos de idade, que houvera sofrido lesão corporal de natureza grave. Outrossim, salvo pela Lei nº 9.099/95, aceitou a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público e homologada pelo Juízo, numa demonstração inequívoca de que sucumbiria no enfrentamento de uma instrução criminal (ver docs. 7-A e 7-B). Mas o Dr. F. é um homem acostumado a enfrentar a Justiça Criminal, pois no ano de 1996 foi denunciado pelo Ministério Público Federal pelo cometimento de crime previsto na Lei nº 8.212/91 (na qualidade de diretor do Hospital, descontou as contribuições previdenciárias dos empregados e não as recolheu à Previdência Social) – ver doc.7/C. É a esse homem que estão entregues as ações hospitalares de Propriá!

Conforme foi asseverado acima, as Inspeções realizadas no Hospital São Vicente de Paulo, tanto pelo COREN como pela VIGILÂNCIA SANITÁRIA, apontaram inúmeras irregularidades. Até

agora, ateu-se apenas às que dizem respeito a recursos humanos. Todavia, não é de desprezar-se as irregularidades referentes a recursos materiais ou à estrutura organizacional da entidade.

O COREN relatou que há necessidade de reparos e consertos em geral no piso, teto, paredes, janelas, portas, mobiliários, equipamentos, parte hidráulica e elétrica. Ou seja: é uma verdadeira sucata. Para tanto, junta diversas fotografias e, dentre as quais, a de **um gato repousando, muito tranquilamente, na cozinha do Hospital**. Incrível! Disse mais: que não dispõe de oxigênio à vácuo canalizados; **que o material cirúrgico sai do setor de esterilização com grande potencial de contaminação**, em razão da estrutura física e dos recursos técnicos usados; etc. Na oportunidade da Inspeção, o COREN NOTIFICOU o Hospital, bem como as Atendentes e Auxiliares de Enfermagem, pela total irregularidade de suas situações. Encaminhou também à Promotoria de Justiça de Propriá as NOTIFICAÇÕES que tinham sido feitas ao Hospital e “enfermeiros”, nos anos de 1.999 e 2.000. Para um melhor conhecimento da verdadeira sindicância efetivada pelo COREN/SE, basta dar uma rápida olhada no seu Relatório (doc. 2). Nessa seara, torna-se necessário dizer que, respeitante à última inspeção, o Hospital não deu nenhuma resposta ao COREN (doc. 2-A).

No tocante às Inspeções desenvolvidas pela VIGILÂNCIA SANITÁRIA (docs. 3, 4, 8, 9 e 10), consta dos seus respectivos Relatórios um verdadeiro libelo contra o Hospital. Dentre outras coisas, asseveram: que há material esterilizado com validade vencida, inclusive sendo apreendido; **que todo o atendimento obstétrico é feito por parteira, inclusive que o recém nascido não é atendido por médico**; que as mesas cirúrgicas estão enferrujadas; **aconselham a interdição do Hospital**; etc. Por fim, juntam ao último Relatório, laudo de inspeção e auto de infração.

Outrossim, tudo o que foi verificado pelas inspeções das duas entidades acima referidas já era de amplo conhecimento de toda a população de Propriá. Apenas para ilustrar mais ainda a falta de recursos humanos e materiais do Hospital, aduna Termo de declarações prestados por ex-internos do Hospital, quando informaram que durante dois dias faltou até papel-higiênico no banheiro, além de, em um dos dias, terem almoçado apenas às

15:30 horas, porque faltou gás para cozinhar a comida. Disseram também que só conseguiram almoçar porque os funcionários se cotizaram para comprar um botijão (doc. 11). Dá muito realce à situação, dois Relatórios encaminhados a esta Promotoria de Justiça pelo Conselho Tutelar local. Nele está relatado que, durante dois dias seguidos, as Conselheiras procuraram atendimento médico para uma criança, contudo não conseguiram, porque não encontraram nenhum médico de plantão. Mais uma vez, o plantonista era o Dr. F. T., o ilustre diretor da Casa. Naquela oportunidade, em 24.10.2001, o Conselho Tutelar já vaticinava: "...notei que qualquer paciente que chegasse pra urgência poderia vir a óbito, ficando o atendimento em mãos de enfermeiras, pois onde estavam os verdadeiros responsáveis por esta Unidade de Saúde? Termino este relatório com a sensação de que a saúde de quem precisa daquela Instituição não tem valor algum para os seus dirigentes" (docs. 12 e 12-A).

Efetivamente, no dia 03 de novembro do mesmo ano, infelizmente veio a óbito um recém nascido, conforme noticiado acima.

Arrematando, pode-se dizer, sem nenhum medo de errar, que a "ambulância é o melhor hospital de Propriá", pois os doentes dão graças a Deus quando conseguem ser transportados para um dos Hospitais de Aracaju. É a "ambulancioterapia". O que não é bom, pois gera clientelismo político.

Respeitante à parte financeira, não poderia ser diferente dos demais campos. À Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO o Hospital deve R\$ 261.126,00 (duzentos sessenta e um mil e cento vinte e seis reais); pelo menos este era o débito até o mês de dezembro de 2001 (ver doc. 13). À ENERGEPIE a dívida montava a R\$ 67.223,31 (sessenta e sete mil duzentos vinte e três reais e trinta e um centavos), até o mês de dezembro de 2001 (doc. 14). Na Vara da Justiça do Trabalho de Propriá o Hospital é réu em 10 ações trabalhistas, onde lhe é cobrado mais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme certidão emitida em 18 de janeiro de 2002 (doc. 15). Junta ainda os documentos de números 16 a 32, os quais espelham inúmeras

ações de cobrança e/ou execuções contra o Hospital, cujos processos tramitam na Justiça Federal e na Justiça Comum Estadual. Sendo muito otimista, e sem perquirir de outros débitos, pode-se afirmar que o HOSPITAL deve cerca de meio-milhão de reais.

Por imposição da Constituição Federal (art. 198, III), da Lei nº 8.142/90 (art. primeiro, parágrafo primeiro) e de normas municipais, no dia 08 do mês março do corrente ano, no decorrer de todo o dia e à noite, aconteceu a **II CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE PROPRIÁ (doc. 33)**, cujo tema central foi **A REGIONALIZAÇÃO DAS AÇÕES DE SAÚDE**, do qual participaram representantes dos usuários de saúde, dos profissionais de saúde, dos prestadores de serviços e do governo municipal. Por ocasião da abertura do majestoso e importante evento, a Secretária de Estado da Saúde, Dr^a Marta Barreto, em sua fala, anunciou que tinha muita vontade de ajudar à Saúde em Propriá, no entanto essa ajuda fatalmente passaria pelo Hospital São Vicente de Paulo. Por isso, conforme ela, era um risco que não queria correr, tendo em vista que conhece muito bem a história do Hospital e de sua diretoria. Finalizando, adiantou que iria esperar as conclusões dos trabalhos da **CONFERÊNCIA** para, então, decidir se ajudaria ou não ao Hospital.

Por sua vez, o referido conclave, que contou com a participação de 75 delegados, dentre eles um representante do Hospital São Vicente de Paulo, teve como uma de suas conclusões **A IMEDIATA INTERVENÇÃO NO REFERIDO HOSPITAL (doc. 34)**. Torna-se importante ressaltar que a proposta foi aprovada por 74 dos 75 delegados presentes, com uma abstenção. Ou seja, nem mesmo o representante do Hospital teve coragem de votar contra a intervenção; aliás, como já houvera sugerido a **VIGILÂNCIA SANITÁRIA** em seu relatório (doc. 3). E para que não haja perda de tempo, o Conselho Municipal de Saúde já apresenta ao Ministério Público uma lista com 11 nomes, os quais teriam amplas condições de fazer parte de uma provável comissão para administrar o Hospital São Vicente de Paulo (doc. 34-A).

Na realidade, o que ocorre é que o Dr. F. T. é totalmente avesso a qualquer conversa que diga respeito ao Hospital. Anteriormente,

reuniões foram feitas pelos secretários de saúde de alguns dos municípios circunvizinhos, das quais participaram outros representantes dos diversos segmentos da sociedade local, com o intuito de resolver o problema da saúde na região, inclusive com elaboração de proposta para as ações hospitalares, no entanto o Dr. Flammarion só compareceu à primeira delas, bem como não deu nenhuma resposta concreta à proposta apresentada (ver docs. 40 e 41).

Resta, então, falar sobre a ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO, entidade que tinha tudo para fazer um excelente trabalho no tocante às ações de saúde nesta comunidade, entretanto não o faz. Quer porque durante todos esses anos negligenciou com a estrutura física do prédio, com os equipamentos da unidade, com o material humano e com sua parte financeira; quer porque, com uma diretoria inoperante e passiva, podendo ser tachada de “diretoria-de-faz-de-contas”, contribuiu para a instalação do caos na saúde pública de Propriá.

Conforme disse o presidente do Conselho Municipal de Saúde de Propriá (doc. 06), o Dr. F. preside a Associação e dirige o Hospital São Vicente de Paulo há cerca de 08 anos. Efetivamente, conforme se vê da diretoria atual (doc. 35) e de anterior (doc. 36), a diretoria é a mesma. Aliás, os membros da diretoria sempre ocupam os mesmos cargos. Como se tudo tivesse correndo às mil maravilhas. É como disse o cantor Raul Seixas, em uma de suas lindas canções: **“isso tudo acontecendo, e eu aqui na praça dando milho aos pombos”**. É dizer: a saúde e a dignidade do povo de Propriá sendo deixadas na lama, e a diretoria do Hospital São Vicente de Paulo dormindo, como se nada estivesse acontecendo. Aliás, no bojo desta ação há de ser apurada a negligência, a omissão, a convivência e má-gestão dessa “diretoria-de-faz-de-contas”

Um pequeno detalhe merece destaque: dos 93 sócios da Associação Beneficente Hospital São Vicente de Paulo, conforme relação encaminhada a esta Promotoria de Justiça, apenas 28 constam como residentes em Propriá (doc. 37); **mesmo assim, destes, alguns já não residem mais aqui**. Os demais são de Aracaju, Japoatã, Itabi, São Francisco, Nossa Senhora de Lourdes e Gararu. Quer dizer: menos de um terço dos sócios são de Propriá.

É sabido que o voluntariado está sendo incentivado. Basta ver as campanhas feitas nos meios de comunicação do país. No entanto, e com todo o respeito, é muito altruísmo dos moradores das mencionadas cidades! Tomara que nos seus respectivos municípios também tenham os mesmos sentimento e disposição! Ou a conclusão é outra? Na realidade, a população carente de Propriá está alheia às coisas que acontecem no Hospital, em razão de não confiar nos poucos serviços prestados por ele. É tanto que não se associam; até mesmo porque são impedidos. Por sua vez, o patrimônio do povo de Propriá, no caso o Hospital, está entregue a um punhado de pessoas, alheias aos reais problemas da comunidade, e o tratam (o Hospital) como se fosse patrimônio privado.

Ou o povo não se associa porque não lhe é dada a chance de fazê-lo? No Estatuto que está em vigor (doc. 1) existe um dispositivo que diz que a pessoa só será admitida como sócia se for apresentada por outros 3 sócios ou pelo Diretor. Vendo esse resquício de autoritarismo, este Promotor de Justiça oficiou ao seu Diretor (doc. 38), quando lhe fez ciente da feição anti-democrática do mencionado diploma, inclusive com obstáculos a que os proprienses se associassem, ao tempo em que foi solicitado que fosse feito outro mais condizente com os princípios democráticos que norteiam a sociedade de hoje. Assim foi feito. O Dr. F. T. encaminhou ao Ministério Público de Propriá a minuta do que seria o novo Estatuto (doc. 39) e, para surpresa de qualquer cidadão deste país, em seu artigo 6º, parágrafos segundo e terceiro, está consignado que **qualquer pessoa poderá ser sócia, no entanto terá de pagar uma “jóia” que corresponda ao valor da mensalidade, multiplicado pelo número de meses de existência da entidade.** E em dinheiro vivo. Vossa Excelência já sabe desde quando existe a Associação: desde 1.913 (ver doc. 1). Quer dizer: são mais de mil meses de existência. Se a mensalidade for R\$ 1,00, a jóia será de mais de R\$ 1.000,00. Quem teria interesse em associar-se? E mesmo que tivesse, poucos nesta cidade têm igual quantia! Qual, então, dos dois estatutos está mais impregnado de razões anti-democráticas?

DO DIREITO - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O que diz a Constituição Federal:

*Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis.*

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - omissis

*II - **zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública** aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;*

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

*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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

*Art. 197 - **São de relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Parágrafo primeiro - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (não há grifos no original).

A terceirização das atividades estatais alçou as entidades de Interesse Social a um importante patamar da sociedade, na medida em que elas absorvem grande parte das funções, recursos e estrutura do aparelho estatal, mediante as parcerias celebradas com o governo, conforme é previsto para a Saúde no parágrafo primeiro, do artigo 199, da Constituição Federal. Em vista disso, é grande o aporte de recursos repassados às mesmas pelo Poder Público, a título de subvenções, auxílios, convênios e contratos, sem falar na elevada cifra de renúncia fiscal do Estado. Apesar de receberem mais recursos do que muitos outros órgãos estatais, as entidades do Terceiro Setor não sofrem o controle a que aqueles órgãos estão sujeitos, pois não têm uma fiscalização sistemática do Tribunal de Contas. Tornaram-se, assim, ambientes de pouco controle e muito poder; uma combinação perfeita para autoritarismo, despotismo e grandes escândalos. É sob esta ótica que se evidencia a urgente necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de fiscalização dessas entidades por parte do Ministério Público.

Por sua vez, a função de dirigente de entidade de interesse social é, sem sombra de dúvidas, modalidade de gestão de coisa alheia.

Existe um amplo leque de entidades de interesse social que não se enquadram no conceito de Patrimônio Público e tampouco poderiam ser concebidas como patrimônio de particulares. Situa-se tal espécie de instituição no liame entre o Público e o Privado, podendo ser classificada como **PATRIMÔNIO SOCIAL**. Tal modalidade de patrimônio é prevista na Constituição Federal, no seu artigo 129, inciso III, quando trata do PATRIMÔNIO SOCIAL.

De forma que a regra jurídica prevista no mencionado dispositivo dá ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública para a proteção não apenas do patrimônio público (estatal, ou do povo), mas também do patrimônio social. Por conseguinte, **entenda-se como patrimônio social o que, não sendo público, mas privado, tem destinação social, comunitária.** É nesse contexto que se pode afirmar que **ASSOCIAÇÃO SE ESTRUTURA COM FINALIDADES SOCIAIS, COM O INTUITO DE SERVIR À COMUNIDADE.** Por sua vez, toda a comunidade é interessada na boa gestão da Associação e em seu patrimônio. **Isso é interesse difuso, onde o Ministério Público tem o dever de socorrer-lhe à defesa em Juízo.** Ademais, além do interesse social envolvido na questão, a intervenção do Ministério Público também se justifica na tutela do Patrimônio Público, quando tais entidades são beneficiárias de recursos públicos, de forma direta ou indireta.

Das premissas legais acima mencionadas, depreende-se que constitui poder-dever do Ministério Público impetrar todas e quaisquer ações judiciais pertinentes, para garantir a defesa do Patrimônio Público e Social, bem como zelar pelo controle finalístico da entidade de interesse social para fazer face às responsabilidades que a lei ou o respectivo Estatuto lhe atribui.

Por fim, note-se que, quando o legislador constituinte, ao invés de escolher a expressão “serviço público”, no artigo 129, inciso II, optou por “serviço de relevância pública”, adiantou-se, e com muita propriedade, a uma tendência mundial de terceirização desses serviços, conferindo ao Ministério Público amplos poderes de investigação sobre as entidades de interesse social que, sem sombra de dúvidas, cada vez mais preenchem a lacuna estatal na sua execução, ainda que não recebam, de forma direta ou indireta, recursos do erário para fazê-lo.

Por seu turno, e como se conclui pelos dispositivos constitucionais acima transcritos, as instituições privadas têm a mesma obrigação que tem o Estado de prestar serviços de saúde, principalmente quando se utiliza de recursos do Sistema Único de Saúde (SUS), como é o caso do HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO, que sobrevive unicamente de tais recursos. É o que, inclusive,

está normatizado na Lei 8.080/90, que diz que “na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento”. E isto não vem sendo praticado pelo multicitado Hospital.

O decreto-lei 41/66 trata da dissolução de entidades, disciplinando que:

Art. 1º - Toda sociedade de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público, ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e formas previstas neste Decreto-lei.

Art. 2º - A sociedade será dissolvida se:

I – deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina.

II – omissis.

III – ficar sem efetiva administração por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos ou diretores.

Art. 3º - Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao Juízo competente a dissolução da sociedade (não há grifos no original).

Ademais, a Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), em seu artigo 6º, inciso XVII, alínea “c”, dispõe que “**competete ao Ministério Público da União propor ações para dissolução compulsória de associações, inclusive de partidos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal**”.

Finalmente, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (lei 8.625/93) dispõe expressamente, em seu artigo 80, que “**aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados subsidiariamente as**

normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

Fechando a questão, o artigo 5º, inciso XIX, da Constituição Federal, preceitua que **“as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”**. Assim, se uma associação foi criada com fins lícitos ou legítimos, mas na prática se consagra à realização de atos ilícitos, como ficou sobejamente demonstrado nesta petição, surge daí a causa que vai determinar a sua suspensão ou extinção. Esta matéria já se encontrava regulamentada pelo decreto-lei 41/66, cujo diploma foi recepcionado pela nova ordem constitucional naquilo que guardar compatibilidade com o Texto Maior. Além disso, a Lei Complementar 75/93, que também aborda o tema, veio na esteira da Constituição Federal, constituindo-se, dessa forma, em norma constitucional.

DOS REQUERIMENTOS:

DO PEDIDO LIMINAR:

Como ficou fartamente demonstrado, existe a legitimidade do Ministério Público para peticionar em casos como o relatado, inclusive podendo pleitear a extinção da associação.

Outrossim, **a fim de salvar a instituição HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO**, como foi suplicado pela comunidade local no Relatório da II CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE SAÚDE, bem como pela Conselheira Tutelar que pediu socorro às autoridades, e ainda pelo que foi demonstrado pelo COREN e pela VIGILÂNCIA SANITÁRIA, o Ministério Público opta, pelo menos em um primeiro momento, pela não extinção do Hospital, **mas pela intervenção na entidade**, a fim de tentar saneá-la e, posteriormente, retorná-la para os sócios ou, se ficar demonstrada sua inviabilidade, extingui-la. Aliás, se isso não for feito o mais rápido possível, o caminho mais certo é mesmo sua extinção, em razão das inúmeras execuções que existem contra o Hospital, além de outras ações que se avizinham (Energipe, DESO, etc). É dizer: se isso não for feito agora, com critérios e sob

os olhos da Justiça, é uma questão de tempo a extinção do HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO, o que acarretaria enormes prejuízos para todos os propriaenses.

Assim, diante dos graves problemas apontados e que estão causando prejuízos a toda a sociedade local que, impotente, vê-se impedida no seu direito constitucional de ter uma efetiva PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE, torna-se urgente a necessidade da medida liminar, posto que presentes estão o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**. O **fumus boni juris** está caracterizado pela plausibilidade do direito invocado; o **periculum in mora** está demonstrado pelo dano potencial de ampliar-se ainda mais a ineficiência, uma vez que muitas mortes poderão acontecer no Hospital, pela falta de médicos, enfermeiros, equipamentos, **pela omissão da diretoria**, dentre outros itens. Certamente Vossa Excelência, com toda a serenidade e imparcialidade, qualidades próprias dessa magistrada, irá decidir em favor da comunidade, como sempre fez. Ademais, em razão dos vários anos que pratica a jurisdição na Comarca de Propriá, deve ser conhecedora da situação do Hospital São Vicente de Paulo. No entanto, inerte como é a jurisdição, certamente também estava impotente diante dos graves acontecimentos ora narrados. No entanto, é chegada a hora de dar à pobre e sofrida população local o que lhe é devido há muito tempo. Inclusive, pedindo-lhe desculpas por não ter sido feito há muito mais tempo, ressaltando, por uma questão de Justiça, que este Promotor de Justiça nada deve, em razão de ter aqui chegado para exercer suas atribuições apenas no ano de 2001.

Por isso, com esteio no artigo 12 da Lei nº 7.347/85, requer:

Concessão de Medida Liminar, sem justificação prévia e “inaudita altera pars”, no sentido de determinar o afastamento da atual diretoria da ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HOSPITAL SÃO VICENTE DE PAULO bem como da diretoria do próprio HOSPITAL, visto que se confundem;

Nomeação de uma Comissão para administrar o Hospital e a própria Associação Beneficente Hospital São Vicente de Paulo, posto que se confundem (como dito inúmeras vezes nesta peça), podendo a Comissão praticar todos os atos de gestão (contratação, demissão, firmação de convênios, etc), composta pelas

seguintes pessoas: Anete Barbosa Freire (enfermeira-chefe do Pronto Socorro local); Paulo César Resende de Barros (médico-Prestador de Serviços Privados em Saúde); Paulo Roberto Ayres de F. Britto (Médico-Secretaria Municipal de Saúde); Simone Maria Brito Neto (enfermeira-Conselho Municipal de Saúde); Ana Inês de Brito (enfermeira-Programa de Saúde da Família); Marlene dos Santos (vereadora); e Neide Roque Ferreira (Representante dos Usuários da Saúde e Presidente da União das Associações de Moradores de Propriá-UNAMP). Inclusive, todas elas já estão apalavradas com o Ministério Público no sentido de aceitar o encargo, tendo em vista que querem o melhor para a comunidade. Torna-se importante ressaltar que todas as pessoas acima apontadas têm atividades correlatas com a área de saúde ou afim, o que facilitará a administração da instituição. Registra-se, também, que é urgente a necessidade de saneamento das contas e da própria estrutura do Hospital, uma vez que se está a um passo da **REGIONALIZAÇÃO DE SAÚDE**, cuja implantação é exigida por legislação federal, quando Propriá, face sua localização e pela estrutura física do Hospital, é candidata a ser sede de **MÓDULO** e de **MICRO-REGIÃO**, o que trará novas riquezas para a cidade, uma vez que pessoas de 14 municípios da região para cá convergirão. Porém, com a realidade do Hospital São Vicente de Paulo, as autoridades de saúde do Estado já se manifestaram no sentido da não concretização do sonho dos proprienses.

DO REQUERIMENTO PRINCIPAL:

Requer, por fim, o Ministério Público:

Determinação para que a Comissão refaça um novo Estatuto para a Associação, ampliando a possibilidade de filiação de novos sócios, dando-lhe, inclusive, um caráter eminentemente democrático, e somente após a entrada de novos sócios, promover a eleição para sua diretoria;

Ao final, caso demonstrado pela Comissão a inviabilidade do funcionamento da Associação, **requer sua extinção**, dividindo-

se o que sobrar do seu patrimônio na forma da norma que regula o assunto, bem como individualização da responsabilidade de cada um dos seus diretores por má-gestão (por omissão ou conivência). Ou, demonstrada sua viabilidade (que é o que deseja o Ministério Público e toda a sociedade local) através de relatório apresentado pela Comissão, que seja esta desconstituída e que a administração do Hospital retorne para a Associação Beneficente São Vicente de Paulo.

Citação dos réus para, querendo, contestarem a presente ação;

Produção de todos os meios de prova permitidos em Direito, especialmente a realização de prova pericial, produção de prova testemunhal, cujas testemunhas apresenta abaixo;

Procedência total dos pedidos e, em caso de descumprimento, inclusive dos pedidos liminares, sejam-lhe impostas também multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a ser revertido ao Fundo Municipal de Saúde.

Finalmente, dá à causa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Propriá, 16 de abril de 2002.

Alonso Gomes Campos Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República adiante assinado, vem respeitosamente ante Vossa Excelência, com apoio no art. 129, III, da Constituição Federal, art. 6.º, VII, *b*, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e, ainda, nas disposições das Leis n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), subsidiado pelas informações constantes do inquérito civil público em anexo, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face da **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, empresa pública federal, com sede na Agência Serigy, nesta Capital, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

I – SÍNTESE DA DEMANDA

1. O Ministério Público tem funcionado em diversos pedidos de alvará, deduzidos perante essa Justiça Federal, mediante os quais os trabalhadores pretendem sacar os valores de suas contas vinculadas do FGTS, sem depósitos há mais de três anos. A requerida tem contestado tais pedidos, alegando que a condição para o saque prevista no art. 20, VIII, da Lei 8.036/90 somente se perfaz quando o trabalhador permanece *fora do regime do FGTS por três anos ou mais*, isto é, quando fica desempregado durante esse lapso ou ingressa no serviço público como estatutário.

2. Apesar de concordar, em princípio, com a interpretação dada pela Caixa Econômica ao dispositivo legal, os trabalhadores estão sendo, por uma razão conexa, **indevidamente lesados**. É o fato de a Caixa abrir uma conta vinculada para cada vínculo empregatício do trabalhador, quando, de acordo com a lei, o correto seria o trabalhador possuir uma única conta de FGTS durante toda a sua vida profissional.

II - DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

II. 1. DA LEGITIMIDADE

3. Detém o Ministério Público legitimidade ativa para a presente propositura, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal. Deduzirá pedido para que a Caixa Econômica altere a sistemática de liberação dos valores depositados nas contas vinculadas, beneficiando os atuais e futuros integrantes do regime do FGTS; alternativamente, o pedido objetiva obrigar a requerida a adotar o sistema de conta única, beneficiando, da mesma forma, todos os trabalhadores participantes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS e também aqueles que ainda virão a integrá-lo.

4. Logo se vê, pela dimensão do pedido, não se tratar *in casu* de direitos individuais homogêneos, mas de autênticos *interesses difusos*, uma vez que os seus titulares são em parte indeterminados.

5. Por outro lado, em relação aos trabalhadores já integrantes do regime, que podem ser determinados, também não há que se falar em interesses individuais homogêneos, mas em *interesses coletivos stricto sensu*. Os interesses individuais homogêneos, na dicção do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles resultantes de origem comum. Têm geralmente origem fática e os seus titulares não guardam entre si ou com a parte contrária relação jurídica outra *que não aquela que surge com o próprio evento danoso*; ensejam normalmente a indenização dos seus titulares em razão da responsabilidade civil, como seria o caso de expressivo número de consumidores lesados pela utilização de um mesmo produto defeituoso. Ora, no caso dos interesses coletivos *stricto sensu*, os titulares já têm, entre si ou com a parte adversa, sempre de acordo com o CDC, uma relação jurídica base, razão pela qual se aconselha o tratamento *molecularizado (e não atomizado)* de suas demandas; a relação jurídica aqui antecede ao evento danoso.

6. O problema da *indivisibilidade*, que integra o conceito dos interesses e direitos *coletivos*, vem sendo tratada com algum equívoco. Ela não deixa de existir pelo fato de os interessados poderem, em determinado caso, valer-se de ações individuais; ela é, na verdade, a possibilidade jurídica de uma determinada questão, de um determinado pedido, em razão de sua identidade para toda a

categoria, ser tratado de forma coletiva. A ação coletiva, nesse caso, não aparece como a única via possível de contestação judicial, pois ações individuais podem ser admissíveis, mas surge como a via mais adequada, levando-se em conta os princípios que inspiraram o advento desse tipo de ação no cenário jurídico: prestação jurisdicional mais eficaz, mais abrangente, igualdade de todos perante o ordenamento jurídico. É nesse sentido que Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, criticando os equívocos cometidos, afirma que *a indivisibilidade depende largamente do que o autor pede ao juiz*. E, ainda:

“A determinação dos membros integrantes do grupo é, precisamente, a nota que distingue os interesses ou direitos coletivos dos direitos difusos. Se o ato atacado através da ação coletiva (reajuste de mensalidades) diz respeito a todos os contratantes dos planos de saúde, globalmente considerados (não sendo atacados um a um, em relação a cada um dos filiados, os reajustes exigidos pelas empresas mantenedoras dos planos), ***a nota da indivisibilidade do bem jurídico e bem assim a sua transindividualidade são inquestionáveis***, pois basta a procedência de uma única demanda para que todos os filiados dos planos de assistência médica e hospitalar sejam coletivamente beneficiados.”
“A tutela de interesses ‘coletivos’ tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ‘individuais homogêneos’, e a de interesses ou direitos ‘coletivos’, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível”.¹

¹ CDC comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 728/730. Nesse sentido, também, ver J. Batista de Almeida, *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 67/71.

7. No caso em comento, os interessados são os titulares de contas vinculadas ao FGTS geridas pela requerida, ou seja, mantêm com ela uma relação jurídica base, podendo-se falar propriamente em direitos coletivos *stricto sensu*. A questão jurídica posta em causa é idêntica para todos, indivisível, e o pedido está assim formulado, de maneira a beneficiar coletivamente o grupo.

8. Finalmente, ainda que se falasse, mesmo erroneamente, em interesses individuais homogêneos, teriam eles inegável *relevância social*, critério que a Corte Suprema tem utilizado para decidir da admissão ou não do MP à postulação desse tipo de interesse.²

II. 2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

9. É possível o ajuizamento de ação civil pública no presente caso. Não deve ser aplicado à questão o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001.³

10. Com efeito, o dispositivo em questão quis vedar, nas matérias que cita, a utilização da ação civil pública para a defesa dos chamados *interesses individuais homogêneos*, o que se vê logo na dicção "*cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*". No caso em tela, como assinalado, faz-se a defesa de interesses difusos, de titulares indeterminados ou, admita-se até, de interesses coletivos *stricto sensu*: não se requer qualquer vantagem pecuniária de caráter individual!

11. Por outro lado, padece de inconstitucionalidade o dispositivo citado. Apesar de estar em vigor, em razão dos termos da Emenda Constitucional nº 32, ele é, como dito, incompatível com a Constituição Federal.

12. Com efeito, a ação civil pública, instrumento processual criado pela Lei 7.347/85, foi albergada na Constituição Federal, no

² O *leading case* é o RE 163.231-3, j. 23/02/1997, Rel. Min. Maurício Correia.

³ Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Redação dada pela Mpv nº 2.180-35, de 24.8.2001).

seu art. 129, III. O tratamento coletivo das demandas, conhecido em outros países, bastando lembrar das *class actions* americanas, é instrumento da democracia e de uma maior efetividade do Estado de direito; esse princípio permite que a prestação jurisdicional alcance e beneficie não só aqueles poucos que conseguem postular individualmente no Judiciário, mas todos os que se encontrem em situação idêntica, podendo-se dizer que se constitui também em modo de realização do princípio da isonomia.

13. Ora, albergado pela Constituição, o princípio do tratamento coletivo das demandas não comportou no Texto Maior quaisquer restrições, falando-se ali em inquérito civil e ação civil pública para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e *de outros interesses difusos e coletivos*. Essa *cláusula geral* permitiu a utilização da ação civil pública, pelo Ministério Público ou por outro legitimado, *em quaisquer casos em que se verifique a transindividualidade da demanda*, não sendo necessário haver previsão legal específica sobre a matéria versada, o que proporcionou ACP's benfazejas em temas como saúde, educação, habitação, comunicação social etc.

14. Não pode a lei, pois, restringir o princípio mencionado, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade material, mormente em matérias de grande relevância como tributos, contribuições e fundo de garantia. Diga-se de passagem que a medida provisória questionada atendeu a preocupação contingente do governo federal que, diante da decisão do STF que reconheceu o direito à correção dos depósitos do fundo de garantia, passou a temer o ajuizamento de demandas coletivas nessa matéria.

15. Por outro lado, é sabido que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em relação às ACP's versando matéria tributária, que o Ministério Público carece de legitimidade para intentá-las, por entender tratar-se de *direitos individuais homogêneos*⁴, mas em momento algum estabeleceu que a via fosse inidônea a veicular toda e qualquer pretensão daquela espécie, em se tratando de outros legitimados legais. **Também não asseverou o STF ser impossível ao Ministério Público manejar a ação civil pública, mesmo em se tratando de**

⁴ RE 231.631-0 MG, 9/12/1999, Rel Min. Ilmar Galvão; RE 95.056-1 PR, 9/12/1999, Rel. Min. Carlos Velloso.

matéria tributária, quando se tratar de interesses difusos ou coletivos. Ora, a medida provisória atacada não se identifica com as referidas decisões do Supremo. As limitações que impõe vão muito mais além e se mostram incompatíveis com a Carta Magna, pois: 1) proíbe a ação civil pública a quaisquer legitimados, nas matérias que indica; 2) impede que o MP defenda, nessas matérias, interesses difusos ou coletivos, o que não foi, em absoluto, impedido de fazer pelas decisões do STF acima citadas.

16. Diga-se, igualmente, que os depósitos do Fundo de Garantia não têm natureza tributária, consoante já decidiu o STF e que no presente caso, como já afirmado, são defendidos interesses difusos e coletivos da sociedade e não apenas interesses individuais homogêneos.

17. Por fim, é de se mencionar que o STF tem admitido que as ações civis públicas deduzam pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que o façam *incidenter tantum*, como passo lógico necessário ao atendimento do pedido principal. O STF, também, em jurisprudência já abundante, tem acatado esse tipo de pedido em ACP, sempre que o pedido principal deduzido nessa ação não possa ser obtido da mesma maneira em sede de ação direta de inconstitucionalidade, não vindo aí usurpação de sua competência originária pelo juiz de primeiro grau.⁵

18. A eventual declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, como requerido nesta ação, é exemplo rigoroso de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, pois, sendo o dispositivo de natureza estritamente processual, a decisão judicial que o invalidar terá efeitos **apenas neste processo** e não *erga omnes*, isto é, em outras ações civis públicas, como seria o caso da decisão do STF numa ação direta de inconstitucionalidade.

⁵ Reclamações 600-0 e 602-6, julgadas em 3/9/1997. No mesmo sentido são as seguintes decisões do STF: RCL 611/PR, 25/3/998; RCL 668/SP, 17/9/2001; RCLMC 1733/SP, 24/12/2000, decisão monocrática do Min. Celso de Mello.

III – DO DIREITO

III.1.DA EXIGIBILIDADE DO SISTEMA DE CONTA ÚNICA

19. Com efeito, as Leis 5.107/66 e 7.839/89, que regularam o Fundo de Garantia antes da vigente Lei 8.036/90, foram explícitas no sentido de que cada trabalhador teria uma *conta única* de FGTS para os sucessivos vínculos empregatícios de sua vida profissional. Senão, vejamos:

Art. 5º (Lei 5.107). Verificando-se mudança de empresa a conta vinculada será transferida para estabelecimento bancário de escolha do novo empregador.

Art. 10 (Lei 7.839)

(...)

3º Verificando-se mudança de emprego, até que venha a ser implementada a centralização prevista no caput deste artigo, a conta vinculada será transferida para o estabelecimento bancário da escolha do novo empregador.

20. Em relação à Lei atual, apesar de não encontrar aí dispositivo similar, até porque, com a centralização pela CEF, não mais se cogitou de transferência da conta vinculada entre instituições bancárias diversas, ela mantém a mesma exigência, de uma conta única por trabalhador. Pode-se chegar facilmente a essa constatação através da leitura do diploma, pela constante utilização da expressão “a conta vinculada” e não “as contas vinculadas”. Além do que, a existência de contas múltiplas para cada trabalhador, como adiante se verá, acarreta restrições indevidas e ilegais das hipóteses de movimentação.

21. Ainda para demonstrar que a Lei 8.036, como as anteriores, previu um sistema de conta única por trabalhador, é conveniente analisar a alteração legislativa trazida pela Lei 8.678/93. Os arts. 20 e 21 da Lei 8.036/90, em sua redação original, previam:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...)

VIII – quando permanecer 3 (três) anos ininterruptos, a partir da vigência desta lei, sem crédito de depósitos;

Art. 21. Após a centralização das contas de que trata o art. 12 desta lei, o saldo da conta não individualizada e da conta vinculada sem depósito há mais de 5 (cinco) anos será incorporado ao patrimônio do FGTS, resguardado o direito do beneficiário de reclamar, a qualquer tempo, a reposição do valor transferido, mediante comprovação.

Em seguida, a Lei 8.678/93 alterou os dispositivos supracitados, dispondo o seu art. 4º:

O inciso VIII do art. 20 e o art. 21 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 20.

.....
VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, ***fora do regime do FGTS***, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.

Art. 21. Os saldos das contas não individualizadas e das contas vinculadas que se conservem ininterruptamente sem créditos de depósitos por mais de cinco anos, a partir de 1º de junho de 1990, ***em razão de o seu titular ter estado fora do regime do FGTS***, serão incorporados ao patrimônio do fundo, resguardado o direito do beneficiário reclamar, a qualquer tempo, a reposição do valor transferido.

Parágrafo único. O valor, quando reclamado, será pago ao trabalhador acrescido da remuneração prevista no § 2º do art. 13 desta lei.”

22. Vê-se que a alteração do art. 20, VIII, consistiu em precisar que não bastava o simples transcurso do prazo de 3 anos, sem depósitos, para movimentar-se a conta vinculada: era necessário que o trabalhador estivesse, pelo mesmo tempo, *fora do regime do FGTS*. Por que a Lei 8.036 não fez tal precisão em sua redação original? Porque ela é desnecessária no sistema de conta única! Havendo uma só conta, para os sucessivos vínculos, esta somente ficará sem depósitos enquanto o trabalhador não tiver se empregado novamente. *Três anos ininterruptos sem crédito de depósitos*, na dicção original, correspondem a três anos fora do regime do FGTS.

23. No entanto, em dissonância com a lei e com o funcionamento anterior do Fundo de Garantia, a Caixa Econômica implantou um sistema de contas múltiplas por trabalhador, abrindo uma conta de FGTS para cada vínculo empregatício. Ensejou-se, assim, que algumas dessas contas - aquelas cujos saldos o trabalhador não pudera sacar de imediato, em virtude da forma de desligamento do emprego (*ex.: pedido de demissão*) – possibilitou-se, então, que tais contas ficassem sem depósitos por muitos anos, mesmo que o trabalhador voltasse a se empregar. Foi a razão que levou o legislador de 1993, a precisar as condições para o saque no caso do art. 20, VIII, da multicitada Lei 8.036/90, acrescentando que seria necessário estar “fora do regime do FGTS” pelo lapso de três anos.

24. A necessidade da alteração legislativa, em 1993, em função da situação criada pela implantação de várias contas por trabalhador, demonstra claramente que não foi esse o sistema previsto pela Lei 8.036/90.

25. Observe-se, porém, que a alteração legislativa em questão, que veio corrigir as consequências da implantação irregular de contas múltiplas, **não implicou na admissão desse sistema, inclusive porque, como se verá abaixo, ele acarreta prejuízos aos trabalhadores, restringindo indevidamente as possibilidades de movimentação de determinadas quantias do FGTS.**

III.2. – DOS PREJÚZOS CAUSADOS PELO SISTEMA DE CONTAS MÚLTIPLAS

26. Analisemos a hipótese de movimentação prevista no art. 20, VIII, da Lei 8.036. É sabido que, quando pede dispensa do emprego, o trabalhador não pode sacar logo os depósitos do Fundo de Garantia. Só poderá fazê-lo, segundo a Caixa, se permanecer três anos fora do regime do FGTS, isto é, caso não volte a se empregar nesse período. Se vier a se empregar nesse prazo, não terá direito ao saque, mesmo que a conta do vínculo anterior fique sem movimento por três anos ou mais, só podendo obter esses valores *“nas hipóteses de Aposentadoria; de estar acometido de Neoplasia Maligna ou AIDS, o trabalhador ou seu dependente; de ter idade igual ou superior a 70 anos, ou na aquisição de imóvel para moradia própria”*, conforme informou a CEF a esta Procuradoria da República através do ofício 1 –0650/CAIXA (fls. 07 e 08 dos autos anexos).

27. Com efeito, é o que se observa da Circular 278/2003, acostada às fls. 09 a 19 dos autos. Ela estabelece os valores que poderão ser levantados em cada hipótese de saque prevista no art. 20 da Lei 8.036/90 (conferir os itens “valor” na referida Circular). Em alguns deles, como nos casos já citados de aposentadoria, neoplasia maligna, financiamento ou aquisição de moradia, a Caixa libera os saldos de *todas* as contas que o trabalhador porventura titularizar, inclusive daquelas cujos valores ele não pudera sacar em virtude da forma de desligamento do respectivo vínculo. Em outros casos, muito mais corriqueiros, notadamente o da despedida *sem justa causa* (art. 20, I), a Caixa *não* libera todas as contas, mas somente o saldo daquela conta referente ao vínculo de que o trabalhador está se desligando; *além da despedida sem justa causa*, são outras hipóteses em que não há liberação do total de recursos: *extinção da empresa* (art. 20, II), *extinção normal do contrato a termo* (art. 20, IX), *suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 dias* (art. 20, X).

28. Assim, na forma disciplinada pela referida Circular, que é o mesmo procedimento aplicado pela CEF desde que centralizou as contas, os saldos das contas que o trabalhador não pôde sacar em

virtude da forma de desligamento (como a justa causa ou o pedido de demissão), somente poderão ser movimentados naquelas hipóteses em que se prevê a liberação dos recursos de *todas* as contas (aposentadoria, falecimento do trabalhador, câncer, aquisição da moradia etc).

29. Ora, caso o trabalhador tivesse uma conta única de FGTS, suas possibilidades de sacar essas quantias seriam evidentemente maiores! Os depósitos anteriores, a cujo saque não tivera direito, somar-se-iam àqueles das relações de emprego subsequêntes e poderiam ser obtidos, além das hipóteses citadas no parágrafo anterior, *sempre que sobreviesse ao trabalhador uma dispensa sem justa causa (art. 20, I, da Lei 8.036/90) ou ainda outras hipóteses de previstas no art. 20, II, IX e X*. Esse era o funcionamento do Fundo sob a égide das já citadas Leis 5.107/66 e 7.839/89.

30. A conclusão do parágrafo anterior se mostra mesmo mais consentânea com a natureza do Fundo. Os recursos do FGTS são de propriedade dos trabalhadores e objetivam socorrê-los no desemprego, entre outras hipóteses. Quando a Lei 8.036/90, no seu art. 20, I, assevera que “a conta vinculada do trabalhador no FGTS” poderá ser movimentada em caso de despedida sem justa causa, é claro que dispôs no sentido de que *todos os recursos* de que o trabalhador dispuser no Fundo poderão ser movimentados. Não faria sentido que, numa situação de desemprego, necessitando dos recursos, o trabalhador só pudesse movimentar uma parte deles, ficando o restante para a aposentadoria.

31. Como já dito, a requerida deu a interpretação contida no parágrafo anterior, no sentido da liberação total dos recursos, em várias hipóteses do multicitado artigo 20. Pode-se dizer que nos casos de aposentadoria e falecimento isso seria uma imposição lógica. E nos outros, como a aquisição de moradia própria? Por que não liberar, também nesses casos, apenas parte dos recursos, aqueles depositados na última conta, reservando o restante para a aposentadoria? O absurdo de tal raciocínio, nessas hipóteses, ilustra sua inadequação também para as demais, como aquela mais comum da *despedida sem justa causa*(art. 20, I). Isso porque a Lei 8.036/90 não privilegiou qualquer hipótese, sendo a verificação de qualquer delas bastante para ensejar a liberação de *todos os valores que por acaso o trabalhador possuir no FGTS*.

III.3. DA CORREÇÃO DA DISTORÇÃO

32. Pois bem, a correção do problema seria a implantação do sistema de conta única, na forma acima explicitada, para os atuais e futuros integrantes do regime do FGTS. Contudo, a implantação da conta única poderá se mostrar custosa, em termos de tempo e dinheiro.

33. Uma alternativa à implantação do sistema de conta única, que nos parece suficiente e, por ser mais rápida e menos custosa, é aquela que adotaremos como pedido principal, *é a determinação judicial para que, também nas hipóteses citadas do art. 20, I, II, IX e X, a requerida libere os saldos de todas as contas vinculadas em nome do titular e não apenas da conta referente ao último vínculo.*

34. Assim, serão obviadas as consequências ilegais da existência de múltiplas contas, a saber, a restrição das possibilidades de saque de determinadas quantias. Os recursos do trabalhador no Fundo de Garantia passarão a ser considerados de forma global, em todas as hipóteses de saque previstas no art. 20 da Lei 8.036/90, exatamente como se ele possuísse uma única conta vinculada para os seus sucessivos vínculos.

35. Por outro lado, ainda que não se extraísse da lei a obrigatoriedade da conta única, tem-se que em qualquer hipótese de movimentação prevista no art. 20 da Lei 8.036/90 *deve ser liberada a totalidade dos recursos que o trabalhador possuir no Fundo*, a teor das considerações feitas nos parágrafos 30 e 31 supra que, a par das demais, devem ser tomadas como causa de pedir autônoma da presente ação.

III.4. DOS EFEITOS NACIONAIS DA LIMINAR E DA SENTENÇA

36. A sentença em ação civil pública, em razão da própria natureza dessa ação, deve produzir efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

37. A razão mesma de ser da ação civil pública é beneficiar todas as pessoas que estejam na mesma situação, rompendo com

o individualismo do processo civil clássico. Recentes alterações legislativas, notadamente a Lei 9.494/97, que alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, objetivaram desfigurar a ação civil pública, atingindo-a na sua própria natureza e ferindo, assim, a disposição constitucional que autorizou tal demanda coletiva (art. 129, III). Sabe-se que a nova redação do art. 16 restringe os efeitos da coisa julgada ao território de competência do órgão judicial prolator.

38. Confundiram-se, assim, dois institutos distintos, quais sejam, a competência do órgão judicial e a sua jurisdição. Todo juiz tem competência territorial delimitada, que o habilita a conhecer apenas de determinadas lides, mas sua jurisdição, quer dizer, a validade de suas decisões tem indiscutivelmente abrangência nacional. Um divórcio prolatado em Aracaju tem, à evidência, validade em todo o território nacional e mesmo, observadas as regras do direito internacional privado, no âmbito internacional.

39. Na ação civil pública, a competência define-se pelo local do dano, que no presente caso abrange todo o país, inclusive o Estado de Sergipe, cujos juízes federais se tornam competentes para a demanda. Os efeitos da decisão, contudo, são ditados pela lide posta em juízo, devendo alcançar todos os titulares dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos em causa; ditam-se esses efeitos também pela pessoa do réu, cujas obrigações não podem ser repartidas em tantas partes quanto forem as comarcas existentes no país. O contrário significaria grave afronta ao princípio constitucional da isonomia. Nesse sentido, já decidiram os tribunais:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EFICÁCIA TERRITORIAL DE MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSS nº 57. IMPOSTO DE RENDA.

1. A eficácia de liminar concedida em sede de ação civil pública é erga omnes, tendo abrangência em todo o território nacional.

2. A nova redação dada ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública pela MP 1570-5 (posteriormente

convertida na Lei nº 9.494/97), para restringir a eficácia aos limites da competência territorial do órgão prolator, é de flagrante inconstitucionalidade, em afronta os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia, pois dismantela o principal intuito de uma decisão coletiva – a eficácia erga omnes irrestrita.

3. Não constitui critério determinante da extensão da eficácia da liminar na ação civil pública a competência territorial do juízo, mas a amplitude e a indivisibilidade do dano que se pretende evitar.

4. Por força do art. 21 da LACP e do art. 90 do CDC, incide, na hipótese, o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

5. (...)

6. Precedente desta Turma (AI nº 2002.04.01.008635-0/RS, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU de 02/10/2002).

7. Agravo de instrumento provido. (AG nº 2002.04.01.0223778/RS, Rel. Juiz A A Ramos de Oliveira, DJU de 26/02/2003)

40. Por fim, deve-se insistir, no mesmo sentido da lúcida decisão citada, que a alteração do art. 16 da LACP, ainda que constitucional fosse, restou inócua. Isso porque a Lei 9.494/97 não alterou o já referido art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* das sentenças e, como sabido, aplica-se, por força do art. 117 do mesmo CDC, a todas as ações civis públicas e não somente àquelas versando relação de consumo.

IV. DOS PEDIDOS

ANTE TODO O EXPOSTO, requer o Ministério Público Federal:

l) Liminarmente, conceda-se a medida prevista no art. 12 da Lei 7.347/85, determinando-se à

requerida que, *também nas hipóteses do art. 20, I, II, IX e X, da Lei 8.036/90, libere os saldos de todas as contas vinculadas em nome do titular e não apenas da conta relativa ao último vínculo;*

II) Cite-se a requerida para apresentar contestação, no prazo de 15 dias, sob pena de revelia;

III) Declare-se, se Vossa Excelência entender necessário, inclusive para o deferimento da liminar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001;

IV) Por fim, por sentença, julgue-se procedente o pleito autoral, condenando-se a requerida à obrigação de fazer consistente em, *nas hipóteses de movimentação do art. 20, I, II, IX e X, da Lei 8.036/90, liberar os saldos de todas as contas vinculadas em nome do titular, e não apenas da conta relativa ao último vínculo;*

V) Alternativamente, por sentença, julgue-se procedente o pleito autoral, condenando-se a requerida à obrigação de fazer consistente em, no prazo máximo de 3 (três) meses a contar da sentença, adotar o regime de conta única por trabalhador, como explicitado no corpo da presente petição, para os atuais e futuros integrantes do regime do FGTS, inclusive reunindo os depósitos das diversas contas eventualmente titularizadas por um mesmo trabalhador em sua conta atual ou mais recente;

VI) Imponha-se multa diária pelo eventual descumprimento da liminar ou da sentença, aferido que seja de qualquer maneira, em valor capaz de dissuadi-lo, levando-se em conta o caráter multitudinário do feito, destinando-se os valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos-FDDD, criado pelo Decreto 1306/94;

VII) Finalmente, pelas razões expostas, confira-se abrangência nacional às decisões provisórias e definitivas exaradas no presente processo.
Dá-se à causa o valor de R\$ 2.400,00.

Nestes Termos
Pede Deferimento.

Aracaju(SE), 23 de setembro de 2003.

Paulo Gustavo Guedes Fontes
PROCURADOR DA REPÚBLICA

ESPAÇO CULTURAL

DISCURSO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA NA POSSE DA MESA DIRETORA DO TJSE

Meus senhores,
Minhas Senhoras,

Por desígnio constitucional, o Ministério Público e o Poder Judiciário compartilham o elevado mister da administração da Justiça.

Nivelados em dignidade funcional, à força da horizontalidade que domina as funções estatais típicas, articulam-se como o braço ao ombro no exercício da atividade jurisdicional.

Na fisiologia do poder provisor das demandas da cidadania, um não se move sem que o outro o impulse.

Em temas específicos, notadamente os que dizem com a perseguição penal, com o combate à improbidade administrativa, com a defesa dos interesses difusos e coletivos, não se cogita de jurisdição, prerrogativa ordinária do Juiz, sem a contraface da ação, atribuição do Promotor de Justiça.

É, com efeito, o Ministério Público que dá a partida, ativa e põe em movimento o aparato judiciário para a outorga da tutela jurisdicional.

Instituições co-irmãs, fadadas ao mesmo destino político, coexistem inseparáveis a beca e a toga.

É, pois, natural que, ao ensejo da posse da nova Mesa Diretora do Tribunal de Justiça tenha voz o Ministério Público, ainda que seja para expressar aos novéis dirigentes votos uma gestão fecunda em realizações.

Aconselha-o, todavia, o bom senso que seja breve a minha locução, poupando o ilustre auditório das habituais e enfadonhas digressões doutrinárias e filosóficas e das indefectíveis mensagens à sociedade.

Arrisco-me a comprometer a substância do discurso, oferecendo-lhes um oração leve e amena, consciente, porém, de que serei aplaudido pela temerária opção.

O eminente Desembargador Pascoal Nabuco, com o fulgor de sua inteligência e reconhecidos pendores literários, haverá de brindar-nos com uma exuberante aula de sapiência, cumprindo a liturgia de sua mensagem *urbi et orbi*.

Protocolar, embora perpassado pelo tempero do sentimento, inafastável contingência da condição humana, será assim a minha fala.

Meus Senhores,
Minhas Senhoras,

O evento que ora testemunhais eleva à condição de dirigentes do Poder Judiciário ilustres dignitários da Justiça, servidores públicos da mais alta linhagem.

Alça à Presidência do Tribunal de Justiça deste Estado o eminente Desembargador Manuel Pascoal Nabuco d'Ávila, à Vice-presidência, o Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto e à Corregedoria Geral da Justiça, a Desembargadora Josefa Paixão de Santana.

É com alegria que os felicito pelo ensejo que lhes oferece a vida pública de, mais uma vez, servir ao Estado de Sergipe e ao seu povo.

Por imperativo de Justiça, cumpre que Ministério Público se congratule com o Desembargador José Antônio de Andrade Góes, cujo mandato ora se exaure.

Sua Excelência, emérito professor universitário, proficiente magistrado, revelou notável capacidade administrativa. Sua operosa gestão foi, sem favor, uma das mais fecundas em realizações. Durante o seu profícuo mandato, temporalmente exíguo para a implementação de tantos outros projetos idealizados, executou apreciável acervo de obras. As Comarcas de Propriá, Neópolis, Glória, Ribeirópolis, dentre outras, ganharam novos fóruns de Justiça, que oferecem à Magistratura, ao Ministério Público e à Defensoria Público dignas condições de trabalho. Seu empreendimento mais emblemático e perene, indubitavelmente, foi a edificação do Centro Administrativo do Poder Judiciário. Digno de registro o seu empenho na implantação de Juizados de Pequenas

Causas e Varas de Assistência Judiciária, na periferia da cidade, democratizando o acesso à Justiça.

Exalto-lhe, agradecido, o tratamento cortês e atencioso que imprimiu às relações com o Ministério Público. Particularmente, tenho-lhe como dileto amigo. Ninguém lhe excede na solicitude afetuosa e na solidariedade oportuna.

Por seus feitos em prol do Poder Judiciário e do povo sergipano, será eternamente credor de minha admiração.

Sua obra imperecível representa um precioso legado à posteridade.

Meus Senhores
Minhas Senhoras,

A efusiva manifestação de alegria e de esperança que alimento com a investidura do Desembargador Pascoal Nabuco no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça guarda, de algum modo, relação com um registro biográfico da vida de Vitorino Freire, personagem que enriquece o folclore político brasileiro, tema tão ao gosto do empossado.

Diz-se do simplório ex-senador da República que exultava com o triunfo alheio - desde que o vitorioso fosse seu amigo.

Seguramente, a amizade, que há mais de duas décadas mantenho com o Desembargador Pascoal Nabuco, alicerçada na afeição que presumo recíproca e na admiração que suponho mútua, redobra-me o entusiasmo pela sua ascensão à Presidência deste Egrégio Sodalício.

Também a amizade que, para Aristóteles, em sua Ética a Nicômaco, se traduz na utilidade da associação, haverá de conduzir-nos à cooperação pró-ativa para a uma prestação jurisdicional expedita e acessível ao conjunto da sociedade.

É, pois, desejável que tal empatia, teleologicamente afetada por um objetivo pragmático, altruístico embora, converta-se numa promissora parceria que contribua para sedimentar no seio do Ministério Público e da Magistratura a consciência de que os une um interesse comum.

Di-lo a experiência que nenhuma empresa de maior emvergadura terá êxito senão pela atuação coordenada e competente desses segmentos estatais.

Até mesmo para a adoção de estratégias auto-defensivas, necessárias ao enfrentamento de insidiosas incursões de setores refratários aos avanços institucionais alcançados na última década.

O fato político recente da extensão do privilégio de foro aos agentes públicos que exauriram seus mandatos ou afastaram-se de seus cargos, por significativo, cobra-nos uma ação serena e firme para a inibição de suas nefastas consequências jurídicas.

Olvidando regras isonômicas;

afrontando a tradição jurídica que não contempla a outorga, em sede penal, de prerrogativa de função a quem não mais funciona, muito menos admite o foro especial em ações civis;

- usurpando o poder constitucional, a quem a matéria é afeta;

- desmobilizando o corajoso esforço de promotores de Justiça, outrora empenhados no combate à iniquidade do gestor público, hoje convertidos num risível exército de Brancalone, incapaz, posto desarmado, de promover a defesa da sociedade, a sua cidadela, cometeu o legislador ordinário delito de lesa-sociedade.

Outra qualificação não comporta o ato que solapa da primeira instância do Ministério Público e do Judiciário atribuição e competência para processar e julgar a improbidade administrativa que fomenta o enriquecimento ilícito, desfalca o erário e atenta contra os princípios da administração pública.

Fustigados em suas bases eleitorais, fizeram os maus políticos a temerária aposta de que a supressão da instância inferior assegurava-lhes a garantia da impunidade.

Incautos, imaginaram que, assoberbados de serviço e desaparelhados para uma resposta efetiva, eficaz e tempestiva à nova e copiosa demanda, Procuradores de Justiça e Desembargadores, não estariam aptos a enfrentar esse novo desafio.

É nosso dever desapontá-los.

A CONAMP já lhes desferiu o contragolpe, argüindo no STF a inconstitucionalidade do texto nefando.

No teatro de operações, enquanto eficaz o texto combatido, cumpre-nos dar a adequada resposta institucional à questão.

No âmbito do Ministério Público, haveremos de rever a postura conservadora e renitente de prestigiar o papel de *custos legis*, ainda que manifesta a inocorrência de interesse público primário, em detrimento da legitimação constitucional para ação e para o recurso, instrumentos indispensáveis à tutela de interesses de terceira dimensão, tais a saúde, a educação, as relações de consumo, o meio ambiente, a criança, o adolescente e o idoso, os serviços públicos relevantes, o patrimônio público, a nova fronteira aberta à Instituição pela Carta Cidadã.

Desonerados de tarefas que, em rigor, lhes são impróprias, meus eminentes pares terão as mãos livres para, acolitados por Promotores de Justiça, dedicarem-se à persecução penal, à defesa dos interesses difusos e coletivos e ao combate sem quartel à improbidade administrativa.

Certamente, o Poder Judiciário se mostrará receptivo a essa nova linha de ação institucional.

Meus Senhores,
Minhas Senhoras

Igualmente significativo, e motivo bastante em si para que eu saúde *ab imo pectore* o Desembargador Pascoal Nabuco é o fato de que Sua Excelência procede do Ministério Público, cuja instituição guarda-lhe a marca indelével do talento empreendedor, da inesgotável capacidade de trabalho, do obsessivo empenho para prover a sociedade de uma instituição moderna e eficiente, apta a tutelar os mais caros interesses da sociedade.

Compraz-se o parquet sergipano com a honra de haver-lhe possibilitado, pela via do quinto constitucional, o privilégio de ter assento - e doravante - dirigir esta Augusta Corte de Justiça.

À frente do Poder Judiciário, haverá de repetir a invejável performance administrativa revelada na direção do Ministério Público, da Procuradoria Geral do Estado, da Corregedoria Geral da Justiça e do Tribunal Regional Eleitoral.

Ao Ministério Público estadual, deu o homenageado fisionomia e estatura para conformá-lo ao perfil multifuncional

emergente da Carta de 1988, que legitimou a instituição à defesa de interesses fundamentais da cidadania.

À Procuradoria Geral do Estado, instalações condignas e moderna conformação técnico jurídica, conferindo-lhe foros de escritório de advocacia estatal, orientado para a defesa pertinaz e responsável do erário, para a garantia da higidez formal e material dos atos e contratos administrativos.

À testa do Tribunal Regional Eleitoral, mercê de habilidosa interlocução com a classe política, com os partidos e com os eleitores, e de sua proverbial tolerância, presidiu as recentes eleições gerais em clima de ordem e paz social. Seu gosto pela documentação e pelo arquivo, fê-lo condensar em livro a retrospectiva histórica dos últimos 100 anos de eleições em Sergipe. Completa-lhe a obra a implantação do Centro de Memória Eleitoral, repositório de informações sobre a atividade político-partidária no Estado de Sergipe, preciosa fonte de pesquisa para uso dos contemporâneos e das gerações vindouras.

O Desembargador Pascoal Nabuco, experiente prático da barra, converte-se, agora, no timoneiro da Justiça sergipana.

Confio que haverá de conduzi-la a porto seguro, para o bem dos seus concidadãos.

Estimo que fará uma profícua gestão, assim no plano administrativo como no nível jurisdicional, função típica e precípua do Poder Judiciário.

Pragmático, e afeito a iniciativas singelas, prosaicas na concepção, porém eficazes no resultado, o Des. Pascoal Nabuco certamente utilizar-se-á de novos modelos de gestão.

Homem do seu tempo, espectador crítico da cena nacional, deve ter ouvido a lúcida observação do jurista Márcio Tomás Bastos, Ministro da Justiça, para quem a decantada morosidade do Poder Judiciário decorre, em boa medida, da resistência à adoção de modernas técnicas de gerenciamento, e de que a redução dos níveis de impunidade decorre não necessariamente da exasperação das penas, porém de sua efetiva imposição, advertência, de resto, já proclamada por Beccaria, nos idos do século XVIII.

Não lhe faltarão engenho e arte para que leve a bom termo o mandato que ora assume.

Que Deus ilumine a sua caminhada.

Muito obrigado a todos.

DISCURSOS

RACHEL DE QUEIROZ E JOSÉ AMÉRICO DE ALMEIDA O ROMANCE NORDESTINO

Darcilo Melo Costa ()*

Há um romance regional? Neste tema, pode-se falar em romance nordestino? É a pergunta que inicialmente poderíamos formular ao apreciarmos romances de um grupo de escritores do nordeste. A idéia deste artigo nasceu com a notícia do falecimento de **Rachel de Queiroz**, em novembro do ano passado de 2003, a grande escritora do Ceará.

A tradição que nos vinha de séculos passados, era a de uma postura romanesca voltada para os grande heróis, ou figuras de proa da sociedade local ou episódios da antiguidade; o romance brasileiro seguia de perto as transformações havidas nos movimentos literários da velha europa, preferentemente da França, agrupados nas correntes que ficaram conhecidas como romantismo, realismo e naturalismo. Também romancistas e poetas portugueses, italianos, espanhóis influenciaram nossos escritores. Mais raramente nomes alemães – Goethe, Schiller, Tomas Mann – e ingleses – H. G. Wels, James Joyce, Charles Dickens, Somerset Maugham – eram influências significativas. Mas, indubitavelmente, a literatura brasileira era um sistema que tinha o seu centro solar nos valores culturais da europa latina, de preferência a França de Victor Hugo, Lamartine, Chateaubriand, Balzac, Flaubert, Stendhal. Como disse **Gilberto Amado**:

“A literatura, em geral sob o domínio dos parnasianos, falava mais da Grécia do que do Brasil. E os melhores, os mais profundos espíritos, procuravam sob a aparência nacional a pátria eterna dos homens na civilização européia em sua expressão mais fina e mais alta: a francesa” – “Minha Formação no Recife” – pág. 353.

Foi a chamada “Escola do Recife” que, contrariando esta influência exagerada das coisas da França, deu início (é força de expressão, pois no sul do país imigrantes alemães haviam trazido para aqui a língua e manifestações artísticas da cultura alemã), deu início, dizíamos, a um movimento cultural pela divulgação entre nós da produção cultural da Alemanha, o que não se restringiu à filosofia e ao direito, incursionando pela literatura. Com **Tobias Barreto** e seus discípulos – **Graça Aranha** um deles – também romancistas e poetas alemães tiveram uma maior divulgação nos nossos meios literários. Isto ocorria no século XIX.

Tempos depois, já no século seguinte, uma segunda transformação ocorreria na arte brasileira a partir daquilo que ficou conhecido como “Semana da Arte Moderna”. Aqui, igualmente, novas tendências artísticas procuravam se afirmar, condenando o vício dos nossos escritores de apenas retratarem na obra de arte a face dourada da sociedade; a visão romântica ou “parnasiana” da vida. Ou cantavam as belezas da terra – Gonçalves Dias, Casimiro de Abreu, José de Alencar – ou tratavam dos conflitos psicológicos de seus personagens – Machado de Assis, Aluísio Azevedo, Lima Barreto, Otávio de Faria. Mas o diferencial de brasilidade, era esquecido, diziam os moços da “Semana” de 1922. Até aí tudo que alimentava as paixões humanas era motivo para o romance, mas faltava aquela nota característica do brasileiro ao encarar os desafios da vida peculiares da região; aquela nota de brasilidade, repetimos. Era um meia verdade ou exagero; mas quando havia esta preocupação com coisas da terra, a história, a trama, o cenário era o sul do país.

Eis que, quando menos esperado, surgem nomes desconhecidos, trazendo para o romance a terra do nordeste, o drama do homem da região, fortemente influenciados por escritores que em suas obras de História e Sociologia procuravam salientar as peculiaridades de toda esta região, com temas e questões que lhes eram próprios. Dentre estes, dois se sobressaem: o tema relativo à terra – às estiagens prolongadas ou às secas; o outro, o homem - a família patriarcal; o poder sem contrastes do chefe de família, tanto no âmbito familiar das casas-grandes e senzalas como nas relações de trabalho. Toda um plêiade de jovens escritores, influenciada pela obra imorredoura de **Gilberto Freyre**, vai enriquecer a literatura

brasileira. Tudo isto dá uma nova coloração ao romance brasileiro e que ficou conhecido como literatura nordestina, tal a força telúrica que impulsionava a pena desses escritores.

Costuma-se dizer que à nova ciência corresponde uma nova arte. Mas não é menos verdade que em alguns casos o gênio do artista se adianta às novas revelações do cientista. Basta considerarmos o caso espetacular que bem ilustra a assertiva: o “Dom Quixote” de **Cervantes**. Antecipando-se de séculos às concepções da psicologia – as pessoas altas e magras, os esquisotímicos, eram idealistas, românticos, sonhadores; os baixos e gordos, ciclotímicos, eram realistas, práticos, calculistas – vemos como Cervantes descreve os heróis do seu drama: Dom Quixote, esquisotímico, e Sancho Pança, ciclotímico, inteiramente de acordo com as revelações da psicologia, uma ciência que surgiria trezentos anos depois, com a descrição dos tipos psicológicos da classificação de Kretschmer (o grande psiquiatra alemão).

Pois bem! Em 1928 a intelectualidade brasileira é surpreendida com um romance que nos vinha da Paraíba: “A Bagaceira” de **José Américo de Almeida**. O autor era bastante conhecido em seu Estado, onde fora Promotor de Justiça, Procurador-Geral e deixando o Ministério Público exercia a Advocacia há muitos anos (desde 1911). De sua veia literária se conhecia apenas seu pequeno livro de poesias. Depois de publicar “A Paraíba e seus Problemas” (ensaio de repercussão apenas local), todos são surpreendidos com a publicação do citado romance, que se passa no meio rural, e que o autor conhecia bem, pois oriundo de família de fazendeiros da cidade de Areia. Em “A Bagaceira” José Américo ressaltava as distinções de caráter entre o homem do sertão e o do brejo ou litoral, nas terras da cana-de-açúcar, nas bordas das cidades (distantes dos sertões). É o romance da antítese sertão/bagaceira.

Traça o romancista as diferenciações de caráter do sertanejo e do brejeiro, ou trabalhador dos engenhos, de forma nunca vista no romance brasileiro. De um lado, num primeiro plano, os trabalhadores. O **sertanejo** – retirantes que vinham do sertão escorraçados pelas secas e foram se parar na bagaceira, nos trabalhos das plantações e das moendas; com seu exagerado sentimento de honra, que “vale mais que todos os bens”; amantes

da terra e dos bichos; ciosos de sua liberdade e de sua bravura em resistir às agruras do amanhã da terra, às secas. De outro lado, o **brejeiro** – o trabalhador dos engenhos e fazendas de gado, “um degrau abaixo dos mestiços neurastênicos do litoral”, na arguta observação de **Cavalcanti Proença** (repetindo Euclides da Cunha – *A Bagaceira*, pág. 22, da introdução crítica, da 36ª edição); o homem que vegeta no eito a serviço do dono do banguê, marcado pela nódoa do servilismo herdada da escravidão de seus antepassados.

Paralelamente, num segundo plano, as relações entre o dono das terras e seus empregados. E vemos aí a estrutura feudal de produção (observando **Raymundo Faoro** que nosso feudalismo não tenha sido mera repetição do europeu, diante de nossas peculiaridades): a terra e tudo que nela se encontra é propriedade do senhor de engenho – as plantações, a maquinaria, os bois que servem de tração ou energia às moendas, os homens da bagaceira. Neste sentido, observe o leitor a sentença ou aforismo de um dos personagens de “*A Bagaceira*”:

“O que está na terra é da terra”! (pág. 13 da 36ª edição).

Ou seja, está umbilicalmente ligado a ela – a terra – e como esta é de propriedade do fazendeiro, tudo que nela está, inclusive os homens que nela trabalham, é propriedade do seu dono.

Assim, escreve **Graciliano Ramos**:

“Fabiano, uma coisa da fazenda, um traste, seria despedido quando menos esperasse. Ao ser contratado recebera o cavalo de fábrica, perneiras, gibão, guarda-peito e sapatos de couro cru, mas ao sair largaria tudo ao vaqueiro que o substituísse” – “*Vidas Secas*”, pág. 27, 5ª edição (sublinhamos).

Compreende-se porque o romance foi saudado por **Otto Maria Carpeaux** e **Alceu Amoroso Lima** com tantos encômios. “*A Bagaceira*” é um romance da seca, uma denúncia

contra a exploração do trabalhador agrário”, observa **Cavalcanti Proença**, que, na introdução crítica, subscreve o clamor do romancista: “Há uma miséria maior do que morrer de fome no deserto; é não ter o que comer na terra de Canaã”. (pág. 37 da 36ª edição).

Dando continuidade a estes temas relacionados com o homem nordestino, seu caráter, o drama de sua vida ligada à terra, que somente é madrastra ruim nas secas e “mãe carinhosa” nas chuvas, surge dois anos depois, em 1930, “O Quinze” de **Rachel de Queiroz**. Se José Américo de Almeida tem a primazia de ser o primeiro romancista a trazer para a obra de ficção dramas do engenho de açúcar, Rachel de Queiroz tem o mérito de ser a primeira a romancear o drama dos retirantes, expulsos do sertão pelas secas, para “ganharem a vida” nas cidades do litoral.

Como dizíamos, por vezes o gênio do artista se adianta ao cientista. O sistema imperante na região – o patriarcalismo dos fazendeiros numa economia de resquícios feudais – somente seria estudado ou analisado à luz da história e da sociologia em **Gilberto Freyre**; mas “Casa-Grande e Senzala” é de 1933. Relembre-se que “A Bagaceira” é de 1928 e “O Quinze” de 1930. A José Américo e Rachel de Queiroz vêm se juntar **José Lins do Rego**, **Jorge Amado**, **Graciliano Ramos** e **Amando Fontes**. (Outros nomes poderiam ser citados, como **Franklin Távora**, de “O Cabeleira”).

Este, o núcleo de escritores que constituem a literatura nordestina. E por que esta denominação? porque uma série de temas ou questões dos relacionamentos humanos são trazidos às páginas do romance com uma nota característica ou peculiar aos viventes destas regiões – os campos e as cidades do nordeste. Referimo-nos às secas e aos retirantes – A Bagaceira de José Américo de Almeida, O Quinze de Rachel de Queiroz, Vidas Secas de Graciliano Ramos; a família patriarcal e relações feudais de produção – Menino de Engenho, Banguê, Usina, Fogo Morto de José Lins do Rego, A Bagaceira citada, Cacaú de Jorge Amado; relações subumanas de trabalho e prostituição – Suor e Jubiabá de Jorge Amado, Os Corumbas e Rua do Siriri de Amando Fontes; superstição religiosa, banditismo, cangaço e truculência policial – João Miguel de Rachel de Queiroz, Pedra Bonita e Cangaceiros de José Lins do Rego, Seara

Vermelha, Tocaia Grande, de Jorge Amado; a conquista da terra (com aquisições da propriedade nem sempre pelas vias lícitas da compra e venda e herança, mas pelas invasões à mão armada, por “contratos”, acordos e expedientes escusos à base da coação e violências de toda ordem) – Cacau, citado, Terras do Sem Fim, São Jorge dos Ilhéus, de Jorge Amado, São Bernardo de Graciliano Ramos. Todos estes temas se entrecruzam nos romances citados, quase sempre, bem como aquele, bastante explorado, da submissão (ou servilismo, ou inferioridade social) do homem carente de recursos e até mesmo dos endinheirados e das autoridades perante o chefe político local.

A publicação de “O Quinze” alvoroçou os círculos literários de todo o país. José Américo era quase desconhecido ao publicar “A Bagaceira”, com quarenta e um anos de idade; mas não em sua terra, devido aos cargos políticos ocupados e a algumas obras publicadas (embora não literárias). Estupefação causou, sim, “O Quinze” de Rachel de Queiroz, uma moça de vinte anos, lá de Fortaleza, tão distante dos “grupinhos literários” do sul do país. Com efeito, pode-se imaginar o impacto de um romance contendo em suas páginas episódios como aquele dos pais que assistem, inermes, a agonia e morte do filho que para matar a fome arranca da terra uma mandioca e passa a comê-la crua mesmo, sem o devido preparo, e mata a si próprio (sem antes retirar o veneno que o tubérculo contém e que deve ser retirado antes de ser cozinhado para alimentação) – pág. 53 a 55 da 73ª edição.

Seguem outros episódios de semelhante dramaticidade, onde pode-se apreciar a força descritiva da romancista:

“Mais longe, numa volta da estrada, a telha encarnada de uma casa brilhava ao sol. Lentamente Chico Bento moveu os passos trôpegos na sua direção.

De repente, um bél agudo e longo, estridulou na calma. E uma cabra ruiva, nambi, de focinho quase preto, estendeu a cabeça por entre a orla de galhos secos do caminho, aguçando os rudimentos de orelha, evidentemente procurando ouvir, naquela distensão de sentidos, uma longínqua resposta ao seu apelo.

Chico Bento, perto, olhava-a, com as mãos trêmulas, a garganta áspera, os olhos afogueados. O animal soltou novamente o seu clamor aflito. Cauteloso, o vaqueiro avançou um passo. E de súbito em três pancadas secas, rápidas, o seu cacete de jucá zuniu; a cabra entonteceu, amunhecou, e caiu em cheio por terra.

Chico Bento tirou do cinto a faca, que de tão velha e tão gasta nunca achara quem lhe desse um tostão por ela. Abriu no animal um corte que foi de debaixo da boca até separar ao meio o úbero branco de tetas secas, escorridas.

Rapidamente iniciou a esfolação. A faca afiada corria entre a carne e o couro, e, na pressa, arrancava aqui pedaços de lombo, afinava ali a pele, deixando-a quase transparente.

Mas Chico Bento cortava, cortava sempre, com um movimento febril de mãos, enquanto o Pedro (o filho mais velho), comovido e ansioso, ia segurando o couro descarnado. Afinal, toda a pela destacada, estirou-se ao chão.

E o vaqueiro, batendo com o cacete no cabo da faca, abriu ao meio a criação morta. Mas Pedro, que fitava a estrada, o interrompeu:

- Olha, pai!

Um homem de mescla azul vinha para eles em grandes passadas. Agitava os braços em fúria, aos berros:

- Cachorro! Ladrão! Matar minha cabrinha! Desgraçado!

Chico Bento, tonto, desnortado, deixou a faca cair e, ainda de cócoras, tartamudeava explicações confusas.

O homem avançou, arrebatou-lhe a cabra e procurou enrolá-la no couro.

Dentro da sua perturbação, Chico Bento compreendeu apenas que lhe tomavam aquela

carne em que seus olhos famintos já se regalavam, da qual suas mãos febris já tinham sentido o calor confortante.

E lhe veio agudamente à lembrança Cordulina (sua mulher) exânime na pedra da estrada. O Duquinha (o filho mais moço) tão morto que já nem chorava... Caindo de joelhos, com os olhos vermelhos cheios de lágrimas que lhe corriam pela face áspera, suplicou, de mãos juntas:

- Meu senhor, pelo amor de Deus! Me deixe um pedaço de carne, um taquinho ao menos, que dê um caldo para a mulher mais os meninos! Foi pra eles que eu matei! Já caíram com a fome!
- Não dou nada! Ladrão! Sem-vergonha! Cabra sem-vergonha!

A energia abatida do vaqueiro não se estimulou nem mesmo diante daquela palavra. Antes se abateu mais, e ele ficou na mesma atitude de súplica.

E o homem disse afinal, num gesto brusco, arrancando as tripas da criação e atirando-as para o vaqueiro:

- Tome! Só se for isto! A um diabo que faz uma desgraça como você fez, dar-se tripas e até demais! ...

A faca brilhava no chão, ainda ensanguentada, e atraiu os olhos de Chico Bento. Veio-lhe um ímpeto de brandi-la e ir disputar a presa; mas foi ímpeto confuso e rápido. Ao gesto de estender a mão, faltou-lhe o ânimo.

O homem, sem se importar com o sangue, pusera no ombro o animal sumariamente envolvido no couro e marchava para a casa cujo telhado vermelhava, lá além.

Pedro, sem perder tempo, apanhou o fato que ficara no chão e correu para a mãe. Chico Bento

ainda esteve uns momentos na mesma postura, ajoelhado.

E antes de se erguer, chupou os dedos sujos de sangue, que lhe deixaram na boca um gosto amargo de vida” (à mesma obra, “O Quinze”, págs. 65 a 67).

Outra cena ou episódio que merece transcrição:

“- Tolice! Mas vamos falar noutra coisa? Ande, conte o que há de novo no sertão!

- Contar o quê? História de seca? Diz que um negro lá pras bandas de Morada Nova matou um menino, salgou, e ficou comendo os pedaços, aos poucos.

Dona Inácia pôs as mãos, horrorizada. Conceição olhou-o com espanto:

- Deveras?
- Contam ... E você tem visto muito horror, no Campo de Concentração?
- Coisas medonhas! Mas ainda não vi se comer gente, não ...

Vicente contava agora a história de uma mulher conhecida que endoidecera, quando viu os filhos morrendo à falta de comida.

Dona Inácia observou:

- Talvez tenha enlouquecido também de fome. Fome demais tira o juízo” – obr. cit. pág. 75.

E para concluir, uma procissão, tão nordestina, que bem exprime nosso “catolicismo brasileiro”:

“Setembro já se acabara, com seu rude calor e sua aflita miséria; e outubro chegou, com São Francisco e sua procissão sem fim, composta quase toda de retirantes, que arrastavam as pernas descarnadas, os ventres imensos, os farrapos imundos, atrás do pálio rico do bispo, e da longa

teoria de frades a entoarem em belas vozes a
canção em louvor do santo:

Cheio de amor, cheio de amor!
as chagas trazes
do Redentor!

E no andor, hirtó, com as mãos laivadas de roxo,
os pés chagados aparecendo sob o burel, São
Francisco passeou por toda a cidade, com os olhos
de louça fitos no céu, sem parecer cuidar da infinita
miséria que o cercava e implorava sua graça, sem
nem aos menos ensaiar um gesto de bênção,
porque suas mãos, onde os pregos de Nosso
Senhor deixaram a marca, ocupavam-se em
segurar um crucifixo preto e um grande ramo de
rosas.

E novembro entrou, mais seco e mais miserável,
afiando mais fina, talvez por ser o mês de finados,
a imensa foice da morte” – págs. 122 e 123.

(*) Coordenador-Geral do Ministério Público de 1993 a 1995 e de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000. Corregedor-Geral do Ministério Público de 2000 a 2002, sendo reeleito em dezembro desse ano. Aposentado no cargo de Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe em julho de 2003.

