

PRÁTICA FORENSE

PRÁTICA FORENSE

ESTADO DE ALAGOAS

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

4ª PROMOTORIA CRIMINAL DE PALMEIRA DOS ÍNDIOS

PROC. nº 1.302/01

RAZÕES DE RECURSO (APELAÇÃO)

Apelante – Ministério Público Estadual.

Apelado – Elenildo de Lima, vulgo “negão”

O Ministério Público Estadual, no uso de suas atribuições legais, vem com fulcro no art. 593, inciso III, alínea “d” do Códex Processual Penal Pátrio, irresignado com a decisão dos Jurados manifestamente contrária à prova dos autos, que absolveu o Apelado Elenildo de Lima, por cinco votos a dois votos, acatando a tese de legítima defesa própria, bem como acatando que o Réu susomencionado defendeu-se de uma agressão atual por quatro votos a três votos e agressão iminente por cinco votos a dois votos, conforme atesta a Quesitação e Termo de Votação de fls. 116, “usque” 118, julgamento ocorrido em 11.12.02, nesta Comarca, requerendo a remessa dos autos à Instância “ad quem”, com as razões de apelo que seguem anexas.

Espera deferimento.

Palmeira dos Índios, 19 de Dezembro de 2002.

Martha Bueno Marques de Pinto

Promotora de Justiça

**EXMOS. SENHORES DESEMBARGADORES DA COLEND
CÂMARA CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS.**

EMÉRITOS JULGADORES:

O **decisum** ora guerreado não encontra apoio na prova dos autos, fere o mérito da causa e a opção por maioria do Conselho de Sentença não se sustenta, em frontal incompatibilidade de **decisum** com a prova material inequívoca carreada aos autos, quando o Apelado no dia 31.10.2002, na posse de uma foice de marca Tramontina, cabo de madeira de aproximadamente um metro de comprimento, desferiu na vítima **José Paulino de Souza, vinte e uma (21) lesões perfuro-incisas e corto contusas**, conforme atesta a materialidade delitiva de fls. 16 e fotos anexas, fls. 17/18;

Carreado fora aos autos que a vítima ficou completamente mutilada, bem como o Apelado sendo Réu confesso narra, verbis:

“no final da manhã do dia 31 de outubro dofluyente ano, por volta das 11:30 horas, o indiciado **resolveu tomar uma decisão sobre aquele fato, ficou esperando ZENON, acerca de 200 metros da casa do mesmo...** se deparou com o indiciado e ali ficaram conversando a respeito das ameaças que ZENON vinha fazendo... portanto de posse de uma foice de seu irmão começou a golpear a vítima, **desferindo vários golpes, até perceber que ZENON estava sem vida**, que praticado o crime o indiciado saiu correndo mata adentro...”(fls.15) – o grifo é nosso.

Ad argumentandum, por prova testemunhal carreada no bojo processual, a vítima **não tinha em mãos** qualquer espécie de arma, fora encontrado na bainha da calça da vítima uma “pequena

faca”, pois era Agricultor, prova maior de que a mesma não investiu sequer contra o Apelado que a **espreitou e golpeou** violentamente com vinte e uma lesões, portanto absolutamente ausentes os requisitos necessários à caracterização da legítima defesa própria acatada por cinco votos x dois votos, **decisum** ora querreado;

Ad argumentandum tantum, o Apelado foi denunciado como incurso às penas do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, bem como fora pronunciado e libelado no artigo suso-mencionado e suas qualificadoras retro-esposadas;

Entende o Apelante que houve “espreita” por parte do Apelado para com a vítima, bem como a mesma **desarmada não pode esboçar o menor gesto de reação ou defesa**, mediante as vinte e uma “foiçadas” aplicadas impiedosamente pelo Apelado, “retalhando” a vítima, o qual é alegado por prova testemunhal que algumas lesões cortantes “cabiam uma mão dentro” – fls. 46, alínea 12, como também houve fraturas expostas e **perda de tecido cerebral** (fls. 16v).

Justos Julgadores! Data-venia, entende o Apelante que para caracterização de legítima defesa onde, consta em seus requisitos necessários a “moderação dos meios empregados” só justificaria **vinte e um golpes de foice** se o Apelado tivesse sido agredido vinte vezes, o que não ocorreu, ao contrário, não sofreu o Apelado lesão alguma, por consequência praticou o fato criminoso “espreitando” a vítima e golpeando-a de inopino;

Ressalta por fim que fora o Apelado submetido a Exame Médico Psiquiátrico e a Conclusão fora que, verbis:

“...De acordo com os dados colhidos e analisado, somos de parecer de que o periciado não é portador de doença nervosa ou mental.” (fls.81).

É sabido e ressabido em nossos Tribunais Pátrios, bem como na boa Doutrina e Jurisprudência que dentre os **requisitos da legítima defesa** encontra-se o requisito: “meios necessários usados moderadamente”. Indaga o Apelante:

Houve moderação nos meios empregados pelo Apelado? Vinte e um golpes de foice !!! a desfavor da vítima colhida de surpresa!

DO DIREITO

Os Arestos emanados dos Pretórios Superiores são unânimes em referendar o entendimento do Apelante acerca da notória ausência de moderação necessária aos meios utilizados à prática da conduta atípica, a exemplo das decisões ora transcritas, a saber:

“Sendo exagerada, violenta, descabida e desnecessária a reação do acusado, não o socorre a legítima defesa, por falta de moderação na repulsa” (TJSP, AC, Rel. Márcio Bonilha, RT, 525:351).

“O número desusado de facadas desferidas pelo réu na vítima, matando-a, já de si é de fato que afasta a legítima defesa por ele invocada, pois revela fúria agressiva.” (TJSP, Rec. Rel. Mendes França, RT-409:129).

“Não pode invocar legítima defesa quem procura o desafeto para tomar satisfações.” (TJSP, Rel. Goulart Sobrinho, RT – 549:316).

Ex Positis, pelos fundamentos facticos e jurídicos acima expostos, requer o Apelante seja tomado conhecimento do presente Recurso de Apelação, dando-lhe o respectivo provimento, modificando o desiderato da instância “a quo”, submetendo o Apelado a novo julgamento, por ser esta decisão escoimada por preceitos basilares da Ciência Jurídica e ser de lúdima **Justiça**.

Espera deferimento.

Palmeira dos Índios, 19 de Dezembro de 2002.

Martha Bueno Marques de Pinto

Promotora de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE IGACI/AL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA
COMARCA DE IGACI/AL.**

Processo nº 1463/01

Denunciado: José Cláudio Ferreira dos Santos

Vítima: O Estado

Alegações Finais

José Cláudio Ferreira dos Santos está sendo processado por ter, no dia 08 de fevereiro de 2001, cerca das 20:00h., nas ruas da cidade de Igaci, conduzindo seu veículo, sem habilitação, sob efeito de bebida alcoólica, de forma perigosa, praticando, assim, os crimes descritos 306 e 309, da Lei 9.503/97 (Código de Transito Brasileiro).

De início, antes de adentrar no mérito da causa, resta fincar alguns preceitos jurídicos penais com estreita ligação com o problema jurídico exposto nos autos.

Duas vertentes se acham fundamentais a limitar o fundamento ao pedido final: a proteção dada pela norma ao bem jurídico, correlata com a sua ofensividade.

Daí percebe-se que o perigo de dano abstrato, defendido por alguns como presente no delito de embriagues ao volante, resta fora dessa proteção, quando praticado isoladamente. E o fundamento de tal afirmativa, é que o perigo abstrato existente (segundo seus defensores), ainda, no sistema positivo vigente, entra em colisão com o princípio da ofensividade. Resolvendo-se esta questão buscando-se a importância e, se podemos assim dizer, a hierarquia de um em relação ao outro.

Os princípios, apesar de não estarem normatizados no sistema positivo vigente, não deixam de ter eficácia, atuando de forma ampla.

O princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) guarda relação direta com o que já era defendido por Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham, Carmignani, e outros: a pena deve ser necessária e a mínima das possíveis e se justifica para a prevenção de novos delitos. Consiste ele, na preocupação que a incriminação realizada pelo legislador vise a bens jurídicos merecedores da tutela penal.

Nilo Batista nos mostra as funções principais dos princípios, e dentre elas: “*proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico*” (Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Ed. Revan, 8ª ed., p. 92). Com isso, revelasse de importância a função garantista dos princípios, a nortear a criação da norma penal que destinar-se-á a proteger bens de relevância maior ao convívio social.

Este princípio revela que o direito penal só deve atuar nas condutas que lesem bem jurídico relevante, deixando para os outros ramos do direito a regulação das demais condutas.

Vejamos o magistério de Luiz Flávio Gomes:

“De qualquer modo, certo é que essas contradições (princípio da ofensividade e perigo abstrato, por exemplo), que continuam existindo no sistema normativo vigente, não podem ser entendidos em sentido radical para anularem a eficácia do princípio. Impõem-se recordar que os princípios (*prinzipien, principles*) à diferença do que ocorre às regras (Regels, rules) constituem norma abstrata, e são, por natureza, abrangentes, vagos e indeterminados; assumem uma posição hierárquica distinta das regras e se convertem em standards jurídicos vinculantes, fundados em “exigências de justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz). (Princípio da Ofensividade no Direito Penal. RT, 2002, p. 13).

Não se está aqui afirmando que não se deva utilizar o modelo de tipos de perigo abstrato para incriminação, porquanto há

bens jurídicos como o meio ambiente que necessitam da tutela antecipada.

Contudo, nos parece que o tipo penal estabelecido no artigo 306 do Código de Trânsito não se enquadra no tipo de bem a exigir essa tutela. Vejamos:

“Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.”

Observe-se que o tipo pune a quem conduz veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool, expondo a **dano potencial a incolumidade de outrem**. (grifei)

Portanto, é de perfeita compreensão que não basta o agente conduzir o veículo, sob a influência de álcool, em via pública, exige, o preceito primário, que essa condução cause dano potencial a outrem, ou seja, conduzindo o veículo, nessas condições, de forma a causar perigo de dano, utilizando a expressão de Damásio de Jesus. E ele próprio arremata:

“Segundo entendemos, a parte final do dispositivo apenas reflete a descrição típica inicial, seu espelho. Como se os tipos rezassem: Dirigir anormalmente sob a influência do álcool, *dessa maneira* expondo a incolumidade pública a perigo de dano” (Crimes de Trânsito. 4. ed. Saraiva, p., 23).

Percebe-se que o tipo contém o elemento objetivo, perigo, que se encontra insito na conduta, que terá que ser na expressão conduzindo veículo de forma anormal à causar perigo a outrem.

O perigo exigido pelo tipo, não se reflete na simples possibilidade do fato de conduzir veículo sob a influência de álcool, na via pública, mas sim, de conduzi-lo de forma anormal, o que representaria, ai sim, perigo de dano a incolumidade pública.

A norma penal do artigo 306, não é de perigo abstrato, onde se presume o delito, presunção *juris et de juris*, proibida a prova em contrário, como não o é outros delitos de trânsito, porquanto, não mais existe no nosso ordenamento jurídico, aniquilado que foi pela reforma penal de 1984 e pela CF de 1988. Se pensarmos de forma diferente restariam afetados os princípios do estado de inocência, da

liberdade, da isonomia entre acusados, da igualdade de armas entre acusação e defesa, do contraditório, da amplitude da defesa, etc (Damásio E. de Jesus).

No campo penal, adverte Damásio Evangelista de Jesus, estariam comprometidos os “dogmas da tipicidade e da culpabilidade, proibindo-se a invocação do erro de tipo, e de proibição, da ausência de dolo, da irresponsabilidade criminal por resultado não provocado, de inadequação entre o fato material e os elementos objetivos do tipo, etc.

Trazendo preceitos jurídicos a melhor embasar o parecer ministerial, o que era preciso, sobre a conduta levada a cabo pelo denunciado, conduzir seu veículo, em via pública, sob a influência de álcool - ele mesmo confessa, além do exame de alcoolemia, a que submetido teve como resultado positivo – em alta velocidade pelas ruas da cidade, pondo, assim, em perigo concreto vários transeuntes que ali se encontravam.

Resta saber, afinal, se sua conduta em conduzir seu veículo sob o efeito de álcool, em via pública, era de forma anormal ou não, adquirindo, relevância penal, amoldando-se perfeitamente à moldura penal estabelecida no artigo 306 do CT.

Como demonstrado ao longo da instrução criminal, o denunciado conduzia seu veículo, sob a influência de álcool, em alta velocidade, em pleno centro da cidade, onde a movimentação de pedestre é constante.

Realizado o exame a comprovar que ingerira bebida alcoólica restou comprovado que o agente ingerira álcool acima do permitido legalmente, e encontrava-se conduzindo seu veículo, por via pública, nesse estado.

Pois bem, tivesse o agente se portado, não obstante a bebida ingerida acima do permitido pela norma para aqueles que conduzem automóveis, de forma normal, aí sim, não haveria conduta a punir. Porém, em razão da bebida ingerida, conduzia seu veículo anormalmente, em alta velocidade, pondo em perigo concreto boa parte dos pedestres que ali presenciavam o fato.

Há nesse caso, uma ligação direta na forma de dirigir em alta velocidade, pondo em perigo grande números de pedestres, com a

elementar do tipo, **conduzir anormalmente** automotor, sob a influência de álcool, em via pública.

Estava o denunciado conduzindo seu veículo de forma anormal, sob o efeito de álcool? A resposta positiva se impõe. Os relatos nos dizem isso.

De outra banda, o réu conduzia seu veículo, sem a devida autorização legal, conduzindo-se de acordo com a norma penal do artigo 309 do CT, que ali destaca:

“Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação (...) gerando perigo de dano” (art. 309 do CTB).

Ressalte-se que a condução por si só, de dirigir veículo sem a devida autorização não perfaz o crime, exigindo que o motorista dirija o veículo sem habilidade e de forma anormal, que está contido no tipo penal, gerando perigo de dano.

Conduto, como demonstrado, o réu conduzia seu veículo anormalmente, impondo sua condenação, nos tipos penais citados.

De outra banda, é de se esclarecer, que o Ministério Público não ofertou ao réu proposta de suspensão condicional do processo, como preconiza o art. 89 da Lei 9.099/95, em face da pena mínima abstrata contida no preceito penal secundário de ambos os tipos, ultrapassar a um ano, limite estabelecido naquele artigo, em razão da soma oriunda do concurso formal, e ainda, em consonância com a súmula 243 do STJ.

Deste modo, diante do exposto, pugna o Ministério Público Estadual, pela condenação do réu, nas penas do artigo 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Igaci, 15 de fevereiro de 2005.

MARCUS AURÉLIO GOMES MOUSINHO
PROMOTOR DE JUSTIÇA

PROCESSO: Nº 904/99

AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO

REQUERENTES: JOSÉ SIMÃO DIAS e MARIA APARECIDA PEREIRA DIAS

EMENTA: **AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. PRELIMINAR DE INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO DOS CONFINANTES CERTOS DO IMÓVEL USUCAPIENDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 391 DO STF. NÃO COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. APLICAÇÃO DO ART. 2.028 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.**

Em Ação de Usucapião Extraordinário em que não foram realizadas as citações dos confinantes do imóvel usucapiendo, com afronta à súmula 391 do STF, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito. No mérito da lide, não houve comprovação do lapso temporal exigido pelo art. 2.028 do Novo Código Civil, razão pela qual deve o processo ser extinto com julgamento do mérito.

I - Relatório

José Simão Dias e sua esposa Maria Aparecida Pereira Dias ajuizaram ação de usucapião extraordinário com o intuito de adquirir o domínio de imóvel urbano pelo decurso do tempo, através da prescrição aquisitiva.

Sustentaram os autores, que desde janeiro de 2004, os requerentes possuem como se donos fossem, sem oposição de qualquer pessoa, um terreno localizado na zona urbana da cidade de Teotônio Vilela, situado à rua Pedro Pereira, no bairro Caixa D'água, e que a terra se encontra devidamente cercada com cerca de arame e plantada com coqueiros. Alegaram ainda, que no Cartório de Registro Imobiliário da cidade de Teotônio Vilela, nada foi encontrado que esclarecesse a procedência da propriedade do terreno, sendo encontrado apenas na Prefeitura lançamentos de impostos atinentes ao

imóvel, todos em nome do requerente. Argumentaram que o imóvel esteve por mais de 10 anos na posse de Edna de Oliveira, tendo esta o vendido aos autores no início de 1984, e que, somada esta posse, com a dos autores, já perfaz tempo suficiente para a aquisição prescritiva. Juntou documentos às fls. 05/13.

Regularmente intimados os entes do art. 943 do CPC, às fls. 15, 16, 17 e 38, os mesmos apresentaram resposta às fls. 19, 33, 35 e 41. Citação editalícia dos interessados ausentes, incertos e não sabidos às fls. 22. Apresentada cota de vista do Ministério Público às fls. 43, onde o Promotor de Justiça requereu providências a serem cumpridas. Audiência designada com a oitiva de duas testemunhas às fls. 56 a 58.

Requerimento dos autores pugnando a não abertura do envelope contendo suas alegações finais, até que a outra parte apresentasse suas alegações (fls. 59). Parecer ministerial (fls. 63/4) se insurgindo contra o requerimento de fls. 59. Despacho judicial determinando a abertura do envelope (fls. 65). Apresentação dos memoriais dos autores às fls. 66 *usque* 70.

É o relatório.

II - Fundamentação

Tratam os autos de ação de usucapião extraordinário, ajuizada por José Simão Dias e sua esposa Maria Aparecida Pereira Dias, objetivando adquirir o domínio de imóvel urbano pelo decurso do tempo, através da prescrição aquisitiva.

Analisando detidamente a hipótese dos autos, verificamos que nos presentes autos, vários requisitos atinentes ao Usucapião não foram provados, outros foram olvidados, e alguns outros não foram atendidos pelo Magistrado.

De ser esclarecido que a marcha processual foi atravancada, e se o MM. Juiz tivesse deferido o parecer ministerial de fls. 43/44, decerto que os autos teriam tido uma melhor sorte.

Após examinarmos com acuidade todas as provas acostadas aos autos, ponderamos, e chegamos a conclusão que além do processo padecer de graves vícios de procedimento, os autores também não conseguiram provar o seu pleito, conforme demonstraremos de forma minuciosa logo a seguir.

PRELIMINARMENTE

Da Preliminar de Inexistência de Citação dos Confinantes Certos do Imóvel Usucapiendo

O Ministério Público suscita desde logo, com supedâneo no art. 301, I do CPC, a Preliminar de Inexistência da Citação dos Confinantes do imóvel usucapiendo, fato que macula todos os demais atos processuais, posto que atinge de morte os sagrados princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Deveras, os autores afirmaram na exordial de fls. 02/3, que eram confrontantes do imóvel usucapiendo: **Sra. Rita da Silva; Edite J. da Conceição e Sérgio dos Santos.**

Sendo assim, às fls. 43/4, o Ministério Público postulou que os autores complementassem a qualificação dos confrontantes (bem como das de seus cônjuges) para que se procedesse as suas citações. Tal requerimento foi feito em 19.06.00. No entanto, mais de 01 ano depois, o Magistrado designou audiência de instrução, e ao menos teve o trabalho de apreciar o requerimento ministerial de fls. 43/44, para deferi-lo ou indeferi-lo.

Note-se que o processo prosseguiu em sua jornada, sem que até o presente momento, se tivesse procedido à citação dos confinantes. Por fim, em suas alegações finais, os autores tecem comentários críticos sobre o pedido de citação dos confrontantes feito pelo *parquet*, e após tergiversarem várias linhas sobre a natureza jurídica da citação, concluem às fls. 69, afirmando que “*as suas não citações em nada alteraram a essência da lei, por não macular o artigo 215 do Código de Processo Civil*” (fls. 67/9).

Claramente se observa, que poderiam os autores ajudar ao Ministério Público a sanar alguns vícios que estavam, e ainda estão, a macular todo o procedimento. Mas, ao revés, fizeram apologia à não citação dos confinantes, chegando ao disparate de afirmar que falta de citação dos confinantes não comprometeria a essência da lei. A assertiva acima demonstra um total desconhecimento sobre os requisitos formais e processuais que envolvem a matéria relacionada ao usucapião. Vejamos o que prescreve o art. 942 do CPC:

Art. 942 - O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, **requererá a citação** daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, **bem como dos confinantes** e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

Como facilmente se observa, a lei é expressa e absolutamente clara. Há necessidade por manifesta disposição legal da citação dos confinantes.

A exigência acima é tão comum, e já tão pacificada, que deu ensejo à edição da Súmula 391 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Súmula 391 do STF: O confinante certo deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião”.

Como se vê, devido à contigüidade dos imóveis, estabeleceu a lei, que além do proprietário, devem também os confrontantes ser citados pessoalmente para a ação, como litisconsortes necessários eventuais, sendo pacífico, que a falta de citações destes, acarreta nulidade da sentença. Senão vejamos a decisão abaixo:

“Ação declaratória de nulidade de sentença (de sentença anteriormente proferida em ação de usucapião, **por falta de citação dos confinantes, ora autores, do imóvel usucapiendo**) (STJ; Resp 26041/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, j.9.11.1993, DJ 13.12.1993, p.27452).

No entanto, os vícios procedimentais não se encerram por aí.

Compulsando, mais uma vez os autos, verificamos que às fls. 43/4, o Ministério Público também postulou que os autores juntassem certidão atualizada do Cartório do Registro Imobiliário desta cidade, a fim de se identificar se o imóvel usucapiendo se encontra registrado em nome de alguma pessoa.

O referido requerimento foi feito em razão dos autores não terem juntada certidão positiva ou negativa, que comprovasse se o imóvel estava registrado ou não em nome de qualquer pessoa. Em sua exordial os autores alegaram que no Cartório

do Registro Imobiliário nada teria sido encontrado que esclarecesse a procedência do imóvel.

Ora, porque então os autores não solicitaram uma certidão ao Cartório, comprovando suas alegações? Ou porque o Magistrado não oficiou ao Cartório requisitando tal documento?

A verdade é que a referida informação é imperiosa, posto que se o cartório informar o nome de quem estiver consignado no registro do imóvel, deve a mesma ser citada pessoalmente, por disposição do já mencionado art. 942 do CPC. Neste caso, também o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema, editando a Súmula 263:

“Súmula 263 do STF: O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião”.

É por este motivo, que se exige aos Cartórios de Registro Imobiliários que informem a situação dos imóveis a serem usucapidos. No entanto, infelizmente, o parecer de fls. 43/4 foi desmerecido e o processo transcorreu trazendo consigo vícios gravíssimos de procedimento.

Observe-se ainda que a solicitação do Ministério Público em postular certidão atualizada do Cartório do Registro Imobiliário desta cidade, a fim de se identificar se o imóvel usucapiendo se encontra registrado em nome de alguma pessoa, já foi inclusive tratada em outros Tribunais, tamanha a sua pertinência. Vejamos:

“É exigível nas ações de usucapião, para prevenir nulidades, a juntada de certidão positiva ou negativa do registro de Imóveis para se aquilatar os possíveis nomes de pessoas a serem citadas pessoalmente” (RT 510/217).

USUCAPIÃO. CITAÇÃO (FALTA). AÇÃO RESCISÓRIA. A FALTA DE CITAÇÃO DAQUELES EM NOME DE QUEM ESTÁ TRANSCRITO O IMÓVEL É CAUSA DE NULIDADE ‘IPSO JURE’ DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE USUCAPIÃO, VÍCIO QUE PODE SER ALEGADO COMO DEFESA E ATACADO ATRAVES DA AÇÃO DE NULIDADE. INTERPOSTA, EQUIVOCADAMENTE, A AÇÃO RESCISÓRIA, QUE VEIO A SER JULGADA PROCEDENTE, EXTINGUE-SE O

PROCESSO RESCISÓRIO, POR CARÊNCIA DA AÇÃO, AO MESMO TEMPO EM QUE SE DECRETA A NULIDADE DO PROCESSO DE USUCAPIÃO, A PARTIR DA CITAÇÃO (STJ-RESP 54132/GO; RECURSO ESPECIAL 1994/0028286-9; Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR; 4ª Turma; 06/06/1995; DJ 16.10.1995 p. 34668).

Com efeito, a preliminar acima é argüida para fins de se requerer a extinção do processo sem julgamento do mérito a teor do art. 267, IV do CPC, haja vista a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo. Vejamos o dispositivo legal:

Art. 267 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (...) (grifei).

Realmente, o magistrado não poderá prover sobre o mérito em processo que não se haja constituído e desenvolvido válida e regularmente, ou seja, de nada adiantaria emitir-se pronunciamento meritório em processo nulo.

Antônio Carlos Marcato, trata no livro *Código de Processo Civil Comentado*, sobre a *teoria da relação jurídica* preconizada Oskar Von Büllow o qual defendia que para a existência do processo, haveria de se constituir um liame de certos pressupostos processuais. Posteriormente, já no século XX, Libman percebeu que além dos pressupostos de constituição do processo, haveria outros, necessários a seu desenvolvimento válido e regular. Daí a expressão, adotada pelo legislador brasileiro: *pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo*¹

¹ Antônio Carlos Marcato. *Código de Processo Civil Comentado*. Editora Atlas, 2004, p. 771.

A partir da clássica obra “Despacho Saneador”, Galeno Lacerda ², afirmou que os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo podem ser assim classificados: a) pressupostos processuais subjetivos (relativos ao juiz e as partes) e, b) pressupostos processuais objetivos, que se subdividem em: b.1) Intrínsecos à relação processual e; b) Extrínsecos à relação processual.

O que nos interessa para os autos, são os *pressupostos processuais subjetivos, intrínsecos à relação processual*. Mais uma vez, o Prof. Antônio Carlos Marcato, os define com clareza peculiar: “*No que concerne aos pressupostos processuais objetivos intrínsecos à relação processual, consigne-se que é devida a observância do procedimento legalmente previsto. A começar pela aptidão da inicial; passando pela regularidade da citação, das intimações e demais atos intermediários; até que se chegue ao trânsito em julgado, os atos do procedimento hão de ser praticados na conformidade processual*” (grifei e sublinhei) ³.

Como se observa, não existiu citação dos confinantes, fato que macula a regularidade do procedimento previsto no art. 942 do CPC.

Portanto: a) **considerando a não citação dos confinantes do imóvel usucapiendo**; e, b) considerando ainda, **a negativa em se oficial ao Cartório de Registro de Imóvel para fins de se saber o nome de eventuais proprietários do imóvel usucapiendo**, fato que também atinge de forma indireta o art. 943 do CPC, eis **que os autores não provaram se o imóvel estava registrado em nome de alguma pessoa** (fato necessário para fins de citação pessoal); o Ministério Público requer: **o acolhimento da presente preliminar de Inexistência de Citação dos Confinantes Certos do Imóvel Usucapiendo**, para fins de extinguir o processo sem julgamento do mérito, por atingir aos *pressupostos processuais subjetivos, intrínsecos à relação processual*, a teor do que dispõe o art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

² Galeno Lacerda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1994, v. 8.

³ Antônio Carlos Marcato. *Op. cit.*, 2004, p. 772.

DO MÉRITO

No improvável caso de V. Exa., não acolher a preliminar acima, o Ministério Público, enfrentará *ad cautelam* o mérito da lide, e nesse aspecto, por igual, os autores não tiveram sorte diferente, em razão dos motivos abaixo expendidos.

Note-se, que os autores fundamentam o pedido no art. 1.238 e seguintes do Código Civil Brasileiro, ou seja, fazendo referência a modalidade do Usucapião Extraordinário. Dispõe o artigo em testilha:

Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis (GRIFAMOS).

Nesta modalidade de usucapião, exige a lei à posse pacífica e ininterrupta, exercida com *animus domini*; e o decurso do prazo de 15 (quinze) anos, além da presunção *juris et de jure* de boa-fé.

Manuseando aos autos, claramente verificamos que os autores deixaram de comprovar um requisito *sine qua non* para a comprovação do seu pedido. Demonstraremos logo abaixo os motivos que levarão a presente ação a sucumbir também no mérito.

Da não comprovação do tempo exigido por lei

Em seu pedido, em momento algum, os autores comprovaram de plano o tempo exigido por lei de **20 anos para usucapir seu imóvel (art. 550 do Código Civil de 1916)**. Em suas razões finais, os autores argumentam que em razão das provas testemunhais terem comprovado que os mesmos estão na posse do imóvel há mais de 15 anos, não haveria mais necessidade de se somar à posse (*accessio possessionis*) de seus antecessores, em razão da comprovação do lapso temporal de 15 (quinze) anos, segundo o art. 1.238 do Código Civil.

Ledo engano!

É que em casos como os dos autos, haverá de incidir o art. 550 do antigo Código Civil de 1916, e não o atual dispositivo previsto

no art. 1.238 da nossa legislação substantiva civil. Explicaremos o porque logo abaixo.

O atual Código Civil trouxe na seção das disposições transitórias, mais especificamente, no *caput* do art. 2.028, um dispositivo de regulação de prazos a ser observado por ocasião na entrada em vigor do novo código. Vejamos a disposição legal:

“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada” (grifei e sublinhei).
--

Noutras palavras, o artigo acima estabelece que os prazos constantes no código civil devem ser o da lei anterior (código de 1916), quando ocorrerem concomitantemente duas hipóteses: a) quando o código atual tiver reduzido prazos constantes no código anterior; e, b) se por ocasião da entrada em vigor do atual código civil, já houver transcorrido mais da metade do prazo estabelecido no antigo código. Para a resolução do problema, faz-se mister sabermos a data exata da entrada em vigor do atual código civil.

Para tanto, o art. 2.044 do CC, estabelece: “Este código entrará em vigor 01 (um) ano após a sua publicação”. Sendo assim, considerando que a publicação do código civil atual se deu em 10 de janeiro de 2002, este entrou em vigor em **10 de janeiro de 2003**.

Com efeito, o *caput* do art. 2.028 do Código Civil atual, se aplica *in totum* ao nosso caso. Primeiramente, porque a hipótese do usucapião extraordinário tratado no art. 550 do antigo código, teve o seu prazo reduzido de 20 (vinte) anos, para 15 (quinze) anos. E ainda porque em 10 de janeiro de 2003 (data da entrada em vigor do novo código civil), os autores já tinham mais de 10 (dez) anos de posse no imóvel a ser usucapido. Senão vejamos.

O prazo máximo que os autores conseguiram provar foi 16 (dezesseis) anos (mesmo assim, apenas pela prova testemunhal). Ora, as testemunhas foram ouvidas em 17 de dezembro de 2002. Logo, quando o código entrou em vigor em **10 de janeiro de 2003**, os autores já tinham mais da metade da posse exigida pelo código revogado (que era de 20 anos, pelo art. 550 do CC/1916).

Assim, se os autores já tinham mais da metade do prazo exigido pelo art. 550 do Código Civil na data da entrada em vigor do novo código (**10 de janeiro de 2003**), e, se houve efetivamente uma redução deste prazo (que pelo art. 1.238 do Código Civil atual, passou a ser de 15 anos), conclui-se: **pelo art. 2.028 do CC, o prazo a ser exigido é o da lei anterior, ou seja, 20 (vinte) anos**. Portanto, considerando que os autores não conseguiram comprovar o lapso temporal de 20 anos, o Ministério Público opina, pela extinção do processo, com julgamento do mérito, com fundamento no art. 269, I do CPC.

III - Conclusão

Ex positis, o Ministério Público, opina pelo acolhimento da **PRELIMINAR de Inexistência de Citação dos Confinantes Certos do Imóvel Usucapiendo**, para fins de extinguir o processo sem julgamento do mérito, por atingir aos *pressupostos processuais subjetivos, intrínsecos à relação processual*, a teor do que dispõe o art. 267, IV, do Código de Processo Civil; e, superada esta, **NO MÉRITO, pela extinção do processo, com julgamento do mérito**, com fundamento no art. 269, I do CPC.

Teotônio Vilela /AL, 04 de março de 2005.

MAX MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA

Promotor de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria da República em Alagoa

**EXMO. SENHOR DR. JUIZ FEDERAL DA ____ VARA - SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE ALAGOAS**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por sua Procuradora da República abaixo-assinada, no uso de suas atribuições legais, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fulcro na Constituição Federal de 1988, art. 129, inciso III; na Lei Complementar nº 75/93, art. 6º, inciso VII, alínea “b”; na Lei nº 7.347/85, arts. 1º, inciso I, e 5º, *caput*, e nos demais dispositivos legais pertinentes, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA C/C MEDIDA
CAUTELAR DE ARRESTO E PEDIDO DE
LIMINAR**

em desfavor de:

- a) **UNIÃO FEDERAL**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Rua do Livramento, nº 148, 10º andar, Centro, nesta Capital, a ser citada na pessoa de um (a) de seus (uas) Advogados (as);

b) **ESTADO DE ALAGOAS**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Av. Assis Chateaubriand, nº 2578, Praia do Sobral, nesta Capital, CEP 57010-070, devendo ser citado na pessoa do Procurador-Geral do Estado de Alagoas, o Sr. Ricardo Barros Mero;

c) **MUNICÍPIO DE MACEIÓ**, pessoa jurídica de direito público interno, devendo ser citado na pessoa do Procurador-Geral do Município, o Sr. Marcelo Henrique Brabo Magalhães, à Rua Pedro Monteiro, s/n, Centro, nesta Capital, CEP 57000-000

tendo por base o Procedimento Administrativo nº 1.11.000.000165/2004-84, que acompanha esta peça, e as razões de fato e de direito que passam a ser aduzidas.

I – DOS FATOS

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Alagoas (OAB/AL) recebeu Representação dando conta da grave situação por qual passam aqueles obesos mórbidos de nosso Estado que, por não terem condições financeiras de realizar um tratamento particular, embora necessitem com urgência dele, não estão encontrando no SUS – Sistema Único de Saúde – as condições necessárias para tanto.

Destacava a referida Representação a gravidade da doença conhecida como **obesidade mórbida**, observando que a possibilidade de reversão do mal por meios clínicos e medicamentosos é praticamente impossível, sendo que é a **gastroplastia** - intervenção cirúrgica que também é conhecida como cirurgia de redução de estômago ou cirurgia bariátrica - **a única e última alternativa de vida para tais enfermos**.

Antes da realização da gastroplastia, contudo, quase sempre se faz necessária a introdução, também via ato cirúrgico, de um **balão intragástrico** no estômago do paciente, no intuito de, gradativamente, ir preparando o corpo e o metabolismo do enfermo à cirurgia estomaco-redutora. Tal procedimento preliminar permite que os obesos mórbidos tenham, de forma paulatina, seu peso corporal reduzido, o que, comprovadamente, diminui o risco de mortalidade na realização da cirurgia de gastroplastia. Além disso, há outros procedimentos anteriores à cirurgia de redução de estômago que

também se fazem necessários, a exemplo das assistências psicológica, nutricional e médica, fundamentais ao êxito do procedimento cirúrgico definitivo.

Ocorre, porém, que o SUS não vem fornecendo, em nosso Estado, em número suficiente, os referidos balões intragástricos (e isso quando fornece algum), sendo essa a grande dificuldade que vem impedindo os enfermos da obesidade mórbida de realizarem os seus tratamentos. Com tal negligência, os responsáveis pelo nosso Sistema Único de Saúde vêm preterindo a saúde de tais pacientes, num patente desrespeito à Carta Magna brasileira.

Assim é que, lastreada na Declaração Nacional dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Constituição Federal, bem como na legislação vigente reguladora dos direitos fundamentais à vida e à saúde, a Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL veio solicitar à esta Procuradoria da República as providências necessárias à solução da preocupante situação apresentada, salientando que o Estado tem como um de seus deveres o de garantir a efetividade da saúde pública.

Diante do problema, esta Procuradoria da República instaurou **Procedimento Administrativo sob o nº 1.11.000.000165/2004-84** com a finalidade de monitorar as políticas e a aplicação dos recursos públicos destinados à efetiva realização do direito humano à saúde em nosso Estado, no que concerne à obesidade mórbida, bem como tomar as medidas cabíveis em caso de omissão, inexecução e ineficiência do Poder Público.

Neste intuito, este *Parquet* Federal realizou reunião, juntamente com o MP Estadual, a OAB e a equipe cirúrgica do Hospital Universitário (HU) Professor Alberto Antunes – único nosocômio a proceder, atualmente, tal cirurgia pelo SUS aqui no Estado de Alagoas, no intuito de debater acerca da situação dos nossos obesos mórbidos.

Na ocasião, a equipe médica do HU ressaltou as inúmeras limitações técnicas e financeiras pelas quais passam os profissionais da saúde no nosso Estado, a exemplo das únicas cinco salas de cirurgia que atualmente atendem a todos os tipos de intervenções, inclusive as de gastroplastias. Asseverou-se, também, que o Hospital

Universitário, embora integrado à Universidade Federal de Alagoas – UFAL, depende do envio de recursos do órgão gestor municipal que, por sua vez, não repassa, em sua totalidade, a verba enviada pelo Ministério da Saúde destinada àquele nosocômio (cf. Ata de Reunião de fls. 30 a 32).

No mais, ficou assente que, em razão das dificuldades técnicas e financeiras mencionadas, **o Hospital Universitário não consegue realizar todas as cirurgias gastrointestinais necessárias, vez que os doentes *super-obesos*, como também são chamados os enfermos acometidos pela obesidade mórbida, necessitam de intervenção endoscópica prévia para colocação de balões intragástricos, só que tal material não está sendo fornecido pelo Sistema Único de Saúde.** Malgrado as dificuldades pelas quais passa, vale mencionar que o Hospital Universitário é, ainda assim, centro nacional de referência para a cirurgia bariátrica.

Houve, após, diversos contatos com a Secretaria de Saúde do Estado de Alagoas e com a Secretaria de Saúde do Município de Maceió, a fim de que estes se pronunciassem a respeito da questão e, mais, passassem a fornecer com regularidade os balões intragástricos, inicialmente para aqueles pacientes que já estavam na fila de espera e acompanhamento do Programa de Cirurgia Bariátrica do HU e, posteriormente, para todo aquele enfermo que fizesse jus ao procedimento.

Oficiado o Hospital Universitário (fl. 91), para que listasse os pacientes que se encontram em situação de risco, este órgão enviou a relação requerida, em ordem de prioridade, a saber:

1. GILDEVAN DA SILVA, Rg: 374948;
2. ENOQUE LOPES DE MIRANDA, Rg: 463409;
3. EDSÔNIA BARBOSA DA SILVA, Rg: 468527;
4. EDNEIDE AMORIN DA SILVA, Rg: 466132;
5. JOCELANE CASSIMIRO DA SILVA, Rg: 478111;
6. FLORIANITA HENRIQUE DA SILVA, Rg: 465537;
7. MARIA DO SOCORRO ESPERIDIÃO DA SILVA, Rg: 467454.

Cumpra gizar, com esta peça processual, a gravidade da Obesidade Mórbida e as privações diárias suportadas pelos *super-obesos*, que fazem jus à atenção imediata e eficaz dos órgãos

públicos competentes, sob pena de, com sua omissão, estes serem responsáveis pelos danos, inclusive os irreversíveis, à saúde e à vida daqueles enfermos. Considerando que o Poder Judiciário é a instância final, no que respeita à garantia das providências necessárias, outra alternativa não resta, senão o ajuizamento da presente Ação Civil Pública, pela qual se pretende assegurar, não apenas aos pacientes já cadastrados no Programa de Redução de Estômago do Hospital Universitário, mas também a todos os cidadãos alagoanos acometidos da Obesidade Mórbida, o amplo e irrestrito acesso aos serviços médicos necessários, com seu integral e efetivo tratamento, inclusive o fornecimento dos balões intragástricos e da medicação necessária à recuperação da saúde desses pacientes, em regime de gratuidade, tudo em consonância com a Constituição Federal e com as leis infraconstitucionais de proteção à vida e à saúde do ser humano.

Ressalte-se, ainda, que pelo fato do Hospital Universitário ser a única instituição de saúde no Estado de Alagoas que realiza tal tipo de intervenção cirúrgica para os usuários do SUS, é este nosocômio - e só ele - através de seu gabaritado corpo médico, que deve indicar quais os pacientes que necessitam, **imprescindivelmente**, porque única e última alternativa, da introdução do balão intragástrico para o tratamento da obesidade mórbida. Não são, nem de longe, portanto, casos de mera estética que justificariam tal procedimento, mas sim hipóteses em que tal material é absolutamente essencial para a preservação de uma vida humana.

Por fim, insta salientar que a Obesidade Mórbida constitui preocupação relevante para a saúde pública, estando regulamentada através das Portarias nº 252 de 30/03/1999 e nº 196 de 29/02/2000, ambas do Ministério da Saúde. Acrescente-se que a Portaria nº 196, em seus §§1º e 2º do artigo 1º, considera a gastroplastia cirurgia de “alta complexidade”, cabendo aos gestores estaduais e/ou municipais definir os Serviços de Referência em Cirurgia Geral que serão responsáveis pela identificação preliminar do paciente a ser beneficiado com a Cirurgia de Redução de Estômago, além de adotar as medidas necessárias ao encaminhamento dos pacientes identificados pelos Serviços de Referência aos Centros Nacionais de Referência para Cirurgia Bariátrica, podendo, inclusive, utilizar como instrumento operacional o Tratamento Fora de Domicílio – TFD para viabilizar o deslocamento ao Centro mais próximo. Ademais, é de ver

que a Portaria GM/MS nº 252 incluiu o procedimento de Gastroplastia na Tabela do Sistema de Informações Hospitalares do SUS.

II – DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU PARA A CAUSA

Inicialmente, cabe consignar que os recursos destinados à aquisição dos balões intragrásticos, bem como dos medicamentos necessários à cirurgia de redução de estômago são provenientes do Sistema Único de Saúde que, por sua vez, é custeado, entre outras fontes, por verbas advindas da **União**, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante dispõe a Constituição Federal em seu art. 198, *in verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III- participação da comunidade.

Parágrafo único. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (grifo nosso).

A União, observando seu dever constitucional de participar do financiamento do SUS, repassa ao Estado de Alagoas e ao Município de Maceió recursos para custear as despesas com a área da saúde. Destarte, deve ela figurar como um dos sujeitos passivos da lide, por haver um volume de verbas federais envolvido na questão, o que passa a justificar a **competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da presente demanda, tudo nos termos do artigo 109, inc. I, da Constituição Federal**, que transcreve-se abaixo:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

Apenas para sedimentar o assunto, apresenta-se decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, em caso análogo, reconheceu a competência da esfera judiciária federal na matéria, ante a presença incontestável de interesse da **União** em litígios envolvendo recursos oriundos do **Sistema Único de Saúde**, conforme julgado abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESVIO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. SUS. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- Ação objetivando reparação integral de dano causado ao patrimônio público, haja vista o desvio de recursos orçamentários da União, repassados ao Estado do Rio de Janeiro para o pagamento do Sistema Único de Saúde (SUS).
- Extinção do processo, sem julgamento do mérito, por entender o juízo *a quo* que o Ministério Público Federal não tem legitimidade para propor a lide.
- Obrigatória a integração da União ao feito, nos termos do § 3.º, do art. 17, da Lei n.º 8.249/92, passando a compor o pólo ativo.
- **A União tem o dever de participar do financiamento dos serviços públicos de saúde, tendo, também, o dever de fiscalizar o repasse.**
- **Competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente processo: art. 109, IV, da CF.**
- **Legitimidade do Ministério Público Federal para integrar o pólo ativo: Lei Complementar n.º 75, arts. 5.º, III, “b”, e 6.º VII, “b”.**
- Retorno dos autos à vara de origem.¹

¹ TRF da 2.ª Região – 2.ª Turma, AC 209969/RJ, Rel. Juiz Paulo Espírito Santo, unânime, DJ 11/05/1999.

III - DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

No que respeita a saúde como direito fundamental de todo cidadão, promana o artigo 196 de nossa Carta Magna que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se observa, é o o direito à saúde, de forma evidente e inconteste, um verdadeiro **direito subjetivo do cidadão**, a ser preservado pelo Estado em prol da coletividade e assegurado, efetivamente, através de políticas públicas destinadas a esse fim social. Infelizmente, no caso em tela, vê-se que o Estado, furtando-se ao poder-dever de bem assistir seus cidadãos que lhe é inerente, está a isentar-se, injustificadamente, de sua inalienável e intransferível obrigação de prestar um razoável e efetivo serviço de saúde pública, **consistindo sua conduta em eximir-se no fornecimento dos balões intragástricos imprescindíveis para a redução do risco de morte dos *super-obesos* nas cirurgias bariátricas**, em manifesto desrespeito à vida de seus representados.

Saliente-se que quando se refere, no caso em questão, à **Estado**, considera-se igual e conjuntamente responsáveis, nos limites da competência de cada ente, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, assim como determinado no art. 23, *caput*, II, da CF/88:

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

(...)

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

A exigência de uma prestação de serviços de qualidade no âmbito da saúde pública implica a coordenação de esforços dos entes federados visando à prestação de serviços médicos e hospitalares em prol da coletividade. No caso em comento, pois, tanto a União, quanto o Estado de Alagoas e o Município de Maceió são responsáveis pelo

resultado do descaso com os pacientes acometidos da Obesidade Mórbida, haja vista que não disponibilizam através do SUS os materiais imprescindíveis ao completo procedimento do tratamento da obesidade mórbida.

É cediço, outrossim, que os interesses e direitos relativos à **saúde pública** são, por essência, **difusos**. Enquadram-se perfeitamente na previsão (definição legal) do art. 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078/90, que, nas palavras ali utilizadas, considera como direitos difusos “*os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”.

De forma semelhante, a doutrina brasileira tem como difusos aqueles interesses indivisíveis, de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum. De ver-se que essa indivisibilidade diz respeito ao objeto que ora é de nosso interesse: **a saúde pública**, que se apresenta compartilhada por um número indeterminado de pessoas e não pode ser quantificada e dividida entre os membros da coletividade.

Por se encaixar na definição de “interesse difuso”, é que a Lei nº 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, visando salvaguardar os administrados, consigna a interposição desse instrumento processual como o hábil para a defesa da saúde pública, nos termos do art. 1º, in verbis:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - (redação da Méd. Prov. 2.180-35, de 24.8.01) – por infração à ordem econômica e da economia popular;

VI - (acrescido pela Méd. Prov. 2.180-35, de 24.8.01) – à ordem urbanística. (*grifo nosso*)

Sobre o assunto, vale trazer à lume decisão que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, analisando a questão sob a ótica da saúde como direito difuso, abaixo transcrita:

Por ora, em cognição sumária, assinalo apenas que o direito à saúde, além de ser direito individual fundamental, é direito social (art. 6º da Constituição Federal), reconhecendo a doutrina, ainda, a **existência do direito coletivo ou mesmo difuso à saúde pública**. Além disso, a partir da relevância social atribuída aos serviços de saúde no art. 197 da Constituição Federal, o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação individual ou coletiva que busque garantir a prestação do serviço nos moldes estabelecidos na Constituição, conforme art. 129, II e III, da Constituição Federal. E, na tutela coletiva da saúde pública, o Ministério Público pode referir e formular requerimentos em relação a situações individuais paradigmas, incluídas na tutela pretendida em relação ao tipo de serviço oferecido a todos, como é o caso dos autos em relação ao menor R.G.R².

Cumpra ainda, nesta oportunidade, tecer comentários acerca da legítima atuação do Ministério Público Federal na defesa de direitos e interesses difusos, entre os quais se insere o direito à saúde. A esse respeito, dispõe o art. 129, incs. II e III, da Carta Magna brasileira acerca das funções institucionais do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

III - promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. (grifos nossos)

² Decisão de 1º grau da lavra da MM. Juíza Federal Dra. Luísa Hickel Gamba, nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.72.01.001626-0,

Em conformidade com a Carta Federal, preceitua ainda a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n.º 75/93), *in verbis*:

Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União: (...)

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e **dos serviços de relevância pública** quanto:

a) **aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação.**

(...)

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - **promover o inquérito civil e a ação civil pública** para:

(...)

c) **a proteção dos interesses, individuais indisponíveis, difusos e coletivos**, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor. (*grifos acrescentados*)

Verifica-se, conforme demonstrado, que o legislador, tanto o constituinte quanto o ordinário, incumbiu expressamente ao Ministério Público a relevante missão de defesa do patrimônio público, do meio ambiente e de **qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo de relevância social**. Em defesa dessa legitimidade, doutrina de Hugo Nigro Mazzilli ensina que, *ipsis verbis*:

A terceira posição é a dos que, como nós, entendem ser necessário compatibilizar a distinção social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido na legislação infraconstitucional. **No caso dos interesses difusos, em vista de sua abrangência e extensão, não há como negar, está o Ministério Público sempre legitimado à sua defesa;** mas, no caso de interesses individuais homogêneos e até coletivos, a iniciativa do Ministério Público só pode ocorrer quando haja conveniência social

em sua atuação. Essa conveniência é aferida a partir de critérios como estes: *a)* à vista da natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas); *b)* à vista da dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); *c)* à vista do interesse social do funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, etc.)³. *(grifo nosso)*

Na mesma linha de entendimento, os tribunais têm defendido a legitimidade do Ministério Público para defender os interesses e direitos difusos, a exemplo da saúde pública, quando, comprovadamente, tal direito constitucional vem sendo preterido. Neste sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 117.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação”. (*grifos nossos*)

Assim, resta incontestado, no caso em tela, o cabimento da atuação do órgão do Ministério Público, pois se visa a tutela dos direitos e interesses difusos lesados e/ou ameaçados de lesão, em virtude da omissão do Estado em prestar um serviço público que lhe está afeto por imperativo constitucional, revelando-se este imperativo através de **prestações positivas**, como prescreve a Carta Magna brasileira.

IV – DA LEGITIMIDADE PASSIVA

De acordo com ARRUDA ALVIM, a “*legitimatatio ad causam é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença*”⁴.

A legitimidade passiva dos réus - União, Estado de Alagoas e Município de Maceió - decorre, inicialmente, da Constituição Federal, notadamente da previsão ínsita no art. 196, que acima se transcreveu. Também a Lei n.º 8.080/90 torna indubitosa a legitimidade desses entes públicos na relação jurídica processual objetivada com a presente Ação Civil Pública, ao disciplinar a organização, direção e gestão do Sistema Único de Saúde, nos seguintes termos:

Art. 9º - A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

⁴ Curso de Direito Processual Civil. Vol. I, 3. ed., p. 60.

III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. *(grifo nosso)*

Impõe-se ao Poder Público, em todos os níveis da organização federativa, de forma solidária, o dever de assegurar o direito à saúde a toda a população através da adoção de medidas que possibilitem o acesso universal e igualitário das pessoas a um sistema organizado que atenda às necessidades vitais. Sobre a responsabilidade dos entes federados no que concerne à saúde como direito subjetivo de todo cidadão, bem como acerca das competências de tais entes no SUS, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 4^a. Região, *in verbis*:

Nesse sentido foi instituído o Sistema Único de Saúde – SUS - composto por uma rede de prestação de serviços regionalizada, que se organiza de acordo com as diretrizes da descentralização, em que se redefinem os papéis das três esferas de governo – União, Estados e Municípios – que, entre si, estabelecem novas relações. Agora, o poder público municipal assume plenamente o papel de gestor do sistema de saúde de sua cidade; e os poderes estadual e federal assumem novas responsabilidades específicas, cabendo à esfera estadual criar condições para que o município possa exercer a gestão nos seus limites territoriais ou exercer o papel de gestor nos municípios em que isso ainda não foi possível. À esfera federal cabe, além de incentivar a implementação dos SUS estaduais e municipais, normatizar e coordenar o sistema nacional.

Esse modelo de gestão do SUS representa importante instrumento para a concretização do objetivo de garantir à população uma atenção à saúde que tenha como fundamentos a universalidade, a equidade, a integralidade e um padrão mínimo de qualidade. A Constituição Federal, conforme disposto no art. 198, buscou justamente implementar racionalidade e objetividade, mediante a descentralização administrativa, sistema que encontra ressonância nas Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90.

Nas causas envolvendo o acesso à saúde dos cidadãos, por meio do Sistema Único de Saúde, os entes federados são solidariamente responsáveis. O Sistema Único de Saúde consiste na integração das três esferas de governo, com competência para as mais variadas ações em prol da saúde da população, conforme se infere dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal, que indicam a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios para o integral atendimento dos pacientes da rede pública de saúde. A Lei nº 8.080, de 19.09.1990, ao dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, também prevê a responsabilidade solidária dos órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público para prestar as ações e serviços de saúde (art. 4º). Sendo assim, tanto a União, como o Estado de Santa Catarina e o Município de Jaraguá do Sul possuem legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação (...).⁵ (grifos nossos)

Destarte, diante da obrigação do Estado de garantir a prestação, com qualidade e eficiência, da saúde pública para a sociedade e tendo em vista sua condição de garantidor dos direitos fundamentais, uma vez constatada, como resta patente nessa oportunidade, a omissão e a não-prestação ao menos razoável dos serviços que garantam a saúde daqueles que necessitam da assistência médica da rede pública, imprescindível se mostra a inclusão dos entes federados no pólo passivo da demanda – **União, Estado de Alagoas e Município de Maceió**, para que respondam, nos termos legais, pelo descumprimento daquele dever que lhes é inerente.

V – DO DIREITO/FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Constituição da República Federativa do Brasil procurou dar ampla proteção à vida e à saúde, tanto que, logo em seu preâmbulo, consagrou o **bem estar**, entre outras garantias, como direito a ser assegurado pelo Estado Democrático brasileiro.

⁵ AC n. 2000.04.01.028702-4, Rel. Des. Edgar Lippmann, in RTRF 4ª. Região 47/110-123.

Igualmente, no artigo 1º da Carta Magna, o legislador constituinte elegeu como um dos fundamentos do Estado brasileiro **a dignidade da pessoa humana** e, ainda, no artigo 3º, assentou como objetivo do país a promoção do **bem de todos**.

Como corolário, a **saúde** surge como bem jurídico fundamental e a sua não salvaguarda por parte desse mesmo Estado representa violação vitanda à Carta Política. A principal consequência do enquadramento de uma norma na categoria dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua supremacia hierárquica – não apenas do ponto de vista formal, mas também sob a ótica axiológica – impondo a aplicação imediata das normas de proteção aos direitos assegurados, em observância ao disposto no artigo 5º, § 1º, CF. Nessa conformidade, **a fundamentalidade de que se revestem tais princípios não pode passar despercebida pelo intérprete, a quem cabe, através da hermenêutica constitucional, extrair-lhes o significado que proporcione maior possibilidade de gerar efeitos práticos.**

Aplicando-se o referido cânone hermenêutico – conhecido como **princípio da máxima efetividade** – ao direito fundamental em questão, conclui-se que o significado do conceito “saúde” não pode se limitar à mera ausência de afecções e doenças. Com efeito, a fim de garantir a eficácia social da norma, urge compreender a saúde em uma acepção ampla, que envolva o completo bem estar físico, mental e espiritual do ser humano. Tal concepção, aliás, mostra-se em sintonia com aquela defendida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual *“a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”*.

O direito fundamental à saúde encontra-se essencialmente aduzido no Capítulo II – Dos Direitos Sociais – artigo 6º; e, de modo expresse, a fim de que não subsistam dúvidas, o artigo 196 da Carta Magna descreve sua fundamentalidade, conforme literal transcrição:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.(grifo acrescido).

No mesmo raciocínio, tem-se o disposto no artigo 197, o qual demonstra o propósito do legislador constituinte de realçar, ainda mais, o caráter de essencialidade do direito fundamental à saúde, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.(grifo acrescido).

Comentando acerca do posicionamento do direito à saúde como matéria de extrema relevância pública, asseveram os especialistas em direito sanitário GUIDO IVAN DE CARVALHO e LENIR SANTOS:

Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; **quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado**, como a educação, antecipando-se, assim, à qualificação de “relevância” que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços, públicos e privados (...).⁶

É patente, pois, o dever do Estado de disponibilizar os recursos necessários para que o direito subjetivo dos indivíduos à saúde, tratado extensivamente pela Constituição Federal, seja levado a efeito. Mais, a prestação desse serviço público essencial, deve se dar, importa não olvidar, de modo imediato, sem que seja admitida qualquer espécie de escusa ou justificativa e, ainda, de maneira perfeita e acabada, conforme se depreende do artigo 198 da Constituição Federal, que estabelece, entre as diretrizes dos serviços públicos de saúde, o seu **atendimento integral**, *in verbis*:

⁶ Sistema Único de Saúde. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde**, 3. ed. Editora da Unicamp, p.317.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (*grifo acrescentado*)

Também a Lei nº 8.080/90, criada para regulamentar os dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde e dispor sobre o SUS, ressalta os valores primordiais que tem a saúde no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das funções mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS. (*grifos acrescentados*)

Por sua vez, o artigo 7º dessa mencionada lei estabelece que as ações e serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da CF, obedecendo, ainda, aos seguintes princípios:

Art. 7º (...)

I – **universalidade de acesso** aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - **integralidade de assistência**, entendida como um conjunto articulado e contínuo de serviços preventivos e

curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

(...)

IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

(...)

XI – conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população. (grifos)

Ainda visando a concretização maior do mandamento constitucional, o legislador estabeleceu preceitos outros que também tutelam e garantem o direito à saúde. Assim, corroborando a Constituição, a Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei nº 8.212/91) reafirma o compromisso do Estado e da própria sociedade no sentido de “assegurar o direito relativo à saúde”, consoante transcrição abaixo:

Art. 1º- A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o **direito relativo à saúde**, à previdência e à assistência social.

(...)

Art. 2º- A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

Parágrafo único. As atividades de saúde são de relevância pública e sua organização obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

a) acesso universal e igualitário;

b) provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único;

c) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (...) (grifos acrescidos).

No que concerne à aplicabilidade das denominadas normas constitucionais de caráter programático, felizmente tem sido refutado, pela melhor doutrina e jurisprudência, o argumento de que tais normas não teriam aplicabilidade imediata, se limitando a meras recomendações a serem cumpridas quando da elaboração de lei pertinente. Pensar dessa forma seria adotar, ressalte-se, interpretação deveras ofensiva aos cidadãos brasileiros, que tanto carecem dos direitos fundamentais nesse país. Sobre tal ponto, o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello assegura que:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas, em comandos, em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.⁷

E continua:

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

A existência dos chamados conceitos vagos, fluídos, ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluído que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável”. (*grifo nosso*).

Especificamente, no que tange à efetividade do direito à saúde, o mestre José Afonso da Silva elucida:

(...) não incluímos aqui (entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral) nem o

⁷ Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público** 57/58, p. 236 e 255.

direito à saúde (artigo 196) nem o direito à educação (artigo 205), **porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.**⁸ *(grifo nosso)*

A **aplicação imediata** das referidas normas constitucionais também é pacífica na seara da jurisprudência pátria, no sentido de se manter incólume a garantia constitucional da saúde, como direito de todos e dever do Estado, senão observe-se os seguintes julgados das mais altas cortes de justiça de nosso país:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETIVO: RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE RETARDO MENTAL, HEMIATROPIA, EPILEPSIA, TRICOTILOMANIA E TRANSTORNO ORGÂNICO DA PERSONALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 6º E 196 DA CF). PROVIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

I - É direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 6º e 196 da CF).

II - Em obediência a tais princípios constitucionais, cumpre ao Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa portadora de retardo mental, hemiatrofia, epilepsia, tricotilomania e transtorno orgânico da personalidade.

⁸ Ob. cit., p. 150.

III - Recurso provido.⁹

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BETA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 189). PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. 3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. 4. Recurso ordinário conhecido e provido.¹⁰

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDIS-SOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem

⁹ STJ, ROMS 13452/MG, 1ª Turma, julg. Em 13.08.2002. DJ de 07.10.02, p. 172, rel. Min Garcia Vieira.

¹⁰ STJ, ROMS 11129/PR, 2ª Turma, julg. Em 02.10.2001. DJ de 18.02.2202, p. 279, rel. Min. Francisco Peçanha.

incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (STF - votação unânime - RE 271286 Ag R / RS - Ag. Reg. no RE - Rel. Min. CELSO DE MELLO Julg. 12/09/2000 Segunda Turma - Publicação: DJ 24-11-00, p. 00101 EMENT VOL-02013-07 p. 01409).

Nesse diapasão, vejamos-se os seguintes julgados do pretório excelso :1) v.u. - RE 255627 AgReg / RS – Rel. Min. NELSON JOBIM – Julg. 21/11/2000 - Segunda Turma - Publicação: DJ 23-02-01, p. 00122 – EMENT. 2020-03/46 - (*EMENTA: Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido*); 2) v.u. - RE 195192/RS Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Julg. 22/02/2000 - Segunda Turma - Publicação: DJ 31-03-00 p. 00060, EMENT. 1985-02/00266.

Do mesmo entendimento comunga o Egrégio o Superior Tribunal de Justiça, cuja posição vem sistematicamente perfilhando, consoante verifica-se pelo teor da decisão abaixo transcrita, in verbis :

EMENTA : ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA. RISCO DE VIDA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS. SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO. GASTOS PARTICULARES. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PELO ESTADO. CABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO. ART. 45 DA LEI N.º 3.807/60; ART. 6º DA LEI N.º 6.439/77; ARTS. 58, § 2º, E 60 DO DECRETO N.º 89.312/84. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa 2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto n.º 89.312/84.

3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição

Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte. 4. Recurso especial não conhecido.” (STJ - Acórdão - RESP 338373/PR – RE 2001/0097323-6 – DJ 24/03/2003, p. 00194 – Rel Min. ELIANE CALMON – Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz – Data da decisão: 10/09/2002 – Segunda Turma).

Nessa mesma linha, vejam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça : 1) ROMS 13452/MG; ROMS 2001/0089015-2 - Fonte DJ 07/10/2002, P. 00172 Rel. Min. GARCIA VIEIRA Data da decisão : 13/08/2002 – Primeira Turma; 2) RESP 325337/RJ – RESP 2001/0067327-4 – DJ 03/09/2001, p. 00159 – LEXSTJ 148/133 – Rel. Min. José Delgado – Data da decisão: 21/06/2001 - Primeira Turma;

Como se vê, tanto o STJ quanto o STF vêm consolidando posições em prol da afirmação clara do direito à saúde. Como consequência, o Poder Público tem sido reiteradamente condenado a realizar certos comportamentos, para fazer cumprir, efetivamente, o seu dever constitucional - *obrigação de fazer legalmente prevista* - e tratar com zelo e eficiência a saúde dos cidadãos. Afinal, o homem é o fim último e a razão de ser do Estado.

Cumprе ressaltar, outrossim, o **Princípio da dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Tecendo comentários acerca da proteção da dignidade dos homens como um dos maiores postulados jurídicos, eis as palavras de Daniel Sarmento, em sua obra intitulada “A Ponderação de Interesses na Constituição”¹¹:

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, **a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e promoção da sua dignidade,**

¹¹ Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 59.

em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito. Como afirma José Castan Tobena, *‘el postulado primário del Derecho es el valor próprio del hombre como valor superior e absoluto, o lo que es igual, el imperativo de respecto a la persona humana’*. (...)

Nesta linha, **o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano — razão última do Direito e do Estado (grifos nossos).**

Por outro lado, consoante já apregoado, questão de suma importância é a responsabilização do Poder Público quando este age em discordância com os princípios que regem a Administração Pública, pelo que estará obrigado a responder pelos danos efetivamente engendrados ou, até mesmos, não evitados, vez que esse era seu dever. Quanto a tal ponto, imprescindível lembrar o artigo 37, *caput* e § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

§ 6º- As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. *(grifos acrescidos).*

Sobre o tema, ensina o ilustre professor HELY LOPES MEIRELLES:

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de um serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. (...)

Nesta substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

E conclui:

Todo o ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas da atuação administrativa

Ao negligenciar a obrigação de fornecer os balões intragástricos, bem como os medicamentos necessários à recuperação da saúde daqueles acometidos pela Obesidade Mórbida, pondo em perigo a vida daqueles cidadãos, tanto a União, quanto o Estado de Alagoas e o Município de Maceió estão incorrendo em conduta ilícita, violando todo o arcabouço de normas relativas ao direito à saúde.

Conforme o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública. No mesmo sentido, o artigo 30, em seu inciso VII, apesar de tratar especificamente da competência dos Municípios, determina que a prestação dos serviços de atendimento à saúde da população deve ser feita com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Consoante se verifica, a conjugação dos dispositivos da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional atribui, de

modo harmônico, entre as esferas de governo, as competências geradas pelo dever do Estado de garantir a efetivação do direito à saúde e, conseqüentemente, o acesso aos balões intragástricos, de modo que cada uma tem sua parcela de responsabilidade, da qual não pode se eximir. A Corte Suprema do nosso país colocou um ponto final nas freqüentes tentativas dos entes públicos de se esquivarem da responsabilidade de prestar adequadamente os serviços de saúde, ao decidir que:

O preceito no artigo 196 da Carta da República, **de eficácia imediata**, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção e recuperação”. **A referência, contida no preceito “Estado”, mostra-se abrangente, a alcançar a União, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (...) Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança**

pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem. (...) ¹² (*grifos nossos*)

Como se observa, a não observância dos preceitos constitucionais e legais, independentemente das alegações inaceitáveis de impossibilidade financeira, deve ser combatida com rigor, sob pena da manutenção de um estado de risco demasiadamente alto para os cidadãos que necessitam da prestação gratuita dos serviços de saúde. Seguindo tal raciocínio, o Ministro Celso de Mello, pontificou:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível ação: o respeito indeclinável à vida.¹³

Expostos os fundamentos que elevam a saúde ao patamar de direito constitucional de todo cidadão brasileiro a ser efetivado pelo Poder Público, certo é o dever do Sistema Único de Saúde fornecer não apenas a Intervenção Cirúrgica de Redução de Estômago, mas também a colocação dos balões intragástricos, adquiridos pelo Poder Público, vez que demonstrada a necessidade dos mesmos para a realização da Cirurgia de Gastroplastia sem risco para a vida do paciente. Ademais, a responsabilidade do Estado, tomando a acepção genérica do termo, estende-se à disponibilização de todos os meios e instrumentos necessários à celebração e concretização do bem-estar físico e psicológico do

¹² Agravo de Instrumento nº 238.328/RS, publicado no DJ de 11/05/99.

¹³ Pedido de suspensão de liminar formulado pelo Estado de Santa Catarina, em petição nº 1246.

cidadão. Destarte, tendo em vista as particularidades do caso concreto e a comprovada necessidade de utilização dos referidos balões intragástricos, impõe-se a obrigatória conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União e do Estado de Alagoas, para garantir a prestação integral da Intervenção Cirúrgica de Redução de Estômago aos doentes acometidos da Obesidade Mórbida.

Assim, ante a violação do direito fundamental à saúde, inconteste é o dever imposto à Administração de efetivar as normas constitucionais e legais existentes, não constituindo abuso de qualquer ordem o remanejamento de recursos insertos no orçamento e destinados a áreas merecedoras de menor prioridade estatal, como a publicidade, para o campo da saúde pública.

E que não se venha falar em invasão da discricionariedade administrativa, uma vez que essa prerrogativa não concede ao administrador a possibilidade de optar por permanecer em situação totalmente ilegal, visto que a única forma de a União, do Estado de Alagoas e do Município de Maceió cumprirem a lei é disponibilizar sempre e de imediato os balões necessários aos obesos mórbidos, usuários do sistema público, que deles necessitam. Frise-se que qualquer outro comportamento implica em desobediência às normas referidas nessa postulação, o que requer imediata e eficaz atuação do Poder Judiciário a fim de que cesse esse desrespeito à vida e a saúde dos cidadãos.

Tendo em vista o arcabouço fático, normativo e jurisprudencial apresentado, este Parquet Federal almeja com a presente Ação Civil Pública efetivar os direitos constitucionais à vida e à saúde pública, diante da comprovada inércia da União, do Estado de Alagoas, e do Município de Maceió em fornecer os materiais necessários ao completo procedimento do tratamento da obesidade mórbida, sobretudo quanto ao fornecimento dos balões intragástricos e de toda a assistência e medicação essenciais aos pacientes que deles necessitam e não têm condições de adquiri-los sem que comprometam sua própria subsistência.

Nesse diapasão, deve-se de imediato impor à União, ao Estado de Alagoas e ao Município de Maceió a abstenção do comportamento ilícito que vêm praticando, compelindo-os a abandonar as condutas negligentes, sem olvidar a indenização a todos

os super-obesos que porventura tiverem sofrido danos materiais e morais decorrentes da conduta demorada ou, até mesmo, omissa de tais entes públicos.

VI - DA NECESSIDADE DA CONCESSÃO DA LIMINAR OU DA TUTELA ANTECIPADA

O artigo 12 da Lei Federal nº 7.347/85 dispõe que o juiz poderá conceder **mandado liminar para evitar grave lesão** à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, cominando o pagamento de multa para a hipótese de violação do preceito.

Por outro lado, cumpre salientar, *ad cautelam* que a Antecipação de Tutela é perfeitamente aplicável à espécie.

Com efeito, o eminente Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO assim analisa o instituto:

(...) cautelar ou não, sua finalidade é afastar situações de indefinição das quais, se fosse necessário esperar até que seja emitido o julgamento definitivo, provocaria a uma das partes um dano irreparável.¹⁴

No caso dos autos, estão preenchidos os requisitos para o provimento antecipatório previsto no art. 273, do Código de Processo Civil brasileiro, quais sejam:

a) existência de “prova inequívoca”: leciona o eminente Juiz Federal do Rio de Janeiro, REIS FRIEDE, que “*prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza*” (Tutela Antecipada, Ed. Del Rey, 1996, pág. 75).

E há nos autos tais elementos, como se pode extrair de todas as provas a ele carreadas.

¹⁴ In Revista da AJUFE, nº 46, julho/95, pág. 33, citado em artigo do Juiz Federal da 3ª Vara de Natal/RN, Dr. Francisco Barros Dias.

b) convencimento da “verossimilhança”: CARREIRA ALVIM diz que “a verossimilhança se assenta num juízo de *probabilidade*, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui” (grifei) (Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Ed. Del Rey, 1995, pág. 158).

Consoante resta claro pela leitura do dispositivo referido, que até mesmo **nos próprios autos** do processo ordinário, regrado exclusivamente pela lei instrumental (CPC), a medida é permitida.

Diante da prova inequívoca dos fatos, da verossimilhança das alegações e da plausibilidade jurídica do pedido, a concessão da liminar dos efeitos da tutela afigura-se legítima. E assim também o é para evitar que um maior ônus não seja experimentado pela população, em decorrência do deficitário atendimento das unidades de saúde, que não apresentam condições próprias para o fiel cumprimento das garantias constitucionais e legais relacionadas à saúde. Ademais, quando se pleiteia que sejam os balões intragástricos fornecidos àqueles que deles necessitam, está se tratando da garantia do direito à vida, essencial para o exercício dos demais direitos.

Em caso semelhante ao apresentado nesta exordial, a antecipação de tutela foi ratificada pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região, em julgamento ao Agravo de Instrumento interposto contra decisão do juiz de 1º grau, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE
PRÓTESE. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO
INVOCADO. RECEIO DE LESÃO IRREPARÁVEL.
LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADO E
MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Nas causas envolvendo o acesso à saúde dos cidadãos, por meio do Sistema Único de Saúde, os entes federados são solidariamente responsáveis.

2. A CF/88 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para promover o inquérito civil e ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos e difusos, entre os quais a tutela da saúde pública.

3. A verossimilhança do direito invocado está presente nos artigos 5º, *caput*, e 196, da CF, que asseguram o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, sendo direito de todos e dever do Estado.

4. O receio de lesão consubstancia-se na possibilidade dos pacientes do SUS experimentarem prejuízo irreparável ou de difícil reparação, se tiverem que aguardar o tempo necessário para a decisão definitiva da lide.

5. Não se pode falar em impossibilidade de esgotar no todo ou em parte o objeto da ação em sede liminar, quando o que está em jogo é a vida (saúde) de uma pessoa.

6. **Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Agravo regimental prejudicado.**¹⁵ (*grifos nossos*)

Ainda no caso supra transcrito, a parte contestou a decisão daquele Egrégio TRF, requerendo a suspensão da tutela antecipatória junto ao Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve a decisão, indeferindo, mais uma vez, o pleito demandado, conforme voto do relator Min. Edson Vidigal. Segue abaixo trecho dessa decisão:

Destaco, por cabível, que a saúde é direito de todos e dever solidário da União, dos Estados e dos Municípios, que devem adotar políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços capazes de promover, proteger e recuperar a saúde dos brasileiros.

¹⁵ TRF 400093395 - AG - 167308 / UF: SC Órgão julgador: terceira turma. Juiz relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 09/12/2003. (A turma, **por unanimidade**, negou provimento ao agravo de instrumento).

Neste contexto, não há como concluir que a decisão recorrida, que apenas garante o cumprimento da Constituição Federal e da legislação infra-constitucional atinente ao direito à saúde, esteja violando a discricionariedade administrativa da União, do Estado de Santa Catarina ou do Município de Jaraguá do Sul. Tampouco, que o fornecimento de próteses a pacientes que delas necessitem, desde que prescritas pelo médico responsável, possa causar lesão de conseqüências significativas e desastrosas às finanças da União ou dos demais demandados.

Esta circunstância – a imprescindibilidade da prescrição médica – demonstra que o "benefício" não foi concedido indiscriminadamente, em detrimento da liberdade de atuação do Estado-Administração, como afirma a União. Neste particular não é demais ressaltar que a discricionariedade também é limitada pela lei, e esta, de forma categórica, garante a todos os brasileiros o direito à vida e à saúde.

Por outro lado, o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão (da liminar) é meramente hipotético, não tendo a postulante trazido dados concretos que comprovem que o cumprimento da decisão inviabilizará os cofres públicos. Ademais, ainda que assim não fosse, é de se considerar que o direito fundamental à saúde tem caráter universal, sendo garantido constitucionalmente a todos os brasileiros.

Considero, também, que os inúmeros tratamentos paliativos realizados em pacientes que necessitam, para restabelecimento da saúde, da colocação de próteses, acabam por onerar muito mais o orçamento público, sem, muitas vezes, significar solução definitiva para o problema.

(...)

Registro que neste caso antevejo *periculum in mora inverso*, a apontar pela manutenção da decisão, protegendo, conseqüentemente, o direito à vida e à saúde.

Com esses fundamentos, à falta dos requisitos autorizadores da medida, indefiro o pedido¹⁶.

¹⁶ STJ, Relator Ministro Edson Vidigal, SC 2004/0062451-9.

Nessa mesma linha, o julgado do Superior Tribunal de Justiça; abaixo colacionado:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DE CRIANÇAS CARENTES E ENFERMAS. LEI N.º 8.069/90.

I - É incabível a concessão de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra decisão judicial, salvo quando presente manifesta ilegalidade, inócurrenente no caso. Precedente do STJ.

II - Concessão de medida liminar em ação civil pública mediante decisão fundamentada e respaldada no art. 12 da Lei n.º 7.374/85, c/c o art. 11, § 2º, da Lei 8.069/90.
III - Recurso conhecido, porém, improvido. (STJ - Acórdão - ROMS 5986/RS - ROMS 1995/0033980-3 - DJ 04/02/2002, p. 00318 - RSTJ 151/171 - Rel. Min. Laurita Vaz - Data da decisão 09/10/2001 - Segunda Turma).

No caso em tela, tem mais que apenas a **fumaça do bom direito**; tem-se, diante do teor expressivo dos inúmeros dispositivos constitucionais e legais já citados (artigos 1º, 3º, 5º caput, inciso XXI e §1º, 6º, 23, II, 30, VII, 37 caput e §6º e 196 a 198 da Constituição Federal; artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor; artigos 2º, § 1º; 4º, caput; 5º, II e III; 6º I "a", VI e VII; 7º, I, II, IV e 18, I da Lei Federal nº 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde), o direito claro e objetivo, ora violado pelos réus. É incontestável o direito dos cidadãos à saúde e, por outra banda, o dever do Poder Público em proporcioná-lo.

Outrossim, não se pode deixar de observar o **justificado receio de ineficácia do provimento final da demanda** caso não

sejam tomadas, de imediato, providências que assegurem aos obesos mórbidos a aquisição e o implante dos mencionados balões. Demora e omissão no fornecimento do material referido, bem como falta de assistência médica e de medicamentos indispensáveis podem fazer com que vidas se percam, tratamentos se inviabilizem e curas se tornem impossíveis. Assim, o *periculum in mora*, referido nos artigos 11 e 12 da Lei nº 7.347/85, sem prejuízo dos demais diplomas legais já mencionados, é **notório diante do risco na delonga por parte dos entes públicos na adoção de providências efetivas tendentes a solucionar o crônico problema da Obesidade Mórbida.**

É evidente, pois, a robustez do ora aduzido e pleiteado, inexistindo dúvidas no sentido de que é relevante o fundamento da demanda. Trata-se de Ação Civil Pública que pretende assegurar o fornecimento dos balões intragástricos e a realização de intervenção cirúrgica para sua colocação, vez que essencial ao êxito da posterior cirurgia de redução de estômago e, conseqüentemente, à vida dos pacientes acometidos pela Obesidade Mórbida usuários do Sistema Único de Saúde – SUS. Destarte, é necessário que o Poder Judiciário imponha com urgência o fim da conduta omissiva e ilegal exposta, para que o direito à saúde, finalmente, passe a ser efetivado.

Diante de todo o exposto, porque presentes os requisitos legais, deve ser concedido o provimento emergencial visado por este *Parquet* Federal no caso em liça, pelo que **requer o deferimento da tutela antecipatória inaudita altera pars**, para determinar aos réus que viabilizem imediatamente a aquisição dos balões intragástricos, destinando-os ao Hospital Universitário Professor Alberto Nunes, em número suficiente a atender os pacientes que fazem parte do Programa de Cirurgia Bariátrica daquele nosocômio e estão, hoje, na fila de espera a aguardar tal material. Deve-se, ainda, como complemento da ação anterior, ser determinado aos réus que procedam à intervenção cirúrgica de implante dos referidos balões. Por fim, requer o Ministério Público Federal o deferimento da tutela para o fornecimento de toda a medicação necessária e a assistência médica correlata, indispensáveis à saúde e à recuperação dos pacientes acometidos da Obesidade Mórbida.

VI - DA MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO

A atribuição constitucional do Ministério Público no sentido de zelar pelo efetivo respeito aos direitos dos cidadãos, especialmente quando se trata da saúde e da vida, autoriza, legítima e obriga o *Parquet* Federal a requerer medida cautelar de arresto como garantia ao cumprimento de norma constitucional insculpida no artigo 196.

Com arrimo no artigo 12, da Lei n.º 7.347/85, cabível e necessária é a concessão de medida liminar, em ação civil pública, inclusive de arresto de verbas públicas, com o fim de assegurar a viabilidade da realização das pretensões deduzidas na presente.

Para tanto, faz-se mister a concorrência da fumaça do bom direito e do perigo na demora, requisitos que, conforme demonstrado no item anterior desta peça, já se fazem presentes.

Ressalte-se as drásticas conseqüências do atraso na prestação integral e eficiente da saúde publica aos que dela necessitam. De fato, a transformação dos padrões nutricionais da população é, reconhecidamente, um relevante fator de risco à saúde. A obesidade mórbida, em específico, constitui-se enfermidade suscetível de resultados trágicos, uma vez que impõe ao seu portador limitações na qualidade de vida, atingindo, inclusive, a seara psicológica, pois afeta sobremaneira sua auto-estima. De ver-se que os obesos mórbidos são pacientes em avançado estado patológico, desenvolvendo, devido ao excesso de gordura, outras doenças, tais como câncer, diabetes, hipertensão, labirintite. Diante desse quadro, torna-se urgente a introdução endoscópica de balões intragástrico, procedimento este indispensável ao êxito da cirurgia de Redução de Estômago, uma vez que possibilita a perda de peso, antes mesmo da cirurgia definitiva que retira parte da capacidade estomacal, evitando, dessa forma, o alto risco de morte dos pacientes.

Outrossim, é notória a paradoxal realidade em que se encontra o Poder Público, que despense vultosa quantia de verba pública para custear propagandas institucionais, ao mesmo tempo em que fecha os olhos para legião dos munícipes que vivem em condições de miserabilidade, sem direito à saúde e outros direitos fundamentais. É deveras prodigioso o investimento dos Governos Federal, Estadual e Municipal em propagandas governamentais, inclusive fazendo uso ilegal de imagens e nomes de seus Chefes de Executivo.

Ex positis, porque presentes os requisitos necessários para o seu deferimento, esta Procuradoria da República **requer liminarmente o arresto de parcela equivalente a 2% (dois por cento) das verbas destinadas pelo Estado de Alagoas e pelo Município de Maceió à publicidade, com o escopo de garantir, incontinenti, a aquisição e o implante dos balões intragástricos, possibilitando, assim, o atendimento daqueles cidadãos acometidos da Obesidade Mórbida, tudo com o fito de que seja efetivado o direito fundamental à saúde.**

Por oportuno, transcreve-se trecho da decisão do Juiz EDUARDO DIDONET TEIXEIRA que, em ação civil pública semelhante, ajuizada também pelo MPF, autorizou o arresto de recursos públicos voltados à publicidade institucional para serem reempregados na saúde pública. Observe-se:

Defiro de imediato o pedido de arresto de 1% (um por cento) do valor das verbas destinadas à publicidade do Estado de Santa Catarina para arcar com as despesas de medicamento e tratamento dos portadores de neuropatia lombosacral na região de competência da Justiça Federal de Joinville, bem como de outras doenças não tratadas pela rede pública de saúde. A verba arrestada deve ser depositada em conta poupança vinculada ao Juízo da 4ª Vara de Joinville e servirá ao tratamento de neuropatia lombosacral e quaisquer outras moléstias que o Poder Público negue atendimento (tais como interrupção terapêutica do parto de fetos com patologias que geram inviabilidade de vida extra-uterina, por exemplo).

A decisão acima transcrita, posteriormente, foi confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, cujo julgado transcreve-se parte:

Trata-se agravo de instrumento voltado contra decisão monocrática que deferiu, parcialmente, pedido de antecipação de tutela em ação civil pública onde se busca a tutela jurisdicional para garantia dos cidadãos residentes em Joinville e Macroregião, em especial os pacientes de neuropatia lombosacral, dentre os quais se nomina (...), o fornecimento de medicamentos, em regime de gratuidade. No citado *decisum* (...), **deferiu-se**

também a multa diária de R\$ 9.000,00, e ainda o imediato pedido de arresto de 1% (um por cento) do valor das verbas destinadas à publicidade do Estado de Santa Catarina, para suportar as despesas e encargos médicos, ambulatoriais e medicação.

Alega a agravante que tal decisão seria ilegal por impossibilidade jurídica do pedido (sob duplo aspecto: o arresto em verba de publicidade tem destinação específica e falta de critérios para aplicação dos valores retidos) e no mérito reitera a impossibilidade de alteração da destinação de verbas públicas. Pede a agregação de efeito suspensivo ao recurso.

(...) No caso em apreço, tenho que os fundamentos utilizados na bem lançada decisão monocrática objurgada, da lavra do culto e diligente Juiz Federal Substituto, Dr. Eduardo Didonet Teixeira, não merece *ab initio* qualquer reparo. (grifos nossos)

Mister ressaltar que o cumprimento da decisão judicial de arresto, de modo algum, implica ingerência na atividade executiva, uma vez que não é possível ao Estado (*lato sensu*) deixar de prestar os serviços **essenciais** a quem deles precise. Assim sendo, incabível, repita-se, o argumento de que o Judiciário estará gerindo políticas públicas, porquanto a determinação judicial não tem o condão de causar grave lesão à ordem pública administrativa ou econômica, mas, antes, de fazer cumprir mandamentos constitucionais fundamentais.

O cerne da questão não consiste na discussão sobre finanças públicas, mas na omissão e demora no tratamento da saúde - direito constitucional basilar que está sendo ignorado pelos atuais governos. Hodiernamente, vive-se uma triste realidade, na qual os governantes parecem se preocupar mais com a sua imagem perante os eleitores e com as obras que promovem, do que com a saúde do povo que representa.

Por tudo isso, é justo e razoável que o Ministério Público Federal formalize o requerimento de arresto em valor suficiente para custear a aquisição e a cirurgia de introdução dos balões intragástricos a todos os pacientes que deles venham necessitar.

Caso deferida a medida, requer-se que as verbas arrestadas sejam depositadas em conta poupança vinculada a este Juízo, destinada unicamente à aquisição dos medicamentos e dos balões

intragástricos que ora se fazem, e ainda para o custeio de todo o pessoal de acompanhamento que se faz premente em tal procedimento.

IX - DOS PEDIDOS LIMINARES:

Em face de todo o exposto, e pelo que mais contém os documentos que seguem anexo, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer a Vossa Excelência, com fundamento no art. 12 da Lei nº 7.347/85 c/c o art. 273 do Código de Processo Civil, com fundamento também no poder geral de cautela deferido ao Juiz pelos arts. 798 e 799 desse mesmo diploma legal, e ainda obedecendo-se ao art. 2º da Lei 8.437/92, a expedição de **MANDADO LIMINAR**, determinando-se, diante da urgência do caso:

1) a concessão **TUTELA ANTECIPADA**, nos termos do disposto no artigo 273, inciso I, e 461, § 3º, do Código de Processo Civil e do artigo 84, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, impondo-se aos réus a obrigação de fazer, consistente no (a):

a) aquisição dos balões intragástricos e conseguinte internação dos pacientes obesos mórbidos a fim de que se proceda ao implante do referido material, o qual deve ser obtido em número suficiente para aqueles enfermos já cadastrados no Programa do Hospital Universitário Professor Alberto Antunes, sob pena de, em não o fazendo, cada demandado incorrer no pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos dos artigos 11 da Lei nº 7.347/85 e 84, §§ 2º e 4º do Código de Defesa do Consumidor;

b) fornecimento dos medicamentos específicos e indispensáveis à recuperação da saúde e do bem-estar dos referidos pacientes, bem como da assistência médica necessária, sob pena de, em não o fazendo, incorrer também no pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada demandado, nos termos dos artigos 11 da Lei nº 7.347/85 e 84, §§ 2º e 4º do Código de Defesa do Consumidor;

2) a concessão da **LIMINAR DE ARRESTO** de 2% (dois por cento) das verbas destinadas à publicidade e propaganda pelo Governo do Estado de Alagoas e pela Prefeitura Municipal de Maceió,

com o fito de arcar com o custo dos balões intragástricos, devendo as verbas arrestadas serem depositadas em conta poupança vinculada a este Juízo;

3) a concessão do prazo de 15 (quinze) dias para que a União e o Estado de Alagoas dêem início ao cumprimento das providências determinadas pela Decisão, sob pena de decreto de prisão em caso de descumprimento da decisão judicial, encaminhando-se relatório a esse MM. Juízo Federal e ao Ministério Público Federal, a cada 30 (trinta) dias, sobre as medidas efetivadas, de modo que fique cabalmente comprovado que estão cumprindo sua incumbência, na forma e no tempo oportuno.

X - DOS PEDIDOS PROCESSUAIS E DO PEDIDO FINAL

Em observância dos postulados processuais e materiais, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer, por fim:

1) seja determinada a citação dos réus, a fim de que contestem a ação, no prazo legal, sob pena de suportarem os efeitos da revelia (art. 319 do CPC), conforme o disposto no artigo 285, última parte, do Código de Processo Civil;

2) a ratificação, por sentença definitiva de mérito, do pedido de antecipação de tutela, com a condenação definitiva da União, do Estado de Alagoas e do Município de Maceió em uma obrigação de fazer solidária, consistente na **implantação de uma política definitiva de aquisição regular dos balões intragástricos e consequente internação e tratamento dos pacientes obesos mórbidos**; bem como seja determinada a obrigação dos entes federados mencionados ao **custeio de despesas de qualquer natureza necessárias ao atendimento e tratamento dos obesos mórbidos, inclusive às relativas aos procedimentos cirúrgicos, de internação, de acompanhamento pós-operatório e medicamentos destinados à total recuperação dos pacientes que deles necessitarem, ainda que os respectivos materiais e medicamentos tenham de ser importados e ainda que as cirurgias tenham que ser contratadas da rede privada de saúde, neste ou em outros Estados da Federação**;

3) a condenação da União, do Estado de Alagoas e do Município de Maceió ao pagamento de indenização pelos eventuais

danos materiais e morais causados aos pacientes super-obesos dependentes da assistência do Sistema Único de Saúde, devendo o *quantum debeatur* ser definido pelo íncrito magistrado;

4) a condenação da União, do Estado de Alagoas e do Município de Maceió, de forma solidária, a publicar a sentença definitiva a ser proferida nos presentes autos nos jornais de maior circulação de âmbito estadual, em três dias alternados, sendo um deles domingo, sem, contudo, fazer menção ao nome ou qualquer outra identificação dos pacientes mencionados nos documentos que deram início a presente ação;

5) a dispensa do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em vista do disposto no artigo 18, da Lei n.º 7.347/85;

6) a cominação de multa diária em valor a ser estipulado pelo prudente arbítrio desse MM. Juízo Federal em caso de descumprimento da ordem judicial, com sucedâneo no artigo 12, parágrafo 2º da Lei nº 7347/85, sem prejuízo do artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil em caso de descumprimento da Decisão judicial.

XI – DAS PROVAS

Inicialmente, cumpre salientar que todo o teor da presente Ação Civil Pública é corroborado pelo Procedimento Administrativo nº 1.11.000.000165/2004-84, que teve curso no âmbito desta Procuradoria da República.

Ademais, protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, tais como apresentação de documentos, oitiva de testemunhas e realização de perícias e inspeções judiciais, caso estas se façam necessárias.

XII – DO VALOR DA CAUSA

A causa tem valor inestimável, contudo, em face do disposto no art. 258 do Código de Processo Civil, ora atribui-se-lhe o valor de **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**.

Maceió (AL), 10 de março de 2005.

NIEDJA GORETE DE ALMEIDA ROCHA KASPARY
PROCURADORA DA REPÚBLICA

HABEAS CORPUS nº 2005.000421-6

Impetrante: MARIA DAS GRAÇAS PATRIOTA CASADO

Impetrado: JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

Paciente: VALDIR SILVA DE CARVALHO

PARECER Nº

Ementa: *Habeas Corpus* para trancamento de Ação Penal. Legitimidade do Ministério Público para proceder a investigação criminal, em caráter suplementar. Falta de exclusividade da polícia judiciária. Dispensabilidade do inquérito policial para oferecimento da denúncia. Fase pré-processual de natureza inquisitiva, sem submissão ao princípio do contraditório. Perda de objeto de arguição de suspeição da autoridade judiciária, pela ratificação ulterior dos atos, por magistrado que a sucedeu. Presente a justa causa para oferecimento da denúncia objurgada. Pela não concessão da ordem pretendida.

DOS ARGUMENTOS DA IMPETRANTE

1. Cuidam os autos de *Habeas Corpus* impetrado por Maria das Graças Patriota Casado, causídica do réu VALDIR SILVA DE CARVALHO nos autos de Processo Criminal que tramita na 8ª Vara Criminal da Capital, tombado sob o n. **16431-0/02**.
2. Alega a autora que seu cliente se encontra sofrendo constrangimento ilegal em face de denúncia contra si oferecida, em que é acusado do assassinato de EBSON VASCONCELOS SILVA e da prática de lesões corporais em CHARLES IÓRIO GOMES FERRO, delitos ocorridos em 09 de novembro de 2002.
3. Refere-se ainda à conduta profissional do réu, no exercício de suas funções como delegado de polícia desta Capital, fazendo anexar diversas reportagens jornalísticas relacionadas a sua atuação, sobretudo à frente da Delegacia de Roubos e Furtos.

4. Alega que as acusações assacadas contra seu cliente provieram de dois presidiários, GARIBALDI SANTOS AMORIM e FERNANDO FIDELIS, acusados de autoria material do homicídio do tributarista SÍLVIO VIANA justamente por EBSON VASCONCELOS SILVA.

5. Aduz ainda a impetrante que as investigações que deram ensanchas a tais acusações contra seu cliente decorreram da atuação direta do Ministério Público, apesar de este ser parte na ação penal, em detrimento das atribuições inerentes à Polícia Judiciária.

6. Reconhece a autora que as investigações anteriormente empreendidas pela Polícia Judiciária, através de Inquérito Policial regularmente instaurado, não lograram qualquer resultado positivo no sentido da identificação dos supostos autores do assassinato de EBSON VASCONCELOS SILVA, o que redundaria, assim, em arquivamento do inquérito policial, por autoria desconhecida em relação a tal delito, praticado à luz do dia, em plena via pública.

5. Alega a impetrante que:

“Ao invés de devolver o citado inquérito, para diligências, ou arquivar a peça por ser desconhecida a autoria dos delitos investigados, o Ministério Público, adotou postura investigativa, deflagrando procedimento criminal para apurar pretensão envolvimento do paciente no assassinato de Ebson Vasconcelos” – *sic*.

6. Afirma assim a impetrante que o Ministério Público teria “avocado” o papel investigatório inerente à Polícia Judiciária, com o fito de ouvir o testemunho dos apenados acima referidos, inicialmente na sede da Superintendência Regional do Departamento da Polícia Federal, em Alagoas (14.09.04), e, numa segunda ocasião, no próprio Presídio Baldomero Cavalcante (28.09.04).

7. Alega, inclusive, que também teria o Ministério Público avocado tal papel investigatório quando requisitou contas telefônicas do ora paciente, para cruzamento de registros de ligações enviadas e recebidas.

8. Afirma a autora que o Ministério Público não pode, em sede de investigação criminal, nada além de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, sob pena de

violação à garantia constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

9. Aduz a impetrante que se trata de usurpação de atribuições da Polícia Judiciária promover diretamente o MP investigações, expedir notificações ou tomar depoimentos, a quem caberia, tão somente, acompanhar as diligências investigatórias e os inquéritos porventura instaurados pela autoridade policial.

10. Alega que o paciente em nenhum momento foi ouvido na fase investigatória, não tendo sequer sido indiciado em inquérito policial sobre o evento criminoso, razão pela qual faltaria justa causa à ação criminal em curso, o que estaria a reclamar, em última análise, seu trancamento.

11. Alega a impetrante que os depoimentos prestados por GARIBALDE SANTOS DE AMORIM e JOSÉ FERNANDES COSTA (FERNANDO FIDÉLIS) – a quem se refere, erroneamente, como “co-réus” ou “delatores” – que deram ensejo à denúncia criminal ofertada em face de seu cliente, não merecem credibilidade, já que teria havido mudança de versões em relação à suposta participação de empresários no homicídio de SÍLVIO VIANA. Além disso, tais depoentes teriam sido acusados por EBSON VASCONCELOS SILVA como autores do homicídio do citado tributarista, razão pela qual lhes restaria interesse em eliminar seu acusador.

12. Alega ainda que os membros do *Parquet* teriam agido com abuso de poder ao denunciarem seu cliente também pelo delito de formação de quadrilha, ainda que não demonstrada a participação de 4 acusados, número mínimo previsto em lei para configuração de referida conduta típica.

13. No mais, argumenta a impetrante que a referida denúncia teria sido recebida por autoridade judicial suspeita, em face de ser ex-cunhada do tributarista SÍLVIO VIANA, vítima de crime que teria conexão com o objeto da denúncia ora vergastada. Alega que, nada obstante haver oposto exceção de suspeição em face da referida magistrada, concluiu o titular da 8ª Vara Criminal que tal exceção teria perdido o objeto, dando seguimento aos atos processuais.

14. Conclui, assim, que teria a investigação sido realizada por autoridade “incompetente” (MP) e a denúncia, recebida por autoridade impedida, por suspeição.

15. Finalmente, alega que a denúncia somente pode prosperar se fundada em legítima suspeita da prática do crime, ou seja, teria que haver fortes indícios da autoria delitiva o que, segundo a impetrante, não se verifica nos autos em exame.

16. Requer, por fim, o trancamento da Ação Penal n. 16431-0/02, por falta de justa causa, prática de abuso de poder e de ilegalidades, conforme apontado em suas razões.

Em suma, este o conteúdo da peça exordial dos presentes autos. Cumpre ao Ministério Público, doravante, avaliar as questões de fato e de direito apontadas, para emissão de parecer.

DO PARECER MINISTERIAL

Observa-se, em linhas gerais, que o ponto nodal que intenta impor sustentáculo ao *Habeas Corpus* impetrado refere-se à atuação ministerial, no que concerne à oitiva de GARIBALDI SANTOS DE AMORIM e JOSÉ FERNANDES NETO (conhecido como FERNANDO FIDÉLIS), em fase pré-processual, depoimentos estes que, colhidos mais de uma vez, serviram de lastro à denúncia ofertada em desfavor do ora paciente, pelo assassinato de EBSON VASCONCELOS SILVA e pela prática de lesões corporais em CHARLES IÓRIO GOMES FERRO.

De fato, alguma polêmica norteia a questão que envolve os poderes investigativos ministeriais, em matéria criminal. Muitas vezes, as discussões sobre a matéria parecem refletir interesses corporativistas, quer por parte do Ministério Público, quer da Polícia Judiciária, que se sente ameaça ante uma suposta perda da exclusividade no exercício de suas atribuições investigatórias, tema que, agora, urge ser enfrentado, com extremo rigor.

Iniciando pela Constituição Federal, observa-se falacioso o argumento de que a exclusividade de atribuições investigatórias confiadas à Polícia Judiciária teria sede constitucional. Ora, o art. 144, parágrafo 1º - inc. IV confere à polícia federal **exclusividade** para exercer as funções de polícia judiciária da União. Nesse caso, dúvidas não remanescem quanto à impropriedade de qualquer interpretação extensiva que queira admitir o exercício de tais atribuições por outra autoridade, que não a expressamente indicada no texto constitucional, posto que lhe é conferida **exclusividade** no exercício de tal mister.

Já no que concerne à Polícia Judiciária Estadual, deixou o texto constitucional de apontar para tal exclusividade, já que, no parágrafo 4º do mesmo art. 144, CF, tem-se que, *in verbis*:

“Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de ações penais, exceto as militares”.

Nesse sentido, outra interpretação não pode ser feita senão a de que, em relação à Polícia Judiciária estadual, não foi outorgada exclusividade para o exercício de tais funções – já que o texto constitucional assim o quis – restando a possibilidade de que outras autoridades possam atuar, quando identificadas situações que possam justificar tal exercício, ressalve-se, de cunho excepcional.

Aliás, o próprio José Afonso da Silva¹ estabelece distinção entre competência exclusiva e privativa, esclarecendo que, em relação à primeira espécie, trata-se de atribuição a uma entidade, com exclusão das demais. Já no que concerne à segunda espécie enfocada, trata-se de apontar para competência enumerada como própria de uma entidade, entretanto, com possibilidades de delegação e de competência suplementar. Ora, transmutando-se tal conceituação, *mutatis mutandis*, ao problema sob enfoque, observa-se a possibilidade de atuação suplementar do Ministério Público em sede de investigação criminal, sempre que o caso concreto reclame tal providência.

Outra não é a interpretação que deflui de análise ao art. 129, inc. I, da CF, que confere ao Ministério Público, na condição de *dominus litis*, privatividade para promoção da ação penal pública. Nesse sentido, o art. 29 do CPP prevê a possibilidade de ajuizamento de ação penal privada, subsidiária da pública, através de uma espécie de controle externo, quando identificada inércia ou desídia do agente ministerial no exercício de suas funções acusatórias, de molde a que reste incólume e, por conseguinte, preservado em sua inteireza, o interesse público na repressão criminal e, em última análise, a defesa da sociedade e dos interesses indisponíveis.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 457.

Do mesmo modo, em relação à Ação Civil Pública, trata-se de hipótese em que o Ministério Público, nada obstante se encontrar constitucionalmente encarregado da tutela de interesses de ordem difusa e coletiva, não goza de exclusividade para seu ajuizamento, posto que a titularidade da ação mostra-se compartilhada por outros segmentos sociais legalmente legitimados para o mesmo fim, evitando-se, com isso, monopólios que se podem mostrar perniciosos à consecução dos fins maiores perseguidos pela Constituição.

Atentando para o caso sob análise, tem-se hipótese que se enquadra perfeitamente em tal possibilidade de atuação ministerial suplementar, sobretudo quando se atenta para o teor do Ofício n. 362/04 – 1º DMP, de **09 de agosto de 2004** – fl. 104, em que o delegado de Polícia Civil Manoel Alves Beserra, do 1º Distrito Metropolitano, aponta, em relação a diligências exaustivamente requisitadas pelo Órgão Ministerial e não cumpridas, o seguinte:

“Informamos ainda, que esta Distrital não conta com apoio logístico para cumprimento de diligências, dificultando sobremaneira o atendimento ao requerido pelo Representante do Ministério Público, no entanto, assim que tivermos uma viatura a disposição, (estamos há mais de sessenta dias sem uma viatura a contento), encetaremos esforços a fim de cumprirmos integralmente nosso mister”- sic.

Observe-se que tais diligências restaram requisitadas pelo Ministério Público em **18 de fevereiro de 2003** – fl. 98-9 (novamente reiteradas em 06.02.04 – fl. 101), sendo que, **um ano e meio depois**, ainda não haviam sido adimplidas, por falta de estrutura técnica para tanto, segundo o delegado.

Não se pode, olvidar, ademais, que, não bastasse a total falta de condições de trabalho da Polícia Judiciária, conforme apontado acima, sabe-se da grande dificuldade, por razões óbvias, de se esperar um satisfatório resultado nas investigações, emanado da própria Polícia Civil, que venha a concluir pela responsabilidade de um de seus membros, sobretudo em se tratando de alguém com influência nos meios policiais, pelo fato de haver atuado, por longo período, à frente da DRFV - Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos da Capital – fl. 22. Pensar diferente é querer tapar o sol com a peneira e tentar, em vão, manter-se alheio à realidade e à relevância de tais

observações, que podem comprometer profundamente o êxito das investigações policiais.

A própria ausência, em relação aos membros da Polícia Civil, incumbidos de investigar delitos, das prerrogativas de independência funcional, vitaliciedade e inamovibilidade, inerentes à atuação ministerial (art. 127, parág. 1º, c/c art. 128, parág. 5º, I, “a” e “b”, CF), retiram muito das possibilidades de uma atuação destemida e aprofundada, quando outros interesses e ingerências – internas e externas – podem ir de encontro a tais investigações.

Conclui-se, portanto, que, em face de tais circunstâncias, outra alternativa não restou ao Órgão Ministerial senão ele próprio envidar esforços no sentido de buscar indícios de autoria de tão odiosos crimes, como de fato o fez. Se assim não tivesse agido, possivelmente não se abririam possibilidades de se chegar aos verdadeiros culpados, resultando o inquérito policial em lamentável arquivamento, engrossando-se, com isso, as fileiras da impunidade em nosso Estado.

Ainda que não se queira admitir a interpretação acima referida, em relação ao art. 144 da Constituição Federal, outra análise há que ser procedida, de modo inexorável, em relação ao mesmo dispositivo: O parágrafo 4º do art. 144, CF, estabeleceu distinção entre “as funções de polícia judiciária” e “a apuração de infrações penais”. Na primeira espécie, estariam inseridas as ordens emanadas do Poder Judiciário para cumprimento pelos agentes da lei, como os mandados de busca e apreensão, perícias, prisão, dentre outras. Já em relação à segunda situação, tem-se a possibilidade de sua prática por diversas outras instituições, o que elimina, de pronto, a idéia de exclusividade em relação ao seu exercício, prevista, tão somente, em relação às funções de polícia judiciária da União (art. 144, parágrafo 1º, inc. IV, CF).

A título exemplificativo, de se observar que a própria lei de falências prevê a instauração de inquérito judicial. Ressalte-se, ainda, os poderes investigatórios das CPI's (art. 58, § 3º, CF), a Lei 4.771/65 (art. 33, “b”), o art. 43, do Regimento Interno do STF, os crimes contra a saúde pública, somente para citar algumas das hipóteses de atuação de outros órgãos na fase investigatória criminal (art. 4º, parágrafo único, CPP), sem que isso possa configurar “usurpação” de função pública.

Não bastassem tais argumentos, idôneos a legitimar a atuação suplementar do Órgão Ministerial no caso em epígrafe, dispõe-se, ainda, de outros fundamentos jurídicos idôneos a justificar a conduta investigatória dos membros do *Parquet*, em matéria criminal. Senão vejamos:

O inc. IX do art. 129 da CF prevê, dentre as funções institucionais do Ministério Público: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Como se deflui, a previsão de atribuições específicas relacionadas nos oito incisos precedentes daquele dispositivo constitucional não se constitui em rol exaustivo, porquanto se abre a possibilidade de outras atribuições ao Ministério Público, dês que a hipótese concreta suscite a pertinência da atuação, com no caso sob análise.

A propósito, o Procurador da República Paulo Fontes, em nota técnica distribuída recentemente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal pela Associação Nacional dos Procuradores da República, recorrendo ao escólio de Lênio Streck e Feldens, aponta para 3 condicionantes de tal atuação suplementar, referidas pela doutrina pátria, a saber: “a) a proveniência legal da função (limitação formal); b) compatibilidade da função legalmente conferida com a finalidade institucional do Ministério Público (limitação material afirmativa); c) vedação de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidades públicas (limitação material negativa)”.

Trata-se, *in casu*, de **poderes implícitos** de que dispõe o Órgão Ministerial, enquanto defensor maior da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127 – *caput*). Enquanto titular da ação penal, incumbe ao Ministério Público munir-se dos meios necessários a demonstrar os fatos que derem ensejo a eventual acusação, personificada através da denúncia. Se assim não ocorrer, restam inócuas suas atribuições.

Detalhando referida teoria (*theory of implied and inherent powers*), construída pelo direito norte-americano a partir do caso

MacCulloch vs. Maryland, tem-se que a mesma se funda, basicamente, na idéia de que, quando o constituinte originário outorga a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), de modo implícito estará lhe fornecendo simultaneamente os meios necessários ao pleno atingimento do seu desiderato, sob pena de restar frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido. Conclui-se, assim que, se ao Ministério Público incumbe promover privativamente a ação civil pública, também lhe é conferida, implicitamente, a prerrogativa de investigar diretamente os fatos essenciais a tal denúncia, como antecedente lógico, se necessário for.

Nesse sentido, assim afirma Afrânio Jardim², em relação a poderes implícitos conferidos ao *Parquet*: “Se a lei exige do órgão público determinado resultado, subentende-se que a ele outorgou meios e instrumentos para atingi-lo. É até mesmo intuitivo”. Ora, a situação concreta aponta para a impossibilidade de a polícia judiciária exercer em sua plenitude seu múnus público de investigar com eficiência e isenção: A uma, em face da ausência de estrutura de trabalho para a realização das diligências requisitadas pelo Órgão Ministerial; a duas, tendo em vista a possibilidade de identificação de suspeitos integrantes da própria Polícia Judiciária, mormente quando tais integrantes gozam de prestígio e influência dentro da instituição policial, como é o caso em análise, o que faz aflorar, de modo inexorável, o sentimento de corporativismo e de empatia entre investigador e investigado.

Não restaria, portanto, outra alternativa ao Ministério Público, a não ser que pudesse renunciar a seu poder-dever de defender com desvelo o corpo social das investidas criminosas, senão adotar providências no sentido de coletar o conjunto probatório necessário ao fiel exercício de suas funções, ainda que de modo suplementar. Não se está falando aqui em substituição à atuação policial-investigativa, mas, como já dito alhures, de atuação extraordinária, consubstanciada através de peças de informação, a servirem de lastro à acusação a ser perpetrada, considerando-se, a propósito, a possibilidade de dispensa do inquérito policial (art. 46, § 1º, CPP).

² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 327.

Trata-se, ainda, de consectário do sistema de freios e contrapesos, em que um órgão estatal (MP), ao identificar vulnerabilidade na atuação pontual de outro órgão (Polícia), adota providências no sentido de suprir tal deficiência, em regime de exceção, sobretudo se o problema detectado puder implicar prejuízos a atuação do primeiro (MP), como de resto se apresenta a hipótese em discussão.

Não é outro o entendimento que deflui do art. 129, VII, CF, sem que isso possa implicar hierarquia funcional, mas simples concatenação de atividades visando ao fiel cumprimento das atividades previstas em lei para cada órgão. No caso do Ministério Público, pretendeu-se a coleta de provas que serviram de lastro à pretensão deduzida em juízo, através de investigação criminal perpetrada, em caráter excepcional, pelo próprio *Parquet*, por sua conta e risco.

Ademais, com a nova feição conferida pela Magna Carta ao Ministério Público, este passou a ser, mesmo no Processo Penal, parte imparcial, vale dizer, com o ônus não de condenar o réu a qualquer custo, mas de buscar a verdade real e a defesa da sociedade na qual se encontra inserido o indivíduo. Aliás, esse o sentido que se pode extrair da Súmula nº 234 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua 6ª Turma, decidiu, por maioria, acatando recurso contra decisão que determinou à 9ª Promotoria de Investigações Penais do Rio de Janeiro a suspensão das apurações de irregularidades no Procon do Estado, que o Ministério Público pode realizar investigações criminais. O Ministro Nilson Naves argumentou que as polícias não têm direito exclusivo à investigação criminal e, se por um lado não há texto normativo que mencione expressamente a possibilidade de o MP conduzir investigações criminais, por outro não há dispositivo legal em sentido oposto. “Ao contrário da total omissão, já indícios aqui, ali e acolá em direção à legitimidade da acusação”, sustentou o Ministro. Mais uma vez, patente a demonstração de que não dispõe a polícia civil de monopólio em relação à investigação criminal.

Até o Poder Judiciário, de quem se exige com mais rigor uma atuação com imparcialidade, tem-se hipóteses em que se reclama sua atuação investigativa, com no caso de determinação de diligências de ofício (art. 156, CPP), ou de oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes (art. 209, CPP), ou até de realização, pessoalmente, de busca domiciliar (art. 241, CPP), somente para citar alguns casos.

Recentemente, na Medida Cautelar intentada na ADIn nº 1517-6 (DJU de 22.11.02), o Ministro Maurício Correa, em voto vencedor, decidiu que a investigação criminal não é privativa das polícias, apontando para a possibilidade de investigação pelo próprio juiz, que tradicionalmente sempre foi preservado na condução da investigação pré-processual. (No mesmo sentido, HC 16.523/RJ, rel. Min. Paulo Medina, DJU 09.06.03, p. 306; HC 24877/RS, rel. Min. Félix Fischer, DJU 30.06.03, p. 273).

Maiores razões socorrem, nesse sentido, a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública e defensor dos interesses superiores e indisponíveis da sociedade, quando se mostrar vulnerável e fragilizada a investigação perpetrada pela Polícia Civil.

Quanto à alegação da impetrante de que seu cliente não teria sido sequer ouvido na fase investigatória capitaneada pelo Ministério Público, tampouco indiciado em inquérito policial, é de se frisar que o inquérito policial não se constitui em peça indispensável ao oferecimento da denúncia (arts. 12, 40, 46, § 1º e 47, CPP). Assim, valeu-se o Órgão Ministerial de peças de informação para instruir a denúncia oferecida, consistentes nos depoimentos coletados, em duas ocasiões distintas.

Querendo alegar, ademais, a falta de oitiva do denunciado, ora paciente, na fase pré-processual, mais uma vez incorreu em equívoco a demandante, porquanto é cediço que, antes do ajuizamento da ação penal, o que se tem é procedimento administrativo, de cunho inquisitivo, em relação ao qual não há que se exigir a instauração do contraditório, que somente passa a vigorar durante a fase judicializada, esta sim, com perfil inerente ao sistema acusatório.

Não bastassem tais argumentos, pouco mais de um mês após os últimos depoimentos prestados ao Ministério Público, foram as mesmas testemunhas ouvidas em juízo, com a presença de advogado

dos acusados (fls. 117; 122), ocasiões em que, de pronto, confirmam todos os depoimentos prestados aos Promotores de Justiça nas dependências da Polícia Federal, à exceção de fatos relacionados à suposta participação de dois políticos em outro delito, o que não interfere no crime imputado ao ora paciente. Insubsistentes, portanto, os argumentos utilizados para tentar demonstrar suposta falta de justa causa ao oferecimento da denúncia criminal em desfavor do ora paciente.

Como se observa, nenhum prejuízo restou demonstrado em relação ao denunciado o qual, após instaurada a relação processual, vem tendo preservadas, em sua inteireza, as prerrogativas inerentes ao contraditório e à ampla defesa, pilares do sistema processual acusatório. Poderá lançar mão, doravante, de todos os instrumentos de defesa legalmente permitidos, de molde a que possa demonstrar sua inocência, se for o caso.

Ressalte-se, outrossim, que, para o ajuizamento da denúncia criminal, basta que se tenha a prova da materialidade do delito e indícios de autoria. Tanto é assim que a sua rejeição só restará cabível quando for manifestamente ilegítima a parte (art. 43, III, CPP). O requisito da existência de indícios suficientes de autoria apenas se faz presente, por exemplo, no caso de decretação de prisão preventiva (art. 312, CPP), nunca para o simples recebimento da denúncia. Insubsistentes, nesse sentido, os argumentos da impetrante.

Não se pode falar, outrossim, em testemunhas que sejam, ao mesmo tempo, co-réus, já que os mesmos respondem a processo distinto, que apura homicídio de outra vítima, não sendo parte, portanto, na Ação Penal nº 16431-0/02, relativa ao homicídio de EBSON VASCONCELOS SILVA e à prática de lesões corporais em CHARLES IÓRIO GOMES FERRO. Eventual conexão entre tais delitos e aquele outro, em que figuram como acusados GARIBALDI SANTOS AMORIM e FERNANDO FIDELIS, não possui o condão de impor aos mesmos a condição de co-réus em processo em que apenas atuem como testemunhas.

No que concerne à suposta “avocação” de atribuições investigativas, por parte do Ministério Público, em relação à transferência de sigilo de dados telefônicos relacionados ao paciente, de se ressaltar que se trata de decisão judicial nesse sentido,

determinada por autoridade competente para tanto, consoante se deflui à fl. 153.

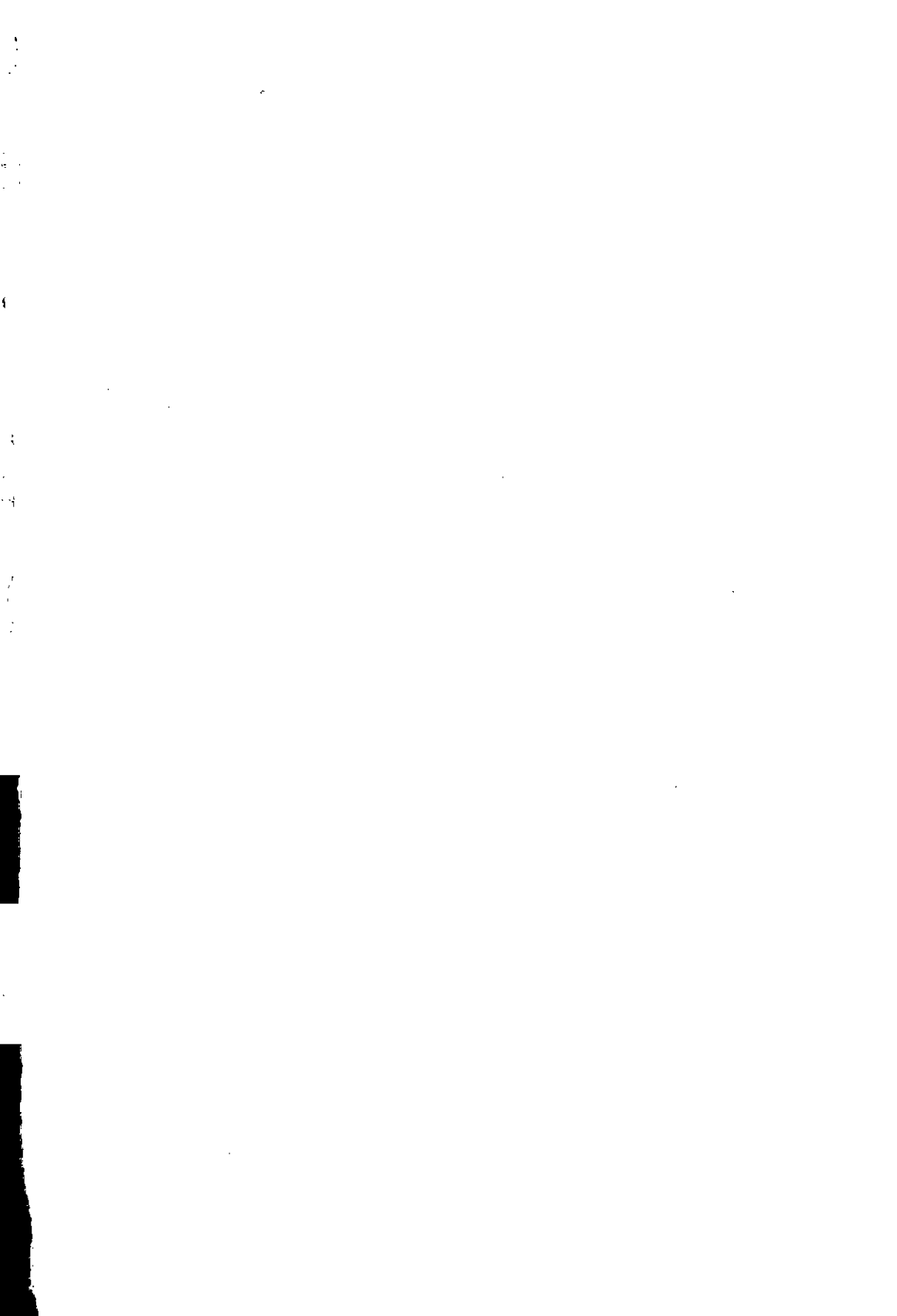
Em relação à alegação de suposta suspeição da autoridade judiciária que recebeu a peça acusatória em desfavor do paciente, tem-se por superada a questão por perda de objeto, já que o Magistrado Titular da 8ª Vara Criminal da Capital, ao dar seguimento aos atos processuais legalmente previstos para a espécie, cuidou de ratificar, de modo implícito, os atos anteriormente proferidos pela juíza que o substituiu, acolhendo-os, isto posto, como legítimos e adequados. Trata-se, assim, de preclusão lógica da matéria, a não mais merecer qualquer reparo.

Ante todo o exposto, manifesta-se o Órgão Ministerial pela **não concessão da ordem de *habeas corpus* pretendida**, dada a insubsistência dos argumentos invocados na inicial.

Maceió, AL, em 2 de maio de 2.005

Coaracy José Oliveira da Fonseca
Procurador-Geral de Justiça

Karla Padilha Rebelo Marques
Promotora de Justiça / Assessora Técnica





Esta obra foi impressa na Q Gráfica em 2005
Campus Universitário, BR 101, Km 97,6
Tabuleiro do Martins - Fones: (82) 3322.2383 / 9351.2234
CEP: 57.072-970 - Maceió - Alagoas - Brasil