

PRÁTICA FORENSE

Parecer em Mandado de Segurança

Ementa:

Mandado de Segurança. Inexistência de direito ao contraditório e a ampla defesa em sede de Inquérito Civil Público. Ausência de direito líquido e certo, assim como de prova pré-constituída. Inexistência de condições específicas da ação mandamental.

Impossibilidade de se impetrar o *writ of mandamus* contra decisão judicial contra a qual cabia recurso próprio. Extinção do processo.

Egrégio Tribunal**Sinopse dos fatos aduzidos na inicial**

01. Versam os autos sobre mandado de segurança contra ato do Ex.mo Sr. Desembargador Relator, ora autoridade coatora, que recebeu a ação penal originária n.º .
02. Aduz-se na inicial que o inquérito civil que deu ensejo ao ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa e de ação penal, por não ter cristalizado o contraditório e a ampla defesa, isto segundo o Impetrante, malferiu o seu direito líquido e certo e, portanto, a decisão da autoridade coatora que recebeu a denúncia contra o impetrado não deve prosperar.
03. Sem embargo de todo o arcabouço probatório reluzente nos autos, ressalta o impetrante que não existe prova inequívoca dos atos ilícitos que lhes foram imputados.
04. Destarte, arrimado nas suas pífias argumentações – *só compreensíveis por advirem de um natural desespero* – pede o Impetrante que se conceda preventivamente “efeito suspensivo na ação penal originária, até julgamento final do *Mandamus* n.º. do mérito (arquivamento da ação civil pública)”.

Das Preliminares

Da impossibilidade de se atacar medida judicial por intermédio de mandado de segurança (exceto as teratológicas contra as quais não haja recurso próprio).

05. As decisões judiciais, quando contrárias ao Direito, podem e devem ser discutidas por intermédio dos recursos processuais existentes na legislação pátria vigente, não sendo o *writ of mandamus* substituto das vias recursais próprias; exceto quando a decisão for teratológica e não viceje, no arcabouço legal vernáculo, previsão de recurso específico.

06. No caso em destaque, onde se discute o recebimento de uma ação penal por crime de responsabilidade, deveria o impetrante, ao invés de impetrar mandado de segurança contra decisão que recebeu a consistente denúncia de fls., interpor o recurso processual previsto no Código de Processo Penal brasileiro.

07. É pacífico na doutrina e na jurisprudência a impossibilidade de se impetrar mandado de segurança contra decisão judicial, exceto quando a mesma se configura teratológica e não exista recurso específico previsto em lei, vez que não é o *writ of mandamus* em tela sucedâneo de recurso não interposto. Vejamos:

Enunciado da Súmula 267/STF - NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO OU CORREIÇÃO.

Da inexistência de direito líquido e certo ao contraditório e da ampla defesa em sede de Inquérito Civil Público - ICP.

05. Na sua grande maioria, senão quase à unanimidade, a mais abalizada doutrina ressalta que a natureza jurídica do inquérito se distingue das instituições jurídicas acima mencionadas, dentre outras cousas, por possuir natureza inquisitorial, o que se justifica pelo próprio fim colimado, isto é, esclarecimento de eventuais ilícitos, muitas vezes, em detrimento de interesses de agentes públicos dotados de incomensuráveis influência e poder, mormente nos ICP's.

06. Bastante ilustrativas são as lições do eminente **Hugo Nigro Mazzili**, quais sejam:

Insista-se, pois, no seguinte: a rigor, a decisão do membro do Ministério Público de propor ou não a ação civil pública com base no inquérito não pode ser equiparada a uma *decisão do processo administrativo*, porque é antes mera deliberação *interna corporis*, que só tem conseqüências no âmbito do próprio Ministério Público e sequer condiciona a ação dos co-legitimados; isso é muito diverso do que ocorre na decisão de um processo administrativo *stricto sensu*, como o processo disciplinar, tributário ou fiscal, cuja decisão importa conseqüências jurídicas para os administrados porque gera direitos.

E continua o excelso jurista:

Por isso, não sendo a rigor *processo administrativo*, o inquérito civil tem natureza inquisitória e, portanto, não está sujeito ao contraditório.¹ (grifei)

07. Não menos brilhantes são as ponderações do conspícuo **Wallace Paiva Martins Júnior**, que vaticina:

como ressalta José Emmanuel Burle Filho [...] A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público, *Justitia*, 165:34; Principais aspectos do inquérito civil como função institucional do Ministério Público in *Ação civil pública*, Coord. Edis Milare, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.321. Em ambos os trabalhos pondera-se acertadamente, com estribo em prestigiada doutrina, a insubmissão do inquérito civil ao contraditório e à ampla defesa, pelas razões citadas no texto, com o adminículo da pesquisa de sua natureza jurídica.²

08. Não muito raro tal matéria vem sendo levada às barras dos nossos tribunais, os quais – com o alcândor que lhes é peculiar e bem representados pelo **Tribunal de Justiça de Santa Catarina** - assim vêm decidindo:

¹ MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. São Paulo, Saraiva, 2001, p.342.

Acórdão: Agravo de Instrumento 96.009506-3

Relator: Des. Alcides Aguiar.

Data da Decisão: 15/05/1997

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANOS AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE DE PRESIDENTE DE CÂMARA DE VEREADORES - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA ARGUIDA NA CONTESTAÇÃO - LEI N. 7.347/85, ART. 1º, ART. 129, III, CF/88 E LEI N. 8.429/92, ART. 17 - PREFACIAL REJEITADA. O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos, entre os quais se insere - por força de preceito legal (Lei n. 8.429/92) - a proteção do patrimônio público contra atos que lhe sejam lesivos. Ação civil pública - Deflagração com base em decisão do Tribunal de Contas sem que tenha sido oportunizada defesa ao agente público - Nulidade afastada desde que entenda o Ministério Público reunir elementos de prova a autorizar a deflagração da ação civil pública. Agravo desprovido. (4ª.Câmara Cível, AC 96.009506-3, Criciúma, Rel. Des. Alcides de Aguiar, 15-05-1997).(Grifos nossos).

09 Vê-se, destarte, que o contraditório e a ampla defesa, em sede de inquérito civil, não encontra no nosso ordenamento jurídico as cores do direito líquido e certo; ao contrário constitui uma faculdade de quem o preside, em face de conveniência do interesse público, vez que, afora obstar a decadência (art. 26, §2º, III, CDC), dele não decorrem consequências jurídicas diretas para os administrados, como bem saliente Hugo Nigro Mazzilli, servindo, tão somente, para o Ministério Público convencer-se sobre a necessidade de ajuizar determinada ação judicial, a qual, em sendo ajuizada, trará para o investigado ou demandado oportunidade para exercer o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

10. Os deslizes do impetrante são tão gritantes que podemos encontrar no doutrinador citado na própria inicial a resposta que ele mesmo não quer ver ou aceitar. Vejamos a doutrina do festejado Nelson Nery:

Inquérito civil. Trata-se de procedimento administrativo destinado à colheita de elementos

para eventual e futura propositura *responsável* da ACP, evitando-se o ajuizamento de ação temerária (Milaré, ACP, 18). **Como não é processo administrativo, não há contraditório no IC**.³

11. O direito líquido e certo integra o conceito constitucional do *writ* em destaque (art. 5º, LXIX, C.F./88) e, em conjunção com a prova pré-constituída, consubstanciam-se como condições da ação. Tal conclusão, de tão elementar, não requer que tenhamos maiores comentários, até mesmo para não sermos prolixos e enfadonhos.

12. Demonstramos acima, de forma peremptória, que não há exigibilidade de contraditório e ampla defesa em sede de inquérito civil, tais princípios vislumbrar-se-ão na fase judicial. Em sendo assim, não se há que falar em direito líquido e certo e, destarte, está o presente Mandado de Segurança órfão de condição específica da ação exigida constitucionalmente (art. 5º, LXIX, C.F./88).

13. Destarte, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito, pois se não se cristaliza o próprio o direito postulado, o qual, como sobejamente demonstrado, sequer lhe assiste, muito menos pode ser tido como líquido e certo, faltando-lhe, por conseguinte, condição específica da ação. Tudo à luz do art. 8º da Lei n.º 1.533/51 e art. 267,VI, CPC, assim como entendimento dominante nos pretórios pátrios, qual seja:

Processo

REsp 122861 / RJ ; RECURSO ESPECIAL
1997/0016950-2

Relator(a)

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

16/11/2004

³ Nery Júnior, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**: e legislação extravagante: atualizado até 7de julho de 2003/Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 1332.

Data da Publicação/Fonte
DJ 09.02.2005 p. 188
Ementa
PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ATAQUE A FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDA DO OBJETO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONDIÇÃO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES.
1. É inadmissível recurso especial que deixa de impugnar os fundamentos sobre os quais se assenta o acórdão recorrido.
2. Recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem, que julgou extinto mandado de segurança por perda de seu objeto, em face de sentença proferida na primeira instância.
3. <u>O STJ já firmou entendimento de que o direito líquido e certo é condição da ação no mandado de segurança, de modo que carecendo o impetrante do direito de ação deve-se julgar extinto o processo.</u>
4. Recurso especial não-conhecido.
Acórdão
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Da Ausência de Prova Pré-Constituída

14. Conforme entendimento pacífico, para impetração de mandado de segurança, impõe-se o prévio fornecimento de todas as provas tendentes à comprovação do alegado. No presente caso, não foram acostadas todas as peças do vergastado inquérito n.º 01/03. Mais uma vez observa-se que a inicial deixa de preencher condição específica da ação mandamental (*prova pré-constituída*), devendo, conforme art. 8.º da Lei n.º 1.533/51, ser extinto sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, CPC.

15. Impende ressaltarmos, mais uma vez, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça que assim decidiu:

Processo

MS 9646 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA
2004/0049372-2

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento

10/11/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 28.02.2005 p. 178

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. RÁDIO COMUNITÁRIA. OUTORGA DE PERMISSÃO PARA FUNCIONAMENTO. PEDIDO DEFICIENTE NA SUA IDENTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO.

1. Demonstra-se deficiente o mandado de segurança que não apresenta pedido perfeitamente discernível de forma a deixar claro o objeto da impetração. In casu, a impetrante não esclarece qual o ato coator combatido: se a ameaça de lacre ou se a efetivação do mesmo, nem tampouco faz prova pré-constituída de qualquer deles mediante a juntada de documento que demonstre a ameaça feita e/ou a data e prova da concretização do alegado lacre.

2. Na ação mandamental, a liquidez e certeza do direito devem estar amplamente caracterizadas desde a inicial, o que não acontece no presente caso, em que a parte sequer delimitou de forma precisa, o ato combatido.

3. Extinção do processo sem exame do mérito.

DO MÉRITO

16. Ao ensejo da representação formulada pelo Fórum Permanente Pela Cidadania o órgão local do Ministério Público do Estado de Alagoas instaurou o Inquérito Civil Público nº. 00/00, com o escopo de apurar supostas ilegalidades na Administração Pública do Município.

17. As notícias trazidas na representação protocolada pelo *Fórum Permanente Pela Cidadania* trouxeram, no seu cerne, as seguintes notícias: fornecimento de documentos falsos (contra-cheques e declarações da Secretaria Municipal), que teriam a finalidade de possibilitar a retirada de empréstimos junto ao Banco S.A. por pessoas que não faziam parte do quadro de servidores do referido Município.

18. Os empréstimos eram quitados mediante descontos mensais na folha de pagamento, inclusive por intermédio de “*funcionários fantasmas*”, engendrando-se incomensurável prejuízo ao erário e ao serviço público do citado Município alagoano.

19. Ademais, a fraude montada pelo impetrante e outros gerou gigantesca apropriação de verbas públicas (enriquecimento ilícito), pois os “*funcionários fantasmas*” (162 – cento e sessenta e dois, no total), ficaram apenas com uma pequena parte do valor retirado pelo empréstimo, repassando quase a totalidade da quantia ao impetrado e outros (réus na ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa que se pretende suspender).

20. Sem embargo dos fatos acima mencionados não terem relação direta com o objeto deste Mandado de Segurança, entendemos serem importantes para relembrarmos os atos teratológicos e suas circunstâncias em toda complexidade e relevância social.

Do inquérito Civil n.º 01/03.

21. Assim, diante de todo clamor social refletido na representação do *Fórum Permanente pela Cidadania*, corolário da gravidade dos fatos narrados, o Ministério Público, por intermédio do inquérito civil n.º 01/03, encetou a imprescindível colheita de provas tendo como fito adotar, responsavelmente, as medidas legais cabíveis.

22. Em suma, até porque tal matéria tem melhor e necessário assento na mencionada ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, foram analisados inúmeros documentos, tais como: convênios; portarias de nomeações; contra-cheques; informações prestadas pelo Município e etc., além de farta prova testemunhal.

23. Destarte, diante de todo o arcabouço probatório colhido em sede de Inquérito Civil Público, tornou-se inequívoca a culpabilidade dos processados e denunciados nas respectivas ações cível e penal que deram ensanchas ao descabido mandado de segurança em destaque.

24. Outrossim, diante de toda riqueza probatória já colhida, a qual trouxe suficientes elementos de convicção da medida judicial a ser adotada, antes mesmo de ouvirmos o impetrado, ato que se fazia despiendo ontológica e deontologicamente, ajuizamos as ações cível e penal necessárias ao restabelecimento da ordem jurídica, isto sem mais demoras para que a população, alvo do mal maior, não continuasse sob o jugo de uma má e ímproba administração pública.

25. Urge ressaltarmos que este Egrégio Tribunal, à luz das contundentes provas apresentadas e do melhor conceito de Justiça, afastou provisoriamente o impetrante, corroborando o nosso entendimento acima expendido de que já existiam elementos suficientes para a propositura da ação.

26. *Ad extremum*, faz-se mister evidenciarmos que o impetrante, segundo o relatório do Ex.mº Sr. Promotor de Justiça de (fls.), recebeu, por mais de uma oportunidade, ofícios para que apresentasse documentos comprobatórios de sua inocência. Na primeira oportunidade, sequer respondeu. Já na segunda, limitou-se a enviar parte dos documentos requisitados. Em ambas as oportunidades, como se vê, não se pode afirmar que o impetrante não era conhecedor da investigação que se desenvolvia, conforme portaria devidamente publicada, nem tampouco que não lhe fora dada oportunidade de apresentar documentos que o inocentassem.

Conclui-se

Ante o exposto, em face da ausência de condições específicas da ação, assim como do próprio direito postulado, faz-se curial que o presente *writ of mandamus* seja extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VI, CPC), é, caso assim não entenda esta colenda Corte de Justiça, que seja a ação julgada totalmente improcedente.

É a manifestação.
Maceió, em 2005.

Vicente José Cavalcante Porciúncula

Promotor de Justiça.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
RELATOR DA 2ª CÂMARA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, através da PROMOTORIA COLETIVA ESPECIALIZADA DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE MACEIÓ, nas pessoas dos Promotores de Justiça abaixo subscritos, no uso de suas atribuições legais, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.001115-6, interposto por MAKRO ATACADISTA S/A, vem, mui respeitosamente, perante V. Exa., apresentar **CONTRA-RAZÕES** ao presente agravo de instrumento, dentro do decênio legal, com fundamento no art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Exercido o devido juízo de admissibilidade e recebidas as presentes Contra-Razões, requer que V. Exa se digne de, após as providências no âmbito desta Câmara, dar o devido prosseguimento nos termos da lei.

Junta aos autos os seguintes documentos:

- a) cópia do acórdão proferido nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face da agravante, o qual julgou procedente em parte a pretensão do *parquet* (docs. 01 *usque* 10);
- b) cópia de consultas realizadas pela internet, no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde constam 82 (oitenta e duas) ações reparatórias, e indenizatórias por

perdas e danos, inclusive, moral, ajuizadas em desfavor do MAKRO (documentos 11 *usque* 92).

Nestes Termos,

Juntando-se esta aos autos,

Pede Deferimento.

Maceió/AL, 06 de julho de 2005.

MAX MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA

Promotor de Justiça

DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA

Promotora de Justiça

JOSÉ ARTUR MELO

Promotor de Justiça

DELFINO COSTA NETO

Promotor de Justiça

CONTRA-RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.001115-6

AGRAVANTE: MAKRO ATACADISTA S/A

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

Exmo. Desembargador Relator,
Colenda Câmara,

Entendeu a empresa MAKRO ATACADISTA S/A agravar do escorreito despacho proferido pelo MM^o. Juiz da 2^a Vara Cível da Capital, que de forma justa e correta, concedeu liminar em sede de cautelar, nos autos da Ação Civil Pública (Proc. nº 001.05.007721-0) determinando que a referida empresa suspendesse o ato de conferir as mercadorias adquiridas por seus consumidores, até decisão final, sob pena de multa diária no valor de cinquenta mil reais, bem como fixasse em local de ampla visibilidade no estabelecimento, o texto sugerido no pedido da ação pelo autor. Com efeito, ao receber o agravo, o Exmo. Senhor Desembargador Relator decidiu conceder o efeito suspensivo nos termos do art. 527, III, c/c com 528, ambos do CPC, para suspender a decisão agravada até o julgamento final do recurso.

Entretanto, o presente recurso, não reflete a melhor interpretação doutrinária dos dispositivos legais pertinentes à espécie, nem o posicionamento jurisprudencial dominante, razão pela qual, não deve lhe ser dado provimento, mantendo-se imaculado o escorreito *decisum* do Juiz da 2^a vara cível da capital, eis que manifesta a legitimidade do Ministério Público em casos que tais, bem como, em razão da presença dos requisitos legais ensejadores do provimento liminar.

BREVE RETROSPECTIVA DOS FATOS

A Promotoria Coletiva Especializada de Defesa do Consumidor de Maceió recebeu vários telefonemas de pessoas, que apesar de não se identificarem, afirmaram que sofreram constrangimentos pela empresa agravante, ao terem suas compras revistadas na saída do estabelecimento. Aliado a este fato, tivemos o caso de uma advogada, a Bel^a. Marié Miranda que também foi constrangida pela empresa acima, após se dirigir com suas compras para a saída do supermercado, razão pela qual, através de despacho, demos início a um Procedimento Administrativo com o fito de solucionar o problema. Registre-se, ainda, que a consumidora acima, também denunciou o caso à OAB/AL, tendo reiterado sua indignação no periódico da Gazeta de Alagoas do dia 04 de maio de 2005 (cópia anexa aos autos principais).

Para verificarmos a verossimilhança das alegações, fomos até a empresa agravante em data de 23.02.05, onde compramos um determinado produto pelo valor de R\$ 9,90 (nove reais e noventa centavos – vide nota fiscal - doc. 04) e na saída do estabelecimento, fomos abordados por um funcionário, o qual exigiu que abrísssemos a sacola e lhe exibíssemos a nota fiscal, tendo o mesmo a perfurado, após a conferência. Antes, contudo, indagamos ao mesmo se éramos obrigados a abrir nossa sacola e exibir a nota fiscal do produto, tendo o referido senhor meneado com a cabeça em sinal positivo.

Diante daquele fato, retornamos posteriormente a empresa, onde fotografamos inúmeros consumidores sendo abordados na saída do estabelecimento por funcionários da agravante, a onde todos os clientes, sem exceção, eram compelidos a abrir suas sacolas para demonstrar o que compraram, bem como, exibir as notas fiscais para fins de conferência (fotografias nos autos principais).

A verdade é que, dentre os consumidores que são molestados todos os dias pela agravante, pouquíssimos são os que de forma consciente procuram fazer valer os seus direitos. Mesmo assim, no curso das investigações ainda recebemos no nosso gabinete alguns consumidores requestando por providências, tendo sido suas reclamações reduzida a termo, como é o caso dos consumidores Sílvia Valéria de Andrade e Dennis Lima Calheiros.

Em suas representações os consumidores acima alegaram,

em suma, que o motivo de ter procurado o Ministério Público foi à forma desrespeitosa com que foram tratados pela empresa agravante, quando estavam fazendo compras, fato que os deixou deveras indignados. Suscitaram que no estabelecimento comercial da agravante, o consumidor após o pagamento de suas mercadorias e ao se dirigir à saída da loja, é abordado por funcionário que coercitivamente faz a conferência das mercadorias com a nota fiscal. Os representantes ainda disseram que esse procedimento é feito de forma contumaz pelo supermercado agravante e que tal ato além de desnecessário, gera enorme constrangimento ao cliente, por trata-los como desonestos.

Com o escopo de resolver o problema das revistas/conferências na seara administrativa, o Ministério Público, notificou a empresa MAKRO ATACADISTA S.A., para comparecer em data de 06 de abril do corrente ano, no gabinete da Promotoria Coletiva Especializada de Defesa do Consumidor de Maceió, tendo comparecido o advogado da empresa, Bel. Edson Valter Tavares de Menezes e a Sra. Heliane Maria Santos da Guia, preposta da empresa, os quais pugnaram pela juntada de alguns documentos, como, v.g. procuração, carta de preposto, ata de assembléia, estatuto da empresa demandada, etc.

Com efeito, o Ministério Público propôs que aqueles problemas fossem resolvidos por meio de termo de ajuste de conduta, ocasião em que os representantes da empresa Makro pediram a designação de nova data para que pudessem consultar a empresa sobre o assunto.

Entretanto, na nova audiência que foi realizada em 18 de abril de 2005, a preposta da empresa, Sra. Heliane Maria Santos da Guia, juntamente com o Bel. Rodrigo Persone Prestes de Camargo, afirmaram que não iriam firmar qualquer tipo de ajuste de conduta em razão do sistema de conferência de mercadorias da empresa demandada ser legal. Ainda assim, o Ministério Público insistiu, tão somente, que a empresa afixasse em suas dependências placas informando aos consumidores, que eles só teriam suas compras revistas caso permitissem, mas, mesmo assim, os mesmos se negaram a assinar qualquer ajustamento de conduta.

Pois bem. A Ação Civil Pública foi ajuizada e o MM^o. Juiz da 2^a Vara Cível da Capital, criteriosamente, concedeu liminar em sede de cautelar, nos autos da Ação Civil Pública (Proc. n^o 001.05.007721-0) determinando que a referida empresa suspendesse o ato de conferir as mercadorias adquiridas por seus consumidores, até decisão final, sob pena de multa diária no valor de cinquenta mil reais, bem como fixasse em local de ampla visibilidade no estabelecimento, o texto sugerido no pedido da ação pelo autor.

Inconformada, a empresa MAKRO ATACADISTA S/A resolveu agravar do escoreito despacho do MM^o. Juiz da 2^a Vara Cível da Capital, e para justificar sua pretensão alegou em suma que: a) Não tem o Ministério Público do Estado de Alagoas legitimidade ativa para propor a presente ação; b) Que o sistema de conferência de mercadorias utilizado pela agravante é legal; c) Que os clientes do MAKRO, têm ciência inequívoca acerca do sistema de conferência de mercadorias; d) Ausência do *fumus boni iuris*; e) Ausência do *periculum in mora*.

Em suas razões, a agravante suscita, inicialmente, uma questão preliminar (legitimidade ativa *ad causam*), passando, posteriormente, por duas argumentações plenamente meritórias (legalidade do sistema de revista/conferência utilizado e ciência dos consumidores sobre esse sistema), chegando, por fim, aos pressupostos para a concessão de liminar em sede cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

Nada obstante entendermos que apenas a primeira e as duas últimas são de análise necessária em sede de agravo, e que as meritórias, deveriam ser enfrentadas durante a instrução probatória nos autos da ação principal, passaremos também a aborda-las logo a seguir, ainda que de forma sucinta, por homenagem ao princípio do contraditório.

DAS ARGUMENTAÇÕES DA AGRAVANTE

a) Da argumentação de que não tem o Ministério Público do Estado de Alagoas legitimidade ativa para propor a presente ação

Em sua peça recursal, a agravante suscita em preliminar a hipótese da ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público em

ajuizar a presente demanda, argumentando que o direito à intimidade do cliente/consumidor é um direito personalíssimo, meramente individual, e que não pode ser tutelado de forma coletiva. Alega ainda que o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, e não dos direitos meramente individuais.

Com efeito, nota-se claramente que a assertiva acima imputada pela agravante é totalmente equivocada, desvirtuada, e não reflete a melhor posição jurisprudencial, nem se coaduna com a melhor doutrina.

Em verdade, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público Brasileiro recebeu das mãos do legislador constituinte originário o sublime mister de defensor da ordem jurídica. O *caput* do art. 127 da Lei Maior, onde se encontra o preceito que positiva a assertiva supra, diz claramente que o *parquet*, na condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tem ainda a incumbência de defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Igualmente em sede constitucional, agora por força do art. 129, III, percebe-se que a proteção dos interesses difusos e coletivos, por meio de ação civil pública, vem a ser, da mesma forma, função institucional do Ministério Público.

A ação civil pública, prevista pela Lei n.º 7.347/85, é valioso instrumento de proteção dos direitos da coletividade, em especial nas relações de consumo, mas abrangendo todo e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Já no art. 1º da lei é fixada essa amplitude.

Com o advento do Código do Consumidor, este recepcionou através dos arts. 81 e 82 as disposições de proteção dos direitos da coletividade, que foram trazidas pela vanguardista lei da ação civil pública.

Note-se que a legitimidade do Ministério Público se encontra manifesta no caso em tela, como se depreende do art. 81, III e 82, I, do CDC, *in verbis*:

Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I II – omissis;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público; [...]

Conceituando o texto acima, o Prof. Hugo Nigro Mazzilli, assim define interesses individuais homogêneos para o CDC: *“interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria, classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”*⁴.

Como se vê, nos interesses individuais homogêneos, há uma origem comum para a lesão, fundada tanto numa situação de fato compartilhada pelos integrantes do grupo, como numa mesma relação jurídica que a todos envolva, mas, o que lhes dá a nota característica e inconfundível, é que o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados.

Neste prisma, importante registrar que, se dentre uma série de bens de consumo, vendidos a usuários finais, *um desses bens*, foi produzido com defeito, o lesado terá *interesse meramente individual* na propositura da ação indenizatória. No entanto, se ao invés de um produto defeituoso, existirem *toda uma série* de produtos defeituosos de fábrica, os interesses passam a ser individuais homogêneos, eis que há uma relação jurídica subjacente que unirá todos os consumidores, qual seja: o defeito de fabricação em série.

Trazendo o presente exemplo ao caso dos autos, facilmente poderemos verificar a presença de lesão a direitos individuais homogêneos, eis que, em razão da revista/conferência levada a efeito pela agravante, fato que mácula o direito à intimidade, e, em sendo

⁴ Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 53.

esse direito protegido constitucionalmente, é obvio que há uma relação jurídica subjacente que une todos os consumidores, qual seja: a lesão ao direito à intimidade dos clientes/consumidores.

De forma equivocada, a agravante tenta convencer que o Ministério Público está objetivando tutelar direito individual personalíssimo: a intimidade. Entretanto, sua assertiva não espelha a verdade.

A proteção da intimidade é regra geral posta pelo art. 5º, inc. X da Constituição Federal, e, logicamente são vedadas todas as condutas que lhe lesionem. Ademais, as exceções suscetíveis de restrição do direito à intimidade são necessariamente expresas, motivadas por interesse público.

Neste diapasão, a proteção da intimidade tem potencialidade constitucional, configurando garantia fundamental da pessoa, erigida à categoria de cláusula pétrea, e conta a proteção da intimidade com aplicabilidade imediata, nos expressos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal. É norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral que não clama por normatização ulterior para prontamente impor seu comando.

Registre-se ainda, que não está o Ministério Público/AL, buscando a indenização para cada consumidor prejudicado, posto que neste caso sim, estaríamos pugnando direitos individuais. Mas, ao revés, o que se busca através do Poder Judiciário, é coibir, é vetar, é proibir, que a agravante continue a realizar revistas/conferências nos consumidores alagoanos. Tal pretensão é indubitavelmente, matizada pelo reconhecimento de relevante interesse social. Observe-se a jurisprudência abaixo:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALIDADE DE CLÁUSULA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

- A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social.

- Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a

análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão.

Recurso especial provido (STJ - REsp 662585 / SE ; RECURSO ESPECIAL 2004/0095093-4; Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI; 4ª Turma; data do julgamento 01/03/2005; DJ 25.04.2005 p. 357) (G.N.).

Vejam que no exemplo acima, o Ministério Público não está buscando a reparação individual dos prejuízos de cada consumidor lesado em razão das cláusulas abusivas do contrato de arrendamento mercantil, pois se assim o fizesse, estaria pugnando por direitos meramente individuais. O que deveras, o Ministério Público busca no caso supra, é que se declare judicialmente a validade das cláusulas abusivas do referido contrato, estando patente o reconhecimento do relevante interesse social. Senão vejamos:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E SFH. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

- Os *interesses* individuais *homogêneos* são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.

- O *Ministério Público* tem *legitimidade* para propor ação civil pública na defesa de *interesses* individuais *homogêneos* referentes aos contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, porquanto é *interesse* que alcança toda a coletividade a ostentar por si só relevância *social*.

- O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação.

- Recurso especial conhecido e provido (STJ- REsp 635807/CE; RECURSO ESPECIAL; 2003/0211957-9; Relator Ministra NANCY ANDRIGHI; 3ª Turma; data do julgamento 05/05/2005; DJ 20.06.2005 p. 277) (grifei).

Como alinhavado supra, o direito positivo brasileiro agasalhou a legitimação ativa do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. E, sem sombra de dúvida, a hipótese de centenas e centenas de consumidores serem tolhidos todos os dias, no seu sagrado direito à intimidade, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da presente ação.

Registre-se, por oportuno, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso análogo (último parágrafo do documento de fls. 04), reconheceu a legitimidade do Ministério Público em casos que tais. Vejamos, *in verbis*:

O Ministério Público está legitimado ativamente a esta ação pública, mais precisamente, ação coletiva, fundamentada no inciso III, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor. Os interesses tutelados não se situam entre os difusos, ou seja, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Também não se tratam de direitos coletivos, de que sejam titulares, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Restam os interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum. Pertencem aos consumidores da empresa, sujeitos a revista ou conferência das mercadorias, depois de pagas e à saída do estabelecimento, o que, segundo a inicial da demanda, afrontaria direitos fundamentais seus. Nesse prisma, admite-se a legitimidade do ativa do Ministério Público, por força dos artigos 82, inciso I e 91 da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (grifamos).

Portanto, considerando: a uma, que o direito constitucional à intimidade dos consumidores constitui-se como garantia fundamental da pessoa, erigida à categoria de cláusula pétrea; a duas que a proteção desse direito pode ser buscado, caso haja uma relação jurídica subjacente que una todos os consumidores, que no caso é: a revista/conferência feita pela agravante em seus clientes/consumidores; **RATIFICAMOS A MAIS PLENA**

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO, eis que por estar patente o reconhecimento do relevante interesse social no presente caso, tem o Ministério Público legitimidade a teor do art. 129, III da CF e 5º da Lei nº 7.347/85 máxime combinado com os art. 81, III e 82, I e 91, todos do CDC.

Uma vez, afastada a preliminar acima, passaremos a rebater a primeira argumentação meritória da agravante.

b) Da argumentação de que o sistema de conferência de mercadorias utilizado pela agravante é legal

A agravante alega que o seu sistema de mercadorias foi implantado em 1968 quando do início da operação MAKRO na Holanda, e que está em funcionamento em todas as lojas da agravante nos 15 países, incluindo-se o Brasil. Afirma que adota a referida prática comercial por há mais de 30 anos. Sustenta ainda, que é uma empresa *preponderantemente* atacadista e que possui o sistema de conferência de mercadorias em razão do volume e da diversidade dos itens comercializados.

Roborou que o sistema de passagem das mercadorias pelos caixas é inteiramente distinto em relação aos supermercados que atuam no comércio varejista, posto que no MAKRO, o cliente profissional, adquire grandes volumes em embalagens não fracionadas. Por fim, afirma que em razão dos grandes volumes comercializados, os carrinhos utilizados pelos clientes da agravante são diferentes dos carrinhos tradicionais dos supermercados, e que esta diferença entre a compra no atacado e no varejo é que justifica a revista/conferência, que se opera para evitar qualquer engano em favor ou contra o cliente.

É lamentável como a empresa agravante, valendo-se de seu poderio econômico, afronta o consumidor e as leis do nosso País, colocando por terra direitos conquistados a fórceps pela sociedade. Vejamos verdadeiros motivos pelos quais podemos afirmar que o sistema de conferência/revista de agravante é ilegal e abusivo.

Da não adequação da conferência/revista no Brasil

Vejam que a agravante alega que o sistema de conferência/revista, por ela realizada, foi implantado em 1968 quando

do início da operação MAKRO na Holanda, e que está em funcionamento em todas as lojas da agravante nos 15 países, incluindo-se o Brasil.

Inicialmente o presente sistema foi inspirado na Holanda e trazido ao Brasil, e pelo que diz a agravante, já perdura há mais de 30 (trinta) anos no nosso País. Ora, nos idos de 1970 o Brasil era preponderantemente regido pelo sistema ditatorial, onde sequer se concebiam conceitos sobre proteção de interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, enfim, onde nem mesmo os princípios constitucionais hodiernos mais comezinhos eram respeitados.

O tempo passou, a sociedade evoluiu. Veio a lei da ação civil pública em 1985, e três anos depois, foi promulgada a constituição federal de 1988, a chamada "Constituição Cidadã". O Brasil em busca do tempo perdido entrou em uma fase de conquista de direitos. Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, o qual veio rejuvenescer o nosso sistema de direito civil e processual civil.

Trazendo em seu bojo, princípios constitucionais fundamentais, como v.g. o da igualdade, liberdade, da boa fé objetiva, da vulnerabilidade do consumidor, da repressão eficiente aos abusos etc., o CDC, veio em última análise, igualar o consumidor hipossuficiente a toda a pessoa física ou jurídica prestadora de produtos e serviços, geralmente, mais portentosa em todas as suas acepções.

Feitas estas considerações, podemos depreender facilmente que a agravante não acompanhou a evolução social pelo que passou o nosso País, e recalcitra em continuar adotando condutas típicas do regime de exceção.

Justifica sua prática de violação à direitos, alegando que é uma empresa preponderantemente atacadista e opera diferentemente das empresas a varejo. Ora, em verdade o Makro, vende a varejo sim. E muitas vezes seus clientes adquirem apenas pequenas mercadorias, como no nosso caso (Promotores do Consumidor), onde estivemos no referido supermercado em data de 23.02.05, e compramos um determinado produto pelo valor de R\$ 9,90 (nove reais e noventa centavos – vide nota fiscal - doc. 04 dos autos principais) e na saída do estabelecimento, fomos abordados por um funcionário, o qual

exigiu que abríssemos a sacola e lhe exibíssemos a nota fiscal, tendo o mesmo a perfurado, após a conferência. Antes, contudo, indagamos ao mesmo se éramos obrigados a abrir nossa sacola e exibir a nota fiscal do produto, tendo o referido senhor meneado com a cabeça em sinal positivo.

O fato é que o Makro, valendo-se da desculpa de empresa atacadista, não quer se adequar à nova realidade social, preferindo continuar aviltando os seus clientes/consumidores, sob a fajuta desculpa de agir assim para evitar qualquer engano, geralmente em seu favor. Todos os consumidores ouvidos no Ministério Público declaram que há uma imposição para que o cliente apresente a nota fiscal do produto, para ser cotejada com as compras efetuadas.

Ao ser indagado pelos Promotores de Justiça subscritores desta ação, sobre qual seria a atitude do MAKRO ATACADISTA S.A., caso algum cliente se recusasse em apresentar a nota fiscal e abrir a sacola para conferência, o ilustre causídico da empresa agravante, informou que o cliente seria compelido a assinar uma declaração onde expressamente faria consignar a sua recusa?!?

Tal imposição é inaceitável no nosso Estado Democrático de Direito, eis que pelo Princípio Constitucional da Legalidade, previsto expressamente no art. 5º, II da CF/88: “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Até mesmo o Juiz de Direito do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, o Dr. LUIZ ROBERTO SABBATO, foi vítima da funesta revista/conferência realizada pela empresa agravante, fato que o motivou a fazer uma representação ao Ministério Público Paulista pedindo providências.

Em razão da referida reclamação, bem como em razão de várias outras, o Ministério Público Bandeirante decidiu ajuizar uma ação civil pública em face do Makro, pelos mesmos motivos aqui expostos. A referida ação que tramitou na 4ª vara cível da comarca de São Bernardo do Campo/SP (Proc. nº 1.694/01) ainda se encontra em *sub judice*, e foi julgada procedente em parte pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (juntamos o presente acórdão às presentes contra-razões).

Pertinente citar no momento, alguns trechos das declarações do Magistrado acima, Dr. Luiz Roberto Sabbato, citado pelo Ministério Público no bojo de sua ação civil pública, ajuizada no Estado de São Paulo. Narra a referida autoridade que: *“o referido supermercado (MAKRO) conserva o costume nocivo de revistar as compras dos consumidores. Isto após a aquisição e o pagamento dos produtos, na saída da loja. O fato é constrangedor e ilegal. Primeiro porque leva o consumidor à situação humilhante, que fica na condição de suspeito da prática de algum ilícito contra o patrimônio do supermercado”* (fls. 03 dos autos da ação civil pública ajuizada em São Paulo).

Em relato posterior mais detalhado diz o Exmo. Magistrado diz que *“não foi fácil opor-me à conferência das mercadorias. Mesmo assim, insisti, esperei por longo tempo e, ao cabo, fui atendido pelo gerente, que resolveu liberar-me, não sem antes informar que tudo isso era necessário ante a excessiva ocorrência de furtos naquela loja. Argumentei com a presunção de honestidade, mas percebi que a conversa iria longe”*. Expressando o seu constrangimento declara que *“o fato de passar por um procedimento aplicável somente aos malfetores, aos suspeitos de furto, de atos ilícitos. O que incomoda, enfim, é a perda da cidadania, a perda da presunção de honestidade”* (fls. 56/57 dos autos da ação civil pública ajuizada em São Paulo).

Portanto, se a empresa agravada fez um Magistrado passar por tamanho constrangimento, o que faz diariamente com as inúmeras e incautas pessoas que utilizam seus serviços?

Poderíamos enumerar dezenas de princípios constitucionais de proteção ao consumidor, todavia, nos reservamos para melhor exercer tal função por ocasião da apresentação de nossas alegações derradeiras nos autos da ação principal, entendendo que os poucos argumentos acima expendidos, já foram mais do que suficientes, para demonstrar a cabal ilegalidade do sistema de revista/conferência praticado pela agravada. Passaremos doravante a rebater a segunda argumentação meritória da agravante.

Da argumentação de que os clientes do MAKRO, têm ciência inequívoca acerca do sistema de conferência de mercadorias

Neste tópico a agravante argumenta que em função dos grandes volumes comercializados, os carrinhos utilizados pelos clientes do MAKRO são diferentes dos carrinhos tradicionais utilizados pelos supermercados, isto porque, não é possível alocar as embalagens MAKRO em carrinhos normais.

Argumenta que a relação contratual do MAKRO com seus clientes é uma relação comercial especial e diferenciada em razão da agravante não vender para transeuntes, e sim, para comerciantes por ser um estabelecimento atacadista. Por exceção, vende para consumidores individuais, desde que ligados a alguma organização que represente ou que apresente esses consumidores individuais como uma coletividade, bem como para profissionais liberais.

Sustenta que o comprador do MAKRO conhece antes a forma de sua comercialização, sendo informado dos seus mecanismos e das suas condições, e ao se cadastrar aceita, contratualmente, a estrutura e a forma de venda do MAKRO, inclusive e especialmente o fato de que as mercadorias que comprar serão objeto de conferência. Noutras palavras, alega que o seu cliente/consumidor tem ciência inequívoca acerca do sistema de conferência de mercadorias.

Cita ainda a agravante que todos os clientes do MAKRO, ao se cadastrarem em seus estabelecimentos, recebem informações a respeito dos procedimentos de comercialização adotados pela empresa, dentre eles, a conferência da mercadoria com a nota fiscal na saída da loja. Isso demonstra - segundo a agravante - que o cliente desde o seu primeiro contato com a loja tem pleno conhecimento da prática adotada, inclusive por meio de um grande quadro informativo, cujos dizeres são os seguintes: “Para mútua segurança, sua compra será conferida com a nota fiscal na saída da loja por nossos conferentes”.

Os argumentos acima são todos calcados em falsas premissas, e destoa plenamente de toda a moderna concepção contratual brasileira.

Primeiramente, a agravante falta com a verdade quando diz que apenas comerciantes ou consumidores individuais específicos (v.g. profissionais liberais) é que pode efetuar compras em sua empresa. Tanto não é assim, que nós, Promotores de Justiça, fomos às instalações da agravante, e lá, efetuamos uma compra, pagamos em

espécie, e não nos foi exigido mais absolutamente nada, nem cadastro, nem cartões, enfim, nada.

Por outro lado, quanta assertiva de que o cliente/consumidor da agravante tem ciência inequívoca acerca do sistema de conferência de mercadorias, por ocasião de seu cadastramento na referida empresa, e que em razão do consumidor ser livre para pactuar, estaria o mesmo totalmente jungido ao cumprimento da avença, sob pena de afrontar ao princípio *pacta sunt servanda* teceremos algumas considerações sobre o tema.

Deveras, o vetusto princípio do *pacta sunt servanda* não subsiste diante do princípio maior da relativização do contrato, adotado pela legislação consumerista. Em verdade, o contrato somente tem força obrigatória entre as partes quando a celebração se dá nos exatos moldes legalmente admitidos, isenta de qualquer abusividade negocial.

O Código de Defesa do Consumidor, pondere-se, levou ao limbo senão ao mais absoluto ostracismo, os já vetustos princípios da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da autonomia da vontade, princípios esses intimamente ligados ao draconiano lema de que tudo aquilo que não é proibido é permitido. Verdade é, que em nome desses princípios, ilegalidades de toda sorte eram cometidas pela parte economicamente mais forte, com o beneplácito do Judiciário.

O direito privado, mormente com o início da vigência do diploma legal instituidor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) tem experimentado mitigações de toda sorte, com relações sobre as quais imperavam o critério da autonomia da vontade, respaldado em um verdadeiro dogma contratual – o da absoluta igualdade das partes.

Fazendo concretos os anseios de todos por uma Justiça efetiva, a novel legislação imbui-se de um caráter protetivo, passando a dar prevalência aos hipossuficientes, ou seja, os consumidores em geral, a quem, de regra, são impostos contratos ou cláusulas estabelecidas unilateralmente pelos mais aquinhoados economicamente, não passando a propalada autonomia de vontade dos mesmos que uma mera adesão à vontade exclusiva do outro contratante.

No caso dos autos, que opção tem o pequeno consumidor, a não ser aderir sem qualquer tipo de questionamento a indecente cláusula que lhe impõe a revista/conferência?

A propósito, assim leciona o ilustrado José Lopes de Oliveira: *“É freqüentemente sob o império da necessidade que o indivíduo contrata; daí ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte; e transforma em tirania a liberdade que será de um só dos contratantes; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a reação, criando-se normas tendentes a limitá-las; e assim, surgiu um sistema de leis e garantias, visando impedir a exploração do mais fraco.”* (Contratos, p. 9).

Neste mesmo diapasão acentua Cláudia Lima Marques: *“Na nova concepção do direito dos contratos, a sua função principal é procurar o reequilíbrio da relação contratual, a chamada justiça ou equidade contratual, a qual só poderá ser atingida com uma mudança na ação do direito, evoluindo de uma posição passiva e supletiva para uma ação cogente e determinadora de condutas também na área contratual”.*⁵

E prosseguindo, à p. 203 enfatiza a mesma doutrinadora: *“A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual, é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por “abuso do poderio econômico do fornecedor, como exige a lei francesa, ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva*

⁵ Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 201.

para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC a autonomia de vontade não prevalecerá”.

De fato, pouco importa se o cliente/consumidor tenha ciência de forma antecipada, que ao fazer compras na empresa agravante será revistado na saída da loja. Tal condição é imoral, e por ferir o princípio da intimidade do ser humano, não pode ser objeto de concessão contratual.

Importante é anotar, de outro lado, que a nossa Carta Política, atendendo aos anseios da sociedade, fixou um novo horizonte, mais humanista e eficaz na consecução dos direitos políticos, incorporando também diversos direitos sociais. Inquestionável é que impõe-se atualmente a total retirada dos contratos a prevalência do princípio da autonomia da vontade, retirando-lhe aquele caráter de inviolabilidade que tinha, inviolabilidade essa que, ligada ao apanágio absoluto da liberdade contratual, gerava, em nome desta, distorções, desequilíbrios e injustiças de toda a sorte.

Como com total propriedade deixou ensinado o emérito Clóvis Couto e Silva: *“Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida”*⁶.

Mistificação pura, pretensão irreal mesmo, é que se pretenda que, na atualidade, coexista sempre a liberdade contratual, vez que, na maioria dos casos, as pessoas obrigam-se a contratar premidas por circunstância que lhes são adversas e como forma de uma subsistência mais digna. Essa liberdade contratual é nenhuma, ou quase nenhuma, nos contratos bancários, por exemplo, nos de arrendamento mercantil, nos de água, luz, telefone, transporte, etc. Por isso mesmo calha qual luva, aqui, a lição do nosso conterrâneo Paulo Luiz Neto Lôbo, quando diz: *“O contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação*

⁶ **A Obrigação Como Processo.** José Bushatsky Editor. São Paulo. 1976. p. 43. Apud MARTINS, Guilherme Magalhães. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro.* n. 9. p. 77.

estrutural, para atender uma função social, segundo a ideologia igualitarista”⁷.

E não há como ignorar-se que a Lei n. 8.078/90, instituidora do Código de Defesa do Consumidor, promoveu modificações no ordenamento jurídico nacional, rompendo com estruturas já calcificadas e contaminadas pela ferrugem do tempo, rompendo com os dogmas até então considerados absolutos.

Nos tempos atuais, não mais se admite um apego estremado o princípio da força obrigatória do contrato, princípio esse que vai cedendo terreno, cada vez mais, à denominada socialização da teoria contratual, segundo a qual, como observa Cláudia Lima Marques: “(...) *se redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade*”⁸.

Ou, como assinala Caio Mário da Silva Pereira: “(...) *o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo*”⁹.

Portanto, dúvidas não restam que o Estado, em tema de contratos, ainda que particulares (no caso da agravante, de adesão), deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos ajustantes, tendo em vista o equilíbrio social, relegando-se a um plano secundário a teoria do *pacta sunt servanda*, que, endeusando o elemento volitivo, prega, justamente, a não intervenção estatal nos contratos, devendo ser, antes, guardada total obediência aos termos da pactuação.

⁷ O Contrato. Exigências e Concepções Atuais. São Paulo. Saraiva. 1986, p. 17.

⁸ Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 282.

⁹ Lesão nos Contratos. Rio de Janeiro : Forense. 1959,. p. 141.

A verdade é que o contrato de adesão proposto pela empresa MAKRO, a qual adverte que o cliente que sua compra será conferida com a nota fiscal na saída da loja tem uma finalidade que vai ao encontro da aspiração da coletividade, numa relação que não prima, antes de tudo, pelo equilíbrio, boa-fé objetiva, e a realização da justiça contratual.

O Judiciário não só pode, como tem o dever de garantir a manutenção do equilíbrio contratual entre os pactuantes, intervindo nas relações contratuais, revisando-as e delas excluindo as cláusulas abusivas, iníquas ou, como no caso *sub examine*, contrária à ordem pública.

Destarte, restando claro pelos argumentos acima, que o fato do consumidor ter conhecimento prévio da revista/conferência, realizada pela agravante, não elide a ilegalidade no procedimento, e que os princípios do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade, foram relativizados pelo CDC, o Ministério Público passará para o tópico seguinte, que diz respeito a presença do *fumus boni iuris*.

Da argumentação sobre a ausência do *fumus boni iuris*:

Por fim, passaremos a tecer comentários sobre a presença dos requisitos ensejadores da liminar em sede cautelar, começando pelo *fumus boni iuris*. Neste tópico, deve o julgador basicamente analisar se existe probabilidade de a sentença final definitiva ser favorável ao requerente.

Com o escopo de tentar justificar a ausência do *fumus boni iuris* na liminar concedida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Capital, a agravante tenta inquirar as provas juntadas pelo Ministério Público/AL, inclusive, menosprezando o constrangimento sofrido por três consumidores que resolveram oferecer representação ao *parquet* estadual.

Argumenta que a prática de conferência do MAKRO já foi objeto de investigação pelo Ministério Público da União, e que após a conclusão do processo administrativo aquele colegiado decidiu homologar o arquivamento, entendendo inexistir ilegalidade na conduta da agravante.

Ora, não está o Ministério Público de Alagoas, vinculado a qualquer homologação feita por outras esferas do *parquet*, até mesmo

porque entre os princípios constitucionais do Ministério Público está a independência funcional (§ 1º, *última figura*, do art. 127 da CF).

Ademais, a última palavra sobre legalidade de conduta e constitucionalidade de normas neste País, é do Supremo Tribunal Federal, sendo irrelevante, se juntar decisões aleatórias e esparsas para tentar legitimar um ato contrário à ordem pública.

Em sua busca em tentar justificar a ausência da fumaça do bom direito, a agravante exhibe como um troféu um parecer emitido pelo jurista Professor Miguel Reale, o qual, opina pela não ilegalidade no sistema de conferência/revista levado a efeito pela agravante. O referido parecer para sustentar a pífia legalidade, sustenta-se em duas primícias principais, qual sejam: a) na ciência inequívoca dos clientes da empresa quanto ao sistema de conferência de mercadorias adotado na saída dos estabelecimentos da agravada; b) inexistência da tradição das mercadorias antes da satisfação exigida para efetiva realização da compra e venda.

Quanto ao primeiro aspecto (na ciência inequívoca dos clientes da empresa quanto ao sistema de conferência de mercadorias adotado na saída dos estabelecimentos da agravada), remetemos V. Exas, as considerações insertas alhures, a partir da página 20 desta peça processual.

Todavia, quanto ao segundo argumento (inexistência da tradição das mercadorias antes da satisfação exigida para efetiva realização da compra e venda), o Ministério Público passa a se pronunciar sobre o mesmo.

Entendeu o Professor Miguel Reale que, *no caso do Makro*, a tradição só se perfaz, PASMEN, Srs. Desembargadores: **quando é feita a revista/conferência das mercadorias na saída da loja, ou seja, mesmo que o consumidor pague pelo produto no caixa registrador, e receba a mercadoria, esta só será efetivamente do comprador, após a apresentação da nota fiscal e conferência do produto na porta de saída do estabelecimento.**

Tal conclusão, *data venia*, nos parece totalmente equivocada, e causa-nos espécie e bastante tristeza, quando observamos um parecer subscrito por um dos grandes juristas brasileiros, encomendado por uma multinacional, onde conceitos tão

triviais de direito civil, parecem ter se transmutado ao gosto do cliente. No entanto, mesmo com todo o respeito que nutrimos pelo Prof. Miguel Reale, não podemos deixar de registrar a nossa mais profunda tristeza diante de seus *novos* posicionamentos.

Felizmente, no Brasil, temos tantos e tantos outros juristas de escol, igual ou tão mais preclaros que o Prof. Miguel Reale. Entre estes, destacamos o Professor Silvio Rodrigues, que após conceituar o instituto da TRADIÇÃO, no capítulo relativo a “aquisição e perda da propriedade móvel”, ensina-nos sobre as suas diversas formas:

- “Tradição→ A tradição é a entrega da coisa do alienante ao alienatário, com ânimo de lhe transferir o domínio. Trata-se de maneira de aquisição da propriedade móvel que complementa o contrato.
- .A tradição pode ser efetiva ou real, simbólica ou ficta. Diz-se **REAL** a tradição quando ela envolve a entrega material da coisa. Diz-se **SIMBÓLICA** quando se perfaz através de ato que, por assim, dizer, representa a entrega da coisa, como na hipótese da entrega das chaves do automóvel vendido. Diz-se **FICTA** a tradição quando ela se ultima pelo *constituto possessório*, já anteriormente examinado. Ocorre quando o alienante, em vez de proceder à entrega da coisa já vendida, a retém em suas mãos por um outro título, como, por exemplo, o de locatário. Em rigor, deveria o alienante entregar a coisa ao alienatário, que a seguir a devolveria à mesma pessoa, que se transformara em locatário. Para evitar essa dupla e recíproca entrega do bem móvel, o legislador supõe que ela existiu, admitindo uma tradição ficta” (sublinhei)¹⁰.

Facilmente se percebe que a tradição no caso em tela, é a chamada “tradição real”, eis que se aperfeiçoa com a simples entrega material da coisa. Em verdade, o cliente paga um preço pelo produto, e o recebe após o pagamento respectivo, estando, portanto, perfeito e acabado o contrato de compra e venda, previsto no art. 481 do Código Civil.

¹⁰ **Direito Civil; Direito das Coisas.** Silvio Rodrigues – vol. 5, Ed. Saraiva, 2002, p. 188 e 189.

Outro Professor de renome nacional, o Mestre Caio Mário da Silva Pereira, define as nuances do contrato de compra e venda: “o contrato de compra e venda é aquele em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente” ¹¹.

Neste diapasão, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, rechaçar a tese esboçada pelo Professor Miguel Reale, sobre o momento da concretização da tradição nas lojas Makro. Vejamos alguns trechos do judicioso acórdão que vai anexo às presentes contra-razões (doc. 02):

Na conformidade da compreensão sobre o tema estabelecido no agravo de instrumento nº 252.684.419, a conduta da empresa ré, efetivamente, afronta à tutela constitucional da propriedade e da livre locomoção e, em um contexto mais amplo, pelo constrangimento que causa, a intimidade e a privacidade dos consumidores. Já efetuaram suas compras e passaram pela fiscalização que, normalmente se faz no caixa do estabelecimento. A partir daí, os objetos comprados pela tradição, ingressam em suas propriedades e não mais se autoriza a conferência. Só o ato de verificação dos bens adquiridos, no confronto dos itens da nota fiscal, já constitui um constrangimento indevido. Nem se percebe, ademais, no que essa vistoria estaria beneficiando o consumidor. Ela é em si, dentro dos princípios que norteiam a legislação consumerista, abusiva e traduz um ato de prepotência. Tão-somente beneficia os interesses da empresa que, assim, dispõe e impõe (grifamos).

O acórdão acima foi de extrema felicidade posto que enfrentou o tema com muita perspicácia, levando em conta no momento de sua prolação, os princípios consumeristas que norteiam o CDC.

¹¹ Instituições de Direito Civil, Caio Mário da Silva Pereira, volume 3, p. 147.

Mas não é só. A agravante para tentar provar a inexistência do *fumus boni iuris* ainda juntou uma decisão numa ação de indenização por danos morais proposta contra o MAKRO na capital de Fortaleza, e ainda, citou outra do 1º Juizado Especial Criminal das Relações de Consumo da Capital.

No item 64 do seu agravo, o MAKRO cita despreziosamente algumas outras ações, querendo dar a entender que a demanda contra a empresa é desprezível, e que todos estão aceitando muito bem o seu sistema de revista/conferência.

Todavia, deveria a agravante, ter juntado também ao seu agravo, apenas a relação das ações de indenizações; perdas e danos morais e responsabilidade civil que tramitam, tão somente no Tribunal de Justiça de São Paulo, onde após uma rápida consulta pela internet, conseguimos a enxurrada da 82 (oitenta e duas) ações reparatórias (que seguem em anexo – docs. 11 *usque* 92).

Será que isso não demonstra uma fumaça do bom direito? Mais do que isso. Se considerarmos que apenas acessamos o Tribunal de Justiça, e desconsideramos as ações que devem estar tramitando nos inúmeros Juizados e Fóruns, existentes no Estado de São Paulo, decerto, que chegaríamos a um número deveras assustador.

Por todos esses motivos, o Ministério Público ratifica a existência nos autos do *fumus boni iuris*

Da argumentação sobre a ausência do *periculum in mora*

No caso em tela, por igual, patente o *periculum in mora*, pois caso seja aguardado o efetivo trânsito em julgado da sentença de procedência para só então obstar a revista/conferência das compras, fato que indubitavelmente demorará anos até o esgotamento das vias recursais, será o direito público subjetivo à intimidade, a garantia fundamental prevista pelo art. 5º, inc. X da Constituição Federal diariamente maculado.

Ora, os atos que afrontam a intimidade das pessoas, continuam a existir em todas as lojas MAKRO. Na cidade de Maceió, os consumidores são menos informados sobre seus direitos, mas, ainda assim, já começam a se insurgir contra tais atos praticados pela agravante.

Como já afirmamos alhures, o único meio para cessar o perigo de lesão e a concreta lesão ao direito à intimidade é a concessão da medida liminar nos termos do artigo 12, da Lei nº 7.347/85, proibindo-se a realização das revistas ou conferências das compras das pessoas que adquirem mercadorias junto ao MAKRO ATACADISTA S.A., em sua filial de Maceió, exceto junto aos caixas registradores, concomitantemente ao lançamento dessas mercadorias pelos mencionados caixas e consecutivo pagamento do preço. De outro lado, nenhum dano, nem mesmo irreparável sofrerá a ré, máxime considerando, as informações da preposta da empresa onde alegou que a conferência das compras se faz para garantia dos clientes.

A agravante chega ao descalabro de afirmar no tópico de nº 79 que a concessão da medida liminar caracteriza lesão ao princípio constitucional da livre iniciativa, posto que o Estado estaria administrando a atividade comercial da agravante. Tal assertiva revela total desconhecimento.

Ora, o princípio da livre iniciativa comercial, não pode sobrepor-se ao princípio da igualdade nas relações comerciais. A agravante insiste em praticar uma atividade de revista/conferência que é prejudicial para o convívio harmônico como um todo, pois fere o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, uma vez que *desconfia* de todas as pessoas que de boa fé comprem em suas lojas.

O CDC surgiu para igualar os integrantes desta relação de consumo, munindo o consumidor de arma eficaz para obtenção de respeito, e, conseqüentemente, de força para também se impor. O Estado realmente tem que intervir quando o forte insiste em subjugar o fraco, não se constituindo tal intervenção numa lesão ao princípio da livre iniciativa, mas, num meio de se buscar o real equilíbrio das relações comerciais, evitando-se atos cotidianos que venham a violar direitos fundamentais, como *in casu*, a intimidade.

Noutras palavras, não pode o Estado abandonar sozinho o indefeso consumidor nesta luta desigual. Aqui é bem apropriada a lição de Lacordaire, quando afirma que: *“na luta entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”*.

Portanto, é cristalina a presença do perigo da demora, não importando se a agravante se utiliza desse tipo de expediente há 30 anos. O certo é que com a nova ordem comercial, os direitos

fundamentais do consumidor devem ser tutelados em todos os seus aspectos.

DO PEDIDO

Como já dissemos anteriormente, **nenhum dano, nem mesmo irreparável sofrerá a ré, máxime considerando, as informações da preposta da empresa onde alegou que a conferência das compras se faz para garantia dos clientes.**

Mas, sob a ótica do consumidor o fato é bem diferente. Em verdade, todos os dias os consumidores estão tendo que se submeter, de forma ilegal (independentemente de assinarem qualquer termo, ou terem ciência prévia da conferência/revista) ao método vetusto e despótico da agravante, cabendo, tão somente, ao Poder Judiciário (última tábua de salvação dos cidadãos) coibir tais práticas.

Portanto, diante de tudo o que foi aduzido, o Ministério Público vem requerer a restituição dos efeitos da liminar concedida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Capital, posto que flagrantes os requisitos ensejadores da liminar em sede de cautelar, quais sejam: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

*Fiat iustitia et pereat mundus*¹²

Maceió/AL, 8 de julho de 2005.

MAX MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA

Promotor de Justiça

DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA

Promotora de Justiça

JOSÉ ARTUR MELO

Promotor de Justiça

DELFINO COSTA NETO

Promotor de Justiça

¹² Faça-se justiça, pereça embora o mundo!

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS**PROCESSO DE ORIGEM: MANDADO DE SEGURANÇA****JUÍZO DE ORIGEM: 7ª VARA CÍVEL DESTA CAPITAL – JUIZ PLANTONISTA****AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS****AGRAVADO: MULTI GAMES DIVERSÕES ELETRÔNICAS LTDA.**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, através dos Promotores de Justiça que este subscrevem, com endereço na Rua Dr. Pedro Jorge Melo e Silva, nº 79, Poço - Maceió/AL, vem, em face à decisão liminar prolatada nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA** supracitado (doc. 01), pelo **JUÍZO DE DIREITO PLANTONISTA CÍVEL DESTA CAPITAL**, proposto pela empresa **MULTI GAMES DIVERSÕES ELETRÔNICAS LTDA.**, em Juízo representada por **FELIPE DE PÁDUA CUNHA DE CARVALHO** (OAB/AL 5206), conforme cópia do instrumento de mandato em anexo (Doc. 02), com endereço para intimações à Rua Íris Alagoense, 210, Farol, Maceió/AL, interpor, com arrimo no art. 522 do C.P.C., o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO DE DECISÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

pelas razões abaixo alinhadas:

I – RELATO FÁTICO

A agravada impetrou **Mandado de Segurança Preventivo** contra ato dos **Promotores de Justiça Integrantes do Núcleo da Fazenda Pública e Sonegação Fiscal e das Promotoras de Justiça e do Secretário Coordenador de Justiça e Defesa Social do Estado de Alagoas**.

Alegou que exerce licitamente sua atividade de locação e exploração de máquinas de diversão e entretenimento eletrônico. Sucede porém, em razão de determinação dos representantes do Ministério Público, publicada no D.O.E., edição do dia 20.06.2005, encaminhada ao Secretário Coordenador de Justiça e Defesa Social do Estado de Alagoas, para a apreensão das máquinas caça-níqueis existentes no Estado, *“foi conduzida a retirar todas as suas máquinas da rua”*, ficando prejudicada no livre exercício da sua atividade.

Aduziu a agravada – contrariamente ao entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem como jogo de azar a exploração de máquinas caça-níqueis, sem exceções - que as suas máquinas caça-níqueis não são de jogo de azar, caracterizando-se como máquinas de diversão eletrônica (o que é absurdo!). Arrimou a sua conclusão em Laudos realizados pelo Instituto de Criminalística do Estado de Alagoas, no ano de 1999, que, segundo a agravada, concluiu que ditas máquinas não constituem jogo de azar e, conseqüentemente, contravenção penal, pois o resultado das mesmas não dependeria do fator sorte, mas da habilidade do usuário.

Assim, por entender que a provável apreensão de suas máquinas caça-níqueis caracterizaria ato de “abuso de direito”, impetrou o Writ, requerendo liminarmente que os impetrados se abstenham de apreender as máquinas de sua propriedade, bem assim de praticar qualquer ato que importe em óbice ao exercício de sua atividade econômica. No mérito, pediu manutenção da liminar e a “conformação da segurança pleiteada”.

A liminar foi concedida pelo MM. Juiz Plantonista, pelos mesmos fundamentos utilizados pela agravada, determinando aos impetrados que se abstenham de apreender as máquinas caça-níqueis da impetrante, ora agravada, bem assim que não pratiquem qualquer ato que a impeça de exercer o seu objeto social, ou seja, a exploração do jogo em tais máquinas (doc. 06).

Após tomar conhecimento da liminar acima mencionada, o Ministério Público requereu ao Magistrado Plantonista a suspensão dos seus efeitos, até a apreciação deste agravo pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, o que foi deferido (docs. 07 e 10).

Não há como subsistir tal medida, senão vejamos:

2 – Inexistência de Pressupostos para a Concessão da Liminar

É consabido que a medida liminar é procedimento cautelar admitido em mandado de segurança *“quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”* (art. 7º, II). Assim, para a sua concessão, devem estar presentes os dois requisitos que são a fumaça do bom direito (relevante fundamento) e o perigo da demora (quando a persistência do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida). Somente diante desses dois pressupostos poderá a autoridade judicante conceder a medida.

Acontece, no caso vertente, inexistiu relevante fundamento para a concessão da liminar. Na verdade, para o deferimento da medida, a Autoridade Judicante partiu do pressuposto que a atividade exercida pela agravada é lícita, quando, na verdade, trata-se do exercício de atividade ilegal, caracterizada como prática de jogo de azar, contravenção penal, consoante será demonstrado.

Como bem ensina Humberto Theodoro Júnior ao comentar as condições para a concessão da medida cautelar, especificamente o *fumus boni iuris*, *“se pela própria narração da pretensão geradora da lide se deduz que o autor não irá ganhar a ação principal, o pedido deve ser considerado juridicamente inadmissível e por isso não caberá a tutela jurisdicional de mérito (o caso será de indeferimento liminar da petição inicial da ação principal, segundo a regra do art. 29, parágrafo único, n.os. II e III). Carecendo da ação principal, como é óbvio” não fará jus também à tutela cautelar*”¹.

Consoante se percebe, o Magistrado não só deveria ter negado a liminar requestada, como poderia ter indeferido liminarmente

1 Processo Cautelar, Leud, 13. ed. São Paulo, 1992, p. 76 e 77.

a petição inicial do Mandado de Segurança, em virtude da ilicitude da atividade desempenhada pela agravada, que em nenhuma hipótese pode ser tida como lícita.

A seguir, o Ministério Público fará uma melhor explanação da situação ilegal do jogo de azar, notadamente no que pertine às máquinas caça-níqueis, inclusive com a juntada do **Laudo Pericial nº 023, realizado no ano em curso** pelo Instituto Nacional de Criminalística – do Departamento de Polícia Federal, a pedido do Juízo do 9º Juizado Especial Cível e Criminal da Capital, nos autos do Termo Circunstanciado nº 305/2004, que concluiu **que o resultado do jogo nas máquinas caça-níqueis não depende da habilidade do jogador, mas unicamente do fator sorte.** (doc. 08)

3 – Legalidade da Atuação do Ministério Público e da Secretaria Coordenadora de Justiça e Defesa Social no Combate à Exploração do Jogo de Azar no Estado

O Ministério Público Estadual, por intermédio do Núcleo da Fazenda Pública e Sonegação Fiscal, recebeu diversas representações relatando ilegalidades perpetradas em razão de concessões e permissões outorgadas pela LOTEAL- Loteria Social do Estado de Alagoas, para a exploração de várias modalidades lotéricas, dentre elas, bingos, máquinas caça-níqueis, zooloteria e similares.

No que atine às máquinas caça-níqueis, considerando que o STF e o STJ já haviam decidido de modo unânime pela sua ilicitude, mesmo quando permitidas pelo Poder Público (veja-se nota de rodapé nº 02), o Ministério Público expediu Notificação Recomendatória à LOTEAL, no sentido de revogar as permissões e concessões outorgadas, tendo dita Autarquia acatado a recomendação.

Em resposta a Ofício expedido pelo Ministério Público, em fevereiro do ano em curso, requisitando informações a respeito da situação da exploração das máquinas caça-níqueis, a referida Autarquia respondeu o seguinte: **“não existe nenhum vínculo entre esta LOTEAL com qualquer outro permissionário da modalidade caça-níqueis, tendo em vista que obedecendo a determinação do Ministério Público, todos os contratos foram rescindidos.”**.(doc. 11).

Acrescentou, no entanto, que um ex-permissionário, a empresa M.A. da Silva Jogos Eletrônicos – ME, obteve judicialmente uma liminar para continuar explorando esta modalidade. Inobstante, dita liminar foi suspensa por decisão do Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no Pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 133-AL, publicada no DJ em 07.06.2005 (doc. 08).

Em sua decisão, o Ministro frisou:

Dentro desse restrito exame da fumaça do bom direito, cumpre destacar que este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou diversas vezes quanto à natureza ilícita da atividade de exploração de máquinas "caça-níqueis." A propósito: ROMS 15228/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.2003; RESP 474365/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 25.08.2003 e ROMS 15593/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.06.2003.

Assim, sem percorrer os meandros da ação original, tenho como presentes os pressupostos autorizadores do pedido. Isto porque, pacificado nesta Corte o entendimento de que "constitui prática contravencional a exploração e funcionamento das máquinas 'caça-níqueis', em qualquer uma de suas espécies" (RMS 13695/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ em 09/09/02 / HC 15923/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 13/12/2004).

Assim, tenho por ameaçada a ordem pública, porque inadmissível o deferimento de pleito que venha a permitir a prática de conduta penalmente tipificada, ou, ainda, tornar ineficaz medidas tomadas pela administração no sentido de coibir a exploração de atividade ilícita.

Ademais, tratando, a hipótese, de matéria afeta à ordem jurídico-penal, deve prevalecer o interesse público sobre o particular, despontando evidente, no caso, a lesão reclamada pela autarquia requerente.

Reconhecida a ilegalidade da prática do jogo de azar através das máquinas caça-níqueis pelos nossos pretórios, bem assim em razão da inexistência de autorização do Poder Público para a sua exploração (ainda existisse seria ilícita), bem assim em virtude da decisão acima

reportada, o Ministério Público expediu Notificação ao Secretário Coordenador de Justiça e Defesa Social do Estado de Alagoas para a repressão ao jogo de azar em nosso Estado, consoante demonstra o doc. 03. Inconformada com essa atitude, a agravada impetrou o Mandado de Segurança que originou este recurso.

Com relação às demais modalidades de jogo autorizadas pela LOTEAL, é relevante frisar, em razão da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3189-9, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade das leis, decretos e resoluções que instituíram e disciplinaram a loteria no Estado de Alagoas, o Ministério Público Estadual reservou-se para adotar as providências cabíveis após o seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que já se pronunciou pela inconstitucionalidade das loterias criadas pelo Estado do Mato Grosso e pelo Distrito Federal (ADIns 2.948-7/MT e 2.847-2/DF).

4 – Ilegalidade da Exploração dos Jogos de Azar

Existe uma tradição em nosso ordenamento jurídico, que, historicamente, não permite a exploração de jogos de azar.

A exploração de jogos de azar encontra-se proibida no país, desde 30 de abril de 1946, ocasião em que o então Presidente Eurico Gaspar Dutra, por intermédio do Decreto-lei 9.215, restabeleceu a vigência do art. 50 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3638/41) que vigora até a presente data, tendo a seguinte redação:

Art. 50 - Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena.

(.....)

§ 3º - Consideram-se jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho ou a perda dependem exclusiva ou principalmente ao fator sorte.

Somente foram toleradas as loterias federais, instituídas pelo Decreto-lei n. 6.259, de 1944, como um serviço da União (os sorteios são feitos pelo governo) visando canalizar recursos para o custeio de programas sociais de âmbito nacional. O artigo 2º do aludido Decreto conferiu à União e aos Estados o poder de explorar diretamente ou delegar a exploração do serviço de loterias a concessionários de

comprovada idoneidade moral e financeira, condicionando essas concessões à prévia concorrência pública.

Com o advento do Decreto-Lei Federal nº 204/67, ficaram os Estados proibidos de criar Loterias, sendo mantidas, apenas, àquelas criadas e ratificadas pela União em data anterior à vigência do referido Decreto, como é o caso de Pernambuco, Minas Gerais, Rio de Janeiro, dentre outros. **Como o Estado de Alagoas não mantinha nenhuma loteria anteriormente ao citado decreto, após 1967, não houve respaldo legal para a criação da LOTEAL.**

Nesse contexto, vale lembrar que a exploração de loterias constitui derrogação excepcional das normas de direito penal (art. 3º do DL 6259/44 e art. 1º do DL 204/67), sendo que a competência para legislar sobre matéria de direito penal, constitucionalmente, é de exclusividade da União, senão vejamos:

Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal.....

De outra sorte, neste mesmo comando normativo, em outro inciso, dispõe que, compete, também, privativamente à União legislar sobre:

XX - sistemas de consórcios e sorteios.

5 – Impossibilidade de as loterias preexistentes ao Decreto-Lei nº 204/67 criarem novas modalidades lotéricas

Em conclusão, depreende-se que o legislador ao permitir a exploração de jogos lotéricos pelas entidades estaduais existentes, não lhes conferiu competência para a Instituição de novos jogos lotéricos, mas, tão-somente, para explorar, direta ou indiretamente jogos criados e reconhecidos pela União.

Nesse diapasão, vigora o preceito repressor constante do art. 40 do Decreto-Lei nº 6259/44, que estipula:

Art. 40 - Constitui jogo de azar passível de repressão penal a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal.

Parágrafo único - Seja qual a sua denominação ou processo de sorteio adotado, considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta para a obtenção de um prêmio em dinheiro ou em bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papéis, manuscritos, sinais, símbolos, ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores.

6 – Caracterização das Máquinas Caça-níqueis como Jogos de Azar

Ainda que a LOTEAL não tivesse rescindido todas as permissões para a exploração da modalidade caça-níqueis, dita conduta caracteriza-se como jogo de azar e, conseqüentemente, contravenção penal. Esse é o entendimento consagrado em nossos pretórios².

- ² • Decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a questão, quando do julgamento da SS 1814/MG firmou posição quanto ao fato de que *"A regra, no ordenamento jurídico brasileiro, é a proibição do jogo. Assim dispõe o art. 50, do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Exceções, somente por meio de lei, à qual, exatamente por encerrar exceção, não se emprestará interpretação extensiva, segundo princípio elementar de hermenêutica"*;
- Decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento do ROMS nº 15.593 – MG, o qual decidiu que *"É de natureza ilícita a exploração e funcionamento das máquinas 'caça níqueis', qualquer que seja o tipo colocado à disposição do público"* e ainda, que *"Constitui prática contravencional a exploração e funcionamento das máquinas 'caça níqueis', em qualquer uma de suas espécies"*;
- Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (TJ/AL) quando do julgamento do MS nº 2003.000.388-6 decidiu que *"a exploração de máquinas caça níqueis, constitui contravenção penal, por se tratar de jogo de azar, prevista no art. 50, do Decreto-Lei 3.688/41, chamada Lei das Contravenções Penais, e por conseguinte não podendo a LOTEAL, estar realizando contratos com empresas para permissão de uso das mesmas"*. Mais adiante que *"A Resolução Estadual, que permite a exploração de máquinas caça níqueis, vai de encontro ao despacho do eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal... Estranhamente o Estado de Alagoas, vem procedendo com licitações e posteriores contratos de permissão para exploração comercial das máquinas caça-níqueis por várias empresas"*.

As máquinas de jogos de azar foram introduzidas praticamente em todos os países do mundo, sob o apelo da “indústria dos sonhos”, que é o jogo. No início, eram alavancas impulsionadas por molas e, modernamente, sofisticados sistemas computacionais.

A Lei das Contravenções Penais em seu artigo 50, § 3º, a, retro-transcrito, **define como contravenção penal de jogo de azar aquele em que o ganho ou perda dependem exclusiva ou principalmente do fator sorte.**

Nesse sentido, o **Laudo Pericial de Exame em Equipamento Eletrônico** nº 023/05 (doc. 08) efetivado pelo **Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal**, no qual foi adotado a Instrução Técnica nº 001 –da Diretoria Técnico-Científica - DITEC, de 04.05.2004, requisitado pelo Juízo do 9º Juizado Especial Cível e Criminal da Capital, nos autos do Termo Circunstanciado nº 305/2004, onde foram periciadas 03 (três) máquinas caça-níqueis apreendidas, **atesta o seguinte:**

As máquinas descritas nos itens III. A -1 e 2 não apresentam condições de utilização e a III.A - 3 opera normalmente. Contudo, todos os modelos deste tipo de máquinas COPA 98 II testados em outros exames, trabalham e executam programas computacionais de sorteio aleatório de números e/ou figuras, considerando-se um ajuste fixo e invariável das microchaves (controlador chaveado programável do tipo "dip switch" de ajuste de apostas com oito microchaves seletoras) internas existentes. **A habilidade dos jogadores/apostadores não é fator determinante para a obtenção de ganhos/perdas em nenhuma destas máquinas, dependendo do fator sorte*. Portanto, cabem aos magistrados, baseados nestas informações decidirem se as máquinas caracterizam jogo de azar.**

A probabilidade de ganho ou perda do jogador vai depender também de como estão configuradas as microchaves no momento do jogo. O ajuste é executado internamente através do posicionamento manual da microchaves para o estado ON ou para o estado OFF.

** Para efeitos deste Laudo, de acordo com a IT 001/04 DITEC define-se sorte como “maneira de decidir alguma coisa pelo acaso. Fato resultante da causa, independente da vontade”.*

Vê-se assim, de maneira irrefutável, que ditas máquinas caça-níqueis constituem modalidade de jogo de azar, prevista em nossa legislação penal.

Os Laudos Periciais carreados aos autos pela impetrante, além de terem sido realizados em 1999, são totalmente lacônicos e contraditórios. Também refogem à lógica das coisas e ao bom senso do homem médio, pois induzem o intérprete a pensar que as máquinas caça-níqueis são objetos destinados exclusivamente à diversão eletrônica, máquinas de fliperama, quando se sabe que são utilizadas com a única finalidade de ganho de dinheiro, através do fator sorte.

Ora, se em tais máquinas ganha-se ou perde-se dinheiro, é evidente que se caracterizam como máquinas de jogo de azar, como atesta os Laudo Pericial nº 023/05, acima mencionado (doc. 08).

A legislação pátria é informada pelo princípio da livre apreciação da prova pela Autoridade Judicante, que, por tal razão pode, desconsiderar os Laudos apresentados pela Impetrante, em virtude das razões apresentadas.

Acrescente-se a isso os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, transcritos nesta peça, que entendem ser jogo de azar a exploração de máquinas caça-níqueis, em qualquer hipótese.

7 – Gravidade dos Jogos de Azar

Para que Vossas Excelências tenham noção da gravidade da situação, conforme tem sido amplamente divulgado pela imprensa brasileira, a Máfia teve influência na gestão dos caça-níqueis e na difusão dos mesmos no Brasil, sob o manto de “bingos eletrônicos”. Tem influência na representação e na locação de tais máquinas, dominando várias firmas que locam os “bingos eletrônicos” e que prestam manutenção às máquinas.

Nessa direção, merece transcrição matéria veiculada pelo JORNAL DO BRASIL, edição do dia 31/12/99, página 5, sob o título **MÁFIA POR TRÁS DO BINGO:**

As pressões que o governo da Espanha vem fazendo sobre as autoridades brasileiras para liberar a repatriação de máquinas de bingo eletrônico de

fabricação espanhola beneficiam uma empresa sob suspeita de lavagem de dinheiro do narcotráfico controlada por uma facção da máfia italiana. A espanhola Recreativos Franco, uma das maiores fabricantes de máquinas de bingo eletrônico, está citada em relatórios da Procuradoria Antimáfia da Itália. Segundo investigações, a organização criminosa comandada por Fausto Pellegrinetti estaria usando os caça-níqueis para lavar dinheiro ilegal no Brasil, Numa carta rogatória enviada à Justiça brasileira, as autoridades italianas chegaram a sugerir que todas as máquinas de bingo eletrônico fossem apreendidas. De acordo com depoimento de Lillo Lauricella, integrante da organização mafiosa que aceitou colaborar com a Justiça, a máfia teria se associado a empresas no Brasil que intermediaram a importação das máquinas de bingo eletrônico da Recreativos Franco. Uma das tentativas em favor das máquinas foi feita pelo Ministro das Relações Exteriores da Espanha, Abel Matutes. Ele contactou o Vice-Presidente Marco Maciel - que nega o fato - para defender a Recreativos Franco e outra fabricante dos caça-níqueis, a Cirsa (gn).

Rui Barbosa, um dos maiores juristas brasileiros, escreveu bons textos demonstrando que os cassinos, o jogo comercial feito por particulares, contraria o princípio da moralidade administrativa, sendo uma prática ilícita. Dessa forma, a interpretação das normas sobre jogos deve ser feita de forma restritiva, como foi bem dito no precedente judicial transcrito nesta ação. Neste sentido, vejamos:

De todas as desgraças que penetram no homem pela algibeira e arruinam o caráter pela fortuna, a mais grave é, sem dúvida nenhuma, essa: o jogo na sua acepção usual, o jogo propriamente dito; em uma palavra: o jogo os naipes, os dados, a mesa verde.

Permanente como os grandes endemias que devastam a humanidade, universal com o vício, furtivo com o crime, solapando no seu contágio com as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, ele zomba da decência, das leis e da polícia, abarca no domínio das suas emanações a sociedade inteira, nivela sob a sua deprimente igualdade todas as classes, mergulha na sua promiscuidade indiferente até os mais baixos

volutabros do lixo social, alcança no requinte das suas seduções as alturas mais aristocráticas da inteligência, da riqueza, da autoridade, inutiliza gênios; degrada príncipes; emudece oradores; atira à luta política almas azedadas pelo calistismo habitual das paradas infelizes, à família corações degenerados pelo contato quotidiano de todas as impurezas à concorrência do trabalho diurno os naufragos das noites tempestuosas do azar; e não raro a violência das indignações furiosos, que vêm estuar no recinto dos parlamentos, é apenas a ressaca das agitações e dos destroços das longas madrugadas dos cassino.

A prática do jogo em tais máquinas ocasiona enorme prejuízo aos consumidores na medida em que supõem estarem exercendo atividade legalmente instituída e fiscalizada pelo Poder Público. Dito raciocínio parte da premissa de que, em passado próximo, através da LOTEAL, foram outorgadas permissões para a exploração de caça-níqueis, e, apesar de terem recentemente sido revogadas, o Estado de Alagoas, através das suas polícias, manteve-se inerte e deixou de exercer o seu dever de reprimir essa modalidade de contravenção penal, visando à proteção da ordem e da segurança públicas, razão pela qual foi expedida a notificação reportada.

Como consumidores, os cidadãos que efetuam jogo nessas máquinas são lesados vergonhosamente, pois a habilidade dos apostadores não é determinante para obtenção de ganhos e perdas, na medida em que há manipulação prévia das microchaves existentes nessas máquinas eletrônicas, ao bel prazer de seus proprietários, configurando-se, assim, lesão à economia popular.

Sobre os malefícios psicológicos e sociais dos cassinos, caça-níqueis e outras espécies do jogo de azar, a **Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, na 36a. Assembléia Geral**, remeteu "Carta aos Membros do Senado sobre o Projeto "Lei dos Cassinos", merecendo transcrição, dentre os aspectos abordados, o seguinte excerto:

a sorte e o ganho fácil como ideal de vida, em vez do primado do trabalho honesto e perseverante. Inverte-se, assim, a hierarquia de valores; que, rompe-se a harmonia doméstica por causa da vida desregrada e pela inquietação que se abate sobre o lar, diante da atração incoercível que domina, aos poucos, os jogadores, com perigo de dilapidar, de repente, todo o

patrimônio familiar e que, 'em tais recintos será difícil evitar a lavagem de dinheiro ilicitamente obtido, a corrupção, o narcotráfico e a formação de quadrilhas propensas ao crime, como acontece em tantos países.

8 – Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento assente que os Estados e o Distrito Federal não podem instituir loterias, face se tratar de matéria de competência privativa da União, nem tampouco as loterias estaduais preexistentes podem permitir a exploração de máquinas caça-níqueis, porquanto o seu funcionamento constitui jogo de azar, atividade ilegal, caracterizada como contravenção penal.

Nesse sentido, convém trasladar os seguintes acórdãos:

STF

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.847-2
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : Min. CARLOS VELLOSO

REQUERENTE(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO(A/S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

REQUERIDO(A/S) : CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LOTERIAS. LEIS 1.176/96. 2.793/2001. 3.130/2003 e 232/92, DO DISTRITO FEDERAL. C.F., ARTIGO 22, I e XX.

I. -A Legislação sobre loterias é da competência da União: C.F., art. 22, I e XX.

II. -Inconstitucionalidade das Leis Distritais 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 e 232/92.

III. -ADI julgada procedente.

(ADI nº 2847-2/DF, D.J. 26.11.2004 – Pleno)

Sobre a mesma matéria e no mesmo sentido o STF decidiu a ADIn nº 2948 (DJU de 26.11.2004), declarando a inconstitucionalidade das leis do Estado do Mato Grosso que instituíram a sua loteria estadual.

STJ

RECURSO ESPECIAL Nº 474.365 - SP (2002/0116302-3)
RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : PARADISE GAMES COMERCIAL LTDA

ADVOGADO : DENNIS MARTINS BARROSO

EMENTA

CRIMINAL. RESP. APREENSÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS, SEM MANDADO JUDICIAL, POR AUTORIDADE POLICIAL. REQUISICÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. IMPROPRIEDADE DA DECISÃO QUE CONCEDEU A SEGURANÇA, PARA A RESTITUIÇÃO DAS MÁQUINAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. O Ministério Público, dentro de suas atribuições, pode requerer a instauração de inquérito policial, bem como a realização de diligência, para a apuração da possível prática de contravenção penal, consistente na existência, em estabelecimento comercial, de máquinas de jogo de azar, mantidas em desacordo com a legislação.

II. A autoridade policial, constatando a efetiva existência das máquinas e a ocorrência de contravenção penal, pode proceder à apreensão dos objetos relacionados com a prática delituosa.

III. Afigura-se imprópria a decisão que concede mandado de segurança para a restituição das máquinas apreendidas, com base na ilegitimidade da requisição Ministerial.

IV. Irresignação que merece ser provida para cassar o acórdão recorrido.

V. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator. (Órgão Julgador - T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 03/06/2003, Data da Publicação/Fonte: DJ 25.08.2003, p. 358.)

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.593 - MG (2002/0152161-7)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO

**RECORRENTE : JOÃO BATISTA CAPRONI – MICROEMPRESA
ADVOGADO : ANTÔNIO LOPES NETO**

T.ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPETRADO : JUÍZO DE DIREITO DE PARAGUAÇU - MG

RECORRIDO : LOTERIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O ordenamento jurídico brasileiro está sendo convocado, na época contemporânea, a zelar e homenagear com o máximo de intensidade a ética nas relações do cidadão com a sociedade.

Se ele tinha esse compromisso no passado, hoje o grau de envolvimento com tal procedimento apresenta-se mais intenso, em face dos dogmas de valorização da cidadania que estão postos na Carta Magna de 1988.

2. É de natureza ilícita a exploração e funcionamento das máquinas "caça-níqueis", qualquer que seja o tipo colocado à disposição do público.

3. Precedente: ROMS 13965/MG, com ementa seguinte:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONAMENTO DE MÁQUINAS "CAÇA-NÍQUEIS". AUTORIZAÇÃO POR RESOLUÇÃO REVOGADA POR NOVA RESOLUÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CARACTERIZAÇÃO DE CONTRAVENÇÃO PENAL.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA POLÍCIA MILITAR PARA FISCALIZAÇÃO E APREENSÃO.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, o qual se rebela contra ato do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais que vedou o exercício das atividades comerciais da recorrente na exploração de máquinas eletrônicas de Vídeo Loteria Off Line Interativa, as chamadas "caça-níqueis". Segurança denegada, ao argumento de que o pretense direito à exploração das referidas máquinas foi revogado por nova Resolução da Loteria do Estado de Minas Gerais. Evidenciado o interesse em recorrer do Ministério Público.

2. A Resolução nº 03/00, de 21/03/2000, suspendeu os efeitos da Resolução nº 25/1999, medida concretizada definitivamente pela Resolução nº 19/2000, todas da Loteria do Estado de Minas Gerais, revogados os credenciamentos para exploração de máquinas "caça-níqueis".

3. Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por despacho presidencial proferido na Suspensão de Segurança nº 1.814-1/MG, que, atendendo requerimento da Loteria do Estado de Minas Gerais, suspendeu várias liminares concedidas pelo egrégio TJMG que afastavam qualquer ato impeditivo da exploração das máquinas "caça-níqueis". Não há, pois, como, em confronto com a decisão da mais alta autoridade judiciária do País, autorizar o funcionamento das referidas máquinas, ou para determinar que a autoridade coatora se abstenha de tomar qualquer medida que vise a impedir a exploração das mesmas.

4. Questão que foi decidida nos embargos de declaração surtiu mais efeito prático do que o verdadeiro julgamento do Mandado de Segurança, uma vez que entraram em funcionamento, novamente, inúmeras máquinas "caça-níqueis" que haviam sido recolhidas ou apreendidas, a grande maioria por decisões judiciais, quer em caráter liminar, quer em caráter definitivo.

5. As loterias têm existência legal, destinada, porém, tão-só e exclusivamente, à sua finalidade, qual seja, os jogos lotéricos, não podendo elas cuidar da regularização dos jogos eletrônicos conhecidos por "caça-níqueis". De igual modo, por faltar-lhes competência legal, é vedado deferir permissão administrativa para sua exploração,

caracterizando, assim, a ausência de liquidez e certeza do invocado direito à manutenção das máquinas "caça-níqueis" em atividade.

6. A IN/SRF nº 172, de 30/12/1999, que dispõe sobre a apreensão de máquinas eletrônicas programadas para a exploração de jogos de azar, importadas do exterior, obriga a apreensão, para fins de aplicação da pena de perdimento de todas as máquinas desta espécie importadas e ainda não desembaraçadas. Tal Resolução é fulcrada no art. 50, do DL nº 3.688/41, no art. 105, XIX, do DL nº 37/66, no art. 23, IV e parágrafo único, do DL nº 1.455/76, e no art. 1º, do Decreto nº 3.214/99, todos em vigor e que tipificam a exploração de máquinas "caça-níqueis" com contravenção penal.

7. Constitui prática contravencional a exploração e funcionamento das máquinas "caça-níqueis", em qualquer uma de suas espécies.

8. Cumpre ao Ministério Público e à Polícia Militar de Minas Gerais desempenharem suas funções institucionais, e dentre estas se inclui, de maneira clara, o combate, de ofício, ao crime e à contravenção, sob pena de prevaricação, sendo lícita a ação para obstaculizar o funcionamento das máquinas "caça-níqueis".

4. Recurso da empresa improvido. (Órgão Julgador – T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 06/05/2003, Data da Publicação/Fonte: DJ 02.06.2003, p. 184 - RSTJ vol. 168 p. 105.)

9 - Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Hipótese Similar a destes Autos

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 17.480 - RS (2003/0209558-0)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE : GSGAMES DIVERSÕES ELETRÔNICAS LTDA

ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO BRONZON E OUTRO

T.ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : SECRETÁRIO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : HELENA MARIA SILVA COELHO E OUTROS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE MÁQUINAS DE JOGOS ELETRÔNICOS. ILEGALIDADE.

1. Cuidam os autos de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por GSGAMES DIVERSÕES ELETÔNICAS LTDA. em face do SECRETÁRIO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, almejando a liberação de máquinas de jogos eletrônicos que porventura viessem a ser apreendidas sob o argumento de que as mesmas estão legalizadas de acordo com os arts. 195, III, e 217 da Constituição Federal, Leis Federais n°s 8212/91 e 9615/98, Decreto n° 2574/98, Lei Estadual n° 11561/00 e Decreto Estadual n° 40593/01, sendo denegada a ordem pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob o fundamento de não haver direito líquido e certo assegurado. Neste momento, a empresa interpõe recurso ordinário defendendo a exploração da atividade lícita de acordo com a Lei Previdenciária e lei de incentivo ao esporte, opinando o representante do Ministério Público pelo improvimento do recurso.

2. Somente cabe à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, XX, CF/88).

3. Revogados os artigos que dispunham sobre a autorização dos bingos pela Lei n° 9.981/00 regulamentada pelo Decreto n° 3.659/00.

4. É de natureza ilícita a exploração e funcionamento das máquinas de jogos eletrônicos (bingo e similares).

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Recurso ordinário improvido. (Órgão Julgador – T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 28.09.2004, Data da Publicação/Fonte: DJ 08.11.2004, p. 164 – sublinhou-se)

10 – Considerações Finais

É inadmissível a subsistência do grave quadro de tolerância à exploração do jogo de azar, na modalidade caça-níqueis, prevalente no

Estado de Alagoas. Caso a liminar concedida persista, a agravada permanecerá a explorar livremente a atividade de jogo de azar no Estado, pois o Ministério Público e as Polícias Civil e Militar, através do Exmo. Secretário Coordenador de Justiça e Defesa Social do Estado de Alagoas, não poderão adotar providência alguma para reprimir dita ilicitude penal.

Por força da liminar ora atacada, restarão inviabilizadas as instaurações de inquéritos policiais e termos circunstanciados, posto que nestes há a necessidade da apreensão dos objetos utilizados na prática da infração penal para serem periciados a fim de que haja a sua caracterização; tampouco a agravada poderá ser molestada em sua atividade de exploração do jogo de azar no Estado.

Não se pode olvidar, outrossim, que outras empresas também utilizarão o mesmo expediente, bem assim que a agravada ficará com livre conduto para explorar diretamente ou mediante locação, como frisou na petição inicial do Mandado de Segurança, num verdadeiro negócio da china.

Com isso perde toda a sociedade, pois, como o Ministério Público deixou claro na Notificação expedida ao Dirigente Maior da Segurança Pública no Estado,

o jogo de azar é uma das atividades que mais prejudicam o ser humano. Na mesma simetria das drogas e do crime, o jogo de azar é uma das desgraças que assolam a humanidade, corrompe as pessoas com a sedução do ganho fácil, em vez do primado do trabalho honesto, destrói as famílias, fomenta o crime, favorecendo as grandes organizações criminosas, dentre tantos outros malefícios.

Em nosso Estado, os mencionados jogos estão atingindo grandes proporções. O exemplo mais contumaz é o das máquinas caça-níqueis, que se espalham em níveis alarmantes. São instaladas nos mais diversos locais, como em bares, lanchonetes, pontos de ônibus, shoppings, etc.

Há ainda uma agravante que não pode ser olvidada, é o fato de crianças e adolescentes estarem jogando em tais máquinas e assimilando os malefícios proporcionados pelos jogos de azar. Por essa razão, existem dezenas de procedimentos no Ministério Público, oriundos da Vara Especializada da Infância e da Juventude da Capital, que confirmam tal acontecimento, o que é assaz preocupante.

Impõe-se, portanto, ao Poder Judiciário, última fronteira da democracia, fazer cessar os efeitos da liminar concedida pelo Juízo Plantonista.

O fundamento deste agravo é, pois, relevante. Está em questão a ordem e a segurança públicas dos cidadãos deste Estado, a proteção das crianças e adolescentes e os direitos dos consumidores, que são vítimas da exploração desenfreada do jogo de azar.

Não cassada a liminar objurgada, a segurança, a moralidade pública e a ordem jurídico-constitucional continuarão sendo lesados de forma indelével, mostrando-se urgente a proteção desses valores, sob pena de as instituições públicas responsáveis pela matéria caírem em total descrédito junto à população.

11 - Pedidos

Em razão de todo o exposto, diante da **comprovação inequívoca da ilegalidade da exploração de máquinas caça-níqueis**, de danos à segurança e a ordem públicas, de ato lesivo ao direito dos consumidores usuários dessas máquinas eletrônicas e, principalmente, a crianças e adolescentes, não resta outra alternativa que não a suspensão da medida liminar atacada.

Assim, o Ministério Público requer:

a) que seja concedido, com espeque no art. 527, III, C/C 558, ambos do CPC, **efeito suspensivo ao presente recurso**, sustando-se os efeitos emanados da decisão agravada, independentemente de prévia oitiva da parte contrária;

b) que seja comunicado o Juízo de Direito processante do Mandado de Segurança no qual foi concedida a decisão sustada;

c) que sejam expedidos ofícios ao Secretário Coordenador de Justiça e Defesa Social do Estado de Alagoas e ao Ministério Público, através dos promotores impetrados, comunicando-lhes da sustação dos efeitos da liminar concedida e determinando a continuidade da repressão do jogo no Estado de Alagoas, no que pertine à exploração das máquinas caça níqueis, nos moldes consignados na Notificação expedida pelo Ministério Público ao Dirigente da Segurança Pública no Estado.

b) a intimação do agravado, na pessoa de seu Procurador, devidamente qualificado e com endereço consignado no início desta peça, para, querendo, apresentar contra-razões a este recurso;

c) ao final, que seja reformada a decisão atacada, em razão dos argumentos aqui lançados.

Nestes Termos,

Pede e espera deferimento.

Maceió, 8 de julho de 2005.

JAMYL GONÇALVES BARBOSA

PROMOTOR DE JUSTIÇA

SANDRA MALTA PRATA LIMA

PROMOTORA DE JUSTIÇA

DOCUMENTOS APENSADOS:

Autos do Mandado de Segurança nº 001.05.011448-5, nos quais constam:

- 1) petição inicial (doc. 01);
- 2) procuração (doc. 02);
- 3) notificação recomendatória do Ministério Público (doc. 03);
- 4) Laudos Periciais de Máquinas Caça-níqueis, realizados pelo Instituto de Criminalística do Estado de Alagoas (docs. 04 e 05);
- 5) Decisão Liminar (doc. 06);
- 6) Requerimento de Suspensão da Liminar pelo Ministério Público (doc. 07);
- 7) Laudo Pericial do Departamento de Polícia Federal (doc. 08);
- 8) Decisão do Min. Pres. do STJ suspensiva de liminar que havia sido deferida para a exploração de máquinas caça níqueis (doc. 09);
- 9) Decisão suspensiva da Liminar (doc. 10);

- 10) Ofício da LOTEAL comunicando a revogação de todas as concessões e permissões para a exploração de máquinas caça-níqueis (doc. 11);**
- 11) Certidão de ciência da decisão agravada (doc. 12)**

Proc. 118/04

Representação Eleitoral

Requerente : Maria das Dores Leite

Requerido: Wellington Damasceno Freitas

Alegações Finais

O Ministério Público Eleitoral no uso de suas atribuições legais, com baldrame no art. 22, inciso X, da Lei Complementar n.º 64/90, vem oferecer alegações derradeiras, mediante os fundamentos fáticos e jurídicos a seguir esposados:

A requerente Maria das Dores Leite, candidata ao cargo de prefeita de Olho D'Água do Casado, filiada ao Partido Republicano Progressista P.R.P. representou o candidato ao mesmo cargo, Sr. Wellington Damasceno Freitas, conhecido por “Xepa”, atual Prefeito do Município de Olho D'Água do Casado, aduzindo em peça exordial, que durante o período de campanha eleitoral, o candidato à época, hoje atual Prefeito, fez inúmeras ofertas pecuniárias dos eleitores com escopo de obter votos dos mesmos, bem como nos 2 últimos anos que antecederam à eleição, saiu pela cidade e casas distribuindo autorização para obtenção de materiais de construção, bem como dinheiro, com única finalidade de ganhar as eleições e ocupar o cargo de Prefeito do Município de Olho D'Água do Casado.

Colacionou, para fins de comprovação do alegado:

- I – Fita gravada inicialmente sem a devida degravação;
- II – Fotografias sem os devidos negativos.
- III – Testemunhas arroladas nas fls. 02/03, dos autos;

O requerido alegou a defesa de fls. 05-21, dos autos, arguindo preliminarmente:

I- Falta de capacidade postulatória, por ter a requerente subscrito a exordial como candidata, sem qualquer indicação de inscrição na OAB;

II-Inépcia da petição inicial, vez que o pedido formulado não teria atendido aos requisitos estabelecidos no art. 282, IV c/c 286,

ambos do CPC, de aplicação subsidiária no caso em tela, devendo, nesta linha de raciocínio, ser extinta a ação sem o exame do mérito, com base no art. 267, I, do CPC;

III-Falta de degravação das filmagens colacionadas, em obediência ao comando contido no parágrafo único do art. 5º da Resolução do TSE nº 21.575, o que implicaria na necessidade de extinção do processo sem o exame do mérito, por força do art. 267, IV, do CPC.

No mérito, aduziu que as provas carreadas aos autos não teriam o condão de ensejar a comprovação das alegações ventiladas na inicial, na medida em que não se mostravam, nem indiretamente, vinculadas ao requerido, não se prestando a comprovar qualquer ato ilícito a ele imputável. Afirmou ainda que a lide, tal qual apresentada, afigurava-se temerária, especialmente por não possuir o mínimo substrato material, a não ser fotografias sem negativo e declarações unilaterais, trazidas a lume sem o crivo do contraditório. Por fim, aduziu que não teria ocorrido abuso de poder econômico nem muito menos captação ilícita de sufrágio, tendo sido expressiva a diferença entre os dois candidatos, concluindo com o pedido de improcedência da ação.

Arrolou testemunhas às fls. 21, dos autos.

Com vistas, a Requerente rebateu as preliminares e colacionou as degravações, ratificando as razões já lançadas na inicial para, ao fim e ao cabo, requerer a instrução do processo com a oitiva das testemunhas arroladas na inicial, nos termos do inciso V, do art. 22, da Lei Complementar nº 64/90. Juntou ainda as declarações de fls. 33-37, dos autos.

O Ministério Público Eleitoral ofertou o Parecer de fls. 40-42, aduzindo que julgava suficiente o material ofertado pela requerente, no sentido de legitimar a procedibilidade do feito, bem como requereu o envio da fita gravada anexada pela requerente à Polícia Federal, para elaboração de laudo que atestasse a legitimidade do material probatório.

As medidas processuais pleiteadas pelo Representante Ministerial foram acolhidas pelo MM. Juiz, através do despacho de fls. 44-45.

O setor técnico-científico da Superintendência da Polícia Federal em Alagoas colacionou o laudo de fls. 46-59 dos autos, onde atestou que apesar da péssima qualidade, não houve montagem ou inserções de trechos nas imagens trazidas à presente relação jurídico-processual, concluindo pela originalidade do material colhido (c.f. fl. 49).

Foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes de modo que alguns trechos dos depoimentos e declarações devem ser aqui reproduzidos, porque relevantes para o deslinde da questão, a saber:

Testemunhas arroladas pela requerente

A 1ª testemunha, Edinaldo Siloé Soares, aduziu que “...conforme a declaração de fls. 34 e diz que foi o candidato Wellington Damasceno Freitas acompanhado de sua esposa que ofereceram 300 (trezentos) blocos de cimento e que foram aceitos pelo depoente... que a oferta lhe fora feita na semana da eleição...que não trabalhou para a candidata requerente, mas que trabalhou para o candidato “Nininho”, pertencente à coligação da Sra. Maria das Dores...que não foi o depoente que redigiu a declaração de fls. 34 e diz que apenas assinou, que a mesma lhe foi apresentada pelo Sr. Cícero, que trabalhou com a Dra. Maria das Dores...”, conforme se colhe do depoimento de fls.97-99.

Já a 2ª testemunha, José Geraldo dos Santos disse”...que não foi visitado por nenhum candidato a Prefeito nas eleições e que não recebeu nenhum pedido de voto...conhece o Sr. Edinaldo e que por ouvir dizer deste que o candidato Wellington esteve em sua residência e lhe oferecera R\$30,00. (trinta reais)...diz ainda o depoente que trabalhou para a campanha da Dra. Sinhá na última eleição, trabalhando como fiscal...” como se percebe do depoimento prestado pela 2ª Testemunha da requerente, de fls. 99-100, dos autos.

Por sua vez, a 3ª testemunha, Natalício Ângelo de Almeida aduziu que”...sabe dizer que a testemunha Siloé trabalhou para o candidato a vereador Iranildo, da mesma coligação da Dra. Sinhá...” nos termos do depoimento de fls. 101-1-2, dos autos.

Testemunhas apresentadas pelo requerido

O depoimento colhido às fls. 118-119 dos autos, referente à testemunha Elizabete Oliveira dos Santos, trouxe à baila”...que não recebeu nenhum benefício para votar no candidato...que não viu e nem

por ouvir dizer que o candidato Wellington Damasceno tenha distribuído materiais em troca de voto e que não viu nem ouviu dizer que o candidato Wellington tenha distribuído dinheiro em praça pública...que conhece a pessoa localizada na fotografia de fl. 59, dizendo chamar-se Raimundo e que o mesmo trabalha para a Dra. Sinhá”.

Os demais depoimentos seguiram a mesma trilha do anteriormente transcrito, ratificando as alegações mencionadas na defesa já apresentada.

Testemunhas referidas pela requerente

Importante consignar, no que pertine às testemunhas referidas, o fato de ter sido colhido apenas a título de declaração, o depoimento de José Pereira Alencar, contraditado que foi, por ser sobrinho da autora da ação.

Este, em suma, o relatório.

A presente representação foi manejada com o objetivo de comprovar as alegações tecidas na inicial acerca do Possível cometimento de crime eleitoral por parte do requerido, referente à captação ilícita de sufrágio mencionada.

O substrato probatório trazido à tona pela requerente consistiu, precisamente, em fotografias que reproduziam materiais de construção colocados em frente a diversas residências

que não foram identificadas por nenhuma das testemunhas, e em relação às quais não foi possível estabelecer qualquer nexos com o agente político indicado no pólo passivo, para não mencionar a fotografia de fl. 59, que, conforme o depoimento de diversas testemunhas, apenas retrata uma pessoa que trabalha para a requerente encostada num veículo que foi por ela utilizado no período de campanha eleitoral.

Por sua vez, as declarações colacionadas aos autos nas fls. 33-37, supostamente atestando que o requerido teria cometido crime eleitoral – e que é importante ressaltar, apresentam idêntico teor – eram colhidas de forma unilateral pela requerente, tendo, inclusive, uma das testemunhas, afirmado que já a recebeu impressa, das mãos de pessoa que trabalha para a autora, apenas com o espaço para a assinatura.

O TSE manifestou-se em caso idêntico, onde foram utilizadas declarações unilateralmente colhidas, para efeito de prova material de captação de sufrágio, entendendo, in verbis:

Jurisprudência do Simples

Inteiro teor	Número do Processo	Tipo de Processo	
	12384	RECURSO ORDINÁRIO ELEITORAL	
Tipo de Documento	Nº Decisão	Município-UF Origem	Data
1º ACÓRDÃO	12384	ARARENDÁ - CE	06/03/2001

Relator JOSÉ MAURI MOURA ROCHA

Publicação DJ – Diário de Justiça, Data 20/03/2001, Página 117

EMENTA	Sentença condenatória baseada em declarações unilaterais de pessoas humildes e ignorantes, as quais afirmaram que venderam seu voto ou trocaram seu Direito de sufrágio por mercadorias. Prova imprestável. Documentos que comprovam a declaração, jamais seu conteúdo. Recurso conhecido e provido.
Leg. Federal	LEI ORDINÁRIA Nº 5869 Ano: 1973 (CPC -
Referência	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art.368.

Por sua vez, o teor das declarações dadas na fita anexada aos autos, juntamente com o conteúdo dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela requerente, apesar de em alguns pontos amoldarem-se ao contido na inicial, deixam transparecer o inegável vínculo que possuem com a mesma, seja por terem trabalhado diretamente para ela, seja ainda porque prestaram alguma espécie de serviço a outro candidato da mesma coligação daquela, o que retira a força probatória de seu conteúdo, sendo de pouca ou nenhuma valia para formação do juízo de convencimento necessário ao acerto da demanda.

A conclusão que se tira, da análise cuidadosa dos depoimentos colhidos nos autos, é que são nitidamente parciais e

tendenciosos, ora em favor da autora, ora em favor do réu, para não se dizer contraditórios, de modo que estes não podem ser considerados decisivos nem determinantes para a verificação inequívoca e inconteste da captação ilícita de sufrágio ou de abuso de poder econômico, ponto este que se mostra digno de destaque, máxime quando se leva em consideração que as demais provas objetivas trazidas pela requerente, nem de longe são conclusivas em desfavor do requerido.

Logo, temeroso por demais seria a cassação de um mandato eletivo conquistado com larga vantagem, apenas com base em testemunhos que se mostraram claramente tendenciosos e sem traços de credibilidade.

O julgamento favorável ao pedido de reconhecimento da ocorrência de captação ilícita de sufrágio, apenas deve ter espaço quando as provas dos autos forem sólidas e materiais, atestando a consumação do delito capitulado no art. 299 do CE, e no ar. 41 – A da Lei nº 9.504/97.

A prova testemunhal apenas pode ser considerada isoladamente em casos excepcionais, onde a contundência dos depoimentos em conjunto com a credibilidade das fontes, totalmente desvinculadas de qualquer das partes, não deixar margem de dúvida no que pertine à ocorrência de crime, jamais em casos como o dos autos, onde a mesma se mostrou como já referido inconclusiva e contraditória, denotando nítido caráter de parcialidade.

E o motivo da parcimônia que deve medrar a atuação do julgador, decorre da própria natureza e razão de ser do procedimento eleitoral, que tem a mira a representação da vontade legítima do eleitorado reservando apenas para casos excepcionalíssimos, a interferência do Poder Judiciário na alteração dos resultados do pleito.

Seguindo exatamente esta linha de raciocínio, o TSE teve a oportunidade de talhar entendimento sobre a matéria, que pela adequação à hipótese dos autos, merece ser reproduzido.

Jurisprudência do Simples

Inteiro teor	Número do Processo	Tipo de Processo	
	739	RO - RECURSO ORDINÁRIO	
Tipo de Documento	Nº Decisão	Município-UF Origem	Data
1º ACÓRDÃO	739	PORTO VELHO - RO	19/08/2004

Relator HUMBERTO GOMES DE BARROS

Publicação Dj – Diário de Justiça, Vol. 1, Data 17/09/2004, p. 183.

EMENTA	AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL Eleições de 2002. Recurso ordinário. Preliminares afastadas. Poder político. Abuso. Não caracterização. Eleições de 2002. Recurso ordinário Provimento. A declaração de inelegibilidade requer prova robusta da prática dos fatos abusivos.
---------------	--

A verificação do caso fático trazido a julgamento, demonstra que a diferença de votação entre a requerente e o requerido foi substancial, com aquele sendo agraciado com praticamente o triplo das intenções de voto dedicadas à autora, o que demonstra não só a inexistência de nexos entre supostos fatos isolados e o resultado expressivo colhido das urnas, como também, a inequívoca manifestação da vontade popular.

Importante anotar alguns arestos provenientes do TSE, que abordam exatamente a questão da importância do estabelecimento de nexos entre os atos reputados ilícitos e a possível influência no resultado das eleições, segundo critérios retirados da experiência comum e da razoabilidade, para fins de declarações de inelegibilidade.

EMENTA – I- REPRESENTAÇÃO POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO: EXIGÊNCIA NÃO DA PROVA IMPOSSÍVEL DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ABUSO E O RESULTADO DA ELEIÇÃO, MAS DE SUA PROVÁVEL INFLUÊNCIA NELE; ORIENTAÇÃO DO TSE, A QUAL SE AMOLDA A

DECISÃO RECORRIDA: RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

II – RECURSO ESPECIAL: INVIABILIDADE A FALTA SEQUER, DE ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A LEI OU DE DISSÍDIO DE JULGADOS E POR NÃO SE PRESTAR O APELO A SOLVER CONTRADIÇÃO NO ACORDÃO RECORRIDO, NÃO SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO MEDIANTE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Recurso Especial Eleitoral; Processo nº 19.601; Proveniente de Cajueiro-AL; Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Publicado no DJ – Diário de Justiça, Volume 1, Data 16/08/2002, página 135.

EMENTA – REPRESENTAÇÃO. ABUSO DO PODER ECONOMICO NÃO CONFIGURADO. FATO ISOLADO, DE NUNHUMA OU, QUANDO MUITO, INSIGNIFICANTE DIMENSÃO NO CENÁRIO DA DISPUTA POLITICA, SEM POTENCIALIDADE PARA DESIGUALAR OS CANDIDATOS, SEGUNDO AS REGRAS DE EXPERIENCIA COMUM SUBMINSTRADAS PELA OBSERVAÇÃO DO QUE ORDINARIAMENTE.

CONTECE, NÃO SE PRESTA A CONFIGURAR ABUSO DO PODER ECONOMICO. RECURSOS PROVIDOS. Recurso Ordinário; Processo nº 28; Ministro Relator Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 8, Tomo

2, Página 33; DJ – Diário de Justiça, Data 28/06/1996, Página 23619.

Como visto, pacífico é o ensinamento egresso do Tribunal Superior Eleitoral que, ao julgar casos análogos, não titubeou em rechaçar a pretensão cassatória em homenagem à estabilidade do mandato eletivo conquistado com o resultado das urnas.

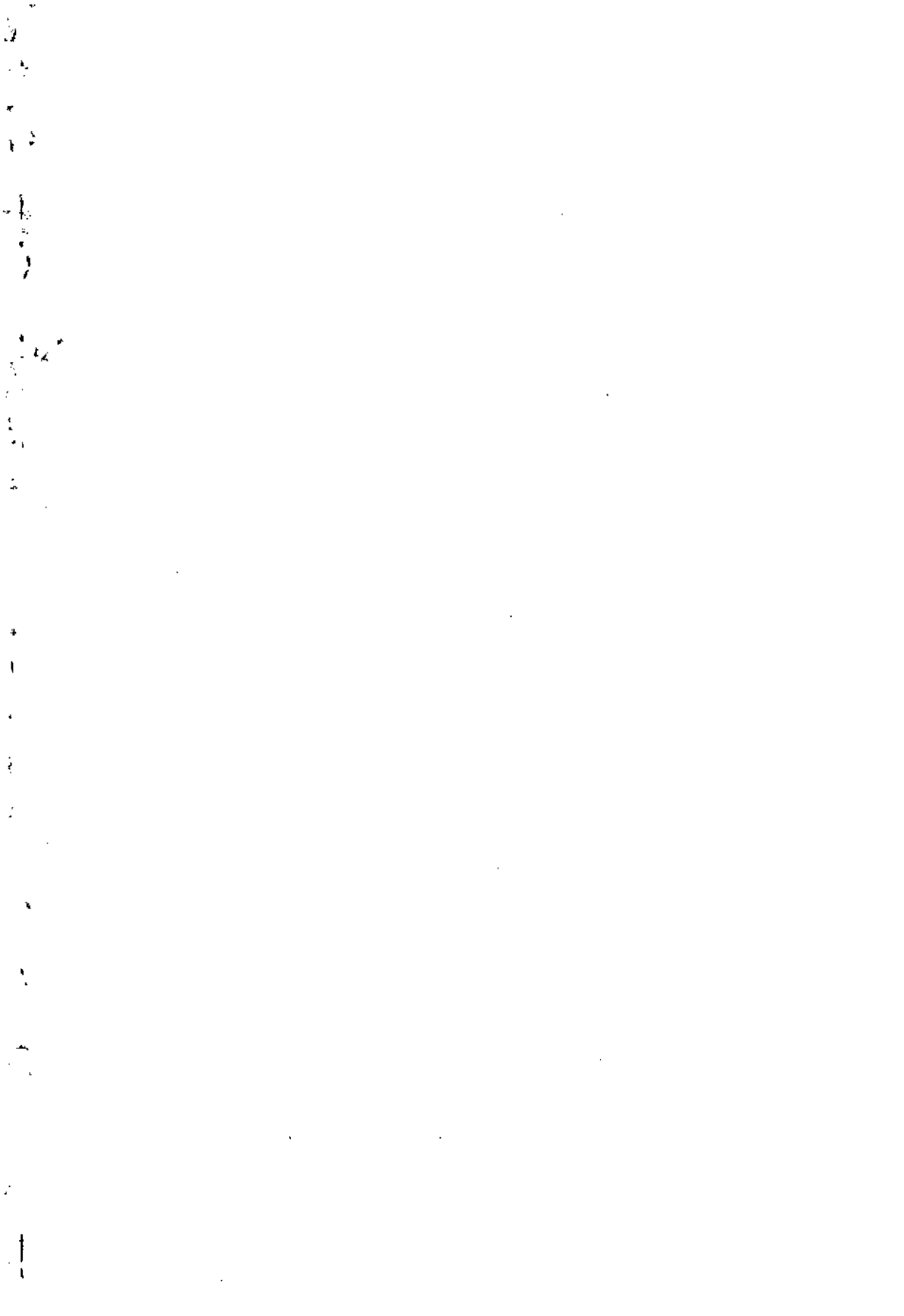
Com base no exposto, levando-se em consideração a fragilidade das provas e argumentos apresentados, que não foram

capazes de demonstrar a ocorrência do crime capitulado no art. 41 – A, da Lei nº 9.504/97, não somente porque as provas materiais anexadas não demonstraram qualquer relação com o requerido, mas também pelo fato de que os depoimentos colhidos se mostraram contraditórios e parciais, e , finalmente, com baldrame na jurisprudência talhada pelo TSE em casos análogos, opina o Ministério Público pelo julgamento de improcedência da presente representação, ratificando-se o resultado do certame eleitoral ocorrido em 2004, para escolha do Prefeito do Município de Olho D'Água do Casado.

Piranhas, 3 de Outubro de 2005

Dra. Martha Bueno Marques de Pinto

Promotora Eleitoral





Esta obra foi impressa na Q Gráfica em 2006
Campus Universitário, BR 101, Km 97,6
Tabuleiro do Martins - Fones: (82) 3322.2383 / 9351.2234
CEP: 57.072-970 - Maceió - Alagoas - Brasil