

PRÁTICA FORENSE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE ALAGOAS

MANDADO DE SEGURANÇA

**IMPETRANTE: PROMOTOR DE JUSTIÇA DE PÃO DE AÇÚCAR NA
FUNÇÃO DA 11ª ZONA ELEITORAL**

IMPETRADO: JUIZ ELEITORAL DA 11ª ZONA

**O PROMOTOR DE JUSTIÇA DE PÃO DE AÇÚCAR
NA FUNÇÃO DA 11ª ZONA ELEITORAL**, no uso de suas
atribuições legais, conferidas pela Lei Complementar nº 15/96 e Lei
Complementar nº 75/93, bem como demais legislações eleitorais, e
considerando que cabe ao Ministério Público atuar obrigatoriamente
em todas as fases do pleito eleitoral, vem, perante V. Exa., com
espeque no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal Brasileira e na Lei
nº 1.533/51, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido
de Liminar**, para proteger direito líquido e certo, afrontado por ato
ilegal e abusivo do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 11ª Zona
Eleitoral – Município de Pão de Açúcar/Al, exercendo suas funções
judicantes com endereço na Av. Braúlio Cavalcanti, s/n, centro, Pão
de Açúcar, consoante as razões de fato e de direito abaixo aduzidas:

BREVE RETROSPECTIVA FÁCTICA

O Impetrante exerce suas atribuições eleitorais neste
município de Pão de Açúcar há mais de 2 (dois) anos, conhecendo
perfeitamente a realidade local. Ocorre que chegou ao conhecimento
deste Promotor Eleitoral, que nesta cidade apareceram algumas
pessoas, que estavam fabricando e colocando à venda simuladores de
urna eletrônica, tendo inclusive uma destas pessoas, vindo no Cartório

Eleitoral desta 11ª zona, e procurando saber se poderia obter autorização do Poder Judiciário para concretizar seu objetivo.

Segundo os fabricantes acima citados, estas urnas (que são feitas de madeira, e imitam perfeitamente a urna oficial, tendo inclusive, desenhado o símbolo da Justiça Eleitoral), seriam destinadas aos futuros candidatos, e visavam orientar e treinar seus eleitores no manejo da máquina.

Sendo assim, o Ministério Público através deste Promotor, peticionou ao Magistrado ora impetrado, e requereu que este Juízo Eleitoral da 11ª Zona, expedisse uma Portaria com base na Resolução nº 13.412 de 5.6.2000, expedida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Alagoas, tendo ainda como suporte as Resoluções 20.370/98 e 20.343/98, ambas do Colendo TSE, proibindo, a compra, venda, e utilização sob qualquer pretexto de simulacros (cópias) de urnas eletrônicas, por parte de qualquer pessoa, nesta circunscrição eleitoral, bem como ficasse constando que a desobediência à Portaria, além da apreensão do aparelho pela Justiça Eleitoral, seriam tomadas contra a(s) pessoa(s) do infrator (es) todas as sanções administrativas e/ou judiciais cabíveis.

Após analisar o pleito ministerial, o impetrado expediu a Portaria nº 001/2000, que foi publicada em 8.8.2000, concordando expressamente com o que foi requerido, acrescentando ainda em seu ato normativo o seguinte: *“considerando ainda, que a possível aquisição de um elevado número de urnas, por parte de estruturados Partidos Políticos e fortes Coligações em detrimento de pequenos Partidos Políticos, poderá ensejar abuso de poder econômico nos moldes da Lei Complementar nº 64/90, prática abominável em face do nosso atual Estado Democrático de Direito”* (ipsi literis, e com grifo nosso).

Após a publicação da Portaria supra, a cidade de Pão de Açúcar e principalmente, os pequenos Partidos e Coligações aplaudiram a atitude tomada pelo Magistrado. Entretanto, fortes e poderosas Coligações Políticas se insurgiram contra a vigência do ato normativo acima, e chegaram a trazer alguns advogados de Maceió, para esta cidade, com o objetivo de demover o impetrado com relação ao ato tomado.

Até que a Coligação “Progresso Garantido”, formada pelos partidos do PSDB, PSB, PSD, PC do B, PPS, PFL e PT do B, anexou uma petição denominada “requerimento inominado”, (em anexo) onde pugnaram pela revogação da Portaria nº 001/2000, alegando em síntese, que a Resolução do TRE/AL, nº 13.412/2000, se restringia apenas ao simuladores de urnas que fossem eletrônicos, bem como argumentou que várias cidades deste Estado estavam permitindo a utilização destes simuladores não eletrônicos.

Em sucinto despacho (em anexo) o Magistrado alegando exercer o seu juízo de retratação, de modo inexplicável, revogou integralmente o conteúdo de sua Portaria, e autorizou a livre utilização de tais simuladores pelos Partidos e Coligações Políticas desta zona eleitoral, alegando que a Resolução do TRE/AL, apenas proibia a utilização de **simuladores eletrônicos**, praticando desta forma ato ilegal e abusivo.

DAS ARGUMENTAÇÕES QUE PROIBEM A UTILIZAÇÃO DE SIMULADORES DE VOTO ELETRÔNICO

Data venia opiniões em sentido contrário, o Ministério Público elencou uma gama de argumentos fortes e incontestáveis, que por si só, já seriam suficiente para proibir a utilização nesta zona eleitoral de qualquer simulador de voto que pudesse de alguma forma, contribuir para confundir os eleitores. Vejamos logo abaixo algumas destas ponderações:

1. O TREINAMENTO DE ELEITORES É ESCLUSIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL – Por ocasião da edição da Resolução nº 13.412/2000, deste Egrégio TRE/AL, foi explicitado no § 2º do artigo 1º o seguinte, *verbo ad verbum*: “**O TREINAMENTO AOS ELEITORES SERÁ PROCEDIDO POR SERVIDORES DA JUSTIÇA ELEITORAL OU POR PESSOAS DESIGNADAS PELOS JUÍZES ELEITORAIS**” (grifei).

Ora, pelo dispositivo acima citado, apenas os servidores da Justiça Eleitoral ou as pessoas designadas pelos Juizes Eleitorais, seriam legítimas e autorizadas a fazer o treinamento de eleitores.

Destarte, ao verificarmos o despacho ora vergastado, observamos que o impetrado argumenta na parte final de sua infeliz

decisão o seguinte: *“tendo em vista que esta medida irá também auxiliar o treinamento dos eleitores desta mencionada Zona Eleitoral”* (grifei).

Como pode o Magistrado afirmar que sua decisão está consentânea com a Resolução nº 13. 412/2000, do TRE/AL, se ao cotejarmos o § 2º do artigo 1º da referida Resolução, com seu despacho, claro se demonstra o ato ilegal e abusivo.

Concluí-se: O treinamento aos eleitores será procedido por servidores da Justiça Eleitoral ou por pessoas designadas pelos Juizes Eleitorais, e não por Partidos e Coligações Políticas.

2. DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO- A utilização de tais simuladores, não pode deixar de ser encarada como um grande abuso do poder econômico por partes de fortes Partidos e Coligações, em detrimentos dos menores, que devem ter as mesmas chances e condições de concorrência ao pleito eleitoral. Como bem disse o impetrado, em sua Portaria nº 001/2000 (antes de revogá-la), a utilização de simuladores: *“poderá ensejar abuso de poder econômico nos moldes da Lei Complementar nº 64/90, prática abominável em face do nosso atual Estado Democrático de Direito”*.

Deveras, os grandes Partidos e Coligações investiram consideravelmente na aquisição de simuladores, e a desvantagem em relação aos Partidos pequenos chega a ser afrontosa. Temos coligações com 30 a 50 simuladores adquiridos ao preço de R\$ 40,00 (quarenta reais) a unidade, para serem utilizados ao bel-prazer dos candidatos em todos os povoados e recantos deste município, enquanto por outro giro, existem candidatos e pequenas coligações que ao menos podem adquirir 5 (cinco) unidades. Onde está a Justiça Eleitoral, que deve zelar entre outras coisas, pela igualdade de disputa eleitoral entre os partidos e coligações?

Concluí-se: A utilização de simuladores constitui também, abuso de poder econômico por partes das grandes coligações, como v.g., a coligação “Progresso Garantido”, que requereu a revogação da Portaria expedida pelo impetrado.

3. **DO ALICIAMENTO DE ELEITORES**— Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, define o significado da palavra “ALICIAR”→ (Do latim *alliciare*), 1. Atrair a si; seduzir. 2. Peitar, subornar.¹

O prisma do aliciamento, sem medo de errar, é o que mais milita a favor das argumentações expendidas pelo Ministério Público Eleitoral. O aliciamento de eleitores é uma prática real e atual. Será que os candidatos estão preocupados em adquirirem vários simuladores no escopo apenas de treinar os eleitores de forma isenta, ajudando a Justiça Eleitoral? A resposta é clara: É OBVÍO QUE NÃO. A bem da verdade, o que vai se realizar nos povoados, vilas e sítios desta Zona Eleitoral, será um verdadeiro aliciamento coletivo, nas barbas da Justiça Eleitoral, e o que é pior, com a sua chancela e com o seu aval.

Um verdadeiro batalhão de cabos eleitorais já está preparado para realizar o “treinamento” com os eleitores do município. Tal situação é vergonhosa, e o que é mais acintoso, é que se reveste com ares de legalidade, posto que foi autorizada pelo impetrado.

Concluí-se: A utilização de simuladores também é uma forma vergonhosa e afrontosa de aliciamento de eleitores por parte das Coligações e dos Partidos Políticos.

DA INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL DAS RESOLUÇÕES Nºs. 20.370/98 e 20.343/98 DO TSE

Outrossim, quando o TRE/AL, expediu a Resolução nº 13.412/2000, em razão da delegação de competência atribuída pelas Resoluções nºs. 20.370/98 e 20.343/98 emanadas do TSE, interpretou, *data maxima venia*, distorcidamente a verdadeira *mens legis* de tais normas jurídicas.

Não cremos que o Colendo TSE, queria apenas delegar competência aos Tribunais Regionais Eleitorais, para apenas tomar providências no que atine a utilização de simuladores **eletrônicos**. É óbvio que não.

Diz a ementa da Resolução nº 20.370 do TSE:

¹ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2. ed.

“Consulta – Utilização de Simuladores de Voto Eletrônico – Aos Tribunais Regionais Eleitorais cabe tomar as providências que se fizerem necessárias a evitar que o uso de tais simuladores possa contribuir para confundir o eleitor com relação ao manejo da Urna Eletrônica” (g.n.)

Ora, dois aspectos, se nos afiguram imperiosos para a interpretação do melhor direito. O primeiro é com relação ao verdadeiro sentido gramatical do texto acima, e o segundo diz, com o objetivo da própria Resolução.

O texto fala em simuladores, no plural, e não em simulador de voto eletrônico. Logo, é de ser entendido que qualquer simulador, seja ele eletrônico, elétrico, manual, eletromecânico, solar, feitos de metal, madeira, plásticos, enfim, qualquer simulador que possa confundir o eleitor deve ser proibido. A Resolução fala em **Simuladores de Voto Eletrônico, e não em Simuladores Eletrônicos**, coisas totalmente díspares, e que jamais deveriam ser confundidas. Entender que as Resoluções do TSE, pretenderam restringir o uso de simuladores apenas eletrônicos, é querer dar uma exegese totalmente distinta de sua verdadeira intenção, abrindo um precedente capaz de comprometer a igualdade e lisura das eleições.

Ademais, se por absurdo prevalecesse o entendimento da proibição apenas para os simuladores eletrônicos, é de ser indagado: Qual o mal maior que um simulador eletrônico poderá causar, que os demais outros, também não o possam? A resposta é simples: Todos os simuladores, eletrônicos ou não, são potencialmente nocivos à boa transparência das eleições.

Sendo assim, temos que não apenas simuladores de urnas eletrônicas se amoldam a proibição da Resolução. Deveras, simulacros, que imitam perfeitamente urnas oficiais, e qualquer outro tipo de simulador de voto eletrônico, se utilizadas por pessoas inescrupulosas, podem causar um mal irreparável no corpo social, máxime naquelas regiões e povoados de pessoas incautas, trazendo um prejuízo sem proporções, e sobretudo, influenciando de maneira tendenciosa e nefasta na vontade dos eleitores.

O outro aspecto diz respeito com o objetivo da própria Resolução, ou seja, evitar que tais apetrechos confundam os eleitores

com relação ao manejo da urna eletrônica. Ao nosso ver, tal hipótese é perfeitamente possível. Cabos eleitorais e candidatos não são pessoas capacitadas para treinar eleitores no manejo das urnas.

DO DIREITO LIQUIDO E CERTO RECLAMADO

O ato praticado pelo Juiz Eleitoral da 11ª Zona, em revogar sua Portaria, permitindo a utilização dos simuladores de voto eletrônico, fere frontalmente as Resoluções acima citadas, emanadas do TSE, a Lei Complementar 64/90, bem como o comando constitucional que ensejou a referida Lei, qual seja, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal que prescreve:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§§- *omissis*.

§ 9º. Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, afim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a **normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico** ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (g.n.)

Dessume-se, por assim ser, que o ato praticado pelo Juiz Eleitoral da 11ª Zona, em revogar sua Portaria, permitindo a utilização dos simuladores de voto eletrônico, fere de morte a normalidade e a legitimidade das eleições de 1º de outubro vindouro, posto que, o resultado das eleições não irá corresponder com a verdadeira vontade dos eleitores, objetivo maior do processo democrático eleitoral. Ademais, conforme já visto acima, o ato praticado pelo impetrado privilegia e incentiva a prática do abuso do poder econômico por parte das Coligações mais bem aquinhoadas.

DA CONCESSÃO DA LIMINAR

Os requisitos ensejadores para a concessão do provimento liminar estão mais do que patente *in casu*, senão vejamos:

a) O *periculum in mora*, se faz presente ante a falta de efeito suspensivo do ato praticado pelo impetrante, em revogar sua portaria, trazendo consequências imediatas. Muito provavelmente enquanto é redigido este parágrafo, centenas de eleitores talvez, estejam sendo aliciados por pessoas nefastas, no intuito de burlar a lei, e fraudar as eleições. Noutras palavras, caso o provimento liminar não seja concedido *incontinenti*, pode, se apenas concedido ao final, resultar na sua ineficácia;

b) Por seu turno, o *fumus boni juris*, caracterizado legalmente pela relevância do fundamento do pedido, também se faz cristalino. É evidente a afronta ao § 9º do art. 14 da Constituição Federal, bem como as Resoluções nºs. 20.370/98 e 20.343/98 expedidas pelo TSE.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é importante ainda registrar que nesta 11ª Zona Eleitoral, o Ministério Público intentou 150 (cento e cinquenta) denúncias por crime de inscrição fraudulenta, conforme se entrevê através da Certidão fornecida pelo Cartório Eleitoral desta cidade (em anexo), demonstrando, assim, claramente a tendência de aliciamento de eleitores, visando o pleito eleitoral de 1º de outubro vindouro.

É preciso agir com pulso forte e altivez para coibir todas as pressões urdidas e exercidas por pessoas das mais diferentes esferas da sociedade, cujo o objetivo é manipular a vontade dos eleitores. O ato do impetrado em revogar sua própria portaria, enfraquece o Judiciário, e causa no corpo social a sensação de fragilidade das instituições.

Numa época onde a transparência das eleições tem sido tema tão cobrado, principalmente pela sociedade civil organizada, também pela própria OAB, um ato tão afrontoso e abusivo, como o praticado pelo impetrado deve ser de plano repudiado. Pão de Açúcar e Palestina, são cidades onde os ranços do coronelismo teimam em aflorar, e uma atitude como a tomada pelo impetrado, é um verdadeiro sopro de vida e de incentivo às hostes da fraude e do aliciamento eleitoral.

DO PEDIDO

Por tudo que foi exposto o impetrante requer:

a) A concessão da liminar, independentemente da oitiva da autoridade coatora, no sentido de que, seja anulado o ato ora hostilizado do Excelentíssimo Senhor Juiz da 11ª Zona Eleitoral do Estado de Alagoas (que permitiu a utilização de simuladores de voto nesta zona eleitoral), fazendo ressurgir a Portaria nº 001/2000, em todos os seus efeitos;

b) A notificação da autoridade coatora para prestar as informações no prazo de 10 dias;

c) A intimação pessoal do Procurador Regional Eleitoral, para sua manifestação legal;

d) A concessão definitiva da segurança, no sentido que, seja anulado o ato ora hostilizado do Excelentíssimo Senhor Juiz da 11ª Zona Eleitoral do Estado de Alagoas (que permitiu a utilização de simuladores de voto nesta zona eleitoral), fazendo ressurgir a Portaria nº 001/2000, em todos os seus efeitos, posto que o treinamento de eleitores é atividade exclusiva da Justiça Eleitoral e de pessoas designadas pelo Juiz Eleitoral.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 100,00 para efeitos fiscais

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Pão de Açúcar, em 6 de setembro de 2000

MAX MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA

Promotor de Justiça Eleitoral

APELAÇÃO CÍVEL 00.001361-7 2ª VARA DA FAZENDA ESTADUAL - MACEIÓ.

APELANTE: Estado de Alagoas.

APELADO: Moacyr Lopes de Andrade.

RELATOR: Des. WASHINGTON LUIZ DAMASCENO FREITAS.

Apelação Cível.

Mandado de Segurança que ataca ato omissivo de autoridade, invalidante de norma contida no ordenamento constitucional anterior.

Fato administrativo que, tirando de forma unilateral do patrimônio do administrado direito ali já integrado, ofendeu ao direito individual do cidadão ao contraditório e ampla defesa em processo regular.

Ocorrência de prescrição administrativa quinquenal, vez benefício reconhecido pela própria administração em sucessivas manifestações durante mais de sete anos.

Ocorrência de norma de vigência ultra-ativa a reger situações ocorrentes em ordenamento passado, o que a faz, por seus efeitos, presentes no sistema atual.

Direito líquido e certo do autor do *mandamus*, com fato gerador consubstanciado no termo inicial do seu direito - Posse em caráter permanente -. Fruição do direito apenas cessada a investidura, por condição do dispositivo ainda operante.

Pelo conhecimento e improvimento.

PARECER_____

A *examen* do Ministério Público, apelação exercitada pelo Estado de Alagoas, inconformado com decisão proferida em Mandado de Segurança titulado por Moacyr Lopes de Andrade, que recebeu sentença de procedência e que teve como objeto, reparação de ilegalidade consistente em ato omissivo do Sr. Secretário de Administração do Estado de Alagoas.

A ilegalidade estaria circunscrita a omissão da autoridade apontada como coatora, no pleito do apelado concernente a reativação dos pagamentos de verba de representação originária do fato de Ter o autor do *mandamus* ocupado em caráter permanente, o Cargo de Governador do Estado de Alagoas.

O impetrante/apelado, informa na inicial, que exerceu em caráter permanente o cargo de Governador do Estado de Alagoas, no período que compreendeu o dia 14.5.89, até o dia 15.3.91. A assunção referida, fora devido a que o mesmo era Vice-Governador do Estado e, com a renúncia exercitada pelo titular Dr. Fernando Afonso Collor de Mello, fora investido no cargo em caráter permanente.

Diz ainda que, quando deu-se o fato referido, estava plenamente eficaz o dispositivo contido no artigo 153 da Constituição Estadual então vigente que dispunha:

Art. 153 - Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual à remuneração do cargo de Desembargador.

Defende mais que, embora quando do término do seu período de ocupação do cargo de mandatário maior do Estado de Alagoas, já estávamos com a constituição estadual nova, posto promulgada a 8.10.1989, o seu direito já era garantido vez que fundado na ordem anterior, quando se dera a sua investidura.

Informa mais, que ao término do seu mandato, requereu e lhe foi deferida a percepção da pensão, conforme mandamento constitucional, passando então a perceber automaticamente, desde a sua desinvestidura(15.3.91), os valores relativos ao subsídio mensal vitalício,a título de representação, como descrito na norma referida.

O subsídio mensal enfocado, recebeu a matrícula 073515-9, da Secretaria de Administração, sendo que, a 1.2.95, requereu e lhe fora deferida, a suspensão do pagamento, tendo em vista na mesma data, haver assumido o exercício do mandato de Deputado Federal, para o qual fora eleito.

Ao concluir seu mandato, e não logrando êxito político em sua tentativa de reeleição para o cargo legislativo que ocupara, eis que o impetrante a 1.2.99, pediu a reativação do seu pagamento, no que

não fora atendido. Daí, a impetração do MS, visando coibir a ilegalidade contida na negação do pagamento.

Pediu mais, no que foi atendido, concessão de liminar, sem oitiva da parte contrária, para o imediato cumprimento da obrigação emanada do seu direito.

Concedida a liminar e, solicitadas as informações de praxe, a autoridade apontada como coatora informa haver deixado de atender o requerido pelo autor do MS, face a parecer da Procuradoria setorial que, conclui por entender **faltante dispositivo legal vigente que garanta a concessão do benefício.**

O fundamento do parecer que sustentou a atitude omissiva da autoridade coatora, residiu no fato de entender o parecerista, que o artigo 153 da Constituição Estadual, que criou o benefício, estava simetricamente vinculado ao artigo 184 da Constituição Federal, inclusive pela igualdade no essencial, da composição redacional de ambos.

Entendia mais o brilhante parecerista DR. MARCIO GUEDES DE SOUZA, que com o advento da nova Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e, pelo fato da nova ordem constitucional não haver repetido o dispositivo anterior, e, sendo este o fundamento de validade do dispositivo constante no artigo 153 da Constituição Estadual de Alagoas, também este fora revogado, e por tal nenhum direito restara ao ora apelado no aqui enfocado.

Prestadas as informações, é colhido o parecer do órgão ministerial de primeira instância que, em análise da hipótese colocada a julgamento, conclui por opinar pela improcedência do MS, uma vez que a norma constitucional estadual, só podia fazer adquirido o direito do requerente, se a assunção do cargo fosse em caráter permanente, e após cessada a investidura. Que, como quando do término do mandato, já havia sido **imposto ao ordenamento jurídico uma nova estrutura de Estado, a partir da Carta Magna trazida pelo Poder Constituinte Originário**, não tinha restado qualquer resquício de direito ao impetrante do writ.

Ressalta no item 23 do seu opinativo o ilustrado Promotor de Justiça Dr. ELÁDIO PACHECO ESTRELA, que,

Cassar a pensão sem publicar anulação do ato administrativo, é desídia ao ato de ofício; um tanto pior é

acolher parecer sem formular o ato; ou ainda, não aplicar os postulados da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal ao rever o ato viciado e inobservar regra de competência.

Ainda assim, concluiu opinando pela revogação da liminar e denegação do writ.

A sentença objurgada, deu pela procedência do mandado de segurança, reconhecendo ter o autor direito líquido e certo a percepção da pensão, posto que a Constituição nova, não desfaz as situações jurídicas constituídas no ordenamento anterior. E faz fincas o julgado:

A nossa Carta Magna Federal bem como a Estadual não trouxe nenhum preceito autorizativo do direito ora postulado a título de representação através de subsídio mensal e vitalício a ex-governadores, donde se conclui que a inexistência do direito a percepção de subsídios vitalícios concedidos a ex-governadores de Estado, teve seus efeitos **ex nunc**, ou seja, a partir da promulgação da Constituição Estadual de 5 de outubro de 1989.

Tendo o impetrante assumido o cargo de governador do Estado em 14 de maio de 1989, porém, antes da promulgação da Carta Estadual verifica-se por isso ser o mesmo possuidor do direito adquirido, o mesmo não se podendo dizer dos demais que lhes sucederam. (fl.54 TJ).

E, mais adiante, após transcrição de julgado:

...ilaciona-se que o impetrante faz jus ao direito inserto previsto no art. 153 da Constituição Estadual anterior, uma vez que foi investido no cargo de governador do Estado de Alagoas sob a égide da Constituição Estadual pretérita, e que se encontrava em plena eficácia á época (14 de maio de 1989), tanto é assim que o legislador constituinte insculpiu no art. 11 do ADCT o prazo de um ano, contado da promulgação da CF/88 para as respectivas elaborações das Constituições dos Estado, donde deixa a convicção das eficácias das Constituições Estaduais vigentes à época, até o prazo máximo que seria 5 de outubro de 1989 ou seja, um ano após a promulgação da CF/88...

Sob os fundamentos agora enfocados, entende procedente o inconformismo do autor do MS e, julga procedente o *Writ* para garantir ao impetrante a reativação de seus subsídios.

Insatisfeito, o Estado de Alagoas exercita o Recurso de Apelação, devidamente recebido, fundado em dois(2) pontos basilares: a) a ausência de direito adquirido por parte do apelado, tendo em vista que este só se completava com o cumprimento da totalidade do mandato, sob a égide do ordenamento anterior e; b) repetindo o parecer que baseou o ato omissivo atacado, que com a não recepção expressa do dispositivo da CF anterior, destruído fora o fundamento de validade da norma inserida na Constituição Estadual, tornando-se por tal, ela também, inexistente. Assim, falecia direito qualquer ao apelado.

Ouvido o MP, este negou-se a opinar, deixando para o MP atuante na instância superior, **"por fenecer hipótese legal para vistas em grau de recurso pelo membro do parquet em juízo a quo, devolvo o processo sob comento com as homenagens de praxe"**.

Após a decisão, notícia nos autos de revogação da liminar pelo Presidente do Tribunal de Justiça, bem como exercitamento de reclamação por parte do autor do MS, devidamente processada e julgada.

OPINO:

O ponto controvertido no presente, parece-nos até agora, a discussão que procura esclarecer a existência ou não de direito adquirido por parte do apelado, à percepção a título de representação, de subsídio mensal e vitalício em valor equivalente ao salário de desembargador. Essa discussão gira em torno da presença de eficácia em norma oriunda da Constituição anterior, quando e sob a égide de constituição nova.

O fato de a Carta nova, não acolher nem rejeitar expressamente o dispositivo expresso na Carta velha, provoca a desconstitucionalização da mesma o que a faz operante e irradiadora de eficácia, ou ao contrário, é a Constituição nova, *"a rasoura que desbasta o direito anterior?"*. Ou mesmo nestas condições, a norma anterior por ser ignorada pela norma nova, não a faz incompatível *"com a nova estrutura e as novas normas jurídicas constitucionais"* como ensinado pelo insuperado PONTES DE MIRANDA.

Antes de uma análise opinativa dos questionamentos acima, parece-nos de suma importância, o enfoque de situações ocorridas que não mereceram exame no curso da ação originária. Vejamos:

Como sabido, a CF em seu artigo 5º incisos LIV e LV, assegura, aos litigantes em processo administrativo, o devido processo legal com contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Alí está contido:

Art 5º Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No caso a exame, o ato administrativo atacado, fora a omissão da administração, individualizada na pessoa da autoridade coatora, em negar a implantação do pagamento do apelante, decorrente de seu subsídio mensal vitalício, já existente e operante, pela própria administração há aproximadamente oito(8) anos. A omissão atacada, atingiu frontalmente o direito subjetivo do apelante, que teve suprimido do seu patrimônio, bem a este já integrado, desde a sua origem.

Para que tal vantagem fosse supressa, como o foi, necessário se fazia que a administração, tomasse várias cautelas, dentre estas a de possibilitar a oportunidade ao apelado, de tentar demonstrar os seus direitos, como tal considerado.

Não se queira aqui, potencializar o direito da administração de revogar seus atos quando os entenda ilegais. Não, neste caso, o ato desconstitutivo de situação administrativa consolidada, teria que ser consentâneo com o respeito ao direito constitucional fundamental do administrado, que teve seu patrimônio radicalmente atingido. É por demais reconhecida a possibilidade de no âmbito da administração serem praticados atos, ofensivos aos direitos individuais dos administrados, razão pela qual a garantia constitucional se impõe com

toda a sua força, também neste ambiente. Comentando os dispositivos constitucionais invocados, pontifica CELSO RIBEIRO BASTOS:

Com efeito, além de tomar certo que o perceptivo se volta aos litigantes em processo judicial conferiu igual destinação aos envolvidos em processo administrativo. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio a consagrar uma tendência que já se materializava no nosso direito qual seja: a de não dispensar estas garantias aos indiciados em processos administrativos.

Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não revestem o caráter de coisa julgada, senão passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o judiciário”.¹

É nesse enfoque, que o direito subjetivo público do apelado, parece-nos ter sido atingido pela administração.

É relevante que a situação do autor do MS, estava já consolidada, sendo o ato administrativo que concedeu-lhe o direito a percepção do subsídio mensal vitalício, perfeito e acabado, posto editado por autoridade competente, em plena capacidade e estribada na lei, conforme a ótica da própria administração e, em momento que o ordenamento jurídico era composto sob o mesmo talante atual.

Para o desfazimento de tal provimento, e de sua consequência lógica, qual seja a percepção de valores, era preciso respeitar-se o direito individual do administrado, conferindo-lhe no devido processo legal, a oportunidade de exercitamento de ampla defesa e contraditório, como contido no mandamento constitucional referido. Por tal, pela inobservância do preceito, ofendeu-se pela vez primeira ao direito líquido e certo do apelante.

¹ BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. Saraiva, p. 227-228.

Aliás, tal realidade já fora posta pelo órgão ministerial de 1ª instância, conforme inclusive já referido.

Outra realidade que passou despercebida quando do conhecimento do Mandado de Segurança, foi o lapso temporal decorrido desde a concreção do ato concessivo do benefício, até a data da omissão atacada: sete(7)anos, onze(11) meses e quinze (15) dias aproximadamente. Veja-se que a percepção dos valores em espécie, deu-se durante aproximadamente três(3) anos e onze(11) meses, sem qualquer interrupção, para, a requerimento do administrado, ter sua suspensão determinada pela administração, face a iniciado o exercício do mandato de Deputado Federal, para o qual fora eleito.

Veja-se portanto que a administração esteve sempre presente no conhecimento do benefício. Desde sua implantação, pagamentos, suspensão, até o pedido de reativação dos pagamentos, mantendo-se sempre, até o ato atacado, inerte e concordante com a situação do administrado.

Parece-nos pois, "data venia", impossibilitada a administração de revogar seu ato anterior pela chamada prescrição administrativa, ou para -alguns autores, preclusão administrativa.

Tal instituto, existe como forma, de tirar a administração de situação de inércia fortemente constatada. Tem origem também no fato de não aceitar-se a imposição de prazos aos administrados, sem corferir o mesmo ao agente da administração. Não é admissível seja conferido por tempo indeterminado à administração o poder de exercitamento do que "*com muita propriedade os autores italianos, seguindo a trilha aberta por Cammeo, denominaram de auto-tutela*"².

MARIA SÍLVIA ZANELLA DI PIETRO,³ define a Prescrição administrativa, como sendo aquela "que designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, **significa a perda da prazo para que a administração reveja os próprios atos**".

² CRETILLA JUNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. Forense, p. 348.

³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 12 ed. Jurídica Atlas, p.586-587.

Após tecer considerações a respeito do estabelecimento do prazo prescricional, inclusive com referências aos posicionamentos sobre o tema, de outros doutrinadores(Régis Fernandes de Oliveira, Celso Antonio Bandeira de Mello), referida autora conclui na mesma obra e oportunidade:

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles(1996:589), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos nos termos do decreto nº 20910.

No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI,⁴ a afirmar que a Prescrição administrativa,

É o esgotamento de prazos para a interposição de recursos administrativos ou hierárquicos na esfera administrativa, ou para a Administração Pública agir em certos casos(manifestações punitivas sobre as condutas de seus servidores e dos administrados em geral).

Assim, tanto perece a pretensão do administrado em relação à administração Pública, como a da Administração Pública em face do administrado se uma ou outra não agirem a tempo.

Para o autor referido, o prazo prescricional é de cinco(5) anos, devendo-se aplicar em face de ausência de norma expressa estabelecadora de prazo temporal prescricional, aquele previsto no Dec. Federal 20.910/32., "*uma vez que a regra é a prescritibilidade (RDA, 135:78)*".

Assim também o entendimento do sempre festejado HELY LOPES MEIRELLES e LÚCIA VALLE DE FIGUEIREDO.

Não podia ser diferente. A admitir-se a imprescritibilidade pura e simples de qualquer ato, inclusive o ato administrativo, estar-se-ia proclamando a perpetuação da instabilidade jurídica. Isso também no seio da administração. Ela, especialmente face a responsabilidade do administrador perante o Estado, tem obrigação de vigilância permanente sobre seus atos.

⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4. ed. Saraiva. p. 538.

Destarte, decorrido determinado prazo, aplicados os princípios de razoabilidade, deve o ato mesmo inválido, firmar-se, estabilizando-se, não podendo mais ser invalidado pela Administração Pública, ou mesmo procedida a sua anulação pelo Judiciário.

A estabilidade das relações jurídicas estariam em constante perigo, não fosse a prescrição em suas diversas formas, especialmente a prescrição administrativa que serve de ponto de apoio para a estabilização das relações entre administração e administrado.

CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, (RDA 116:368), diz que *"as situações irregulares, consolidam-se com o decurso do tempo, não sendo mais passíveis de qualquer retificação, seja para melhor seja para pior"*.

Voltando a DIOÓGENES GASPARINI, na mesma obra anteriormente citada, agora à p.101, vamos encontrar:

"Também, a esse respeito, diz Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo, p.189) que a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação da ato no âmbito da administração ou do Poder Judiciário. Ademais, continua esse autor justifica-se essa conduta porque o interesse na estabilidade das relações jurídicas existente entre os administrados e a administração, ou entre esta e seus servidores é também de interesse público, tão relevante como as demais. Impõe-se, pois, a estabilização dos atos que superaram os prazos admitidos para ser alcançada a declaração de sua invalidade. Esse o principal efeito da prescrição. Assim, não prevalece a tese em sentido contrário, isto é, que sustenta ser possível a qualquer tempo, a decretação da invalidade, defendida por, entre outros, J.H. Meirelles Teixeira (RDA 101:325). Ademais em direção oposta a essa inteligência, tem sido as decisões de nossos Tribunais (RTJ 45:589; RDA, 134:217; RJTSP 38:318). A regra, como já assentou o STF é a prescritibilidade (RDA, 135.78). - destaquei -.

JUAREZ DE FREITAS, em *Estudos de Direito Administrativo*, 2. ed. Malheiros Editores, p.24 e 25, fazendo estudo do que chamou de *anulamento de ato administrativo*, informa que o princípio da legalidade da Administração é apenas um entre tantos

outros norteadores dos princípios do Estado de Direito. E, neste contexto, o da legalidade contém junto "o axioma da segurança e da paz jurídicas, dos quais deriva a proteção da confiança dos favorecidos". Diz mais o citado autor, que o anulamento de um ato administrativo ilegal que conceda direitos, estará sujeito à preponderância do interesse público sobre a confiança que se tem na prevalência da estabilidade das decisões de autoridades.

Esse entendimento, endossado por grande número de autores estrangeiros, tem entre nós a defesa entre outros de MIGUEL REALE e SEABRA FAGUNDES.

MIGUEL REALE ⁵ após proclamar a sua ótica, que os conceitos de legalidade e legitimidade, se implicam em substância, quando compreendida a lei por seu conteúdo mais precisamente teleológico, diz mais:

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela".

A seu lado, o Ministro NERI DA SILVEIRA, em Parecer nº7 publicado em Porto Alegre em 1966 já dizia que:

A atividade administrativa possui, em seu favor, uma presunção de legitimidade (...) se o ato tem a aparência regular e originou direitos subjetivos não pode a revogação ter efeitos".

Assim pois, também pela prescrição administrativa, adquiriu o apelado o direito á percepção do subsídio mensal vitalício estabelecido na ordem constitucional anterior, visto que tal benefício lhe fora deferido pela administração, teve seus efeitos irradiados por quase oito(8) anos e, não podia mais ser anulado ou modificado pois que ato administrativo perfeito e acabado.

⁵ Reale, Miguel. Revogação e Anulamento de Ato Administrativo. Forense. p. 81.

Passemos agora, a busca às interrogações feitas no início e relacionadas à existência ou inexistência do direito do autor do *mandamus* à implantação pelo Estado de Alagoas do valor atinente ao seu subsídio mensal vitalício, conforme norma constitucional anteriormente transcrita.

Entende o MP, diferentemente do Apelante, que a norma constitucional estadual, não perdeu sua validade face a ausência na nova Carta Política Federal, do dispositivo que por ser simétrico ao dispositivo da Carta Política Estadual, lhe seria validante. Não ! Há que se entender que no caso de instituição do benefício aos ex-governadores não havia exclusividade de competência do legislador constituinte federal, com norma irradiante aos Estados. Estes tinham legitimidade concorrente para a iniciativa legislativa. Tanto é assim que na vigência da CF anterior, o STF indubitavelmente, deu repetidamente como constitucional o subsídio questionado, em suas diversas formas.

Estão nessa direção decisões proferidas na Representação 1193 do Estado do Maranhão, Representação 948 do Estado de Sergipe, Representação 893 do Estado de Alagoas, dentre outras.

Parece-nos, que a norma Federal, fora apenas inspiradora da estadual não tendo o condão de revogação automática desta, por não ter sido recepcionada na nova ordem. O suporte dado pela CF não nos parece seja fundamento de validade do preceito constitucional Estadual, no que refere a sua motivação. A norma contida no artigo 184 da CF de 1967/69, pelo aspecto agora enfocado não pode ter o condão de fundamento de validade de norma semelhante em Constituições Estaduais, até mesmo pelo seu conteúdo que não encerra qualquer tipo de princípio relativo à organização estatal, tendo sido indevidamente elevada ao status de matéria constitucional.

A admitir-se a CF como irradiadora de normas que fossem produtoras dos fundamentos de validade de normas estaduais de qualquer grau, estaríamos como a inadmitir a competência concorrente do legislador estadual, na iniciativa do processo legislativo, estabelecendo-se para os estados, apenas a legitimação para a iniciativa do processo legislativo regulamentador.

Não nos parece em verdade, que ao legislador estadual, seja constitucional ou ordinário, esteja reservada a obrigação de entender

os preceitos da CF, como estabelecadores em sua totalidade dos limites e da extensão da competência para a iniciativa legislativa de que se deve ocupar o legislador estadual. É evidente, que a normatização menor, não pode contrariar a maior e neste sentido lhe empresta fundamento de validade, mas a ela não está subordinada na motivação, mesmo porque a lei, deve sempre ser resultado da realidade social existente no ambiente a que ela se destina, palco de ocorrência dos suportes fáticos que reclamam sua incidência.

Assim, como não é a norma federal, fundante da validade da norma estadual que não lhe é contrária, eis que a mesma é operante até sua revogação face a não recepção expressa pela ordem jurídica nova.

Note--se que no caso presente, o dispositivo constitucional, não fora expressamente repellido pela Constituição nova. Esta simplesmente o ignorou.

Conforme já ressaltamos, a norma inserida na constituição anterior e tratante da matéria em discussão, não tem natureza constitucional mas sim natureza ordinária. Fora inserida no texto constitucional, face a iniciativa do constituinte, mas não possui qualquer relação com a organização do Estado.

Sendo a norma de natureza ordinária e, na busca da estabilidade das relações jurídicas constituídas no regime anterior, é que se cuida de admitir-se a irretroatividade da realidade normativa nova, para fulminar o regramento anterior, conforme os princípios gerais do Direito.

Note-se, que conforme o parecer invocado pelo apelado na inicial e emanado da antiga Consultoria Geral da República exarado no processo 1-007.541/89, que teve o nº SA-42/89, publicado no Diário Oficial de 29.1.1990 e atinente ao mesmo subsídio motivador do presente, embora a nível de Ex Presidentes da República, vamos encontrar ali a notícia implantada pelo parecerista, DR.SEBASTIÃO BATISTA AFFONSO, segundo a qual, quando do processo constituinte, fora apresentada emenda aditiva nº 31488 que mandava incluir no texto das disposições Transitórias do substitutivo do Relator, a extinção do *"pagamento de qualquer forma de subsídio pela União. Estados e Municípios, aos ocupantes de cargos de ex-*

Presidente da República, Ex-Governador de Estado e ex-Prefeitos Municipais, adquiridos em função do exercício do cargo”.

A Emenda agora referida fora rejeitada, sob o fundamento de que a *medida fere os princípios gerais do direito, sendo portanto, inaceitável.*

O que se pode daí retirar, é a intenção do legislador de manter de pé o benefício instituído, porém retirando-o do corpo constitucional, até porque matéria a ele estranha.

Em verdade, o que ocorre, face a não figurar a norma no sistema novo, ela continua fazendo presente os seus efeitos na medida em que retroces das situações ocorrentes quando de sua vigência. Em verdade, "os fatos novos não são regidos pela norma revogada, mas os anteriores continuam a sê-lo", conforme CARLOS MAXIMILIANO em sua **Hermenêutica e aplicação do Direito.**

Pela leitura do dispositivo sob foco (art. 153 da CE), em redação quase que totalmente repetitiva do artigo 184 da CF anterior, temos uma norma a produzir o fenômeno da ultra-atividade, na medida em que a norma revogada, mesmo quando revogação expressa, continua a reger situações originadas quando vigentes. E, a existência de tal fenômeno é reconhecida pelo próprio apelante quando em suas razões de apelação, proclama:

"De início estabeleceu-se à vista da clareza da redação, o **exercício do cargo em caráter permanente**, como condição essencial exclusiva para a aquisição do direito ao subsídio concedido, benefício este, cuja fruição fora diferida, somente, para quando cessada a investidura no cargo de Governador do Estado.

Ao que se infere pois, a norma constitucional instituiu um direito sujeito a termo inicial (no caso do término do mandato) ou uma condição suspensiva (em caso de eventual renúncia ou impedimento), denota-se portanto de forma perceptível na própria redação do dispositivo a mais ampla proteção ao direito adquirido.

Deu-se a **partir da investidura no cargo**, em caráter permanente, um direito ainda em curso de formação, sujeito a termo inicial ou pendente de uma condição suspensiva,

para a sua efetiva fruição, sendo a concessão do benefício regido, em qualquer caso, pela **lei vigente ao tempo do término do mandato**, (?) na lição da doutrina, o ensinamento magistral de GABBA:

Adquirido é um direito, quando
"...consequência de um fato idôneo para produzi-lo sob o império da lei na vigência da qual o fato se consumou e que, embora não haja sido gozado no curso da referida lei, entrou, contudo a fazer parte do patrimônio da pessoa".

(razões de Apelação fls. 66/67 TJ)

O posicionamento adotado pelo Estado de Alagoas, na questão agora enfocada, é o mesmo adotado pelo Parecerista antes referido, tendo sido a formulação agora transcrita, retirada *ipsis litteris* do opinativo a que já nos referimos anteriormente, em várias de suas passagens, acrescentado apenas o trecho em *itálico* na transcrição, sem justificativa.

É evidente, que conforme ensinamento de VICENTE RAO, constante do mesmo parecer,

O Direito sujeito a termo inicial é um direito subjetivo perfeito, cujo início de exercício, entretanto, é retardado até o vencimento do termo: não é treino eventual porque o decurso de tempo é certo e, pois, certo também é a verificação futura do poder de exercício inerente ao direito.

O fato gerador do Direito do apelante, deu-se, á ótica do Ministério Público, no momento da ocorrência da assunção do mesmo ao cargo de Governador do Estado, em caráter permanente e, a sua fruição, esta sim, ocorrente apenas a partir do encerramento do mandato, ou seja, da cessação da investidura, conforme exigência do preceito normativo.

O direito do apelante, não se extingue com a revogação da norma em qualquer circunstância. Especialmente quando esta não é de forma expressa. O seu período de fruição é que fica sujeito ao cumprimento do segundo pressuposto de existência do benefício, ou seja, a cessação da investidura. O exercitamento do direito, este fica a

critério exclusivo do beneficiário da norma uma vez que tal direito já entrou em seu patrimônio pessoal.

Em socorro ao entendimento agora exposto, *ad argumentandum*, convem transcrever DALMO DE ABREU DALLARI, em recentíssimo artigo publicado no Jornal FOLHA DE SÃO PAULO, edição de 17 do corrente, sob o título de A PREVIDÊNCIA E O JOGO DO MERCADO, ao enfatizar a certa altura, comentando a hipótese de aposentadoria do servidor público frente a nova realidade administrativo-constitucional

“Quanto à aposentadoria, o direito de aposentar-se com proventos que correspondam á totalidade da remuneração. É adquirido no momento em que o servidor é empossado num cargo efetivo. O gozo desse direito fica sujeito ao atendimento de requisitos que a Constituição estabelece, mas o direito já existe e se incorpora ao acervo de direito individuais do servidor.

Desde que o servidor cumpra as obrigações assumidas ao empossar-se, uma vez atendidos os requisitos constitucionais pode entrar no gozo do direito, não podendo a administração, por ato unilateral, alterar ou extinguir esse direito, que nem a lei poderá prejudicar” - destaquei -

É evidente, que a própria constituição respeitou o direito adquirido (art. 5º inc. XXXIV), e este se perfaz em sua inteireza em favor do apelante .

Aliás, já no ordenamento atual, o STJ apreciando o Resp. 31525 de Goiás,(D.J. 13.9.93), que teve como Relator o Eminentíssimo Ministro AHEMAR MACIEL, apreciando hipótese fática igual à presente, deu pela impossibilidade da retrooperação da norma constitucional-nova, frente ao direito adquirido, indicando que

Ao revogar o subsídio vitalício sem nenhuma ressalva quanto aos direitos adquiridos, automaticamente os respeitou. Toda Constituição tem uma unidade, o instituto do Direito adquirido, que vem expresso em todas as nossas constituições e cartas (salvo a de 1937), é um princípio estruturante e como tal deve prevalecer em sua densificação.

Em conclusão, deduz-se que no caso motivador do writ, o direito líquido e certo do autor restou atingido em tríplice aspecto: Primeiro, quando teve cassado o seu subsídio, sem que para tal fosse obedecido o seu direito ao contraditório e ampla defesa, em devido processo; segundo, quando a administração exercitou o seu direito-dever de revisão do seus próprios atos, excedido o período de tempo no qual podia fazê-lo, ou seja, já ocorrente a prescrição administrativa e, finalmente, em terceiro, quando ofendido o seu direito adquirido, pelo ato omissivo da autoridade que nega-se a determinar a reimplantação do pagamento do seu subsídio mensal vitalício, estatuído em dispositivo constitucional anterior mas, com efeitos operantes ainda no sistema jurídico atual.

Em análise dos aspectos formais da sentença objurgada, não vemos como possa a mesma merecer qualquer tipo de reparo, pois obediente ao contido no artigo 458 do CPC, com seus requisitos essenciais.

Assim, opina o Ministério Público pelo conhecimento da presente, face ao Juízo positivo de admissibilidade exercido e, pelo seu improvimento para confirmar-se a sentença de primeira instância, em sua parte dispositiva, pelos fundamentos aqui expostos.

É o Parecer!

Maceió, 27 de novembro de 2000.

JOSÉ CARLOS MALTA MARQUES

Promotor de Justiça Designado.⁶

⁶ Atualmente, o Dr. José Carlos Malta Marques é Procurador de Justiça.

Apelação Cível nº 00.001338-2

Apelantes: Yolanda Bernardes de Mello e outros

Apelado: Estado de Alagoas

Comarca: Maceió/AL

PARECER N.º

YOLANDA BERNARDES DE MELLO e outros, interpuseram mandado de segurança contra ato da Presidente do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Alagoas (IPASEAL), que dando execução ao Decreto nº 38.127, de 20.9.99, do Exmo. Sr. Governador do Estado, reduziu o valor de suas pensões.

Alegam que são viúvas de servidores públicos estaduais e, por consequência, são pensionistas do IPASEAL, comprovando através de documentos acostados à proemial que suas pensões foram fixadas em valor correspondente àquele que seria percebido por seus falecidos esposos, quando em vida, nos termos do art. 40, §7º da Constituição Federal, sendo a eles vinculados na forma do §8º do mesmo art. 40 da CF.

Acrescentam que regulando o limite máximo de remuneração dos servidores estaduais, o art. 49, II, da Constituição do Estado de Alagoas, segundo o redação dada pela Emenda Constitucional nº12/95, promulgada em 30.5.95, editada de acordo com a orientação pacífica do Egrégio STF, de que as vantagens pessoais se incluem no teto da remuneração previsto no art. 37, XI, fixou em 60% do valor da remuneração base, o limite das vantagens pessoais dos servidores estaduais, estabelecendo, assim um teto remuneratório de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), considerando-se o valor da remuneração dos cargos de Secretário de Estado, Deputado Estadual e Desembargador (R\$ 6.000,00).

As impetrantes, em face de tempo de serviço e da condição de aposentados em final de carreira, embora tivessem direito a remunerações maiores, percebiam proventos seus maridos, quando em vida, no valor teto máximo, formados por R\$ 6.000,00 (seis mil reais) de vencimento básico e representação e o restante pelas vantagens pessoais relativas a 35% de anuênios, 20% de gratificação de fim de carreira e R\$ 2,15 (dois reais e quinze centavos) de salário família, conforme documento de nº 7/12.

Ocorreu que o Governador do Estado assinou e fez publicar o Decreto nº 38.127, de 20.9.99, no qual declarando **regulamentar** o teto de remuneração dos servidores ativos e inativos do Poder Executivo e pensionistas do Estado de Alagoas, reduziu o teto de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), fixado na legislação complementar, para R\$ 8.100,00 (oito mil e cem reais), uma vez que dele excluiu, dentre as vantagens pessoais fixas, a gratificação individual de final de carreira, além de limitar em 35% o valor dos anuênios devidos à razão de 1% por ano de serviço público.

O IPASEAL, através da impetrada, deu execução ao decreto, apesar de manifestamente inconstitucional e como consequência reduziu o valor bruto das pensões das impetrantes de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), fixado na legislação complementar, para R\$ 8.100,00 (oito mil e cem reais).

A primeira impetrante, que percebia uma remuneração líquida de R\$ 9.360,00 (nove mil, trezentos e sessenta reais), **consoante documento acostado às fls. 30**, teve sua pensão reduzida para R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), conforme documento de fls. 29.

Zeny Freitas de Meira Barbosa, cuja remuneração líquida era de R\$ 7.320,00 (sete mil, trezentos e vinte reais), foi diminuída para R\$ 6.232,50 (seis mil, duzentos e trinta e dois reais e cinquenta centavos), conforme documento às fls. 35, estando devidamente comprovado o prejuízo causado às demais impetrantes pelos documentos anexados.

O ato obstaculizado constituiria violação a direito líquido e certo, porque foi estribado em decreto inconstitucional, que teria infringido o princípio da reserva legal, uma vez que matéria de remuneração somente pode ser regulada através de lei, invadindo o

Chefe do Executivo competência privativa do Poder Legislativo; teria exorbitado de competência regulamentar, uma vez que baixou decreto com força de lei (decreto autônomo), quando seu poder se restringe a editar normas para implementar disposições legais e finalmente teria violado o princípio da irredutibilidade de remuneração.

Ensanchou o advogado a exordial, com análise jurídica da impossibilidade de ser regulamentada matéria constitucional através de decreto, que se restringe a normas infraconstitucionais, a leis complementares, leis ordinárias e medidas provisórias.

Várias decisões do Supremo Tribunal sobre a matéria foram transcritas, ressaltando a impossibilidade de inclusão na fixação de vencimentos as vantagens pessoais, porque excluídas do teto de remuneração.

Pediram as impetrantes a concessão de liminar visando a restabelecer o valor das pensões.

Aditaram a proemial com as razões de fls. 46 *ut* 56, entendendo incontestável e líquido os seus direitos.

O Preeminente Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual indeferiu o pedido de liminar, achando que os pressupostos do perigo de demora e da fumaça de um bom direito encontravam-se ausentes.

Inconformadas, as impetrantes guerrearam a decisão através de agravo de instrumento que foi acolhido pelo Desembargador – Relator, Dr. Adalberto Correia de Lima, que reformou o despacho do juiz *a quo*, concedendo efeito suspensivo pleiteado e determinando à direção do IPASEAL que promovesse o pagamento integral das pensões.

O Magistrado de 1º grau julgou improcedente a ação, entendendo ausente direito líquido e certo das impetrantes.

Inconformadas, apelaram tempestivamente, enquanto o Estado de Alagoas, através da eminente Procuradora Dra. Maria das Graças Patriota Casado, contra-arrazoou pedindo a manutenção da decisão.

Argüiu a preliminar de ausência de regularidade forma, porque as apelantes não teriam inserido na petição de apelo o pedido de nova decisão, e inexistiria vício na sentença guerreada.

PRELIMINAR

É de se destacar o contido nas razões de apelação no tocante ao pedido de nova decisão.

Versaram sobre a questão formal para dispor sobre remuneração de servidor público, eis que somente através de lei é possível fixar-se vencimento ou modificar-se situação vencimental.

Curial que não se pode excluir o Poder Legislativo e sua competência para apreciar qualquer matéria sobre fixação de vencimentos, vedando-se ao Executivo fazê-lo por decreto.

Às fls. 157, o pedido das impetrantes é claro ao querer o provimento da apelação para reformar a sentença proferida às fls. 136 *usque* 142, para condenar a ré a restaurar, em sua integralidade, o valor das pensões devidas.

Se pedem a reforma do **decisum** e a restauração do estado anterior à edição do malfadado decreto, deve ser rejeitada a preliminar.

MÉRITO

Várias decisões vêm sendo prolatadas pelo Pleno e órgãos fracionários sobre a matéria, valendo destacar o contido no Acórdão nº 599/99, de 20.4.99, que teve como Relator o preeminente Desembargador Auberino Correia Barbosa, impetrante o Dr. Geraldo Costa Sampaio e impetrado o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, com a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA.

REDUÇÃO DE PROVENTOS DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS, PARA ADEQUÁ-LO AO LIMITE ESTABELECIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL Nº 12/95. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AOS ARTS. 73, §3º, E 75, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C O ART. 95, §6º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. O CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS, COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, É AGENTE POLÍTICO EM SENTIDO

PRÓPRIO, SENDO O LIMITE REMUNERATÓRIO PARA AMBOS, A SOMA DO QUE FOR PERCEBIDO, EM ESPÉCIE, A QUALQUER TÍTULO. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS HAVIDAS A PARTIR DA IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, §3º, DA LEI FEDERAL Nº 5.021/66, C/C A SÚMULA Nº 271, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO CONHECIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

É inadmissível a **redução** de proventos, pensões ou vencimentos e somente em nosso Estado pretende-se, constantemente, através de decreto ou lei, agredir a Constituição Federal que garante a irredutibilidade de vencimentos.

Paralelamente, essa 1ª Câmara Cível vem rechaçando em seus julgados, sobre matéria idêntica, o posicionamento do Executivo inserto no malfadado Decreto nº 38.127, de 20.9.99, que regulamentou o teto remuneratório dos servidores ativos e inativos do Executivo e pensionistas de Alagoas, como se ressalva no Acórdão nº 1.278/2000, dentre outros julgados, de 16.1.2000, cujo Relator foi o eminente Desembargador Adalberto Correia de Lima, com a seguinte ementa:

ACÓRDÃO Nº 1.278/00. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO. ATO ABUSIVO E ILEGAL.

A alteração do teto remuneratório de servidor público é matéria adstrita à lei. Inteligência do inciso X do art. 37 da Constituição Federal. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime.

Despiciendo de entesourar este parecer com qualquer outra transcrição, pois o entendimento da totalidade dos membros do Tribunal de Justiça de Alagoas, sobre a matéria, é favorável ao pleito das apelantes.

Ante o exposto, é de ser conhecido o recurso para o fim de reformar-se a sentença obstaculizada, e restabelecer-se em sua integralidade o valor das pensões das impetrantes, segundo as regras

anteriores à edição do Decreto nº 38.127/99, concedendo-se o *writ*, a partir do mês de sua impetração (dezembro de 1999), garantindo-se às impetrantes o direito de, querendo, em ação própria, receberem os atrasados, face a vedação de concessão do *mandamus* como sucedâneo de ação ordinária de cobrança.

É o parecer, S.M.J.

Maceió, 6 de março de 2001.

FRANCISCO JOSÉ SARMENTO DE AZEVEDO

Procurador de Justiça

Ministério Público Estadual
Procuradoria Geral de Justiça
4.ª Promotoria de Justiça Criminal de P. dos Índios/AL

Contra razões de apelação que oferece a Justiça Pública por seu Promotor Marcus Aurélio Gomes Mousinho, substituto da 4.ª Promotoria Criminal de Palmeira dos Índios, nos autos da ação n.º 970/99 em que é apelante Luiz José da Silva, vulgo Soró.

EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLEND A CÂMARA,
EMÉRITOS DESEMBARGADORES,
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA:

“[...] Aquele que salva uma só vida salva o mundo inteiro...”. (verso Talmúdico, que Stern citara para Oskar Schindler, em referência as vidas dos judeus por ele salvos, quando este se queixava de não ter podido salva-las mais. (Polônia, outubro de 1939, A Lista de Schindler, Um Herói do Holocausto), Thomas Keneally, 13. ed., Record, p.353)

RELATÓRIO

Luiz José da Silva, vulgo, “Soró”, está sendo processado como incurso no **artigo 121**, parágrafo 2.º, incisos II e IV, 121, parágrafo II e IV, c/c o 14, inciso II, e 121, inciso II e IV, c/c o 14, inciso II, combinados com o 71, todos do Código Penal Pátrio, e ainda pelo art. 1.º, inciso I, Lei n.º 8.072/90, porquanto, em 4 de setembro do ano de 1999, cerca das 20h, no prolongamento da Rua Principal, próximo a residência n.º 99, bairro de Palmeira de Fora, nesta cidade e comarca, utilizando-se de uma arma, pistola cal. 380, desferiu contra a pessoa de José Edson Albuquerque dos Santos, um tiro, produzindo-lhe em

consequência, o ferimento descrito no **laudo de exame necroscópico** - de fls. 47, que foi a causa efetiva da sua morte, e em continuação ao primeiro gesto, disparou outro tiro contra a vítima, Edson Temóteo da Silva, errando o alvo, para logo em seguida, apontar a arma para a outra vítima Edvaldo Lino da Silva, desistindo de acionar o gatilho, agindo por motivo torpe, consoante a denúncia (fls. 02).

Levado a Julgamento perante o egrégio Tribunal Popular, na data de 31 de maio do ano presente, ante a respeitável Decisão dos Senhores Jurados, foi condenado como incurso nos **artigos 121, § 2.º, inciso IV, 121, § 2.º, inciso IV c/c o 14, inciso II**, todos do **Código Penal Brasileiro**, ao cumprimento da reprimenda de 18 (dezoito) anos, 7 (sete) meses, e sete (7) dias de reclusão a ser cumprida em regime fechado, como se depreende da respeitável Sentença (fls. 267, 268).

Inconformado com o *veredictum*, interpôs apelação visando nulificá-lo, assentando suas “razões”, em (4), quatro campos distintos, constituintes do objeto recursivo:

Ocorrência de nulidade por falta de assinatura dos jurados no termo de votação ou

Erro de quesitação, contrariando o disposto do art. 484 III do CPP, consistente, em não ter o juiz presidente, formulado logo após aos quesitos correspondentes ao fato principal o correspondente ao alegado pela defesa;

Sentença do juiz, contrária a aplicação da pena,(sic);

Não ter o juiz deduzido o tempo em que se manteve preso, o réu, um função da prisão preventiva decretada, (detração Penal);

Decisão dos jurados manifestamente contrária as provas dos autos, posto teria o delito praticado a título culpa e não de dolo;

É, em síntese, o necessário.

Passemos a análise das várias preliminares levantadas, não obstante a falta de técnica, em sua posição, dentro da sistemática da elaboração das razões do recurso, utilizada pelo defensor.

A primeira preliminar alteada

Referiu-se a defesa, a ausência das assinaturas dos jurados na ata de julgamento, contudo amparou-se no art. 491, que trata da assinatura

do juiz e dos jurados no termo de votação. Deve ter se equivocado, querendo na realidade referir-se a ausência das citadas assinatura no termo de votação.

O Código de Processo Penal, no Livro III, Título I, trata das nulidades ocorridas durante o procedimento processual, que tem como escopo a correta oferta da prestação jurisdicional.

Já na exposição de motivos, o Código, em repetidas vezes alerta, qual a forma em que se posicionou sobre a citada matéria. Enceta, dizendo que

“o processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma vigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substancia do processo e se perde o tempo e a gravidade da justiça”.

E prossegue:

“Como já foi dito no início, o projeto é infeso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo atualmente, a infindável série de nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano: “Um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidades àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do estado e dos cidadãos.” O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espilhoar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. **Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial.** Somente em casos excepcionais é

declarada insanável a nulidade” (item XVIII da exposição de motivos). (Destaquei)

Houve épocas de se considerar nulos, todos os atos praticados em desconformidade com a determinação legal, elevando-se à importância que não tinham, atos, que sequer afetavam o esclarecimento da verdade, e em nada influía na sua busca, trazendo prejuízos incomensuráveis para a boa marcha processual, e a rápida aplicação da justiça, tornando-se alvo de críticas severas, por alguns doutrinadores:

Garraud:

“Ora, a rapidez na repressão é uma das condições de uma boa justiça; não se deve sacrificar esse interesse senão, exatamente, ao que é preciso de formalidades, para a garantia da liberdade e segurança dos cidadãos” (*Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. 3, 1912, p.322).

Mortara:

“É inegável que os legisladores, e, mais ainda, talvez, imbuídos de preconceitos tradicionais que os impelem a conferir, a algumas violações da forma, uma gravidade maior do que a verdadeira, e, algumas vezes, também a dar corpo a simples sombras que, olhadas de perto, com olhos serenos, revelam ser inteiramente vã a sua aparência. (*Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 2. ed., vol. 2.º, s/d, p.805).

Além daquele princípio primeiro, constante na exposição de motivos, norteador à verificação da existência da nulidade, outro há a complementá-lo, a regra do art. 566:

“Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

Esta relação de complemento já era percebida, quando o Des. José Duarte, no acórdão de 23 de abril de 1942, ap. crim. N.º3.093, 1.ª

Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal assim se expressou:

“O sistema do Código inovou profundamente em tema de nulidade, sendo dominante o princípio do art. 563, que o art. 566 completa”.

De feito, a partir da vigência do código atual, foi consagrado, como viga mestra do sistema das nulidades, o princípio do prejuízo, o qual, ausente, não haverá declarada a nulidade pleiteada. A complementá-lo está o princípio contido no art. 566, de que haverá aquele, de ter influído da apuração da verdade substancial, que se refletiu na decisão da causa.

Logo de início, do título das nulidades, enuncia o Código aquele princípio básico a guiá-la:

“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa” (art. 563). Daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité san grief*.

As primeiras nulidades apontadas às fls., 270 e 272, consta a ata de julgamento, assinada só pelo juiz. Não obstante, preceituar o art. 494 do CPP, que a ata deverá constar a assinatura daquele, e do Órgão do Ministério Público, e a defesa pleitear a nulidade do julgamento em função disso, preconiza o art. 496 do CPP, que a ausência da ata de julgamento imporá multa ao responsável, além da responsabilidade criminal, sem, contudo, referir-se a nulidade do julgamento. Nem mesmo no art. 564 III daquele mesmo diploma legal, elenca como causa de nulidade a referida ausência. Portanto, configura-se mera irregularidade, sem o condão de proclamar-se nulidade a levar-se a novo julgamento, a ausência de assinatura do Promotor na ata de julgamento, se a sua própria falta a isso não acarreta.

Eduardo Espinola Filho sobre a matéria reporta-se:

“a nulidade só pode provir da prova de omissão de ato que a lei reclama, atribuindo tal efeito à falta, ou da documentação de que se praticou o que, sobre pena de anulação do julgamento a lei veda. E a ata nem valerá contra prova suficiente, nem terá virtude de fazer presumir irregularidades, pois, embora o art. 495 faça

uma enumeração minuciosa do que deve especialmente ser mencionada nela, a omissão de qualquer dessas referências não pode acarretar nulidade alguma, impronunciável, aliás no próprio caso de ter o escrivão deixado de lavrar a ata, pois, como estabelece o art. 496, daí só resultara a imposição de multa ao funcionário faltoso” (Código de Processo Penal Brasileiro Comentado, Editora Bookseller, 2000).

No pertinente a ausência das assinaturas, dos jurados no termo de votação, a mesma conduta impõe-se, e agora com maior incidência.

O art. 572 preconiza que as nulidades haverão por sanadas se a parte, ainda que tacitamente, tenha aceito seus efeitos.

Ora, veja-se que no termo de votação consta a assinatura do juiz do promotor e do defensor do réu, sem, contudo, ter ele, na ocasião se levantado contra a ausência das assinaturas dos jurados, como que querendo guardar, ocultar, suposta nulidade para nela agarrar-se, fazendo dela tábua de salvação, esquecendo que nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido. E aí, busca-se mais uma vez o ensinamento de Eduardo Espínola Filho a socorrer esse entendimento:

“Se a inércia da parte, negligenciando em opor a nulidade, lhe retira o poder de invocá-la, ainda quando tenha interesse nisso, ou dela lhe tenha advindo prejuízo, bem se compreende que, com maioria de razão, há de ficar sanada a nulidade, se o interessado aceitou, mesmo tacitamente, os efeitos do ato. Dí-lo, terminantemente, o art. 572, n.º III, do Código de Processo, relativamente àquelas nulidades a que acima nos referimos”.

E prossegue o autor citando Manzini:

“Explica Manzini (vol. 3. cit., p.91), anotando que a nulidade pode vir a ser sanada em consequência do silêncio da parte, da aceitação e da inobservância das condições de modo e tempo:” o silêncio do interessado, isto é, a sua inércia, pode concernir à

formalidade ou à violação, desde que se tenha descurado de pleitear a observância da forma, ou de opor a nulidade. “Num e em outro caso, escreve, é legítimo presumir não tenha havido razão de queixar-se da inobservância, e, pois, a lei atribui ao seu silêncio o valor de uma manifestação de vontade, impondo disposição mediante renúncia, do interesse de que se trata (negócio jurídico)” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume V, Editora Bookseller, 2000).

Foi-se o tempo de espolhar nulidades em tudo, e lembrando Viveiros de Castro citado por Sá Peixoto:

“não é possível retroceder às priscas eras, hoje tempo ridículo, que se... anulava julgamentos do júri porque não constava dos autos ter o oficial de justiça tocado o badalo ao abrir sessão” (Aloísio Sayol Peixoto, Acusação de homicídio-suicídio, Goiania, Ed. Cultura Goiana, 1976, p.315)

Da segunda nulidade alteada

Alega a defesa, erro de quesitação, em face de não ter o Sr. Juiz presidente, formulado os quesitos relativos a tese defensiva logo após os relativos ao fato principal, atropelando, assim, o art. 484, inciso III, do Código de Processo Penal Brasileiro.

A tese da defesa constitui-se em crime culposos, em oposição a da acusação, que afirma pela dolosidade dos delitos, tanto o homicídio consumado, quanto ao segundo tentado, porquanto, no pertinente ao terceiro, entendeu este Órgão Ministerial, sua ausência - em face do acusado não ter percorrido todo o *iter criminis*, não chegando a iniciar a execução do crime, exteriorizando a sua vontade, deixando a fase intelectual, dos atos preparatórios, e ingressando na volitiva, atos de execução cujo momento passa a interessar ao direito penal - o que fora aceito pelos jurados, quando votaram a terceira série da quesitação a eles imposta.

No pertinente a primeira série de quesitos, os jurados pronunciaram-se positivamente em relação a primeira e a segunda indagação, sobre o fato de ter o acusado atirado na vítima e produzido nela as lesões

que a levaram a morte. Afirmando neste momento, a materialidade e a letalidade. No terceiro, negaram ter ele agido culposamente na modalidade da imprudência, esta, preconizada por seu defensor, inclusive, registrada na ata de julgamento, reconhecendo, destarte, o homicídio doloso.

Vale salientar que com a indicação da modalidade de culpa, in casu, a imprudência,(ver ata de julgamento) não há necessidade do juiz presidente, formular tantos quesitos quanto as demais modalidades. In verbis, Adriano Marey e Alberto S. Franco:

“Não caberia ao juiz distinguir na exposição do defensor qual a espécie de culpa posta em prática, a menos, é claro, se a própria defesa tenha sido explícita e tenha atribuído o crime à imprudência com que procedeu o réu, ou a negligência com que agiu ou, ainda, à forma imperita com que atuou. O quesito sobre o delito culposos deve corresponder exatamente ao que foi invocado, pela defesa, no plenário”. (Teoria e Prática do Júri, 7. ed., Revista dos Tribunais, p.635).

Ao negar a modalidade culposa, em resposta ao terceiro quesito, conseqüentemente, os jurados, afirmaram a intenção dolosa do agente em matar, reconhecendo, assim, a tese sustentada pela acusação, formulada no libelo, de homicídio doloso.

Na segunda série quesitória, englobou o Sr. Juiz presidente, a materialidade e a letalidade, havendo os jurados respondidos que sim por 7 (sete) votos a 0 (zero), reconhecendo a autoria. No segundo quesito fora indagado sobre a intenção do agente, quando atirou na vítima, se era matar ou não, ou seja, se existia dolo ou não na sua conduta. Havendo os jurados respondidos que sim por 6 (seis) votos a 1(um), confirmando a tese de acusação, de que o acusado agira dolosamente, quando atirara em direção a vítima, querendo-a matar.

Evidentemente que, ao reconhecerem, os jurados, a intenção dolosa do réu em tentar matar a vítima, afastaram de imediato a forma culposa do delito. Quem inicia a execução de um crime de homicídio, que não se consuma por circunstancia alheia a sua vontade, evidentemente tem a intenção de obter o resultado danoso, a morte, que não ocorreu por fato que foge a sua intenção, que era matar. Ora

se a intenção era matar, e isso sendo reconhecido pelos jurados, quis dizer os julgadores que ele tinha animo, vontade, dolo, de provocar a morte da vítima, e se tinha essa intenção, é óbvio que agira com o firme propósito de produzir um resultado por ele esperado, o que destoava, vai de encontro, é página contrária, do resultado ocorrido na modalidade culposa do delito, onde o agente age, não com o propósito em obtê-lo, mas sim, com descuido no seu atuar, ocorrendo a consumação pelo resultado naturalístico daquele comportamento, afastando de pronto o dolo da conduta.

A vontade, pela teoria aceita pelo Código Penal, teoria finalista da ação, é um dos elementos do dolo, na tripartida teoria de que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, sendo o dolo o primeiro elemento do fato típico, contendo este, a conduta dolosa, o resultado, o nexos entre aquela e esse e a tipicidade.

Na estrutura do crime culposos, no dizer de César Roberto Bitencourt, insere-se a inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e nexos causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado, não havendo espaço para um atuar positivo. O agente, que no tipo doloso age, neste ele deixa de atuar com o cuidado necessário exigido em determinado momento, ocorrendo o resultado em decorrência deste descuido que tivera.

Não havia a necessidade da formulação de outro quesito aos jurados, para se buscar se a intenção do agente era culposa, haja vista que, com o reconhecimento da intenção dele em praticar o crime, aceitaram que sua ação foi dolosa, obtendo-se a resposta, a contrário *sensu*, de que não fora culposa.

A tentativa de crime e a culpa, em sentido estrito, são incompatíveis. E essa razão é simples: enquanto a tentativa pressupõe que o acusado queira o resultado, no caso a morte da vítima, a modalidade culposa pressupõe ausência desse querer, que ocorre apenas por falta de atenção dele em comporta-se de determinada forma a evitar tal resultado, isso, por imprudência, negligência ou imperícia. Destarte, a tentativa supõe um resultado desejado, e que não é acontecido por circunstâncias estranhas à vontade do agente; no crime culposos o resultado não é desejado, ou não foi sequer previsto, embora seja previsível. Assim como anota Aníbal Bruno:

“O máximo que se pode concede é que a “possibilidade de tentativa nessa espécie de crimes, de que falam certos autores, é meramente conceitual, não tem existência na prática”, pois, “desde que a tentativa tem por elemento o dolo do fato típico, não pode haver tentativa de crime culposo” (Direito Penal, vII, Forense, 1967, p.241,).

Discorrendo também sobre o assunto o eminente César Roberto Bitencourt, em seu livro em parceria com Francisco Muñoz Conde, assim preleciona:

“Os crimes culposos não admitem a tentativa. O crime culposo não tem existência real sem o resultado. Há crime culposo quando o agente não quer e nem assume o risco da produção de um resultado, previsível, mas que mesmo assim ele ocorre. Se houver inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime”

“Na tentativa o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, que por circunstancias estranhas à sua vontade não ocorre. Na tentativa há a intenção sem resultado (pelo menos aquele desejado); no crime culposo há resultado sem intenção”. (Teoria Geral do Delito, Saraiva, 2000, p.473 e 474).

No mesmo sentido o Ministro Francisco Assis de Toledo:

“Diversa, porém, é a conclusão em relação à tentativa: não vemos a possibilidade de sua configuração nos crimes culposos. Se o que define a tentativa é a intenção dirigida ao fim frustrado, isto é, ao resultado danoso, e se, como vimos, o que falta no crime culposo é precisamente a voluntariedade do resultado, não há como admitir-se a tentativa culposa, verdadeiro *contraditio in adjecto*”. (Princípios Básicos de Direito Penal, 5. ed., Saraiva, p.306).

A forma a qual fora formulada a ordem de votação fora correta, não poderia o juiz presidente, indagar dos jurados, quanto a culpa do agente, se haviam eles respondido que fora dolosa. O dolo exclui a

culpa e vice-versa. Se aquela é aceita esta é eliminada. Respondido o segundo quesito, que trata da intenção do agente na prática de crime de homicídio tentado, em sua maioria sim, estará afirmada a intenção do agente em produzir o resultado morte. Ao revés se a resposta for negativa estará desclassificada a infração, denominada desclassificação própria, segundo Hemínio Alberto Marques Porto. Percorrendo esse mesmo caminho, decisão do tribunal de Justiça de Goiás, em apelação criminal, tendo como Relator o Des. Byron Seabra Guimarães- RT 738/670:

“Admitida por votação unânime, a ocorrência de tentativa de homicídio doloso, a desclassificação para culposo não deveria sequer ter sido submetida à votação, por incompatível com a manifestação anterior dos cidadãos jurados. A idéia de tentativa exclui, naturalmente, a de culpa. O silêncio dos sujeitos processuais, por ocasião do julgamento, não sana a irregularidade mencionada, eis que esta, por sua gravidade, induziu o Conselho de Sentença a erro sobre o fato sujeito à decisão. O veredicto popular não encontra amparo na prova, razão pela qual a garantia da soberania prevista na CF (art. 5.º, XXXVII, c), é inaplicável”.

A defesa afirma, no tópico da 5.ª preliminar, que o quesito referente a tentativa de homicídio, deveria ser desdobrado, porquanto poderiam os jurados reconhecerem a tese de que o réu desistiu voluntariamente de consumar o delito.

O libelo crime é a fonte dos quesitos de acusação, limita a *imputatio facti* a nível de acusação, ou seja, a acusação deve ser conhecida pela defesa como consequência natural do devido processo legal. De outra banda, também elabora-se a quesitação referente a tese sustentada pela defesa, que diferentemente da acusação podem ser várias, porém compatíveis entre si, podendo, inclusive, sustentá-la nova na tréplica, sem que isso cause surpresa a acusação, obedecendo ao princípio da ampla defesa.

Segundo Adriano Marrey e Alberto S. Franco, na obra Teoria e Prática do Júri, são fontes dos quesitos: “o libelo-crime e seu eventual aditamento e a acusação oral; a contrariedade ao libelo

quando oferecida; o interrogatório do acusado e a defesa oral, inclusive na tréplica; **os debates, quando se cuidar de desclassificação favorecedora do acusado, hipótese em que a defesa deve requerer o quesito apropriado;** do próprio Juiz-Presidente, quando formula quesitos sobre as atenuantes que lhe pareçam adequadas ao caso. *Os mesmos autores ainda sobre o assunto: é vedado ao juiz propor quesitos sobre teses não sustentadas em plenário pela defesa técnica, nem alegadas, pelo réu, em sua defesa pessoal (destaquei).*

Ora, como poderia o juiz-presidente, formular tese de desistência voluntária se a defesa em momento alguns dos debates, e nem na contrariedade do libelo a ela fez referencia? De certo, não indagou o defensor, que assina as razões do ora recurso, a tese defendida em plenário, ao outro, que a proferiu em plenário.

Na própria ata de julgamento, encerrou-se a tese defendida em plenário: desclassificação de homicídio consumado para culposos, e tentado para culposos.

Ademais, com a afirmativa dos jurados, da figura do crime tentado, ao quesito segundo da segunda série, de pronto, afastou-se a tese sustentada pela defesa, fosse ela de delito culposos ou desistência voluntária. É que, não há a necessidade de formular-se quesito referente a tais teses, porquanto a resposta positiva à existência do homicídio tentado, resta aquela afastada. Nesse sentido Hermínio Alberto Marques Porto, em sua obra 'Júri', 8. ed., Malheiros, p.215:

“A tese defensiva que afirma, buscando o afastamento da tentativa, a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz (art. 15 do CP), é satisfeita com a negativa dos jurados ao segundo quesito (da intenção de praticar um fato definido como crime, ou quesito da tentativa) do questionário, daí ser imprópria a formulação de quesitos especiais tratando das duas teses referidas, pois conseguem definição implícita com a mencionada negativa)”.

Qual o documento indiscutível que não permitiria a conclusão a que chegou a 1ª Câmara Civil ?

Poderia ter havido, o que não houve, repise-se, erro jurídico de interpretação, mas nunca um erro de fato de apreciação da prova constante dos autos.

O Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**, ao julgar a Ação Rescisória n. 223-RJ, deixou assente que: Para que ocorra erro de fato é preciso que este tenha sido capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável à parte contrária (cf. RT, vol. 681/199).

E no mesmo sentido: O erro de fato a ensejar a rescisória, há de ser causa determinante e essencial da sentença. Sobre esse erro, ademais, não pode ter havido controvérsia e pronunciamento judicial. Eventual injustiça do julgamento não autoriza a rescisão (Ação Rescisória n. 472.498-7, Primeiro Tribunal de Alçada Civil, Relator Juiz Ferraz Nogueira, in RT, vol. 683/100).

A decisão proferida pela Câmara Julgadora tampouco foi **extra petita**.

Haviam duas teses de interpretação jurídica, uma delas foi adotada pelo preclaro Magistrado e encampada pela Egrégia Câmara.

Essa posição era mais restrita e não interessava à autora, que tinha a seu favor apenas um pronunciamento administrativo também objeto de controvérsia.

Não se violou, por outro lado, literal disposição de lei.

Caracteriza-se o erro de fato quando o Juiz vê o que não está nos autos ou não vê o que está. A valoração de elemento probatório não pode autorizar ação rescisória por erro de fato, que, aliás, não se confunde com erro de direito. O Magistrado do Primeiro Grau, ao proferir sentença, fez menção.

O venerando acórdão, em sua fundamentação, seguiu a mesma linha (fls. 39).

Diante das regras dos §§ 1º e 2º do *inciso IX do artigo 485* do Código de Processo Civil, não se pode cogitar de *erro de fato*.

Ainda quanto à violação a disposição literal de lei, é preciso considerar que a má interpretação que justifica o **judicium**

rescindens há de ser aberrante, para que se justifique alegação de violação a seu texto.

Posto isso, o Ministério Público propugna pela rejeição da preliminar, e, no mérito, pela manutenção do Acórdão nº 1.231/98, que confirmou a sentença guerreada, pelas razões expendidas diante da manifesta improcedência da ação, e ausente violação a literal disposição de lei ou erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa.

É o parecer, S. M. J.

Maceió, 9 de agosto de 2001.

LUCIANO CHAGAS DA SILVA
Procurador de Justiça

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 01.000800-4**AUTORES – MÉRCIA LEITE E OUTROS****RÉ - CASAL****LITISCONSORTE – PAULO FERNANDO DOS SANTOS****PARECER Nº**

Mércia Leite e outros, por conduto de advogados legalmente constituídos, pretendem desconstituir decisão prolatada pela 2ª Câmara Civil, contida no Acórdão nº 2.180/98, nos autos da apelação nº 93.030179-0 (10.347), em decorrência de ação popular proposta por Paulo Fernando dos Santos, tombada sob nº 201/91, que tramitou na antiga 15ª Vara desta Capital.

A rescisória foi proposta visando modificar o **decisum** e contra os réus Paulo Fernando dos Santos e a Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas (CASAL), tendo o eminente Desembargador Relator, Dr. Holanda Ferreira, despachado determinando aos autores que fizessem juntar à inicial, cópia da decisão do Superior Tribunal de Justiça, enfim acostada às fls. 238, comprovando que foi negado seguimento ao agravo de instrumento agredindo despacho denegatório de recurso extraordinário, em apelação civil, interposto pela CASAL, porque a agravante deixou de providenciar a reprodução do acórdão recorrido, inobservando o art. 544, § 1º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.950/94 (Súmula 288, do STF).

Dizem as autoras que foram promovidas funcionalmente, por meio da Resolução nº 12/91, emanada da presidência daquele órgão, de acordo com a necessidade do serviço público, devidamente formalizada e com fundamento em normas vigentes.

O réu, entendendo que o ato não observou o Plano de Cargos e Salários da CASAL, os Estatutos Internos da Empresa e

Sentença Normativa do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, propôs ação popular visando anular o ato.

O juiz monocrático, julgou **improcedente** a ação, tendo havido apelação, provida, anulando todas as promoções ocorridas em face da Resolução, **porque não foi observado** o PCS e demais normas aplicadas à espécie, tendo a decisão proferida pela 2ª Câmara Civil, transitado em julgado em 6.9.1999, consoante certidão acostada aos autos.

Fincaram-se as autoras em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, porque o Acórdão nº 2.180/98 vergastado, anulou todas as promoções ocorridas por força da Resolução nº 12/91, porque não foi observado o Plano de Classificação de Cargos e Salários da CASAL, entendendo que o Plano em 1991 já estava em vigor.

Ocorre, segundo as autoras, que o Plano de Cargos e Salários não estava em vigor na época das concessões promocionais, em 1991 e somente foi ele homologado pela Delegacia Regional do Trabalho em 1995.

O PCS somente foi homologado pela DRT em 4 de janeiro de 1995, posteriormente à Resolução nº 12/91- CASAL e quando houve a apelação o Plano não estava em vigor, logo, o acórdão hostilizado teve por suporte legal o fato errôneo de que o PCS vigia desde 1991, e que a sentença normativa, no que pertine à cláusula 17, já poderia ser aplicada, laborando os Desembargadores em erro, porque nem o PCS, nem a sentença normativa eram aplicáveis ao caso.

Ressalte-se que não houve controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo sobre o erro de fato, que fundamenta a presente rescisória.

Ainda, segundo a proemial, o réu Paulo Fernando dos Santos, quando da propositura da ação popular, fez juntar **provas falsas**, que foram partes da provável versão do PCS que seria homologado, bem como uma Resolução dispondo sobre a instituição do Plano. Não se tratava do PCS homologado, visto que só o foi em janeiro de 1995, e a Resolução sequer tinha número, data ou assinatura da Diretoria, enquanto a verdadeira Resolução da Diretoria de nº 12/91-CASAL estava assinada por eles, comprovando-se a fraude perpetrada e sem estas provas falsas não subsistiria o acórdão.

Não se encontrando em vigor, o PCS e a Sentença Normativa, as promoções se nortearam pelo Regimento Interno e pelo Estatuto, estabelecendo o art. 37, alínea “c” deste que :

“Art. 37- Compete ao Diretor Presidente :

[...]

c) admitir, **promover**, punir, remover e demitir servidores, nos termos do Regimento Interno ou outras normas vigentes quanto ao pessoal.”

Paralelamente, o art. 7º do Regimento Interno, dispunha que as promoções funcionais seriam concedidas por mérito ou por necessidade do serviço, e todas as promoções obedeceram a estes dois critérios.

Segundo as autoras, o réu Paulo Fernando acostou a falsa Resolução alegando que as promoções **somente** ocorreram por mérito, quando na realidade, foram por mérito e por necessidade do serviço, tendo apensado a **verdadeira** Resolução nº 012/91 (fls.216/219), firmada por cinco Diretores, comprovando que foram considerados o critério de merecimento e a necessidade de serviço.

Entendem que outra seria a decisão, se não houvesse **prova falsa**, assim como, **erro de fato**, em relação à demanda, eis que o ato emanado do Diretor Presidente da CASAL, à época, e homologado pela Diretoria, não violou os princípios da Legalidade ou da Moralidade, restando, perfeita, a RD nº 12/91-CASAL, que concedeu as promoções funcionais aos autores, pedindo, alfim, a declaração da legalidade da Resolução, restabelecendo o **status quo ante** dos acionantes.

TUTELA ANTECIPADA

As autoras peticionaram ao ilustrado Des. Relator, pedindo antecipação de tutela, citando jurisprudência, ante os pressupostos da prova inequívoca, verossimilhança da alegação, e fundado receio de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Afirmaram que o Acórdão fundou-se em **prova falsa e erro de fato**, para anular as promoções ocorridas pela Resolução nº 12/91-CASAL, acolhendo a não observância do PCS e demais normas aplicáveis à espécie que ensejariam a violação dos princípios da

legalidade e da moralidade, porque o Plano de Cargos já estaria em vigor na época das promoções.

Aduzem que o Plano de Cargos e a sentença normativa emanada do TRT da 6ª Região, não se aplicavam porque ainda não se encontrava em vigor. Ele existia, mas não tinha eficácia jurídica.

O PCS somente foi homologado pela DRT em 4 de janeiro de 1995, posteriormente à RD nº 12/91-CASAL.

Quando da interposição da apelação contra a sentença que julgou improcedente a ação também o PCS não estava em vigor e o acórdão hostilizado teve como suporte legal o fato, **errôneo**, de que o PCS estava em vigor desde 1991, e que a sentença normativa, no que pertine à cláusula 17, já poderia ser aplicada, sendo os motivos pelos quais, foi anulada a RD nº 12/91-CASAL, que concedeu as promoções aos autores.

O erro foi a causa da conclusão a que chegou o acórdão, razão pela qual pediram a rescisão.

Destacaram os autores no pedido de tutela antecipada que o acórdão admitiu um fato inexistente, o de que o PCS e a sentença normativa eram aplicáveis ao caso em apreço, quando não eram.

Paralelamente, não houve controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o erro de fato.

Prosseguiram na mesma linha de raciocínio, comprovando que não sendo o PCS e a Sentença Normativa aplicáveis à espécie, as promoções deveriam observar o Regimento Interno e o Estatuto da CASAL, e transcreveram o art. 37, alínea “c”, do Estatuto que impõe competência ao Diretor Presidente para **promover** servidores, nos termos do Regimento Interno, enquanto a Diretoria é composta por cinco membros, tendo entre suas atribuições a homologação de promoções funcionais concedidas por mérito ou por necessidade do serviço, esta **após avaliação ou mediante indicação da Presidência ou de outro Diretor (arts. 25, 26 e 7º do Regimento Interno)**.

Tanto a promoção por mérito, quanto a por necessidade do serviço estavam previstas no Regimento Interno, sendo, conseqüentemente, legais as promoções, inexistindo violação ao princípio da legalidade, e se não existiam limites para a concessão das promoções, o ato em análise não poderia ser tido como imoral.

Aduziram que os documentos objetivam trazer a verdade, circunscrevendo-se os mesmos aos fatos consignados no processo (ação popular nº 201/91), porém não houve controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o **erro de fato** aqui em comento e os documentos apensados seriam bastante para alterar o resultado da causa e outra seria a decisão dos Desembargadores se não houvesse **prova falsa**, assim como **erro de fato** em relação à demanda, eis que o ato emanado pelo Diretor Presidente da CASAL, à época, e homologado pela Diretoria, não violou os princípios da Legalidade e da Moralidade, restando perfeita a RD nº12/91-CASAL, que concedeu as promoções.

Fincaram-se no art. 273 do CPC para requerer a antecipação da tutela, no sentido de declarar a legalidade da RD nº 12/91-CASAL, determinando que os autores percebessem seus salários em conformidade com as promoções concedidas legalmente.

O réu Paulo Fernando dos Santos contestou a ação, alegando que cabe a rescisória, além das hipóteses indevidamente citadas pelos autores de prova falsa, inciso VI e erro de fato, inciso IX, para mais sete situações previstas no art 485 do CPC, transcrevendo-as.

Às fls. 259, item 22, reconhece :

“Afastada por completo a hipótese, data vênua, de erro de fato. A priori deixaremos até de realçar as razões pelas quais, **embora ainda não formalmente iniciada a sua vigência**, o PCS existia e deveria ter sido observado de modo a se evitar a nefasta RD nº 12/91-CASAL.”

No item 31 (fls.260) prossegue :

“O Estatuto da CASAL, não se discute, permitiam e permitem c/c o Regimento Interno que o Presidente da CASAL promova qualquer servidor; é a discricionariedade que possui o agente público, ponto pacífico; no entanto quando os próprios Estatutos e Regimento Interno da CASAL que são sistemas normativos complexos são analisados no todo, vê-se logo que elementos vinculantes limitam o poder discricionário do Presidente da Companhia Estatal, visto a citação retro.”

Ainda na contestação, o réu Paulo Fernando diz que foram feridos princípios como o da Moralidade, o da Impessoalidade, o da Legalidade e etc, e até mesmo do princípio da continuidade.

Alfim trouxe a Lei Eleitoral, transcrevendo o art. 13 da Lei nº 6.091/74, como óbice às promoções, alegando que não podem ser consideradas válidas visto terem sido concedidas em 28.2.1991 pela RD nº 12/91-CASAL, quinze dias antes da posse do novo Governador do Estado.

TUTELA

A ação popular foi interposta para anular VINTE promoções de ocupantes dos cargos de Motorista, Assistente Administrativo, Auxiliar Administrativo, Auxiliar de Serviços Gerais, e de Fiscal de Obra, porque seriam decorrentes de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Promoção de funcionário de uma empresa estatal, como a CASAL, pode ser considerado ato lesivo ao patrimônio público, se à época da concessão foram obedecidos os critérios vigentes para melhoria do servidor ?

O próprio réu, Paulo Fernando dos Santos, autor na ação popular, ao contestar a presente, às fls. 260, item 31, reconhece que o Estatuto da CASAL e o Regimento, permitiam que o Presidente do órgão, promovesse qualquer servidor, e em nenhum momento ficou provado que houve prejuízo para ninguém, nem para o erário, a edição da Resolução nº 12/91-CASAL.

Entendemos que somente existiria ato lesivo ao patrimônio público, que justificasse a procedência de uma ação popular, se houvesse prejuízo, ou ônus para a empresa.

Se as promoções fossem irregulares, algum servidor não seria prejudicado ?

Ficaria ele inerte, sem defender seus direitos à promoção ?

Promoção é ato administrativo que não importa em nomear, contratar, designar, readaptar, ou proceder a quaisquer formas de provimento, que fosse vedado pela Lei nº 6.091/74, art. 13, como pretende o réu, porque se trata de ascensão no mesmo cargo de carreira exercido e não provimento inicial de outro cargo.

Ex positis, presentes os pressupostos legais para concessão da tutela antecipatória, somos por sua concessão pelo Relator, da medida prevista no art. 273 do CPC.

ERRO DE FATO

A presente ação rescisória, repise-se, tem por base legal o artigo 485 do Código de Processo Civil, em seu inciso IX (erro de fato).

Segundo a doutrina o erro de fato que enseja a rescisória há de ser a causa determinante e essencial da sentença e sobre esse erro não pode ter havido controvérsia, ou pronunciamento judicial.

Eis alguns ensinamentos de doutrinadores preeminentes:

Luís PINTO FERREIRA mostra o seguinte: Nos seguintes casos o erro permite a rescindibilidade da sentença de mérito: a) que a sentença se fundamente em erro de fato; b) que o erro seja apurável e transpareça de exame dos autos e documentos do processo, sem admitir-se novo documento ou provas, na rescisória, por apuração do erro de fato; c) que não tenha havido controvérsia sobre o fato do erro; d) que sobre ele, tampouco, tenha ocorrido pronunciamento judicial (in *Teoria e Prática dos Recursos e da Ação Rescisória no Processo Civil*, Editora Saraiva, 1982, p.287).

COQUELLO COSTA, em sua obra *Ação Rescisória*, indica que: A Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos proclamou que o erro de fato é erro dos sentidos. O haver omitido a sentença pronunciamento sobre algum ponto da demanda não constitui erro de fato, mas de direito, sanável mediante a interposição de embargos de declaração (Código de Processo Civil, artigo 464, inciso II e artigo 535, inciso II) (Ação Rescisória n. 904- SP (3378896), julgado em 14.4.83, Relator Ministro Carlos Mário Velloso) (3. ed., Editora Revista dos Tribunais, p.79).

PONTES DE MIRANDA, o Mestre dos Mestres, preleciona: Se a sentença se fundou em erro de fato, ligado a ato da causa ou a documento que nela se apresentou, há rescindibilidade. O Juiz pode ter sido levado ao erro devido à apreciação de algum documento, ou de qualquer ato praticado no processo, e não só ato de produção de prova. Tem-se de dar a ato conceito largo, que abranja qualquer ato processual, ou mesmo extraprocessual, que se haja

trazido ao processo. O § 1º frisa que há erro quando a sentença admite como existente fato que não ocorreu (não existiu), ou como inexistente o que ocorreu (in *Tratado da Ação Rescisória*, Editora Forense, 1976, p.342).

SERGIO RIZZI em sua obra *Ação Rescisória* mostra que: Como propõe CELSO RIBEIRO BASTOS: O reexame deste fato, tido por inexistente, quando de fato existiu, ou vice-versa, leva à modificabilidade da decisão propriamente dita. Se for realmente uma premissa, mas que não funciona como um requisito indispensável, à chegada do raciocínio a uma conclusão a que ele chegou, se realmente for puramente acidental, secundária, não essencial, para a formação da decisão, aí parece-me que não cabe a rescisória (Editora Revista dos Tribunais, 1979, p.121).

O Magistrado de primeiro grau julgou a ação improcedente.

A 2ª Câmara Civil decidiu anular toda e qualquer decisão da diretoria da CASAL, por ofensa aos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**, ao julgar a Ação Rescisória n. 223-RJ, deixou assente que: Para que ocorra erro de fato é preciso que este tenha sido capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável à parte contrária (in RT, vol. 681/199).

E no mesmo sentido: O erro de fato a ensejar a rescisória, há de ser causa determinante e essencial da sentença. Sobre esse erro, ademais, não pode ter havido controvérsia e pronunciamento judicial. Eventual injustiça do julgamento não autoriza a rescisão (Ação Rescisória n. 472.498-7, Primeiro Tribunal de Alçada Civil, Relator Juiz Ferraz Nogueira, in RT, vol. 683/100).

MÉRITO

Caracteriza-se o erro de fato quando o Juiz vê o que não está nos autos ou não vê o que está. A valoração de elemento probatório não pode autorizar ação rescisória por erro de fato, que, aliás, não se confunde com erro de direito.

Presentes as regras dos §§ 1º e 2º do *inciso IX do artigo 485* do Código de Processo Civil, pode-se cogitar de *erro de fato*.

A matéria foi analisada pelos eminentes integrantes da 2ª Câmara Civil diante da **falsa Resolução** nº acostada às fls.42 e sob o prisma de que teria havido **trem de luxo** e agressões aos princípios da legalidade, porque não teria havido avaliação e atribuição de pontos aos servidores em vias de ascensão funcional e ao princípio da moralidade, porque as promoções ocorreram no dia 28 de fevereiro de 1991, no apagar das luzes de um governo estadual e sem o estudo da Seção de Treinamento da CASAL.

A verdadeira Resolução nº 012/91, anexada às fls. 216, comprova que os vinte servidores promovidos integravam, como ainda integram, cargos de Motorista, Assistente Administrativo, Fiscal de Obra, Auxiliar Administrativo.

Inconcebível que aquelas promoções tenham acarretado ato ilegal, abusivo e lesivo ao patrimônio da CASAL, se as exigências legais foram atendidas e o próprio réu, autor na ação popular, confessa e reconhece que **o Estatuto da CASAL e o Regimento Interno, permitiam** que o presidente do órgão promovesse qualquer servidor, desde que houvesse homologação pela Diretoria (art. 7º do Regimento), como ocorreu.

Parece-nos que a ação popular foi indevidamente utilizada, ante a ausência total de prejuízo para a empresa, ou a coletividade, havendo maior ônus com a tramitação dela e a perda de tempo de nós outros que atuamos no presente processo e aqueles que funcionaram na ação popular.

O acervo fático probatório dos autos dão-nos a certeza de que nenhum princípio foi agredido, cotejando-se com a verdadeira Resolução nº 12/91-CASAL, e a falsa informação de algum servidor é que pode ter cimentado o entendimento do autor da ação popular.

Posto isto, o Ministério Público propugna pela procedência da ação, para o fim de rescindir a decisão guerreada, reconhecendo-se a legalidade da Resolução nº 12/91-CASAL, restabelecendo-se as vantagens financeiras dos humildes servidores daquele órgão, que tão relevantes serviços prestam à coletividade, comprovado como se encontra o erro de fato, resultante de atos e documento da causa, e ainda o fato da inaplicabilidade do Plano de Classificação de Cargos, vigente somente a partir de 1995, após sua homologação pela

Delegacia Regional do Trabalho, conseqüentemente inexistente no mundo jurídico em 1991, época das promoções.

É o parecer, S. M. J.

Maceió, 7 de novembro de 2002

LUCIANO CHAGAS DA SILVA

Procurador de Justiça

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CRIMINAL 02.001224-1**SUSCITANTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE COMPETÊNCIA MISTA DA CAPITAL – JUIZADO DE ENTORPECENTES****SUSCITADO: JUIZ DE DIREITO DO 1º JUIZADO CRIMINAL DA CAPITAL****PARECER Nº**

Tratam os autos de conflito negativo de competência criminal proposto pelo Dr. Juiz do 4º Juizado de Entorpecentes da Capital, sendo suscitado o Dr. Juiz do 1º Juizado Especial Cível e Criminal da Capital e não o de Arapiraca como consta erroneamente dos autos.

Tudo se originou da prisão em flagrante por porte ilícito de entorpecentes de Antonio Adolfo de Mendonça Neto, fato ocorrido nesta Capital em abril do corrente ano, TCO, por distribuição, foi para o 2º Juizado de Entorpecentes(4ª Vara Criminal de Competência Mista), onde o Dr. Juiz se deu por incompetente e suscitou o conflito com o Dr. Juiz do 1º Juizado Cível e Criminal da Capital que também se disse incompetente.

Alega o suscitante que o crime de uso de substância entorpecente, passou a ser crime de menor potencial ofensivo, isto considerando o advento da Lei dos Juizados Especiais Federais – Lei nº 10.259 de 12.7.2001, que elevou para dois anos a pena máxima dos crimes assim classificados, daí ser a competência para processar tais infrações dos Juizados Especiais Criminais.

Passo a opinar:

Em analisando o caso posto à cognição desta Procuradoria Geral de Justiça, entendo sem razão o Dr. Juiz do 2º Juizado de Entorpecentes, isto porque a nova Lei de Tóxicos, Lei nº 10.409/02, tal como a anterior, define procedimento específico tanto para o tráfico como para o uso de substancia entorpecente tendo, pois,

caráter especial prevalente em relação à Lei dos Juizados Especiais Criminais, quer no âmbito Estadual quer no Federal, embora já seja pacífico o entendimento de que se deve ampliar o conceito de crime de menor potencial ofensivo atingindo o patamar de dois anos de pena máxima cominada previsto pela Lei nº 10.259/01 que criou os Juizados Federais, aplicando-se tal regra, mais benéfica, também na Justiça Estadual, face ao princípio constitucional da isonomia. Por outro lado, também é certo que a própria Lei 9.099/95, em seu art. 61, exclui a competência dos Juizados Especiais Criminais para processar os autores de crimes que poderiam ser considerados de menor potencial ofensivo, nos casos em que a lei preveja procedimento especial para tais delitos, como é o caso da Lei de Entorpecentes.

Não me consta que a nova Lei dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal tenha, de qualquer modo, derogado o art. 61, da Lei 9.099, em sua parte final que trata do procedimento, nem o disposto no art. 27 da Lei 10.409/02, além do que, se é correto aplicar-se a todos o novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, por ter tal regra caráter material, de direito penal, e ser mais benéfica aos acusados, o mesmo não ocorre com relação ao novo procedimento que se quer impor ao crime de uso de tóxico, pois se trata de norma de caráter meramente formal, processual, não se podendo dizer que seja mais benéfica a sua adoção. Lembrar ainda que na Justiça Federal não se processam usuários de drogas, pois a mesma só tem competência para processar os crimes de Tráfico Internacional, conseqüentemente, não foi intenção do legislador, ao criar os Juizados Federais, modificar o rito processual destinado aos usuários de drogas.

Ainda mais, só para argumentar, vamos supor que fosse, no caso, o infrator denunciado por tráfico de maconha, entretanto, posteriormente, após a instrução criminal, houvesse a desclassificação para uso da substância entorpecente. Neste caso, desapareceria a competência originária e teria que ser o processo, já em sua fase final, encaminhado ao Juizado Especial Criminal para julgamento, o que seria impraticável.

Destaque-se ainda que as regras que orientam o procedimento da Lei de Tóxicos são complexas e incompatíveis com os princípios da oralidade, informalidade e celeridade inerentes aos

Juizados Especiais, *ex vi* do art. 62 da Lei 9.099, bastando para que isto se comprove, a possibilidade de que, em caso de uso de tóxicos, seja necessário submeter o acusado ao Exame de Dependência, que demanda tempo, é procedimento complexo e do qual poderá resultar a inimputabilidade do usuário e seu tratamento e acompanhamento, conforme previsto na Lei de Entorpecentes, o que se torna inviável em sede de Juizados Especiais. Também se deve levar em conta para definir o caso, o próprio objetivo visado pela Lei 9.099, ou seja, a reparação dos danos sofridos pela vítima, como se encontra explicitado no seu art. 62, uma vez que, em se tratando do crime de uso de substância entorpecente, inexistente a vítima, existindo apenas o próprio acusado como tal.

Assim, crime de tóxico, quer seja uso ou tráfico, pela complexidade de que se reveste (vide art. 77, § 2º da Lei 9.099), deve ser processado segundo o rito da Lei 10.409/02, que é o rito especial para tais delitos, sendo, portanto, competente para tal o 2º Juizado de Entorpecentes, ou 4ª Vara Criminal de Competência Mista, como se queira.

É o parecer, s.m.j.

Maceió, 30 de setembro de 2.002.

CARLOS ALBERTO TORRES

Procurador-Geral de Justiça Substituto

TIPO DE PROCESSO: AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Nº NO TRIBUNAL: 02.000710-8

QUERELANTE: ESTADO DE ALAGOAS

QUERELADA: JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

PARECER

- 1- Ação Penal Privada Subsidiária da Pública exercitada pelo Estado de Alagoas através de sua Procuradoria Geral. Inadmissibilidade. Parte ilegítima. Inteligência dos arts. 29, 31 e 38 do CPP.
- 2- Antecipação de tutela em ação ordinária suspensa através de decisão do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça. Inexistência da tipicidade prevista no art. 315 do Código Penal. Arquivamento promovido pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça que deve ser mantido.
- 3 - Queixa que não deve ser recebida.

Trata os autos de Ação Penal Privada Subsidiária da Pública promovida pelo Estado de Alagoas, através da Procuradoria Geral do Estado, contra a Dra. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, por crime previsto no art. 315 do Código Penal, isto por haver a Dra. Juíza concedido antecipação de tutela a funcionário público aposentado, com a finalidade de pagamento de proventos atrasados. Alega o querelante que a imputação de tal crime é previsão legal do art. 2º da Lei nº 5.021/66.

Esta Procuradoria Geral de Justiça já havia se pronunciado administrativamente pelo arquivamento entendendo não ter sido tipificado tal delito, pois a previsão da Lei 5.021/66, só se aplica em caso de Mandado de Segurança, enquanto que, no caso concreto, se trata de Ação Ordinária de Cobrança.

A Procuradoria Geral do Estado, alegando que a promoção de arquivamento foi intempestiva, exercitou a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.

Inicialmente, em preliminar, é de se alegar a falta de legitimidade ativa da Procuradoria Geral do Estado para ingressar com Ação Penal Privada, isto porque, só pode haver tal possibilidade e em se tratando de crime onde existe como vítima uma pessoa física, conforme se pode concluir da exegese do art. 31 do Código de Processo Penal, que assim reza:

“No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

Ora, o ESTADO, como ente jurídico, já tem o seu Órgão Persecutor que é o Ministério Público e seria inadmissível essa duplicidade de legitimados para a Ação Penal em se tratando do mesmo ente jurídico, além do que, em se tratando de peças informativas ou representação encaminhadas ao Procurador-Geral de Justiça, o prazo para o seu pronunciamento é de 30(trinta) dias, conforme dispõe o art. 27, parágrafo único, inc. III, da Lei Federal nº 8.625, de 12/2/93 e do art. 5º, parágrafo único, inc. III, da Lei Complementar Estadual nº 15/96, prazo este cumprido, pois foi determinado o arquivamento da representação, ou notícia crime, em 30.4.2002, enquanto que a mesma ingressou no MP no dia 27.3.2002, conforme se pode constatar às fls.20 dos autos.

Lembrar ainda que, se não houvesse o Estado de Alagoas se conformado com a determinação de arquivamento, o remédio jurídico se encontra também nas citadas leis, ou seja, art. 12, inc. XI, da Lei Federal 8.625/93 e art. 12, inc. XI, da Lei Complementar nº 15/96, que é o recurso para o Colégio de Procuradores, no prazo de 6 meses, conforme art. 8º, inc. XXII, do Regimento Interno do citado Órgão da Administração Superior do Ministério Público.

Ainda sobre a legitimidade no caso de ação penal privada subsidiária, eis que diz o mestre Damásio de Jesus em comentário ao art. 100 § 3º do CP:

Ação penal privada subsidiária da pública (§ 3º)

“Embora a ação penal continue de natureza pública, permite-se que o particular a inicie quando o titular não a propõe no prazo legal” (*Código Penal Anotado*, p.306).

Sobre o mesmo assunto trago o escólio de José Antonio Paganella Boschi, Juiz de Alçada Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em seu livro *Ação Penal*, p.168, verbis:

“Titular do direito de queixa na ação penal privada subsidiária é o ofendido ou seu representante legal (arts. 29 e 38 do CPP), e no caso de morte ou declaração judicial de ausência, por transferência, essa titularidade passa ao cônjuge, ascendente ou irmão (art. 31 do CPP). A Constituição Federal prevê a admissibilidade da ação privada nos crimes de ação pública, mas nada estabelece quanto à legitimidade. Desse modo, parece-nos que o propósito do legislador constituinte, inclusive reproduzindo os termos do art. 29 do CPP, não foi outro senão de preservar o sistema do Código, cujo art. 38 explicita quem detém a legitimidade ad causam: a vítima ou seu representante legal, e, no caso de morte, as pessoas relacionadas no art. 31”.

Além do que, é relevante trazer à colação que nenhum prejuízo teve o Erário Estadual, uma vez que o remédio jurídico exercitado pelo Querelante obteve sucesso através da suspensão da Liminar concedida pelo próprio Poder Judiciário, através de seu ilustre Presidente.

O que aqui se pretende é mera vindita, inadmissível de ser acatada, pois, tal sentimento, em se tratando de Direito Penal é só lembrança esmaecida, cujo eco ressoa já muito distante, perdido na escuridão dos tempos medievais.

Sobre este aspecto, o saudoso e insuperável mestre Nelson Hungria, assim também se manifestou no art. 98 do seu anteprojeto de Código Penal, sobre a supressão da Ação Penal Privada Subsidiária:

“[...] na prática, quase sempre deixa de atender ao interesse da Justiça, para somente servir a sentimento de vindita, quando não a objetivo de chantagem”.

Assim, em preliminar, pelo não conhecimento da queixa por falta de legitimidade ativa do querelante, enquanto que, no mérito, pela seu não recebimento mantendo-se o arquivamento já determinado pelo Titular da Ação Penal, em virtude de ser o fato atípico.

Maceió, 12 de novembro de 2002.

CARLOS ALBERTO TORRES

Procurador-Geral de Justiça Substituto

)

1

,

1

