

PARTE III

PRÁTICA FORENSE



**ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**

**Processo 2009.000267-8
Apelação Cível
Apelante: Ministério Público
Apelado: Raimundo José de Freitas**

PARECER

**Egrégio Tribunal
Colenda Câmara**

Cuida-se de apelação interposta pelo **Ministério Público do Estado de Alagoas**, através do **Promotor de Justiça de Murici**, inconformado com a decisão de fls. 498/504/TJ, da Juíza de Direito daquela Comarca, na **ação civil pública por Ato de improbidade Administrativa**, que tem como apelado **Raimundo José de Freitas Lopes**, cuja decisão rejeitou a **ação civil pública**, por inadequação da via eleita, portanto, sem análise do mérito.

Evidencia-se do recurso que tendo em vista o resultado conclusivo de inquérito civil público, o **Ministério Público/Apelante**, ajuizou ação civil pública atribuindo ao apelado a prática de diversos atos de improbidade administrativa.

Segundo consta, o apelado no ano de 2004, era Prefeito do Município de Branquinha-AL e praticara diversos atos de improbidade administrativa, dentre os quais fez inserir em suas prestações de contas notas fiscais "...material e ideologicamente falsas...", bem como permitiu pagamento sem a prévia liquidação de crédito.

Ao ser notificado o apelado apresentou manifestação escrita alegando em síntese, como preliminar, inépcia da inicial, bem como pugnou pela suspensão do processo em razão do julgamento da Recl. 2.138-6 no STF.

Diz o apelante que não obstante farta documentação juntada aos autos com o inquérito civil, a decisão rejeitou a ação extinguindo o processo por carência de ação consubstanciada na ausência da possibilidade jurídica do pedido.

Alega que a decisão guerreada entende não ser o apelado um servidor municipal e sim um agente político e que por isso não se aplicaria a ele, a lei de improbidade administrativa visto que, o mesmo não se encontra inserido "...na redução conceitual do art. 2º da Lei nº 8.429/92...", e que por ser agente político os atos por ele praticados seriam delitos de responsabilidade, devendo ser aplicada a ação penal devida, em razão da prática de crime de responsabilidade.

Aduz o apelante que a decisão recorrida, a ser mantida, representaria retrocesso histórico no já difícil combate à corrupção e imoralidade administrativa no serviço público, premiando administradores corruptos.

Demonstra a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação, bem como a possibilidade jurídica do pedido.

Transcreve decisões a respeito.

Fala, adiante, do que chama de "...supostos contornos criminais das "penalidades" dispostas na lei 8.249/92.

Invoca o art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Discorre sobre os ramos de direito e da atuação interdependente entre si, acrescentando que as consequências jurídicas das violações das normas de cada ramo "... não implicam na confirmação da odiosa regra do bis in idem", dizendo da possibilidade de alguém vir a ser condenado no âmbito civil, e, pelo mesmo fato de ser condenado também criminalmente. Cita, como exemplo, o caso da ação civil ex-delicto, como forma de fazer com que o condenado em crime – que teve contra si sanção penal – vir a ser condenado a indenizar a vítima ou os seus sucessores com a reparação devida (sanção de natureza não penal).

Assegura que o legislador constituinte distinguiu as sanções decorrentes de atos de improbidade como sanções civis (lato sensu) e que as sanções criminais decorrentes desses mesmos atos, aplicadas cumulativamente, não resultam em **bis in idem**, posto que, sanções diversas, e que só haveria o **bis in idem** se fossem aplicadas para o mesmo fato duas sanções criminais iguais ou diferentes.

Ataca a decisão quando esta diz que o apelado, por ser prefeito municipal, à época em que cometeu os atos de improbidade estaria inserido na categoria de agentes políticos, não cabendo, portanto, no conceito do art. 2º da Lei 8.249/92.

Registra que "**não há qualquer redução conceitual**", como fala a decisão, posto que agente público é gênero, do qual agente político e servidor público são espécies, citando definição do renomado mestre Celso Antônio Bandeira de Mello.

Fala a seguir na Reclamação 2.138/DF, assim se referindo, fl. 516/TJ: "Tal discussão findou por se julgar procedente a Reclamação 2138/DF, deixando registrado o entendimento pelo teor da referida Reclamação que as **sanções previstas na Lei 8.429/92** se imiscuiriam com as **sanções da Lei 1.079/50**, e que, portanto, segundo a reclamação, teriam a mesma natureza que esta, isto é, seriam sanções de natureza penal e sendo assim, não se aplicaria a Lei 8.429/92 aos **agentes políticos detentores de prerrogativa de foro perante o STF** (apenas e tão somente a estes). Ocorre, contudo que **do mesmo texto da referida Reclamação** ficou subtendido que as sanções de Lei de improbidade (8.429/92) somente se confundem com sanções de natureza criminal **desde que haja previsão constitucional de prerrogativa de foro** para responsabilização por crime de responsabilidade. Como visto, obviamente que este **não é o caso de**

prefeitos municipais, vereadores e deputados estaduais, uma vez que estes agentes políticos **não gozam de previsão constitucional de prerrogativa de foro para crimes de responsabilidade**, apenas para os casos de crime comum".

Discorre sobre votos de Ministros do STF, sobre a reclamação pré-falada.

Em seguida, transcreve a íntegra de decisão do Ministro Gilmar Mendes, que votou favoravelmente a Reclamação 2.138/DF, quando negou, em 31.03.2008, a Reclamação 5909 feita pelos "**Deputados taturanas deste Estado**".

Vê-se naquela decisão (fl.521/TJ): "... **é preciso esclarecer que este Supremo Tribunal Federal, no julgamento definitivo da RCL nº 2.138/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Red. P/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, em 13 de junho de 2007, deixou assentado o entendimento segundo o qual os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Consignou-se, ainda, que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativo, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Assim, somente o STF pode processar e julgar o Ministro do Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. Esses entendimentos não são aplicáveis ao caso em questão, no qual se tem ação cautelar preparatória de ação civil por improbidade administrativa contra deputado estadual, que não possui foro especial por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal e não se submete ao regime especial de responsabilidade político-administrativa previsto na Lei nº 1.079/1950**".

Afirma o apelante que se os deputados taturânicos não se submetem ao regime político de responsabilidade previsto na Lei 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade para quem tem prerrogativa de foro, os prefeitos municipais, também não tem previsão constitucional de prerrogativa de foro para tais delitos.

Traduz o apelante que "A questão relativa a se prefeito municipal responde ou não diante da Lei 8.429/92, não está consolidada no STF,

mesmo porque o julgamento da Reclamação 2138/DF, que reconhece que referida Lei não se aplica a determinados agentes políticos (não todos), NÃO TEM EFEITO VINCULANTE".

Em seguida o apelante faz ver que o próprio Supremo Tribunal Federal já arquivou reclamações de prefeitos nesse sentido, demonstrando com transcrição de farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que se admite poder o prefeito ser responsabilizado com base na lei de improbidade administrativa – 8.429/92-.

Repete o apelante que não há que se falar em inadequação da via eleita e expõe "...que em decisão recente, datada de 15 de agosto de 2008, **a própria juíza prolatora da sentença recorrida**, em ação de impugnação de registro de candidatura envolvendo o próprio réu, **reconheceu expressamente a possibilidade de agente político municipal praticar atos de improbidade administrativo...**", transcrevendo trecho da citada decisão.

Farta Jurisprudência, sobre o que se discute, é transcrita pelo apelante.

Enfim, pugna o apelante porque seja sentença objurgada, anulada, para que em se reconhecendo a adequação da via eleita, bem como a possibilidade jurídica do pedido, siga o processo nos seus ulteriores termos no juízo de 1º grau, até sentença final de mérito.

O apelado apresentou, em seguida, as suas contra-razões.

Diz, em resumo, que o apelante apenas por dever legal ingressou com o recurso e que carecem de mínima procedência os fundamentos do apelante, posto que consubstanciados em tese infrutífera e em desacordo com o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, devendo ser o recurso recusado.

Na sua síntese recursal, alega que já na contestação destacou a inépcia da inicial por ausência de fundamentação e também por descabida a via eleita pelo postulante.

Alega mais que a decisão de rejeitar o processamento da ação guarda coincidência com o Decreto-Lei nº 201/67, pelo que não poderia ser imputado ao apelado, ex-prefeito municipal, senão a propositura de ação própria por crime de responsabilidade.

Argumenta sobre a inaplicabilidade da lei 8.429/92 aos agentes políticos atingidos pelo Decreto-Lei nº 201/67 e sobre a improcedência do apelo.

Nesse campo, esclarece, em suma, que uma vez submetido ao regime especial do Decreto-Lei nº 201/67, não pode ser aplicada a lei nº 8.429/92, porque regra genérica.

Discorre sobre conteúdo da reclamação 2.138-6/DF, admitindo que **"embora decida sobre autoridade distinta da cuidada no presente, à qual se dedica diploma infra-constitucional não coincidente com o decreto-Lei nº201/67 (qual seja, a Lei nº1.079/50), aplica o princípio da especialidade das leis para concluir que os agentes políticos tratados por regime específico não se sujeitam ao regramento assentado pela Lei 8.429/92"**.

Alude a que a constituição Federal não dedica foro distinto às autoridades enumeradas por seu art. 102, I, c, também o fazendo com relação a outras, inserindo aí "...os prefeitos municipais, este que devem, por força do art. 29, X, da mesma carta (corroborado pelo art. 133, IX, b, da Constituição Estadual), ser efetivamente julgados pelo Tribunal de Justiça Estadual, e não pelo Juiz de direito".

Transcreve decisão a respeito.

Ao final, considera que o recorrido ainda se sujeitaria aos ditames do Decreto-Lei nº 201/67, em caso de cometimento de improbidades sustentadas e constitutivas de crimes de responsabilidades praticados durante o exercício do cargo público o que está perfeitamente ajustado à decisão.

Por tudo que expôs, requer a rejeição do apelo, preservando-se, incólume a sentença de primeiro grau.

Este o Relatório.

Passa o Ministério Público, neste grau de jurisdição, a opinar.

Inicialmente, há que se observar que a Reclamação 2.138-6/DF, não impõe qualquer efeito vinculante.

A ação civil pública de responsabilidade por atos de improbidade administrativa rejeitada pela sentença guerreada, tem suporte em farta documentação anexada, não comportando, desde já, mencionado decism, com base no § 8º, in fine, do art. 17, da Lei

8.429/92, como registrado, por inadequação da via eleita, sem a apreciação do mérito.

O que diz o § 8º, do art. 17, da Lei 8.429/92:

Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, com decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou **da inadequação da via eleita**'. (destaque em negrito)

Aqui, cabe perguntar:

Por que a **inadequação da via eleita**, se tão bem esclarecidos os atos de improbidade de que se tratam e diante da robustez das provas anexadas ?

A ação ora apelada tem fulcro nos arts. 37, "caput" e § 4º, 127 e 129, inciso III da Constituição Federal, no art. 25, inciso IV, alínea "b", da Lei Federal 8.625/93, no art. 17, da lei Federal 8.429/92 e na Lei Federal 7.347/85 e tem por base informações colhidas motivadoras de inquérito civil (fl.03/TJ).

Veja-se o que diz o art. 37, "caput", § 4º da Lei Maior:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º – os atos de **improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**" (destaque em negrito do MP).

Pois bem, na ação proposta e ora apelada vê-se, indiscutivelmente, **improbidade administrativa**, pelo que se busca, em suma, o ressarcimento dos danos causados, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e outros, definidos na exordial, tudo no campo civil, **sem prejuízo da ação penal correspondente**.

Condiz a ação com o ensinamento da Carta Magna acima exposto.

O artigo 127 da Lei Maior que trata do Ministério Público incumba ao mesmo "... a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" e o

artigo 129, define, as funções institucionais do Ministério Público, trazendo, em seu inciso III, "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Tudo está consentâneo com a CF/1988.

A Lei 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, no inciso IV, do artigo 25, quando fala das funções do Ministério Público, fala em "promover o inquérito civil e a ação pública, na forma de lei", definindo os casos, nas alíneas "a" e "b", estando o contexto do presente processo inserido na previsão legal.

Já a Lei Federal 7.347/85, também legitima o Ministério Público para a ação civil pública, inclusive para "...as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais...", causados..." a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

Nada se pode cogitar, portanto, de inadequação da via eleita, de ausência de possibilidade jurídica do pedido e nem tampouco de qualquer foro privilegiado para ex-prefeito, no caso apelado.

Aliás, é isto, pelo que se vê, a intenção do apelado, quando à fl.550/TJ expressa:

"Por todo o exposto, considerando que o recorrido **ainda se sujeitaria aos ditames cuidados pelo Decreto-Lei nº 201/67** em caso de cometimento das improbidades sustentadas pelo Parquet, constitutivas de crimes de responsabilidade praticados durante o exercício do cargo político, perfeitamente ajustada a decisão objurgada pelo apelante, que há, dessarte, de ser mantida em seus exatos termos".(destaque em negrito do MP).

A via leita é a que decorre de Lei. E, a teor dos dispositivos acima expostos **a ação civil pública** proposta e rejeitada, que mereceu o bem lançado apelo, é a via correta, neste caso, na seara civil.

Veja-se entendimento do STF que segue:

"Origem: STF – Supremo Tribunal Federal – Classe:Pet-Q0 – Questão de Ordem na Petição – Processo 3923 – UF: SP – SÃO PAULO – Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJe-182 DIVULG 25.09.2008 – PUBLIC 26.09.2008 – EMENT VOL - 02334-01 PP -00146 – Relator: JOAQUIM BARBOSA -

Decisão: O Tribunal resolveu a questão de ordem no sentido de determinar o retorno dos autos ao juízo estadual de origem, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o senhor Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 13.06.2007.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DE AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. **Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal** pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob, pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. **As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.** 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início da consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição do EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de contraditio in terminis. Aliás a

Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem." (destaques em negrito do MP).

A implicância em se dizer que, por exemplo, a decisão de suspensão dos direitos políticos do apelado, teria conotação penal é o mesmo que se esquivar do império da lei, apostando na morosidade da Justiça para o respectivo julgamento.

A alusão feita na inicial, trata, em resumo, de **notas fiscais falsas; notas fiscais frias; pagamento em duplicidade; ausência de liquidação de despesa.**

A abundância de provas, desde a inicial, advindo inclusive de inquérito civil público, em que se relata o encaminhamento à Secretaria Executiva da Fazenda de um total de 262 (duzentas e sessenta e duas) cópias de notas fiscais utilizadas para justificar despesas do município no exercício de 2004, é evidente. Veja-se que em resposta a mencionada Secretaria informou serem falsas as notas fiscais apresentadas à perícia, uma vez que o número de selo fiscal da SEFAZ não correspondia à nota emitida. E mais, apenas para ilustrar, constatou-se dos autos "...que as notas fiscais de venda ao consumidor teriam sido emitidas por 79 (setenta e nove) supostas empresas, sendo que em todas estas notas fiscais o selo emitido pelo SEFAZ/AL pertence a outra empresa". (veja-se: 1. O que consta da fl.05/09/TJ; 2. Da auditoria de fls. 31 a 45/TJ; 3. Da relação de notas com indícios de irregularidades, de fls. 46/60/TJ; 4. Da informação fiscal da Secretaria da Fazenda, em atendimento ao ofício nº011/2007-PJM, de 13 de abril de 2007, que trata da inidoneidade das notas fiscais e das operações em relação as informações existentes no banco de dados da Secretaria Executiva da Fazenda do Estado de Alagoas, com documentos anexos, fls. 74/123/TJ).

A prova é por demais robusta, daí a irresignação do apelante em a decisão vergastada, abraçar, simplesmente, a **inadequação da via eleita.** Sem observar, em seu entorno, as consequências maléficas da

agressão ao princípio constitucional da **moralidade**, oferecendo-se ao apelado oportunidades outras, desnecessária, sob o argumento do **bis in idem**.

A ação civil pública, como define o nome, restringe-se ao campo civil. Não se pode discutir sobre a existência de entendimentos de eminentes conhecedores do direito que tratam algum tipo de condenação neste campo, como se fora uma pena, outros tantos, não menos conhecedores do direito, assim não entendem, posto que a pena, a rigor da lei, será apurada no campo próprio das leis penais com os trâmites estabelecidos no Código de Processo Penal o que é indubiosamente mais coerente.

A propósito, sobre crime, assim trata a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º:

Art. 1º – Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

As penas criminais são caracterizadas e se distinguem das demais pela sua natureza e consequência jurídica.

O apelado ao ser notificado, em resposta, fls. 480/476/TJ, dá ênfase à inépcia da inicial bem como à suspensão do processo, registrando, nas entrelinhas "...que há servidores responsáveis por realizar o controle contábil-financeiro; por proceder às licitações; por atestar o recebimento de produtos adquiridos; por elaborar a prestação de contas; enfim, encontram-se responsáveis por realizar as múltiplas atividade que o serviço público vindica".

Pergunta-se: E ele apelado, na qualidade de Prefeito, à época, não é, em suma, o responsável maior por tudo? Por que tentar se esquivar dos seus atos de improbidade, buscando atribuir a outrem essa prática ilícita?

Interessante dizer que um trecho de sua resposta pré-falada o apelado alude que "o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

Indaga-se aqui: Precisa-se de mais provas ainda?

A propósito, veja-se a decisão que segue:

'ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 826.678/GO, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.10.2006 p. 290)'.

"Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade".

Também nas suas contra-razões de apelação, como já visto, nada traz o apelado no que diz respeito a um esboço de defesa sequer, conforma-se com a rejeição da ação pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa e, dentro das filigranas jurídicas, esconde-se no argumento da **"... sujeição dos ex-prefeitos ao processo previsto pelo Decreto-Lei nº201/67 para julgamento por crimes de responsabilidade cometidos durante o exercício do mandato já extinto..."**

Veja-se que nessa quadra o apelado fala em **crime** e a ação aqui posta, refere-se á área civil **por ato de improbidade administrativa**.

A MM. Juíza em 24.07.2008, determinou a citação do réu, ora apelado, para contestar a ação, entretanto, em seguida, em 04.09.2008, tornou sem efeito o despacho (fl.497v) e apresentou a sentença ora atacada.

Ora, a exigência de que o ato de improbidade seja tipificado em lei, está sobejamente provado.

Ao ser feita a notificação de que já se falou, cumpriu-se uma etapa que deveria ser seqüenciada com a citação do ora apelado, para contestar, o que aliás, foi determinado pela MM. Juíza, contudo, posteriormente, foi anulada esta decisão.

A Lei de Improbidade Administrativa é por demais importante na defesa da moralidade pública e no combate à corrupção. Esta, constitui-

se em preocupação constante, vez que corrói o erário, deprimindo-o, diante das inúmeras necessidades existentes, favorecendo aqueles que se aproveitam muitas vezes dos cargos que de boa fé a sociedade lhes outorga.

A Lei 8.429/92 representa verdadeiro marco divisório no ordenamento jurídico pátrio, sendo um dos instrumentos mais importantes no combate às nocivas investidas em desfavor da gestão e da coisa pública.

Não se pode, sob uma ótica restritiva, desfigurar o que é estabelecido na Lei Maior (art.37, § 4º) – quando em clareza meridiana expressa, sobre os atos de improbidade administrativa, definindo as consequências, e ressaltando, "...**...na forma e gradação da lei, sem prejuízo da ação penal cabível**".

Quanto aos chamados **crimes** de responsabilidade estes têm regramento na Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67.

A seara cível é tratada como a CF define, **na forma e gradação da lei**.

Seria um estímulo e um prêmio à corrupção retirar a ação de improbidade em relação aos agentes políticos.

Por todo o exposto manifesta-se o Ministério Público neste grau de jurisdição por que seja tomado conhecimento do recurso de apelação, dando-se provimento ao mesmo, anulando-se a sentença guerreada, para reconhecendo-se a adequação da via eleita, bem como a possibilidade jurídica do pedido, determinar que se prossiga o processo no juízo de 1º grau, até a sentença final de mérito.

É o PARECER
Salvo Melhor Juízo.

Maceió, 18 de Março de 2009

JOSÉ ARTUR MELO
Promotor de Justiça/Designado

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL

PROCESSO Nº 2010.000518-0
APELAÇÃO CRIMINAL
ORIGEM: 17ª Vara Criminal da Capital
APELANTE: Dilson Alves
APELADO: Ministério Público
RELATOR: Des. Sebastião Costa Filho

PARECER Nº

RELATÓRIO

Versam os presentes autos acerca de recurso de apelação criminal, tempestivamente interposto por **Dilson Alves**, por meio de Defensor Público, estribado no artigo 593, III, letra “c”, do Código de Processo Penal, irresignado com a r. decisão do douto Juiz *a quo*, assentada a fls. 1.714 *usque* 1.717 dos autos, que o condenou ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, no Presídio Militar, pela prática do tipo previsto nos artigos 121, § 2º, incisos I(motivo torpe) e IV(mediante emboscada), 29 e 69, todos do Código Penal brasileiro, bem como fixou o valor de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais)a título indenizatório mínimo, importância a ser paga pelo apelante aos legitimados por lei para esse fim, atento ao comando emitido pela nova redação do artigo 387, IV, do diploma processual penal

O representante do Parquet estadual de primeira instância sustentou na peça exordial, de forma clara e precisa, que o apelante, no dia 1º de outubro de 2007, por volta de 1h, durante os festejos do evento

“Mata Grande Fest”, realizado no município homônimo, agindo com vontade assassina, concorreu para que terceira pessoa matasse o ofendido Fernando Alves Gomes Brandão.

Recebida a peça preambular, realizada a instrução criminal e cumpridas todas as formalidades de praxe, foi o feito submetido ao crivo do Sinédrio Popular da 17ª Vara da Capital (sequer eu sabia que existia?), tendo o apelante sido condenado à pena privativa de liberdade acima mencionada, assim como ao pagamento da fixada verba indenizatória decorrente do crime, beneficiado que foi pelo instituto da Delação Premiada, bem como porque o jurados rechaçaram a acusação de formação de quadrilha.

Insatisfeito com o conteúdo da vergastada sentença condenatória, o apelante interpôs o presente recurso, tempestivamente, com o fito exclusivo de afastar a condenação ao pagamento de indenização aos familiares da vítima. Assim, em sede de Razões, argumenta o apelante que existem sérios obstáculos à exequibilidade de tal medida, haja vista que não foram identificados na respeitável sentença guerreada os beneficiários da indenização. De modo igual, a Sra. Clayriane Cordeiro de Sá Correia, esposa do ofendido, embora devidamente habilitada nos autos como assistente de acusação, não formulou, em qualquer fase, pedido de indenização; via de consequência, não houve o contraditório, tampouco foram produzidas provas com o fim específico de estabelecer o *quantum* a ser pago, o que viola o sistema processual acusatório e o princípio da imparcialidade do juiz.

Finda por dizer que a fixação do valor da indenização na sentença condenatória é desnecessária, pois a sentença condenatória transitada em julgado constitui título executivo a ser liquidado no Cível, a teor do artigo 63 da lei adjetiva penal, razão de inexistirem motivos para que haja preocupação com a indenização a ser recebida pelos familiares do ofendido, já que se encontram devidamente amparados em norma vigente, portanto; finda por pugnar pelo conhecimento e consequente provimento do apelo.

Doutra banda, o culto coordenador do GECOC, instado pelos Juízes integrantes da 17ª Vara Criminal da Capital, em suas contra-razões, sustenta que o acusado não se mostra insatisfeito com o conteúdo da sentença penal condenatória, no que pertine à segura conclusão de que concorreu para as práticas delitivas como lhe foi

atribuído na exordial acusatória, e sustentado durante todas as fases do processo, inclusive em plenário.

Argumenta o prestigiado representante do Ministério Público de primeiro grau que, compulsando os autos em análise, podemos vislumbrar que está satisfatoriamente demonstrado o que foi exposto na inicial, formando o recorrente juntamente com os demais acusados uma verdadeira organização criminosa.

Conclui por afirmar que, com o advento da Lei 11.719, há previsão de o próprio Juiz da sentença criminal estipular a indenização, como preceitua o Código de Processo Penal, sendo dispensável se falar que a sentença é título executivo a ser liquidado no campo do Juízo Cível, a teor do artigo 63 do Código de Processo Penal; muito menos na inconstitucionalidade do artigo 387 e seu inciso IV do mesmo diploma legal, principalmente por ser a lei bem clara quando trata da indenização estipulada pelo Juiz que proferiu a sentença, concluindo por promover o improvimento do recurso.

PRELIMINAR

Quer nos parecer carecer de competência a 17ª Vara Criminal da Capital para exercer o julgamento de crimes dolosos contra a vida, matéria reservada, ao nosso singelo olhar, às Varas Judiciárias especializadas do Tribunal do Júri da Capital ou das Comarcas em que se tem mais de uma, por força dos comandos emanados da Constituição Federal e do artigo 74 do Código de Processo Penal, sendo privativo do Tribunal do Júri o julgamento dos tipos penais em comento. Senão vejamos (pois):

Artigo 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

Ora, o legislador processualista pátrio foi preciso e incisivo, não restando interpretação outra a ser dada senão a de que a lei de organização judiciária, a exemplo da que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, não pode, ao arropio da Carta Magna, excluir do Juízo natural **a competência** para julgar os crimes dolosos contra a vida (esta competência), permitindo que um Juízo, mesmo que aplaudido e necessário, usurpe-a em detrimento do Sinédrio Popular legalmente criado e constituído.

Nesse diapasão, há que se indagar, dentre outras coisas, o seguinte: a) no contexto das atribuições da 17ª Vara Criminal da Capital restou estabelecido na lei que a criou ser ela competente para julgar os crimes dolosos contra a vida? b) a 17ª Vara Criminal da Capital possui corpo de jurados cujos componentes foram recrutados na forma da legislação processual em vigor? c) o Tribunal do Júri pode ser presidido por mais de um juiz togado, ao arrepio do artigo 447 do Código de Processo Penal? d) o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, por meio do Pleno, determinou o desaforamento do julgamento deste processo, da competência do Tribunal do Júri, da Comarca de Mata Grande para a Comarca de Maceió?

O primeiro questionamento é de fácil solução, bastando para tanto uma breve incursão na Lei Estadual n. 6.806, de 23 de Março de 2007, que possibilitou a existência da 17ª Vara Criminal, haja vista que dentre as suas atribuições o legislador local não fez inserir a de julgar os crimes dolosos contra a vida, matéria específica do Tribunal do Júri. Não há confundir a competência de conhecer e julgar os delitos envolvendo atividades de organização criminosa, matéria (afeita) de competência da 17ª Vara Criminal da Capital, com crimes da competência do Tribunal do júri, matéria privativas das 7ª, 8ª e 9ª Varas Criminais da Capital. Vejamos, então:

Lei nº 6.806/2007

Art. 1º Fica criada a 17a Vara Criminal da Capital, com competência exclusiva para processar e julgar os delitos envolvendo atividades de organizações criminosas (Crime Organizado) e jurisdição em todo território alagoano. Parágrafo único. As atividades jurisdicionais desempenhadas pela 17ª Vara Criminal da Capital compreendem aquelas que sejam anteriores ou concomitantes à instrução prévia, as da instrução processual e as de julgamento dos acusados por crime organizado.

E mais,

Art. 9º Para os efeitos da competência estabelecida no artigo 1º desta Lei, considera-se crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou

psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significativo impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional:

I – os crimes de especial gravidade, ou seja, todos aqueles cominados com pena mínima em abstrato igual ou superior a quatro anos de reclusão;

II - o constrangimento ilegal (art. 146, parágrafos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.848, de 31 de dezembro de 1940 – Código Penal);

III - a ameaça (art. 147 e o sequestro do art. 148, § 1º, itens I, II, III e IV, todos do Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal – e alterações posteriores);

IV - o tráfico de pessoas (artigos 231 e 231-A do Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal – e alterações posteriores);

V - os crimes contra a administração pública previstos no Título XI, Capítulos, I, II, III e IV do Decreto- Lei nº 2.848/40 – Código Penal, e alterações posteriores, independente de pena mínima;

VI - os delitos tipificados nos artigos 237, 238, 239 e/ou parágrafo único, 241, 242, 243 e 244-A, § 1º, da Lei nº 8.069, de 16 de julho de 1990, e alterações posteriores, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, independente de pena mínima;

VII - os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei nº 8.137, de 28 de dezembro de 1990, independente de pena mínima;

VIII - os delitos definidos pela Lei nº 8.666, de 22 de junho de 1993, e alterações posteriores, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, independente de pena mínima;

IX - os crimes definidos na Lei nº 9.434, de 05 de fevereiro de 1997, e alterações posteriores, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, independente de pena mínima; e

X - os crimes contra a fauna definidos nos artigos 33 e 35, os crimes contra a flora definidos nos artigos 38, 39, 40 e 41, caput, o crime de poluição definido no art. 54 e sua combinação com o parágrafo 2º, incisos I, II, III, IV e V, e o parágrafo terceiro, todos da Lei nº 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, e alterações posteriores, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Parágrafo único. Consideram-se ainda como crime organizado aqueles atos praticados por organizações criminosas, não se observando as características trazidas no caput deste artigo:

I - referidos na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), conforme o item 2, a, da Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, do Conselho Nacional de Justiça; e

II - conexos por relação teleológica ou consequencial aos previstos nos incisos do caput deste artigo, consideradas as condições estabelecidas nele e no inciso anterior.

Art. 10. Também para os efeitos da competência estabelecida no artigo 1º, considera-se organização criminosa:

I - o grupo de mais de duas pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possua uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território; e

II - aquela estruturada de três ou mais pessoas, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, existente há certo tempo e agindo concertadamente com a finalidade de cometer os crimes referidos nos incisos do caput do art. 9º desta Lei, ou crimes enunciados na Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional (v.g. Corrupção, Lavagem de Dinheiro, Obstrução à Justiça), com intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico, material ou político.

Transcrevo parte da entrevista coletiva, fato público e notório, concedida pelo Des. Tutmés Airan, em um passado não muito distante, *in verbis*:

O Desembargador do Tribunal de Justiça de Alagoas Tutmés Airan criticou ontem a atuação da 17ª Vara Criminal da Capital e do Grupo Especial de Combate às Organizações Criminosas do Ministério Público (Gecoc), durante os debates do 1º Congresso Internacional de Processo Penal e Direito Penal, realizado no Centro de Convenções de

Maceió. Segundo Airan, a “sofisticação” das instituições esconderia uma “fraude” aos princípios democráticos. E comparou a 17ª Vara a um “tribunal de exceção” – como o que foi criado pelos países aliados (por aliados dos nazistas) para julgar (suas) as atrocidades cometidas pelos nazistas durante a 2ª Guerra Mundial”.

Quanto ao segundo questionamento, até onde eu sei a 17ª Vara Criminal, por lhe faltar competência, não tem corpo de jurados legalmente formado, isto é, composto nos moldes definidos nos artigos 425 e 426 do Código de Processo Penal, abaixo transcritos, portanto inegável a presença de ilegalidade de natureza absoluta no julgamento por ela realizado:

Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população. (Nova redação pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 1º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3º do art. 426 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008).

Art. 426. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri. (Nova redação dada pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008).

§ 1º A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva. (Incluído

pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 2º Juntamente com a lista, serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 3º Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 4º O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 5º Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

E ainda,

Art. 432. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica. **(Nova redação pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)**

No que diz respeito à permissibilidade legal de o Tribunal do Júri funcionar com mais de um juiz togado no exercício da presidência, a mim me parece que ela é inexistente, haja vista que fere de morte o disposto no artigo 447 do Código de Processo Penal, que determina que o Tribunal do Júri é composto de 1(um) juiz togado, que vem a ser seu presidente, assim como por 25 (vinte e cinco) jurados. O texto legal é imperativo:

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. (Nova redação dada pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008.

Por derradeiro, não constatamos a presença nos autos do processo em exame, mesmo realizada uma pesquisa acurada, de qualquer decisão autorizativa por parte do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, no que diz respeito à transferência de foro do julgamento do feito para a Comarca da Capital, porém, mesmo assim, ele foi julgado pela 17ª Vara Criminal da Capital, na Capital, desconsiderando o imperioso mandamento legal, ou seja, o Código de Processo penal em seu artigo 427, in verbis:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (Nova redação dada pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 1º O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente(Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 2º Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 3º Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

§ 4º Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09 Junho de 2008 - DOU DE 10/06/2008)

Portanto, em se tratando de nulidades de natureza absoluta, destarte insanáveis, mesmo que não questionadas, via de consequência sejam reconhecidas para que seja anulado julgamento que condenou o apelante, e determinado que outro seja realizado, desta feita observados os postulados legais.

MÉRITO

Desnecessário, como bem disse o representante do Ministério Público, discorrer acerca dos elementos de fato e de direito que deram causa à condenação do apelante, tendo em vista que em suas razões de recurso manifestou resignação com a reprimenda aplicada, inclusive é réu confesso, que se beneficiou da delação premiada, insurgindo-se na oportunidade apenas contra a aplicação da obrigação de indenizar os familiares da vítima em razão do crime praticado.

No que tange à sua irresignação, em virtude da fixação da quantia de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), a ser paga a título de indenização, temos por certo que é improcedente, principalmente porque o artigo 387 do Código de Processo Penal é peremptório:

Artigo 387. o juiz ao proferir sentença condenatória:

I - omissis

II – omissis

III – Omissis

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Ora, é incontestável que a morte da vítima pelo apelante, fato reconhecido pelo Conselho de Sentença, trouxe considerável prejuízo material e moral à sua esposa e aos seus filhos, não restando outro caminho a ser trilhado pelos juízes presidentes do Tribunal do Júri a não ser impor a respectiva indenização, que para nós foi muito aquém do que poderia ter sido.

Não procede o questionamento do apelante no que pertine à ausência de pedido de indenização mínima por parte da esposa da vítima, mesmo estando habilitada nos autos como assistente do Ministério Público, haja vista que o valor mínimo de indenização deverá ser fixado independentemente de pedido do autor, interpretação que se extrai do texto legal sem qualquer esforço, como visto acima, entendimento esposado pela melhor doutrina pátria.

Com efeito, Yordan Moreira Delgado, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e festejado professor de Direito Penal, bem como autor de várias obras, como “Comentários à Reforma do Código de Processo Penal” e “Lei do trânsito”, dentre outras, em seu

elogiado artigo “Aspectos Controvertidos Sobre Valor Mínimo Fixado na Sentença Penal”, publicado na Internet, da elevada estatura de sua cátedra, assim leciona:

O Código de Processo Penal já previa a possibilidade de o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, promover a execução no juízo cível da sentença penal condenatória transitada em julgado, ocasião em que se procederia a liquidação (artigo 63), bem como, de ser proposta a ação civil ex delicto (artigo 64). No entanto, o artigo 387, IV, do CPP, com a nova redação conferida pela lei 11.719/08, impôs ao magistrado o dever de fixar o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração. Trata-se de hipótese quase inédita em nossa legislação, pois antes, só havia previsão semelhante no artigo 297 da Lei 9503/97 e artigo 20 da Lei 9.605/98.

Agora, a regra geral (há algumas exceções que serão adiante comentadas) é a fixação do valor mínimo em qualquer sentença penal condenatória, ou seja, pela nova sistemática, com o trânsito em julgado desta, o ofendido já disporá de um título executivo líquido, prescindindo da necessidade de apurar o quantum debeatur, embora, continue sendo possível a liquidação de sentença para se apurar o efetivo dano sofrido (caso a vítima não se satisfaça com o valor mínimo fixado), nos termos do artigo 475-E, do CPC, ou seja, liquidação por artigos.

Saliente-se ainda que, esse valor mínimo deverá ser fixado independentemente de pedido do autor. Aliás, a linguagem utilizada pelo legislador no artigo 387, IV, do CPP, não deixa dúvida dessa imperatividade: “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração...”.

Outro não tem sido o entendimento jurisprudencial pátrio, senão o de que em função dessa obrigatoriedade do juiz fixar o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória, caberá a ele ante a impossibilidade de fazê-lo declinar fundamentadamente os motivos de não tê-lo feito, inclusive em caso de omissão permitira o manejo de embarginhos, porém em caso de ter motivado a não fixação e a parte não se conformar, caberá apelação, a não ser que não reste demonstrado o dano moral ou se não restou de resto provado o prejuízo.

PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 157, § 2º, I E II DO CP. TESE DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CONSTATAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. ALTERAÇÃO INVIÁVEL. INDENIZAÇÃO. EXCLUSÃO IMPOSSÍVEL. RECURSO IMPROVIDO.

Extraíndo-se do caderno processante que o apelante executou de forma direta e efetiva o crime de roubo, descabida a pretensão que visa o reconhecimento de participação de menor importância, nos moldes do art. 29, § 1º do CP. Incensurável a fixação do regime de cumprimento de pena que se deu em conformidade com o regramento legal (art. 33, § 2º, b e art. 33, § 3º, do CP). Diante da nova redação do artigo 387, inciso IV, do Código Penal, alterado pela Lei nº , 11.719/08, ao proferir sentença condenatória, o juiz fixará valor mínimo para reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido, razão pela qual resulta inviável o pedido de exclusão. **TJAC - Apelação Criminal: ACR 3355 AC 2009.003355-6. Relator(a):** Des. Arquilau Melo. **Julgamento:** 28/01/2010. **Órgão Julgador:** Câmara Criminal.

Ex positis, esta Procuradoria de Justiça Criminal, entende que, vencida a preliminar acima arguida, a bem lançada sentença pelos cultos e probos juizes *a quo* está imune a reparos, devendo, consequentemente, conhecida, ser mantida em sua integralidade.

É O PARECER.

Maceió, 16 de abril de 2010

MÁRCIO ROBERTO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE

1º Procurador de Justiça Criminal

RAZÕES DE APELAÇÃO

PROCESSO Nº 001.07.077925-3 (3ª VARA CÍVEL DA CAPITAL)

AÇÃO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, ATRAVÉS DA PROMOTORIA COLETIVA ESPECIALIZADA DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA CAPITAL

APELADO: MANOEL DE ARAÚJO COSTA (M & E VIAGEM TURISMO), REPRESENTADA POR SEUS DIRETORES MANOEL DE ARAÚJO COSTA, VALTER LUIZ DE ARAÚJO COSTA E EVALDO MENDES COSTA

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

EXMO. DESEMBARGADOR RELATOR,

COLEND A CÂMARA,

Entendeu o eminente Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Capital, **JULGAR ANTECIPADAMENTE À LIDE, EXTINGUINDO O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, A TEOR DO ART. 269, II do CPC**, deferindo, tão somente, o pedido consistente em fazer com que a apelada aprimorasse seu contrato de adesão de prestação de serviço (tópico 3, folhas 36/7), e **INDEFERINDO** os pedidos liminares pugnados pelo Ministério Público Estadual, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA de nº 001.07.077925-3 (3ª vara cível da capital)**, que move em face do agravado **MANOEL DE ARAÚJO COSTA (M & E VIAGEM TURISMO)**, representada por seus Diretores Manoel de Araújo Costa, Valter Luiz de Araújo Costa e Evaldo Mendes Costa, por deduzir que tais medidas teriam alcance meramente patrimonial, disponíveis e de caráter privado, não tendo relevante valor social que justificasse o pedido por parte do *parquet*.

Entretanto, a presente decisão, não reflete a melhor interpretação doutrinária dos dispositivos legais pertinentes à espécie, nem o posicionamento jurisprudencial dominante, razão pela qual, deve ser reformada, eis que manifesta a legitimidade do Ministério Público em casos que tais, bem como, em razão da presença dos requisitos legais ensejadores do provimento liminar.

Antes de adentrarmos ao cerne do tema, faremos um pequeno esboço de todos os fatos que dizem respeito a presente querela.

DA TEMPESTIVIDADE

Primeiramente, importante relevar a tempestividade do presente recurso. No caso em tela, o Ministério Público foi intimado pessoalmente da sentença 1.096/1.110, no dia 12 de maio do corrente ano, às 10h30min no próprio cartório da 3ª Vara Cível da Capital (fls. 1.100). Para reforço da presente alegação, juntamos em anexo o comprovante de remessa dos presentes autos, onde se verifica a data de abertura de vista dos autos ao *parquet* (em anexo).

BREVE RETROSPECTIVA FACTUAL

a) CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A EMPRESA AGRAVADA

Antes de adentrarmos ao cerne do tema, faremos um pequeno esboço de todos os fatos que dizem respeito a presente querela. A empresa M & E VIAGEM TURISMO, é pessoa jurídica de direito privado, que tem como atividade comercial a organização, promoção e vendas de viagens e pacotes turísticos nacionais e internacionais, estando estabelecida na Rua Estatístico Teixeira de Freitas, nº 48, bairro Farol, nesta capital, CEP 57.055-630.

Nada obstante a empresa acima citada se encontrar registrada no Departamento Nacional de Registro do Comércio, apenas em nome da pessoa do primeiro demandado, Sr. Manoel de Araújo Costa, a verdade é que, os dois últimos demandados Srs. Valter Luiz de Araújo Costa e Evaldo Mendes Costa, atuam ativamente como sócios de fato da empresa, exercitando atos de gestão, compartilhando obrigações e dividindo lucros, conforme podemos verificar através da Ata de Audiência realizada no Ministério Público Estadual às fls. 207/11, e do Termo de Declarações do Sr. Valter Luiz de Araújo Costa às fls. 67/70, ambos do Volume I do Procedimento Administrativo nº. 005/2007.

Em verdade, os demandados, vieram do Estado do Rio de Janeiro para aqui se estabelecer e constituir no ano de 2000 a empresa M & E Viagens Turismo, que passou a operar normalmente no ramo de vendas de viagens e pacotes turísticos, inclusive, ofertando pacotes turísticos a preços acessíveis, e, até certo ponto, mais vantajosos financeiramente

do que os seus concorrentes. Através do binômio: viagens acessíveis financeiramente X sucesso nos seus pacotes turísticos; a empresa demandada logo fez seu *marketing* em solo alagoano, granjeando para si um grande e seleto grupo de clientes/consumidores que vislumbraram a possibilidade de realizar a viagem dos sonhos.

Ocorre que no início do ano de 2006, a empresa demandada começou a não mais honrar os contratos turísticos firmados com seus clientes, vindo à tona, inicialmente, o caso do Navio *Grand Mistral*, pertencente a uma operadora espanhola denominada *Ibero Jet*, fato que deu gênese a instauração de inquérito policial pela Delegacia Especializada de Atendimento e Defesa do Consumidor (fls. 53 *usque* 197 do Volume I do Procedimento Administrativo nº. 005/2007).

Seguidamente, a sociedade alagoana contemplou por parte da demandada, uma verdadeira avalanche de descumprimentos de contratos, passando a M&E Viagem Turismo a lesar das formas mais variadas uma grande infinidade de consumidores, v.g.: adiando viagens; não ressarcindo os clientes/consumidores pelos transtornos causados; não obedecendo ao cronograma de reembolso dos clientes lesados; reembolsando aos consumidores lesados com cheques sem suficiente provisão de fundos, entre outras práticas ímprobas, fatos que originaram a afixação de diversos panfletos (de autoria desconhecida), em vários locais públicos desta cidade, imputando aos sócios da empresa demandada, a qualidade de “Procurados” (fls. 345 do Volume II).

Por fim, em decorrência do manifesto prejuízo dos incontáveis clientes/consumidores, causados pela demandada, os Promotores de Justiça abaixo subscritos, não tiveram alternativa, a não ser instaurar o Procedimento Administrativo nº. 005/2007, incoado em data de 23 de janeiro de 2007.

b) DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO Nº. 005/2007

A Promotoria Coletiva Especializada de Defesa do Consumidor da Capital, bem como, o Núcleo do Consumidor do Ministério Público, receberam inúmeras representações de consumidores lesados pela empresa demandada (fls. 16/51 do Volume I). Por igual, juntamos aos autos da ACP diversas matérias jornalísticas dando conta do calote praticado pela empresa/ré, em detrimento aos consumidores de boa fé (fls. 05/15, do Volume I).

Em posse de tais informações, foi instaurado o presente Procedimento no âmbito da nossa Promotoria de Justiça em data de 23 de janeiro de 2007, com a publicação em DOE no dia seguinte (fls. 198, Volume I).

Da 1ª audiência realizada no Ministério Público

Diante da gravidade dos fatos, o Ministério Público, além de oficiar à Delegacia Especializada de Falsificações e Defraudações da Capital, para que instaurasse o procedimento investigatório (fls. 204), ainda designou audiência para a oitiva dos responsáveis pela empresa demandada, bem como, intimou, ainda, o Presidente da ABAV – Associação Brasileira de Viagens, Sr. Carlos Abraão Moura.

Ouvido, o Presidente da ABAV informou que a empresa M&E, teria entrado nos quadros da ABAV por indicação da AEROTURISMO, no ano de 2004, mas que em dezembro de 2006, em razão da notícia na mídia dando conta da revolta de inúmeros consumidores lesados da empresa demandada, a ABAV designou reunião para discussão dos fatos, e foi deliberado pelos seus associados, desligar dos quadros da ABAV a empresa M&E, em razão de sua péssima conduta. Em seguida, foram ouvidos os responsáveis pela empresa M&E (fls. 207/10), sendo importante destacar os seguintes fatos:

1. A M&E alegou ser uma prática comum negociar a mesma cabine (navio) para pessoas estranhas, respeitando apenas cabines de casais e do mesmo sexo para o Presidente da ABAV que afirmou que tal prática é comum apenas em excursão de ônibus;

☐ tal fato é desconhecido

2. O Presidente da ABAV afirmou ser normal que os passageiros saiam das suas cidades já com as passagens de volta

☐ tal fato não estava acontecendo

Por fim o Ministério Público requisitou vários documentos que foram acostados a partir do Anexo I do presente procedimento.

Da 2ª audiência realizada no Ministério Público

Dando prosseguimento ao feito, o Ministério Público designou a segunda audiência (fls. 214/6 do Volume I). Nesta reunião se fez presente um grande número de consumidores lesados pela empresa, tendo sido escolhida uma representante pra tomar assento à audiência.

Nesta segunda audiência, o Ministério Público requisitou mais outra gama de documentos, valendo destacar os seguintes:

3. Planilha nominal de todos os passageiros dos pacotes “janeiro maravilhoso” e “janeiro inesquecível”, contendo programação dos dias para reembolso ou permuta de passageiros/pacotes para cada consumidor ☐ tais documentos foram requisitados com o escopo de verificarmos a boa fé da empresa no que atine à devolução dos valores que foram despendidos pelos consumidores nos pacotes supra, e que não viajaram em razão, unicamente, da empresa demandada;
4. Toda relação de passageiros que iria fazer todos os pacotes de carnaval, comprovando, na ocasião, a emissão de bilhetes aéreos e terrestres e a contratação de hotéis ☐ os documentos foram requisitados para que pudéssemos fiscalizar se a empresa demandada estava vendendo pacotes com um mínimo de garantia para os consumidores;
5. Garantia de bens móveis ou imóveis ☐ tal solicitação desde a primeira audiência, e tinha por objetivo, garantir, ainda que parcialmente, o prejuízo dos inúmeros consumidores lesados;
6. Restou também acordado junto ao Ministério Público que a M&E após o período carnavalesco, deveria comunicar ao *parquet* com prazo de antecedência de 10 (dez) dias, toda e qualquer viagem patrocinada pela mesma, remetendo-nos os seguintes documentos: a) lista nominal de passageiros; b) emissão de bilhetes aéreos, terrestres e contratação de hotéis;
7. A M&E se comprometeu a remeter ao Ministério Público as atas de audiências que estariam marcadas com 150 (cento e cinquenta) consumidores junto ao PROCON/AL.

Aproximadamente 10 (dez) dias após a audiência, o Ministério Público encaminhou a demandada ofício (fls. 218), posto que a mesma teria adiado o pacote “Europa Sonhada 2007”, e que iria marcar uma reunião com os consumidores para apresentação de planilha visando o reembolso destes. O Ministério Público requisitou tal planilha, e, ainda informou, que a lista encaminhada pela mesma referente ao roteiro

“janeiro inesquecível” estaria incompleta, segundo informações de vários consumidores lesados.

Da 3ª audiência realizada no Ministério Público

Em 26 de março do corrente ano, às fls. 223/5, prosseguindo com o procedimento, o Ministério Público designou a terceira audiência. Nesta reunião, a exemplo da segunda, também se fez presente um grande número de consumidores lesados pela empresa. Na oportunidade, o Ministério Público exigiu explicações dos representantes da empresa, em razão das graves denúncias feitas por diversos consumidores que tiveram os cheques de reembolsos ofertados pela M&E, devolvidos sem provisão de fundos.

Na oportunidade, o Ministério Público requisitou mais outro documento:

Relação nominal de todos os ajustes realizados com os consumidores, e, ainda, calendário com data de pagamentos realizados e a se realizar.

Da 4ª e última audiência realizada no Ministério Público

Na última audiência realizada na sede do *parquet* alagoano (fls. 233/4), o Ministério Público reiterou a juntada por parte da empresa do documento requisitado na 3ª audiência, bem como, requestou informações sobre a quantidade de viagens realizadas no ano de 2007.

Como se observa Senhores Julgadores, o número de consumidores alagoanos lesados pela referida empresa é vultoso, muitos ajuizaram ações individuais; outros buscaram auxílio com o Ministério Público e PROCON, e, tantos outros, tentaram debalde o ressarcimento administrativo com a própria empresa. Não devemos desconsiderar, também, os consumidores hipossuficientes, muitos dos quais, idosos, que aplicaram suas parcas economias no sonho de viajar.

Com espreque nas reportagens jornalísticas apresentadas, e nas centenas de representações de consumidores lesados, bem como, nos demais documentos que formaram os autos da ACP, resta inconteste que a M&E VIAGEM TURISMO, quebrou todo o liame de confiança contratual que tinha com seus clientes, levando-os a grande prejuízo, havendo um locupletamento ilícito por parte da empresa demandada.

O Ministério Público juntou no Procedimento centenas de representações de consumidores lesados pela empresa demandada (fls. 16/51 do Volume I); (fls. 238/342 do Volume II); (fls. 346/439 do Volume III); (fls. 442/544 do Volume IV); (fls. 547/650 do Volume V); (fls. 653/733 do Volume VI) e (fls. 1.567/1.590 do Anexo VIII), os quais, importam, excluindo-se, estas últimas representações acostadas no Anexo VIII, no valor de R\$ 279.070,37 (duzentos e setenta e nove mil, setenta reais e trinta e sete centavos), conforme perfunctória planilha de cálculos acostada às fls. 1.564/6 do Anexo VIII.

Importante que se diga que esse valor é consideravelmente maior, eis que contabilizamos, tão somente, as representações que aportaram no Ministério Público, deixando de fora, os inúmeros consumidores lesados pela ré, que tiveram também sérios prejuízos, e, que se habilitaram como litisconsortes ativos nos autos, tão somente pela repercussão que existiu acerca do fato (uma vez que o magistrado *a quo* NÃO PUBLICOU o edital previsto no art. 94 da Lei 8.078/90), bem como, as inúmeras pessoas lesadas que ajuizaram individualmente suas ações, conforme podemos entrevê na relação colhida no site de automação do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, contendo centenas de ações propostas em face da agravada (em anexo).

Importante ainda dizer, que a conduta praticada pela empresa demandada, constitui-se, em tese, em crime contra as relações de consumo, a teor do art. 7º, VII da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), razão pela qual, encaminhamos, no momento do ajuizamento da lide, cópia integral dos presentes autos, ao Senhor Procurador-Geral de Justiça para que o mesmo determinasse a remessa ao Promotor de Justiça com atribuições criminais nesta área.

c) DO DECISUM ORA VERGASTADO – FLS. 1.096/1.100

Como dissemos alhures, entendeu o eminente Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Capital, indeferir os pedidos liminares pugnados pelo Ministério Público Estadual, nos autos da Ação Civil Pública tombada sob o número 001.07.077925-3 por deduzir que tais medidas teriam alcance meramente patrimonial, disponíveis e de caráter privado, não tendo relevante valor social que justificasse o pedido por parte do *parquet*, deferindo o feito, apenas no que refere ao pedido de aprimoramento do contrato de adesão de prestação de serviço, e

também acerca do dever de repassar aos consumidores, no prazo mínimo de 30 (trinta) dias, informações relativas ao comprovante dos hotéis e bilhetes de passagens.

Deveras, o Ministério Público pugnou no bojo da presente ACP pelo deferimento e concreção de inúmeras medidas liminares, *inaudita altera pars*, de acordo com o art. 804, do CPC, c/c com o art. 12 da Lei nº. 7.347/85, que foram indeferidas pelo Magistrado, as quais nos reportaremos em momento apropriado.

Na sua decisão, acrescentou o Magistrado *verbo ad verbum* que: *No entanto, o presente juízo indeferiu o pedido relativo à concreção das medidas liminares (fls. 163), considerando que os interesses pleiteados neste feito têm natureza meramente patrimonial, sendo, pois, disponíveis e de caráter privado, não se referindo a interesse de grande valor social, sendo o Ministério Público parte ilegítima para demandar contra a empresa pleiteando direitos individuais. Por outro lado, foi deferido o prosseguimento da presente demanda no que se refere ao pedido de aprimoramento do contrato de adesão de prestação de serviço e quanto ao dever da empresa ré de repassar aos consumidores, no prazo mínimo de 30 (trinta) dias, as informações referentes aos comprovantes dos hotéis e os bilhetes de passagem”* (grifos nossos).

E mais adiante, o Magistrado aduziu também de maneira equivocada: *“Intimado para se manifestar acerca da peça contestatória apresentada pela empresa M & E VIAGENS E TURISMO (fls. 1005), o Ministério Público quedou-se inerte, deixando transcorrer o prazo legal (fls. 1.097) (grifamos).* Quanto aos litisconsortes que se habilitaram nos autos da presente Ação Civil Pública, o Magistrado de primeiro grau asseverou: *“...há que se salientar que a formação de litisconsórcio ativo facultativo deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação, não sendo possível, então, o deferimento do pedido de habilitação após a propositura desta, porquanto acabaria por ferir o princípio do juiz natural insculpido no art. 5º, inciso XXXVII e LIII da CF/88, permitindo que o litisconsorte habilitado tivesse o poder de escolha do órgão julgador, além de beneficiar de decisões já concedidas no processo”* (fls. 1.098) (grifamos).

Esses foram os tópicos principais, objetos da irresignação do Ministério Público, os quais serão pontualmente rechaçados, uma vez que não espelham o melhor entendimento acerca da matéria. Portanto, tendo em vista que as medidas liminares não foram concedidas pelo Magistrado, em razão de o mesmo entender que o Ministério Público era parte ilegítima para atuar no presente caso, uma vez, que o julgador entendia que o direito ora pleiteado seria patrimonial e disponível, importante que abordemos, de logo, o tópico acerca da legitimidade ativa *ad causam* do *parquet*.

1ª PRELIMINAR

DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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

Igualmente em sede constitucional, agora por força do art. 129, III, percebe-se que a proteção dos interesses difusos e coletivos, por meio de ação civil pública, vem a ser função institucional do Ministério Público. A ação civil pública, prevista pela Lei n.º 7.347/85, é valioso instrumento de proteção dos direitos da coletividade, em especial nas relações de consumo, mas abrangendo todo e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Já no art. 1º da lei é fixada essa amplitude.

Com o advento do Código do Consumidor, este recepcionou através dos arts. 81 e 82 as disposições de proteção dos direitos da coletividade, que foram trazidas pela vanguardista lei da ação civil pública. Note-se que a legitimidade do Ministério Público se encontra manifesta no caso em tela, como se depreende do art. 81, III e 82, I, do CDC, *in verbis*:

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

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

I II – *omissis*;

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

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

I - o Ministério Público;

(...)” (g.n.).

Como se observa, cabe ao Ministério Público a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos, os decorrentes de origem comum. Feitas essas considerações preliminares que entendemos como importantíssimas, adentraremos doravante ao cerne da questão, ou seja, que estamos diante de uma demanda onde o Ministério Público tutela direito individual homogêneo, não se tratando - como quis o julgador de 1º grau - de demanda de alcance meramente patrimonial, disponível e de caráter privado, sem relevância valor social que justificasse o pedido por parte do *parquet*.

Para abordarmos o assunto de forma mais didática, primeiramente teceremos considerações sobre a natureza jurídica e a devida conceituação do que sejam os direitos individuais homogêneos, para em seguida, fazer a devida adequação de tal conceituação ao caso *in concreto*, onde demonstraremos de forma verossímil o equívoco da decisão de primeiro grau.

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Conceituando a natureza jurídica do que seja *Direitos Individuais Homogêneos*, o Prof. Hugo Nigro Mazzilli, assim os define para o Código de Defesa do Consumidor: “***interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria, classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato***”¹.

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

¹ Hugo Nigro Mazzilli. A defesa dos interesses difusos em juízo .Ed. Saraiva, 2004, p. 53.

inconfundível, é que o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados.

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

No caso *sub examine*, facilmente poderemos verificar a presença de lesão a direitos individuais homogêneos, eis que, em razão da constante “quebra” de contratos por parte da demandada em face dos seus clientes/consumidores - fato que macula os princípios infraconstitucionais da boa-fé e confiança contratuais - e, em sendo esse direito protegido por lei (e pelo código de defesa do consumidor), é obvio que há uma relação jurídica subjacente que une todos os consumidores, qual seja: a lesão aos princípios da boa fé e da confiança contratuais.

Como alinhavado supra, o direito positivo brasileiro agasalhou a legitimação ativa do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. **E, sem sombra de dúvida, a hipótese de centenas e centenas de consumidores terem sido ludibriados em realizar a viagem dos seus sonhos, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da presente ação**, notadamente, em razão da existência de inúmeros consumidores hipossuficientes lesados pela agravada.

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

O Ministério Público está legitimado ativamente a esta ação pública, mais precisamente, ação coletiva, fundamentada no inciso III, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor. Os interesses tutelados não se situam entre os difusos, ou seja, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Também não se tratam de direitos coletivos, de que sejam titulares, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. **Restam os interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum.** Pertencem aos consumidores da empresa, sujeitos a revista ou conferência das mercadorias, depois de pagas e à saída do estabelecimento, o que, segundo a inicial da demanda, afrontaria direitos fundamentais seus. **Nesse prisma, admite-se a legitimidade ativa do Ministério Público, por força dos artigos 82, inciso I e 91 da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990** (grifamos).

Note-se que, constatada a homogeneidade (inúmeros consumidores lesados, postulando em serem ressarcidos) e a origem comum dos direitos (quebra e descumprimento dos contratos firmados pela empresa agravada) é o interesse social na sua proteção, o nó górdio, ou seja, o divisor de águas entre o direito individual considerado em sua dimensão particular pessoal, daquele visto sob ótica comunitária, coletiva. O Professor Kasuo Watanabe, também comunga com esse entendimento, e assim leciona: “*somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis*”².

Portanto, vejamos a presença indiscutível na presente ACP do *interesse social relevante*, fato que autoriza indubitavelmente a legitimação do Ministério Público Estadual. Para tanto, traremos à colação, primoroso acórdão da lavra da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, a qual enfrentou com erudição, caso similar ao presente. Vejamos, de início, a ementa da decisão:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONTRATO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (TV A CABO). DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SOCIALMENTE RELEVANTES.

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos decorrentes de contratos de Televisão por Assinatura (TV a cabo).

² Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do projeto, Ada Pellegrini Grinover. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 735.

Recurso Especial provido (STJ – Recurso Especial nº 586.862-SP {2003, 0119570-8}; recorrente Ministério Público Federal; recorrido Net São Carlos S/A; Ministra Relatora Nancy Andrighi; publicado em 23.08.2004”).

É importante transcrever o voto da Ilustrada Ministra Relatora Nancy Andrighi, ao comentar sobre a ação acima, que fora intentada pelo Ministério Público Federal em desfavor de uma empresa de TV a cabo, na defesa de consumidores lesados. Vejamos *ipse literis* o que ponderou a relatora:

*“No presente processo, os pedidos existentes na petição inicial (declaração de nulidade de determinadas cláusulas de contratos de adesão celebrados com consumidores, **condenação da agravante em obrigações de fazer e não fazer, tais como devolver aos consumidores valores cobrados indevidamente**, abster-se de efetuar determinados aumentos e de inserir, em futuros contratos, determinadas cláusulas), concernentes a direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, estão amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, o que evidencia a relevância social na tutela de tais direitos e acarreta a legitimidade ativa do Ministério Público do Estado de São Paulo para a propositura da presente ação civil pública”* (grifamos).

E arremata com maestria a Ministra:

“Assinale-se que tal legitimidade beneficia a economia processual e a devida prestação jurisdicional, pois evita a proliferação de grande quantidade de ações individuais, impede a existência de decisões conflitantes, e garante o funcionamento célere e efetivo do Poder Judiciário” (grifamos).

Abrindo um pequeno parêntese, e fazendo menção ao voto da Ministra, juntamos aos presentes autos, consulta do SAJ do TJ/AL, onde se observa a existência apenas na cidade de Maceió, de 108 (cento e oito) demandas ajuizadas em desfavor da empresa apelada, todas do ano de 2007, o que deverá gerar sem dúvidas, decisões conflitantes.

Infelizmente, ainda existem julgadores que não assimilaram a *mens legis* trazida pelo Código do Consumidor, sendo contrários a qualquer tipo de ação coletiva, fugindo do grande volume de documentos, que via de regra, acompanham ações deste jaez. Senhores

Desembargadores. Patente resta que no caso em tela, estamos diante de direito individual homogêneo, onde há relevância social, eis que amparados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Observem que na decisão ora atacada, o Magistrado de 1º grau, afirma que os direitos que estão sendo amparados pelo Ministério Público *são de alcance meramente patrimonial, disponíveis e de caráter privado, não tendo relevante valor social que justificasse o pedido.*

Manifesto está o equívoco!

A decisão acima, proferida pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, trata da hipótese de contratos firmados por empresa de televisão por assinatura (TV a cabo). Ora, qual a diferença dos contratos firmados entre uma empresa de TV a cabo com seus clientes; de contratos firmados por uma empresa de turismo também com seus clientes consumidores?

A resposta é uma só: NENHUMA!!!

Tanto num caso, como noutro, estamos diante de contratos onde é manifesto o interesse privado disponível dos consumidores. Contudo, a relevância social do bem jurídico tutelando justifica, num e noutro caso, a legitimação do Ministério Público.

Nesta toada, a decisão ora fustigada, em nada homenageou o princípio da economia processual, na medida em que favoreceu uma desmedida proliferação de ajuizamento de ações individuais (como se já não bastassem às centenas já ajuizadas em face da agravada), contribuindo, destarte, para a existência de decisões díspares e morosas, trazendo um cabal prejuízo para os consumidores lesados. Repise-se. A jurisprudência pátria, mormente a do STJ tem se inclinado no sentido de conferir ao Ministério Público a legitimidade para atuar na salvaguarda dos direitos dos consumidores lesados, onde estejam presentes direitos individuais homogêneos de interesse disponível privado, se *houver relevância social*. Vejamos outro aresto neste sentido:

“EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER

CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); **b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula;** c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa;

II – Como já assinalado anteriormente (REsp 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania;

III- Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica;

IV- Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo;

V- Embargos acolhidos (STJ – Resp nº 141491, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 01.08.2000) (grifamos).

Como se observa no caso acima, foi reconhecido pelo STJ que o Ministério Público numa ação civil visando tutelar os consumidores lesados por uma construtora, poderia, entre outras coisas, buscar judicialmente **a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava cláusula contratual eivada de nulidade. Ora, tanto a empresa apelada estava trabalhando com contratos eivados, que na própria contestação, os mesmos adequaram eles ao CDC.**

Trazemos também à colação, voto do Sr. Ministro do STJ, Barros Monteiro, relator do Recurso Especial nº 439.509-SP (2002/0068031-0), que ao compulsar os autos da ACP ajuizada pelo Ministério Público Paulista em face da GNPP – Sociedade Nacional de Previdência Privada (o qual buscava entre outras coisas, a restituição atualizada das

quantias depositadas pelos consumidores em caso de rescisão ou desistência) assim se manifestou no seu voto:

3. Trata-se, no caso, da defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, uma vez que o objeto da pretensão diz respeito a grupo determinado ou determinável de pessoas que compartilham prejuízos de origem comum.

A jurisprudência desta Casa orienta-se francamente no sentido de se admitir a legitimidade do Ministério Público em tais hipóteses, quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição (REsps nºs. 168.859-RJ; 177.965-PR e 404.239-PR, todos de relatoria do Ministro Ruy Rosado Aguiar). Nessa linha também pode ser mencionado o REsp nº 105.215-DF, Relator Ministro Sávio de Figueiredo Texeira.”

E continuou o Ministro:

“Tenho que, nessas condições, o Acórdão recorrido, ao negar legitimação ao **parquet** estadual para propor ação civil pública, contrariou os arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, e 21 da Lei nº 7.347, de 24.7.1985.

Não se vê incompatibilidade entre a regra inscrita no art. 82, I, da Lei nº 8.078 de 11.9.1990, c/c o art. 81, parágrafo único, III do mesmo diploma legal, e a norma do art. 127 da Constituição da República. **A circunstância de a preceituação constitucional aludir à defesa dos interesses individuais indisponíveis não obsta a que o legislador ordinário confira legitimação ao parquet para agir em defesa de direitos que, embora disponíveis, contenham suficiente abrangência ou repercussão social**, para utilizar as expressões por Hugo de Brito Mazzilli (obra citada, pág. 69)...” (grifos e sublinhos nossos).

Hialinamente se verifica através da decisão supra, que o Ministério Público pode agir na defesa de direitos, ainda que *disponíveis*, **quando houver repercussão social**. A relevância social *in casu* é gritante. O próprio Presidente da ABAV – Associação Brasileira de Viagens, Sr. Carlos Abraão Moura, ouvido pelo Ministério Público informou que a empresa M&E, teria entrado nos quadros da ABAV por indicação da AEROTURISMO, no ano de 2004, mas que em dezembro de 2006, em razão da notícia na mídia dando conta da revolta de inúmeros consumidores lesados da empresa demandada, **a ABAV designou reunião para discussão dos fatos, e foi deliberado pelos seus associados, desligar dos quadros da ABAV a empresa M&E, em razão de sua péssima conduta.**

A relevância social do caso ficou patente no Estado de Alagoas, onde as empresas de turismo tiveram que deliberar para excluir dos quadros da Associação a empresa agravada; onde toda a mídia local expôs o caso do navio Mistral, onde centenas de passageiros foram prejudicados, e onde, ainda hoje, incontáveis consumidores continuam no efetivo prejuízo financeiro, causado pela empresa agravada que não cumpriu suas obrigações contratuais, nem, tampouco, ressarcir seus clientes.

Não devemos descurar também que uma das fontes de geração de emprego e renda na cidade de Maceió é o turismo. Neste diapasão, fica totalmente manifesta a relevância social da querela, eis que a conduta abusiva da agravada em detrimento de centenas e centenas de consumidores (muitos dos quais hipossuficientes) coloca em risco todo o prestígio e credibilidade das demais agências de turismo com raízes nesta cidade, as quais por anos a fio, tentam manter a respeitabilidade do setor turístico.

Outrossim, apenas a título de esclarecimento, não devemos ter a errônea concepção que inúmeros consumidores lesados possuem uma satisfatória qualidade de vida sob o prisma financeiro. Isso não é verdade. Por incontáveis vezes, nos deparamos no correr do procedimento instaurado com clientes/consumidores lesados, que demonstravam parca situação econômica, e sustentavam que aquela viagem era fruto de um sonho, ou seja, de anos e anos de economia pessoal.

Portanto, diante de tudo que foi exposto, dúvidas não pairam sobre a legitimidade do Ministério Público na salvaguarda de consumidores lesados, em litígios onde estejam presentes direitos individuais homogêneos de interesse disponível privado, mas com total e manifesta relevância social.

Desta forma, o Ministério Público requer o acolhimento da presente preliminar, no sentido deste Colendo Tribunal reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para atuar na total defesa dos consumidores na presente demanda, em razão dos fatos acima insertos.

Cumpre-nos agora, em segunda preliminar, nos manifestarmos acerca das alegações do Magistrado quando alegou em sua sentença que: “Intimado para se manifestar acerca da peça contestatória

apresentada pela empresa M & E VIAGENS E TURISMO (fls. 1005), o **Ministério Público** **quedou-se inerte, deixando transcorrer o prazo legal** (fls. 1.097) (grifamos).

2ª PRELIMINAR

DA NÃO INTIMAÇÃO PESSOAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Deixamos para o presente momento, a oportunidade de nos pronunciarmos a respeito do lamentável equívoco perpetrado pelo Magistrado julgador, ao entender que o Ministério Público havia se quedado inerte a determinação publicada às fls. 1.005, Vol. III. Ora, no despacho de fls. 1.005, o Magistrado determinou que a parte autora (Ministério Público) se manifestasse sobre a contestação, denúncia à lide e documentos acostados pela parte apelada.

O processo ficou parado, recebendo apenas as habilitações litisconsorciais que não paravam de aportar aos autos, até que às fls. 1.083, a escrivã publicou uma certidão informando que o despacho de fls. 1.005 teria sido publicado no Diário Oficial do Estado, às fls. 37/40, e que as partes estariam intimadas através de seus advogados. Com espeque em tal certidão, o Juiz, julgou antecipadamente à lide, não observando o pedido do Ministério Público às fls. 37, pugnou pelo depoimento pessoal dos diretores da empresa apelada, e, olvidando, principalmente que por imposição legal, deve o Ministério Público ser **INTIMADO PESSOALMENTE**. Essa é a imposição do art. 236, § 2º do CPC: “ *A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente*”.

Na trilha da norma processual civil e visando melhor esclarecer a prerrogativa ministerial, foi que o legislador dispôs na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) que: “**Art. 41 - Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista**”. No mesmo sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Não constando dos autos a ciência da sentença, mediante cota assinalada pelo promotor de justiça, não prevalece à certidão do escrivão para a contagem do prazo recursal” (RT 533/317).

Acerca da matéria o STF decidiu em reiteradas oportunidades:

EMENTA: STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL PÚBLICO. PRAZO RECURSAL QUE COMEÇA A FLUIR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA DECISÃO PELO PRESENTANTE DO PARQUET. Inexistente a comprovação de ingresso dos autos em setor administrativo do Ministério Público, prevalece à data em que o cartório judicial expediu certidão de ciência do Representante do Parquet. Apelação intempestiva. Precedente: HC 83.915. Recurso provido (STF - RHC 88110 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EM HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 29/06/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma.

Na mesma linha, seguiu o grande doutrinador, Prof. Hélio Tornaghi, que abordando a questão, assinalou:

"Qualquer que seja a posição do Ministério Público no processo, parte (art. 81) ou interveniente (art. 82), deve ele ser citado pessoalmente. Regra de prudência que evita aos órgãos do Ministério Público o dispêndio de tempo para a leitura de órgãos oficiais. O advogado, por mais atarefado que seja, funciona em número reduzido de causas e, por outro lado, pode ter auxiliar com a função de ler diariamente o órgão oficial para alertá-lo. Os membros do Ministério Público não dispõem de secretários ou assessores com essas atribuições" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. RT, Vol. II, p. 204).

Poderíamos escrever centenas e páginas sobre o tema, e trazermos um número incontável de decisões acerca do assunto, mas, achamos ser suficiente, para demonstrarmos que o Ministério Público deveria ter sido intimado pessoalmente acerca do despacho de fls. 1.005, com endereço declinado na quinta linha da exordial de fls. 02.

Desta forma, o Ministério Público requer o acolhimento da presente preliminar, no sentido deste Tribunal reconhecer que a intimação do Ministério Público deveria ter sido feita pessoalmente.

DO MÉRITO

DA FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO E DA NÃO PUBLICAÇÃO DO EDITAL PREVISTO NO ART. 14 DO CDC

Quanto aos litisconsortes que se habilitaram nos autos da presente Ação Civil Pública, já asseveramos alhures, que o Magistrado de primeiro grau assim se pronunciou: *"...há que se salientar que a*

formação de litisconsórcio ativo facultativo deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação, não sendo possível, então, o deferimento do pedido de habilitação após a propositura desta, porquanto acabaria por ferir o princípio do juiz natural insculpido no art. 5º, inciso XXXVII e LIII da CF/88, permitindo que o litisconsorte habilitado tivesse o poder de escolha do órgão julgador, além de beneficiar de decisões já concedidas no processo” (fls. 1.098) (grifamos).

Ora, em se tratando de habilitação por parte do consumidor em ação civil pública - procedimento especial - foge a matéria as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil. Assim, duas são as oportunidades concedidas aos consumidores para se habilitarem na ação. Em um primeiro momento se dará oportunidade para o consumidor se habilitar no processo como litisconsortes facultativos mediante chamamento por edital até a data do saneador.

Em um segundo momento poderá o interessado se habilitar no procedimento, se julgada a ação procedente (art. 103 CDC) após o trânsito em julgado da sentença na fase de liquidação. De forma que, no caso de procedência da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais e homogêneos para aqueles que participaram como litisconsortes a decisão fará coisa julgada erga omnes. Entretanto, mesmo não tendo o consumidor participado da demanda terá seus direitos resguardados por nosso ordenamento jurídico. Assim, quem se encontrar na situação de que deu lugar à demanda, será amparado pela sentença.

Com efeito, manda o artigo 94 da Lei 8.078/90 chamar por edital, os titulares de direito individuais homogêneos para que possam intervir no processo como litisconsortes. Assim diz o comando legal:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Como visto, não é preciso nenhum esforço de hermenêutica para se concluir, a luz do texto supra, que cai por terra a assertiva do Magistrado de que o momento da formação de litisconsórcio ativo facultativo deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação. **ESSA NÃO É A REGRA TRAZIDA PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.**

Pelo artigo 94, após proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes (o que foi relevado pelo Magistrado). Desta forma é de clareza solar, a possibilidade de litisconsortes se habilitarem no prazo fixado no aludido edital. Acerca do assunto, o TJ/SP, enfrentou a matéria:

Ação Civil Pública - Responsabilidade Civil. Ação julgada procedente. Conteúdo da sentença condenatória de natureza genérica - No Código de Defesa do Consumidor o enfoque da responsabilidade civil se apresenta com característica peculiar e revolucionária. Em um primeiro momento ao contrário do que acontece na legislação processual no processo de conhecimento o magistrado deve verificar a ação ou omissão do réu, o nexo de causalidade e, se dessa conduta, existiu a possibilidade de potencialidade do dano. Julgada procedente a ação, superada essa fase de liquidação por artigos apura-se a extensão e consequências do dano. Assim, todos aqueles se sentirem ou forem prejudicados, fazendo a prova da ocorrência do prejuízo terão direito a indenização. Nesta fase, proceder-se-á a liquidação onde deverá ficar evidenciado o nexo de causalidade, a existência do dano o "quantum" colimado.

Habilitação - Artigo 46 do CPC - A evitar tumulto processual poderá o interessado intervir no processo como litisconsortes ativo facultativo até a data do saneador. Inteligência do artigo 94 da lei 8.078/90. Superada essa fase poderá em um segundo momento o consumidor se habilitar nos autos após o trânsito em julgado da sentença na fase de liquidação por artigos. *Agravo Regimental* e de apelação ofertado pela ré desprovidos. Recurso de apelação oferecido pelo autor provido para reconhecer a ocorrência do dano moral e material pela suspensão da produção do remédio essencial de *uso contínuo e obrigatório* do consumidor. No mais, fica mantida a decisão por seus jurídicos fundamentos.

Parece-nos sensato o entendimento de se admitir o ingresso aos autos de litisconsortes ativos facultativos até a data do despacho saneador, fato que foi descartado de plano pelo Magistrado. **Para termos uma idéia do desprezo do Magistrado com a grande quantidade de litisconsortes que se habilitaram nos autos, ficaram relegados ao oblívio no Fórum que está sendo objeto de reforma, INÚMEROS ANEXOS, onde constam centenas de habilitações de litisconsortes, devendo ser providenciado o imediato retorno de tais documentos para integrar a lide.**

Portanto, é medida necessária que o Tribunal GARANTA o ingresso aos autos de todos os litisconsortes que se habilitaram, pelo menos, até a fase da prolação da sentença, ocasião em deveria o Magistrado ter prolatado despacho saneador. Por fim, cumpre-nos abordar o indeferimento das medidas liminares pugnadas pelo Ministério Público para assegurar o ressarcimento futuro de todos os consumidores que tiveram o infortúnio de contratar com a apelada.

DAS MEDIDAS LIMINARES PUGNADAS E QUE NÃO FORAM APRECIADAS

Quanto ao indeferimento das medidas liminares pugnadas, é importante que antes de abordarmos diretamente o tema, possamos fazer uma pequena digressão acerca do Agravo de Instrumento 2007.003127-1, interposto em 20.10.2008 pelo Ministério Público em face da decisão de fls. 158/64. Como justificativa para o indeferimento das medidas liminares pugnadas pelo *parquet*, o Juiz asseverou: “*Ante ao exposto, denota-se, então, a impossibilidade da concreção das medidas liminares requestadas, pelo que INDEFIRO tais pedidos no presente feito (fls. 34/36), pois os mesmos têm alcance meramente patrimonial, disponíveis, e de caráter privado, pelo que não se referem à relevante valor social que justifique tais medidas.*”

Inconformados, permissa vênia, com a argumentação invocada pelo Juiz, o Ministério Público manejou o Agravo de Instrumento 2007.003127-1, interposto em 20.10.2008, e que foi negado seguimento, em razão da assessoria e corpo técnico desta Promotoria Coletiva Especializada, não ter juntado *oportune tempore* os documentos a que alude o art. 526 do CPC. Dessa forma, o mérito da presente ação sequer chegou a ser enfrentado.

Feitas tais observações, passaremos a abordar as medidas liminares que não foram deferidas, em razão do equivocado posicionamento de expurgar a legitimidade ativa do Ministério Público em buscar o ressarcimento de tantos e tantos consumidores lesados numa lide onde o interesse social aflora por todos os poros, como exaustivamente demonstrado. No caso em comento, a presença dos requisitos ensejadores das ações cautelares, se faz presente à saciedade. Senão vejamos.

Do *fumus boni iuris*

Muitos estudiosos e doutrinadores pátrios e alienígenas, entre eles, Calamandrei, afirmam que o *fumus boni iuris* é um dos requisitos de concessão das medidas cautelares. Noutras palavras, o requisito acima citado está diretamente ligado à idéia de plausibilidade ou verossimilhança do direito afirmado pelo demandante.

Neste diapasão, à vista dos inúmeros documentos carregados com a exordial, podemos afirmar que, além de uma simples *fumaça* do bom direito, existe uma verdadeira fogueira, que evidencia, indubitavelmente, a verossimilhança do direito. Ressalte-se que todos os fatos acima citados, foram cabalmente comprovados pelo Ministério Público, e resultam num vasto conjunto de documentos que apontam para práticas nefastas, que vão desde a conduta de adiar viagens; passando pelo não ressarcimento dos clientes/consumidores lesados; até a não obediência ao cronograma de reembolso dos clientes lesados.

Não devemos também olvidar, que inúmeros consumidores foram reembolsados com cheques sem suficiente provisão de fundos. Comprovado às escâncaras, portanto, o primeiro pressuposto processual para o deferimento da liminar. Vejamos logo abaixo, o segundo requisito.

Do *periculum in mora*

Na lição de Alexandre Freitas Câmara, a tutela jurisdicional cautelar, é: “*modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. É esta situação de perigo iminente que recebe o nome de ‘periculum in mora’, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz*”³.

Com efeito, poderíamos dizer que o perigo da demora não se encontra mais forte nos autos, haja vista o tempo perdido ocasionado pelo entendimento do Magistrado de primeiro grau, que ao invés de se desincumbir de sua função jurisdicional de fazer justiça, apegou-se a filigranas para levar a discussão para outros ares, enquanto centenas e

³ Alexandre Freitas Câmara. Lições de Direito Processual Civil, Vol. III. Ed. Lumen juris, p. 32.

centenas de consumidores amargavam o prejuízo experimentado. No entanto, sempre é tempo de se buscar o tempo perdido, quanto mais tempo passe, mais a empresa demandada poderá ocultar os bens de seus sócios; vender seus bens a terceiros de boa fé; e, continuar lesando os consumidores.

Outrossim, urge a imediata quebra dos seus sigilos bancários e fiscais, para que sejam examinados seus gastos pessoais e transações, bem assim, para evitar que os sócios da empresa dilapidem o que resta, ou escondam os seus bens pessoais. Por outro giro, também imperioso, o imediato bloqueio de seus bens, tornando-os indisponíveis até ulterior deliberação judicial, recaindo a constrição sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano.

Mais uma vez repise-se. As medidas liminares ainda não perderam totalmente sua eficácia, e delas dependerá, inexoravelmente, a efetividade desta ação. Visto a presença dos requisitos necessários a concessão de liminares, vejamos as medidas que ora pugnamos:

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA SE DETERMINAR A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL, E INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS SÓCIOS

É cediço que em toda relação contratual, às partes estão obrigados a uma completa transparência. Também evidente, que em caso de prejuízo ao consumidor, por abuso de direito, excesso de poder e infração da lei, poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, *ex vi* o art. 28 do CDC.

No entanto, para que serviria o Magistrado ter a possibilidade de adentrar na esfera privada patrimonial dos sócios de uma empresa que lesaram danos aos consumidores, se não tivesse o Juiz, o conhecimento dos bens que estão em nome dos mesmos? Por esta razão, é que se faz imperioso, que seja determinada a quebra do sigilo bancário e fiscal dos seguintes sócios e seus cônjuges:

MANOEL DE ARAÚJO COSTA, qualificado nos autos;
VALTER LUÍZ DE ARAÚJO COSTA, qualificado nos autos;
EVALDO MENDES COSTA, qualificado nos autos.

Trazemos à colação o seguinte aresto da lavra do renomado professor, escritor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, Araken de Assis, que com a maestria que lhe é peculiar, analisa caso similar ao dos autos. Vejamos:

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA LIMINAR. POSSIBILIDADE DE LEVANTAR O SIGILO BANCÁRIO, DECRETAR A INDISPONIBILIDADE DE BENS, ORDENAR O DEPOSITO DE PRESTACOES DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E COMINAR MULTA DIARIA. 1. AO ÓRGÃO JUDICIÁRIO SE AFIGURA LÍCITO, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LEVANTAR O SIGILO BANCÁRIO DE LOTEADORES (ART.38, PAR-1, DA LEI N.4595/64), COM O FITO DE LOCALIZAR DINHEIRO NECESSÁRIO À FORMAÇÃO DE CAPITAL PARA INDENIZAR OS ADQUIRENTES DE LOTES, PORQUE O INTERESSE PÚBLICO SE SOBREPÕE AO INDIVIDUAL. FALTA DE PROVA DO VALOR DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, QUE REFOGEM A MEDIDA (CPC, ART.649, IV). O ART.1 DA LEI N.8009/90 SÓ PROTEGE RESIDENCIAS E, DESTE MODO, NÃO INCLUI IMÓVEL COMERCIAL, CONQUANTO UTILIZADO PARA ESCRITÓRIO, QUE NÃO É "EQUIPAMENTO" ÚTIL AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LIBERAL (CPC, ART.649, VI), E RESIDENCIA FAMILIAR, O QUE EXCLUI A MORADIA DO CELIBATÁRIO. PRECEDENTE, NESTE ÚLTIMO SENTIDO, DO STJ. O VALOR DA ASTREINTE HA DE SER O SUFICIENTE PARA CONSTRANGER AO CUMPRIMENTO. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJ/RS. Agravo de Instrumento Nº. 598234920, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 14/10/1998) (GRIFOS E SUBLINHOS NOSSOS).

Sendo assim, o Ministério Público requer como medida liminar, após a desconsideração da personalidade jurídica da empresa M&E:

- **que se requisite ao Banco Central do Brasil, informações a respeito de qual(s) agência (s) bancária(s) os sócios acima possuem conta (s), e com base em tais informações, se requisite as mesmas a quebra do sigilo bancário dos mesmos;**
- **seja determinada a Receita Federal a quebra do sigilo fiscal dos sócios acima, no sentido de que seja informado a este Juízo, a declaração de bens de todos, desde o ano de 2000.**

Também é imperioso que se determine de acordo com o art. 804, do CPC, c/c com o art. 12 da Lei nº. 7.347/85, para fins de:

1. Desconsiderar a pessoa jurídica da Empresa M&E VIAGENS, com espeque no art. 28 do CDC, para fins de alcançar todos os bens dos sócios elencados no frontispício desta ação;
2. Requisitar ao **Banco Central do Brasil**, informações a acerca da existência de conta corrente, conta poupança ou aplicações financeiras, em nome dos sócios requeridos, em qualquer agência no Estado de Alagoas; Pernambuco, Sergipe e Rio de Janeiro, procedendo à transferência do sigilo bancário das mesmas, caso existente, referentes aos anos de 2000 até a presente data;
3. Seja determinada à **Delegacia da Receita Federal em Alagoas** da transferência do sigilo fiscal dos sócios acima demandados, mediante o envio de suas declarações de bens, referente aos exercícios de 2000 até 2006;
4. Sejam requisitadas às **Juntas Comerciais dos Estados de Alagoas, Pernambuco e Sergipe**, informações sobre a existência de toda e qualquer empresa registrada em nome de quaisquer dos sócios acima nominados (para tanto, sejam encaminhados seus CPF's);
5. Determinar aos **Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de Alagoas, Sergipe, Pernambuco e Rio de Janeiro**, através das respectivas Corregedorias Gerais de Justiça, que forneçam informações acerca da existência de bens de raiz, de propriedade dos sócios requeridos e/ou, de seus cônjuges, tornando-os, desde logo, indisponíveis, posto que se os bens permanecerem livres e sem nenhum ônus, a efetividade do provimento final da ação, sofrerá risco no que toca à possibilidade de ressarcimento dos danos causados aos consumidores lesados, bem como ao pagamento da multa civil a ser aplicada;
6. **Determinar aos DETRAN's - Departamento de Trânsito de Alagoas, Sergipe Pernambuco e Rio de Janeiro**, para que seja efetuado o imediato bloqueio da transferência de quaisquer veículos existentes em nome dos sócios demandados;

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, o Ministério Público requer:

- a) pelo acolhimento da preliminar de legitimidade ativa ad causam do Ministério Público para atuar na total defesa dos consumidores na presente demanda;
- b) Pelo acolhimento da preliminar, da necessidade da intimação pessoal do Ministério Público, ocasião em que sejam ANULADOS todos os atos praticados posteriores à certidão de fls. 1005, abrindo-se novo prazo para o Ministério Público apresentar réplica à contestação;
- c) NO MÉRITO, requestamos:
 - 1. Que o Tribunal de Justiça GARANTA o ingresso aos autos de todos os litisconsortes que se habilitaram, pelo menos, até a fase da prolação da sentença, ocasião em deveria o Magistrado a quo ter prolatado despacho saneador;
 - 2. Que sejam deferidas as medidas liminares supracitadas, desconsiderando a personalidade jurídica dos apelados; determinando-se a quebra do sigilo bancário e fiscal destes, e, tornando indisponíveis os bens dos sócios da empresa. DO PEDIDO

Diante de tudo o que foi exposto, o Ministério Público requer que sejam acolhidas as duas ***PRELIMINARES de legitimidade ativa ad causam do Ministério Público, e, da necessidade da intimação pessoal do Ministério Público, e, NO MÉRITO, que seja GARANTIDO o ingresso aos autos de todos os litisconsortes que se habilitaram, pelo menos, até a fase da prolação da sentença, bem como, sejam deferidas as medidas liminares supracitadas, desconsiderando a personalidade jurídica dos apelados; determinando-se a quebra do sigilo bancário e fiscal destes, e, tornando indisponíveis os bens dos sócios da empresa.***

Maceió/AL, em 14 de maio de 2009.

DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA
Promotora de Justiça

MAX MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA
Promotor de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
Promotoria Coletiva da Fazenda Pública Estadual
1ª e 2ª Promotorias de Controle Externo da Atividade Policial
e Investigações Especiais

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, através Promotoria de Controle Externo da Atividade Policial e Investigações Especiais e da Promotoria Coletiva da Fazenda Pública Estadual, com sede na Procuradoria Geral de Justiça, situada na Rua Dr. Pedro Jorge Melo e Silva, nº 79, Poço, CEP 57.025-400, nesta Capital, endereço onde receberá intimações, na condição de parte, através dos Promotores de Justiça adiante firmados, não se conformando, *data venia*, com a decisão proferida nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, **Processo nº 001.09.013955-1**, em curso na 16ª Vara da Fazenda Estadual, desta Capital, com fulcro no que dispõem os arts. 522 e ss. do Código de Processo Civil, vem, tempestivamente, perante vossa excelência interpor o presente AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE LIMINAR, contra o ESTADO DE ALAGOAS pessoa jurídica de Direito Público interno, representado juridicamente - nos termos do artigo 12, I, do Código de Processo Civil, pelo Procurador-Geral do Estado, podendo ser citado na Avenida Assis Chateaubriand, nº2.578, Praia da Avenida.

Nestes termos, pede deferimento

Maceió, julho de 2009

MARIA CECÍLIA PONTES CARNAÚBA
Promotora da Fazenda Pública Estadual

KARLA PADILHA REBELO MARQUES
Promotora de Controle Externo da Atividade Policial e
Investigações Especiais

COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS

Processo nº: 001.09.013955-1

Ação Civil Pública

Agravante: Ministério Público do Estado de Alagoas

Agravado: Estado de Alagoas

Origem: 16ª Vara da Capital/Fazenda Estadual

1) DA TEMPESTIVIDADE:

O art. 536 do CPC confere 10(dez) dias para a interposição do recurso de Agravado, ao passo que o art. 188 do mesmo diploma legal dispõe que o Ministério Público possui prazo em dobro para recorrer. Assim, tendo o Ministério Público tomado ciência desta decisão independentemente de intimação pessoal, no dia 23 de julho de 2009, conforme certidão de intimação em anexo, o prazo para interposição do agravo só acaba no dia 12/08/2009. Assim, sendo o agravo interposto neste prazo, preenche o requisito da tempestividade.

2) DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O agravo revela-se o recurso cabível contra decisão interlocutória, visando à modificação da decisão outrora proferida, atendendo, assim aos anseios do agravante.

Considerando então que o agravo é uma espécie de recurso, cumpre destacar a legitimidade do Ministério Público para interpor o presente agravo, a teor do que dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei. (grifamos)

De fato, ao ingressar no processo, quer na função de parte, quer na de fiscal da lei, o Ministério Público está atuando na defesa do interesse público, sendo-lhe outorgada legitimação para recorrer, pois interessa sempre à sociedade que a decisão da causa onde haja interesse

público seja proferida do modo mais aproximado possível da justiça ideal, sem vício de procedimento ou de juízo.

3) RAZÕES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

O Ministério Público, ora agravante, ingressou com **Ação Civil Pública com Pedido de Tutela Antecipada** visando à interdição dos xadrezes das delegacias 2º, 3º e 22º Distrito Policial da Capital, assim como da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas de Maceió e da Delegacia de Plantão DEPLAN III, a partir de extenso lastro probatório contido na exordial, que segue em anexo (doc. 01), cujo feito foi distribuído à MM. Juíza da 16ª Vara Cível da Capital, tendo em vista que os referidos xadrezes não possuem a mínima condição de abrigar presos.

Na referida ação civil, afirma-se, ainda, que os presos são submetidos a condições subumanas de vida. Os xadrezes estão superlotados, sujos, fétidos, em precárias condições de salubridade e higiene, sendo que tais alegações encontram-se sobejamente comprovadas por documentos: relatórios da vigilância sanitária, fotos “in loco” e reportagens jornalísticas.

Sobretudo a partir das fotos acostadas aos autos, salta aos olhos flagrante afronta à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que se revela a matriz de todos os demais direitos e garantias fundamentais expressos na Magna Carta, bem como dos demais direitos dispostos em normas infraconstitucionais que tratam da matéria. Ressalte-se que o preso encontra-se tão somente cerceado em sua liberdade de ir e vir, mas não se vê privado de manter-se vivo em condições dignamente humanas, **sobretudo quando se encontra sob a responsabilidade do Estado.**

Nesse sentido, patente a contrariedade a dispositivo insculpido constitucionalmente, na medida em que referidos custodiados encontram-se submetidos a tratamento desumano e degradante (art.5º, III, CF/88), não tendo sido conferido aos mesmos qualquer direito essencial a uma vida digna, afetando-se até mesmo o direito à saúde dos presos.

Diante da situação lamentável de subsistência a que os presos estão sujeitos nos xadrezes referidos na presente Ação Civil Pública, vê-se que tais recintos não possuem a mínima condição de ser mais

utilizados para fins de acondicionar presos provisórios, tampouco de receber novos custodiados, pelas razões já fartamente reveladas.

De tal entendimento comunga a Jurisprudência pátria, já se posicionando no sentido de determinar a interdição de carceragens, quando as mesmas não tiverem estruturas mínimas para garantir a dignidade da pessoa humana. Senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. MANDADO SEGURANÇA. CADEIA PÚBLICA. AUSÊNCIA CONDIÇÕES MÍNIMAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PESSOA HUMANA. INTERDIÇÃO. POSSIBILIDADE. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. Restando demonstrado, inequivocamente, que a cadeia pública não reúne as condições mínimas necessárias ao seu regular funcionamento, representando não só um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como um perigo para toda a coletividade, que se vê amedrontada com a possibilidade de novas fugas, irretocável a atitude da autoridade coatora de decretar a sua interdição. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda que em hipóteses excepcionais, não configura qualquer desrespeito ao princípio da separação dos poderes, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional. (ADPF 45). DENEGARAM A SEGURANÇA. (TJMG, 5ª Câmara Cível, MS nº 1.0000.08.479367-8/000, Rel. Des. Maria Elza, DJ 30.04.2009) – grifo nosso.

Ocorre, porém, que a Excelentíssima Senhora Juíza de Direito da 16ª Vara Cível da Capital/Fazenda Pública Estadual, achou por bem não determinar a imediata interdição dos referidos estabelecimentos nos termos pugnados, como se pode depreender da decisão interlocutória de sua lavra, abaixo transcrita.

Não obstante assistir razão ao Ministério Público Estadual, parte legítima para promover a presente Ação Civil Pública, é mais prudente e salutar, nesta oportunidade, conceder-se um prazo razoável para o réu, através de seus responsáveis, corrigir o que se pede na presente ação, pois, apesar do CAOS que está caracterizado no Sistema Penitenciário deste Estado, não é de bom alvitre determinar, de modo abrupto, o imediato

atendimento ao que requer o Ministério Público, apesar da relevância do pedido formulado. Assim sendo, hei por bem de conceder e estipular o prazo de 60 (sessenta) dias para que o réu sane tudo que foi apontado pelo Ministério Público, sob pena de posterior imediata aplicação das sanções requeridas na propositura desta ação. O prazo começará a vigor a partir da citação do réu, que deve ser procedida na forma da lei, com urgência, devendo este despacho acompanhar o respectivo mandado de citação ao Estado de Alagoas. Cite-se, também, do mesmo modo, o Excelentíssimo Senhor Secretário de Defesa Social. Cumpra-se.”-grifo nosso.

Apesar da flagrante afronta à dignidade da pessoa humana dos presos e de provas evidentes da ausência de condições dos xadrezes das Delegacias de Polícia relacionadas na exordial para custodiarem qualquer ser humano, a Meritíssima Juíza considerou a interdição “decisão abrupta” e não cabível no momento, como se a vida e a existência digna de qualquer ser humano pudessem esperar, submetendo-se ao livre alvedrio de autoridades públicas, a partir das prioridades que as mesmas fixarem, discricionariamente, ainda que tal raciocínio implique evidente contrariedade a dispositivo previsto na Lei Maior do País, no rol de suas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV da CF), de aplicação imediata (art. 5, § 1º, CF) e insuscetível, portanto, de qualquer regulamentação.

Diante disso, a M.M. Juíza, ao proferir decisão não estabelecendo a interdição imediata das carceragens, contraria claramente os referidos preceitos constitucionais, assim como admite a permanência de situação de violação aos direitos e garantias fundamentais dos presos, estabelecidos na LEP – Lei de Execuções Penais.

Tal decisão interlocutória, portanto, salvo melhor juízo, viola gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido na Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, como principal fundamento do Estado Democrático de Direito. Referido princípio, que norteia a Constituição de 1988, é o que deve inspirar, prioritariamente, toda e qualquer decisão judicial, ainda quando haja direitos fundamentais em confronto, o que, no caso concreto, não se observa.

Assim, ao não determinar a interdição imediata das delegacias, concedendo, tão somente, um prazo elástico de 60(sessenta) dias para que o Estado de Alagoas sane os problemas de superlotação, infraestrutura, salubridade e higiene dos xadrezes, significa admitir a grave violação à dignidade dos presos mas, ao mesmo tempo, tolerar a perpetuação de situação que implica no fato de os acusados continuarem a viver no mínimo por mais 60 (sessenta) dias em condições subumanas, o que tem provocado graves danos aos presos, sendo patente o *periculum in mora*, fundamento do pedido de antecipação de tutela.

Além disso, como já afirmado alhures, a Constituição estabelece em seu art. 5º que nenhum preso será submetido a tratamento desumano e degradante (art.5º, III), assim como que nenhum preso poderá ser submetido a penas cruéis (art.5º, XLVII).

Garantindo-se ainda o direito dos presos, tem-se a lei 7.210/84 – Lei de Execuções Penais – que estabelece em seus artigos 3º, 10º, 11º, 12º, que devem ser garantidos aos presos todos os direitos não atingidos pela prisão, sendo garantida assistência jurídica, educacional, à saúde, dentre outras. Estabelece ainda em seu artigo 40 que todas as autoridades devem respeitar a integridade física e moral dos presos. A mesma lei prevê ainda que os presos não devem ser submetidos a superlotação, ao estabelecer a área mínima de 06 (seis) metros quadrados para a acomodação de cada preso (art. 88).

Cabe destacar ainda que os direitos dos presos estão igualmente assegurados em diversos tratados internacionais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5º), o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (art.7º), a Carta das Nações Unidas (art. 55), a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, aprovada pela Assembléia Geral em 09.12.75. Tais diplomas supranacionais somente corroboram que a garantia da dignidade dos custodiados revela-se uma preocupação internacional, vedando-se claramente o tratamento dos presos como verdadeiros “lixos humanos”, párias da sociedade.

Ao decidir que não considera prudente atender de imediato ao pedido de interdição das carceragens apontadas na inicial, concedendo simplesmente um prazo de 60(sessenta) dias para que os problemas dos

referidos xadrezes sejam sanados, tem-se que a douta Magistrada, salvo melhor juízo, está a admitir e tolerar a permanência dos presos nas condições desumanas a que estão submetidos, sem qualquer adoção imediata de medidas tendentes a refrear tal situação de ilegalidade, como seria de se esperar.

As fotos das carceragens e os relatórios da vigilância sanitária demonstram a total falta de infra-estrutura e higiene dos xadrezes das delegacias e a impossibilidade de qualquer ser humano viver em tais locais. Observe-se que o próprio Delegado-Geral Adjunto de Polícia Civil, Dr. JOSÉ EDSON DE MEDEIROS FREITAS JÚNIOR, reconhece a insustentabilidade da situação ora vivenciada, ao remeter o Ofício nº 2263-09-DGPC-GD, de 11.05.2009 – cópia em anexo – em que afirma:

Requestamos os bons préstimos de V.Exa. no sentido de adotar as providências necessárias visando à interdição dos xadrezes das delegacias de polícia do 2º, 3º e 22º Distritos Policiais da Capital, bem como da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas, haja vista inequívoca violação dos direitos e garantias fundamentais do preso, conforme demonstram as fotografias contidas no CD anexo - grifo nosso.

Por todo o exposto, admitir a permanência dos presos nas referidas delegacias implica permitir a afetação da integridade física e mental dos presos e comprometer gravemente a saúde dos mesmos. Com todo respeito ao entendimento da douta magistrada, que inclusive, de modo até contraditório, inobstante reconheça assistir razão ao Órgão Ministerial, deixa de atender aos pleitos formulados em sede de tutela antecipada, olvidando o fato de que, cada dia a mais que os presos permaneçam nas referidas carceragens representa um dia a mais de angústia e desvalor à vida humana dos presos, que se veem ameaçados diante da falta de estrutura, higiene e salubridade das celas, aumentando ainda mais o sentimento de revolta entre eles, que, um dia, estarão de volta à sociedade, se conseguirem sobreviver ao caos a que estão submetidos.

Cabe destacar ainda que a precária estrutura das Delegacias, além de se revelar um risco para os presos, deixa vulnerável a população circunvizinha, já que as instalações inadequadas e a fragilidade das paredes facilitam episódios de fuga, como a ocorrida na DEPLAN III no último dia 21 (vinte e um) de abril de 2009, ocasião em que 06(seis)

presos fugiram através de um simples buraco feito na parede da cela. Ou seja, a decisão ora agravada representa também uma afronta ao direito fundamental à segurança constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos, pois situações como estas podem se repetir a qualquer momento, caso as referidas carceragens não sejam interditadas de imediato.

A decisão agravada não leva em conta a impossibilidade de que os problemas apontados pelo Ministério Público possam ser minimamente sanados sem as interdições pugnadas, pois para que sejam garantidos os direitos básicos dos presos e para que os xadrezes ofereçam mínimas condições para custodiar os presos, respeitando a dignidade da pessoa humana, é preciso que tais locais sejam totalmente reformados, o que não se revela possível se os presos permanecerem no local em que atualmente se encontram.

Cabe ainda ressaltar, que apesar da Excelentíssima Juíza se referir equivocadamente ao “CAOS do **sistema penitenciário**”, vale ressaltar Delegacia não faz parte do referido sistema penitenciário, não sendo local adequado para a custódia de presos por períodos longos, tendo em vista que essa não possui estrutura adequada para tanto, além do que, a guarda de presos em Delegacias representa verdadeiro óbice ao regular andamento dos trabalhos de investigação a cargo da Polícia Judiciária, que passa a ocupar seus agentes no trabalho de verdadeiros carcereiros.

A delegacia é uma “unidade policial fixa de atendimento ao público, administração de operações policiais, investigações criminais e detenção temporária de suspeitos e presos em delito”¹. Assim, o preso não deveria permanecer na delegacia além de período razoável até sua transferência para um estabelecimento penal, o qual deve ter estrutura adequada para a custódia.

Ocorre, porém, que, em Alagoas, de forma contrária à lei, as delegacias exercem função de verdadeiras cadeias públicas - estabelecimento penal adequado aos presos provisórios (art. 102, LEP) – havendo casos, inclusive, de presos que se encontram há mais de

¹ Wikipédia. A enciclopédia livre. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/delegacia-de-polícia>. Acesso em 23.07.2009.

06(seis) meses em delegacias e, talvez por ser esta a prática, a Excelentíssima Juíza se equivocou ao tratar a Delegacia como sendo mais um estabelecimento penal.

Enquadrar a delegacias de polícia como estabelecimentos integrantes do sistema penitenciário e ainda, admitir que os presos nelas sejam mantidos, submetidos às condições cruéis sobejamente apresentadas nos presentes autos, significa verdadeira condenação antecipada do preso, antes mesmo do seu julgamento e de sua submissão ao devido processo legal, impondo-se ao mesmo penalidade superior a qualquer outra pena estabelecida em lei, revelando-se, portanto, na cominação de tratamento desumano e cruel, o que é defeso pela Constituição Federal, art. 5º, incisos III e XLVII, “e”, tendo em vista que tais custodiados não recebem qualquer tipo de assistência, sendo-lhes violado o direito à saúde (art.6º, CF/88), na medida em que permanecem presos em péssimas condições de salubridade e higiene e não possuem sequer direito a banho de sol, sem falar nos constantes riscos de contração de doenças e contato com animais peçonhentos, ante a ausência de dedetizações em tais locais.

Diante de tamanhas violações a direitos fundamentais, e do perigo que a perpetuação destas afrontas representam não só para os presos, como também para toda a sociedade, resta claro não se mostrar razoável a concessão de mais um prazo tão longo para que tais violações sejam sanadas, restando clara a necessidade de modificação da decisão proferida pelo juízo a quo.

4. DO CABIMENTO DO AGRAVO

Conquanto em face de recente reforma o CPC tenha adotado como *praxis* o recurso de agravo na modalidade retida, faz-se cabível o agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que seja capaz de causar uma grave lesão e de difícil reparação ao agravante, tal como ocorre no presente caso, como bem preceitua o Código de Processo Civil no dispositivo que se segue:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é

recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

No caso em questão a decisão é suscetível de causar à parte grave lesão e de difícil reparação, já que sua manutenção permite que os xadrezes continuem funcionando em precaríssima situação, em total desrespeito à dignidade dos presos, favorecendo sobremaneira uma maior afetação à integridade física e moral dos presos, o que pode resultar em destruição completa de vidas, contrariando-se integralmente o objetivo da pena, que é o de ressocialização do preso.

Por quanto mais tempo perdurar tal situação de penúria, maiores serão os transtornos sociais causados, razão pela qual se faz premente a necessidade ser dado conhecimento e provimento ao presente agravo desde logo, não sendo razoável que seu exame só aconteça por ocasião da apelação, pois, até lá, a situação pode ser severamente agravada, com danos irreparáveis e que podem ser imputados às autoridades que poderiam evitá-los e assim não o fizeram em tempo hábil.

5. DO PEDIDO DE LIMINAR

No caso em questão faz-se mister a concessão de medida liminar determinando a interdição dos xadrezes das delegacias referidas, tendo em vista que os mesmos encontram-se funcionando de forma precária, violando direitos básicos dos presos, sendo patente o risco de dano irreparável.

Caso a interdição das celas que acondicionam presos nas referidas delegacias de polícia não seja feita imediatamente, ainda maior será a afetação à integridade física e moral dos presos, maior o risco de vidas serem destruídas, e menor será a possibilidade de recuperação dos presos, não só dos que lá estão, como dos demais, que continuam a ser “depositados” diariamente nos referidos xadrezes, agravando ainda mais as condições de vida dentro daquelas unidades utilizadas pelo Estado, de forma precária e irregular, para custódia. Por todo o exposto, revela-se imperiosa a determinação imediata da interdição de tais carceragens.

Assim, contrariamente ao disposto na decisão interlocutória oburgada, interditar os xadrezes imediatamente revela-se a decisão mais prudente – e por que não dizer, a única possível – diante de tamanha violação à dignidade da pessoa humana e da insegurança provocada pela

situação relatada. O dano irreparável causado pela não determinação da interdição resvala, inclusive, na destruição do maior direito do ser humano, a vida, tendo em vista que os xadrezes representam um risco de morte para todos os que lá se encontram e, ainda, para os servidores públicos ou terceirizados que, sem condições adequadas de segurança, se veem obrigados a evitar fugas e a manter a situação sob controle, já que não são raros os registros de motins e rebeliões nos citados estabelecimentos.

Ainda que se possa admitir que as autoridades competentes, no prazo fixado de 60(sessenta) dias, venham a regularizar, de forma remota, os problemas encontrados nas delegacias, muitos outros transtornos já terão acontecido, vidas poderão ter sido perdidas, não havendo possibilidade de reparação de tais danos.

Além disso, como já demonstrado, a péssima estrutura dos xadrezes representa um perigo à própria sociedade, que tem o seu direito à segurança atingindo, diante da possibilidade de novos episódios de fuga, dada a inadequação dos locais para o acautelamento de presos.

Portanto, quanto mais a situação perdurar, maiores serão os transtornos sociais causados, razão pela qual se faz premente a necessidade da concessão de um provimento liminar.

Ex positis, revelam-se presentes todos os requisitos necessários à concessão da liminar pugnada.

O pedido de liminar encontra-se respaldado no Código de Processo Civil, que autoriza que, após o recebimento do agravo, seja a ele conferida a antecipação da pretensão recursal, na forma do art. 527, CPC.

Por todo o exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL que seja concedida medida liminar determinando **a imediata INTERDIÇÃO das carceragens das Delegacias do 2º, 3º e 22º Distrito Policial da Capital, assim como da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas de Maceió e da Delegacia de Plantão DEPLAN III.**

6. DO PEDIDO

Diante do exposto, o agravante vem perante Vossa Excelência requerer:

- 1) Que, se assim entender, requisiite informações ao juiz da causa
- 2) Que seja concedida liminarmente:

A interdição imediata das Delegacias **do 2º, 3º e 22º Distrito Policial da Capital, assim como da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas de Maceió e da Delegacia de Plantão DEPLAN III, situada no bairro de Jaraguá.**

A transferência dos presos das referidas delegacias, no **prazo improrrogável de 10 (dez) dias, , sob pena de multa diária de R\$ 10.000 (dez mil reais) para o Estado de Alagoas e de R\$2.000,00 (dois mil reais) para o Secretário de Defesa Social,** corrigida pelo índice oficial em vigor, a ser revertida em favor do Fundo Estadual de Segurança Pública recentemente instituído;

Abstenha-se o Estado de manter presos nas referidas delegacias após o prazo fixado no item 2.2), acima, sob pena de **multa diária de R\$ 10.000 (dez mil reais) para o Estado de Alagoas e de R\$2.000,00 (dois mil reais) para o Secretário de Defesa Social, por cada preso que seja flagrado em qualquer um dos locais referidos no item 2.1),** supra, por se tratar de frontal violação a decisão judicial, multa essa a ser corrigida pelo índice oficial em vigor, devendo ser revertida em favor do Fundo Estadual de Segurança Pública;

Que a autoridade policial, em havendo novas ocorrências policiais, no curso da demanda, nos casos de prisões em flagrante e preventivas que guardem relação com as atribuições afetas às Delegacias referidas no item 2.1) acima, o requerido, levando a efeito obrigação de não fazer, proceda à remessa dos custodiados a outras unidades de polícia mais próximas ou ao próprio sistema prisional, até que possam ter sido realizadas as necessárias reformas nas instalações dos xadrezes das referidas unidades de polícia, a serem periciados e submetidos a ulterior apreciação judicial, nos presentes autos.

- 3) **Que seja reformada a decisão ora proferida, ficando esta de acordo com o pedido liminar.**

- 4) A intimação do representante do Agravado, para, querendo, responder aos termos do presente Agravo, no prazo legal.
- 5) A juntada das cópias da decisão agravada e da certidão de intimação.
- 6) Que, após serem atendidas as formalidades legais, **seja dado provimento ao recurso de AGRAVO DE INSTRUMENTO**, ora interposto, reformando-se a decisão ora atacada, confirmando-se a liminar pugnada.

O Ministério Público requer a dispensa de custas, preparo e honorários de sucumbência.

Termos em que pede deferimento

Maceió, julho de 2009

MARIA CECÍLIA PONTES CARNAÚBA

Promotor da Fazenda Pública Estadual

KARLA PADILHA REBELO MARQUES

**Promotora de Controle Externo da Atividade Policial e
Investigações Especiais**

RELAÇÃO DAS CÓPIAS QUE INSTRUIRÃO A PETIÇÃO DE
AGRAVO:

Doc. 01. DECISÃO AGRAVADA;

Doc. 02. CERTIDÃO DA INTIMAÇÃO DA DECISÃO
RECORRIDA;

Doc. 03 DA PETIÇÃO INICIAL;

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
COMARCA DE SÃO SEBASTIÃO - ALAGOAS**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, através do **PROMOTOR DE JUSTIÇA DE SÃO SEBASTIÃO**, *in fine* firmado, com seu gabinete sito à Praça Noberto Lessa, centro, Fórum de São Sebastião, com fulcro nos arts. 127, *caput* e 129, inciso III, da Constituição da República de 1988; art. 142, da Constituição do Estado de Alagoas de 1989; art. 25, inciso IV, alíneas “a” e “b”, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (*Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*); art. 4º, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 15, de 22 de novembro de 1996 (*Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Alagoas*); art. 37, § 4º e 5º da Constituição da República; e especialmente, §§ 1º e 2º do art. 16, art. 17, *caput* e §§ e parágrafo único do art. 20, todos da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), e § 4º do art. 1º e art. 3º *caput*, ambos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, vem propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM RAZÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COM PEDIDO LIMINAR** em face de:

1. **JOSÉ PACHECO FILHO**, brasileiro, casado, médico, Prefeito Municipal de São Sebastião, RG nº 145.895, SSP/AL, CPF nº. 061.548.834-04, domiciliado na Avenida Carlos do Vale Ferro, nº. 1.111, centro, CEP 57.275-000, São Sebastião, e;
2. **MARIA DO SOCORRO PACHECO**, brasileira, professora, residente na Avenida Carlos do Vale Ferro, s/n, São Sebastião, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expendidos:

DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de adentrarmos ao mérito da demanda, importante tecermos algumas considerações acerca da legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público em casos que tais.

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

Igualmente em sede constitucional, agora por força do art. 129, III, percebe-se que a proteção dos interesses difusos e coletivos, por meio de ação civil pública, vem a ser da mesma forma, função institucional do Ministério Público. Assim, a ação civil pública, prevista pela Lei n.º 7.347/85, é valioso instrumento de proteção dos direitos da coletividade.

Por sua vez, a Lei n.º 8.429, de 02.06.92, que foi editada para atender o comando constitucional preceituado no art. 37, § 4º, e que definiu as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito através da prática de ato de improbidade administrativa, *também prevê expressamente* a legitimidade do Ministério Público para a propositura para a ação principal (art. 17) e para a ação de seqüestro (art. 16).

À propósito do conceito de ação civil pública, salientamos que, *"como a própria Constituição Federal denominou genericamente a ação do Ministério Público no âmbito cível como ação civil pública (diferenciando-a da ação penal pública), independentemente na nomenclatura que lhe seja dada (ou não) pelo legislador ordinário, ela será sempre "ação civil pública", sendo absurda qualquer confusão entre gênero e espécie por aqueles que pensam que ACP é tão-somente aquela da Lei n.º 7.347/85, fazendo grande confusão no tocante à legitimidade ativa do Ministério Público, fato que tem causado enormes*

prejuízos à sociedade, que fica indefesa à sanha de corruptos que, invariavelmente, são os beneficiários de tais equívocos” ².

Por outro turno, a jurisprudência amplamente majoritária também já consagrou a expressão *ação civil pública* ao se referir à “ação principal” prevista no art. 17, da Lei nº. 8.429/92, conforme podemos constatar em diversas decisões, dentre as quais destacamos a seguinte ementa, da lavra do acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Arresto de bens – O Ministério Público tem legitimidade para o exercício da ação civil pública (Lei 7.347/85), visando reparação de danos ao erário causados por atos de improbidade administrativa tipificados na Lei 8.429/92. A teor da Lei 7.347/85 (artigo 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade pode ser ordenado nos autos do processo principal. (STJ – Ac. Unân. da 1ª Turma, publicado em 8-5-2000 – Resp. 199.478-MG – Rel. Des. Gomes de Barros – Ministério Público do Estado de Minas Gerais x Wanilza das Dores Antunes Specht – Adv. Karl Siegfried Valentin Specht).

Por fim, quanto ao caso ora tratado, vale à pena citar a lição da Professora Raquel Melo Urbano de Carvalho, que com maestria demonstra a legitimidade do *parquet* em buscar o ressarcimento de dano causado ao erário por comportamento ilícito de agente público. Vejamos: *“Irrelevante que o ressarcimento seja buscado pela Administração Pública em ação própria ou em ação incidental ou mesmo pelo Ministério Público em ação civil de improbidade administrativa ou em ação civil pública. Independente do meio processual através de que se busque o ressarcimento do erário, incide a parte final do § 5º do art. 37 da CR.”* ³ (grifei).

² BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico. In O amplo conceito da Ação Civil Pública. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia. nº. 08. 1997, p. 46/50.

³ URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo. Curso de Direito Administrativo. Editora Podivm. p.522. 2008.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS – DA INSPEÇÃO *IN LOCO* PELO TRIBUNAL DE CONTAS NO FUNDO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL (IPAM)

Quanto à realidade fática dos presentes autos, cumpre salientar que a presente Ação Civil Pública teve como supedâneo o Relatório AFO-DFAFOM nº. 116/2006, da lavra do corpo técnico do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas, que por determinação do seu Presidente, através do ofício OGP Nº. 245, de 06 de julho de 2006, realizaram em 10 de julho de 2006, inspeção *in loco* nos serviços de contabilidade do Fundo de Previdência Próprio do Município de São Sebastião (IPAM), especificamente aos exercícios financeiros de 1997 a 2000, período em que o primeiro requerido (José Pacheco Filho) exercia o cargo eletivo de Prefeito Municipal de São Sebastião, e a sua irmã, a segunda requerida (Maria do Socorro Pacheco) exercia o cargo de gestora do IPAM.

Importante destacar, apenas como guisa de informação, que o Instituto de Previdência e Assistência Social (IPAM), foi criado pelo Município de São Sebastião, por força da Lei Municipal nº. 167, de 17 de julho de 1997, e tem a natureza jurídica de uma autarquia de direito público municipal, tendo como fonte de receita os recursos oriundos de contribuições mensais do segurado, no percentual de 5% (cinco por cento) dos seus subsídios mensais, restando para o Município o ônus das despesas referentes as aposentadorias, auxílio natalidade, pensão e auxílio funeral.

Destarte para a realização da inspeção, os técnicos do TCE/AL, lançaram mão dos extratos bancários da conta específica do IPAM (contra nº. 1.006-5 do Banco do Brasil), além de Balancetes e Balanço dos exercícios de 1997 a 2000, e, ainda, as folhas de pagamento dos mesmos períodos.

Assim, após a realização da perícia técnica objeto destes autos, restou manifesto que os requeridos foram responsáveis pelo *repasse a menor* para o Fundo de Previdência Municipal de São Sebastião, no valor de R\$ 257.355,02 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e dois centavos), correspondente a parte do empregado, caracterizando-se apropriação indébita previdenciária.

Por outro lado, também foi gasto *a maior* o valor de R\$ 95.389,03 (noventa e cinco mil, trezentos e oitenta e nove reais e três centavos), no limite estabelecido pela Lei Municipal, que criou o instituto de Previdência, com despesas administrativas, constituindo-se em desvio de finalidade.

Para que possamos ter uma idéia clara dos atos de improbidade dos requeridos, causadores de danos ao erário, mister demonstrarmos, de forma detalhada, todos os valores que foram apurados pela equipe técnica, os quais deram início aos trabalhos através da apuração da Movimentação Financeira do IPAM, dados que foram colhidos a luz dos extratos bancários do IPAM fornecidos pelo Banco do Brasil, e pertinentes ao período de 1997 a 2000.

A) Da primeira constatação – Apropriação Indébita Previdenciária

Vejamos os resultados que foram apurados durante os anos acima, ou seja, os valores que demonstraram a realidade dos números que aportaram na conta do IPAM, período por período, e que demonstram a existência de apropriação indébita previdenciária por parte dos ex-gestores, os ora requeridos:

ANO 1997

Período de 16/10/1997 a 31/12/1997

DISCRIMINAÇÃO	VALOR EM R\$
Saldo Anterior	0,00
Receita do Período	5.186,39
Despesa do Período	3.198,38
Saldo em 31/12/1997	1.988,01

ANO 1998

Período de 01/01/1998 a 31/12/1998

DISCRIMINAÇÃO	VALOR EM R\$
Saldo Anterior	1.988,01
Receita do Período	26.818,07
Despesa do Período	20.378,24
Saldo em 31/12/1997	8.427,84

ANO 1999**Período de 01/01/1999 a 31/12/1999**

DISCRIMINAÇÃO	VALOR EM R\$
Saldo Anterior	8.427,84
Receita do Período	73.587,20
Despesa do Período	80.801,61
Saldo em 31/12/1997	1.213,43

ANO 2000**Período de 01/01/2000 a 31/12/2000**

DISCRIMINAÇÃO	VALOR EM R\$
Saldo Anterior	1.213,43
Receita do Período	45.934,57
Despesa do Período	47.092,37
Saldo em 31/12/1997	55,63

Note-se que pelas tabelas acima discriminadas por período, facilmente temos a exata compreensão de todos os valores que foram alocados, por parte dos requeridos, durante os exercícios inspecionados na conta bancária específica do IPAM. Desta forma, obtido os valores acima, os técnicos do Tribunal de Conta, procederam à análise das folhas de pagamento dos funcionários públicos municipais de São Sebastião, ocasião em que partiram para analisar o valor anual das mesmas, calculando-se o percentual dos 5% (cinco por cento). Senão vejamos a tabela:

Período	Valor/ Folha Pagamento	Parte do Empregado	Parte do Empregador	Valor a ser repassado ao IPAM
1997	479.363,80	23.968,19	0,00	23.968,19
1998	2.548.838,70	127.441,94	0,00	127.441,94
1999	2.549.107,73	129.705,39	0,00	129.705,39
2000	2.555.314,59	127.765,73	0,00	127.765,73
SOMA	8.132.624,82	408.881,25	0,00	408.881,25

Feitas tais análises, partiu-se então para se fazer um cotejo entre os valores que foram alocados junto ao Banco do Brasil pelos

requeridos, com os que foram detectados através das folhas de pagamento do município, ocasião em chegou-se aos lamentáveis valores que deixaram de ser repassados para a conta da previdência do município. Observem-se em destaque os valores que de fato deveriam ter sido repassados:

Período	Valor a ser repassada a conta do IPAM	Valor depositado na conta do IPAM	Diferença verificada para + ou -
1997	23.968,19	5.186,39	(-) 18.781,80
1998	127.441,94	26.818,07	(-)100.623,87
1999	129.705,39	73.587,20	(-)56.118,19
2000	129.705,39	45.934,57	(-)81.831,16
SOMA	408.881,25	151.526,23	(-) 257.355,02

Da análise acima, facilmente se constata com o Município de São Sebastião deixou de repassar ao IPAM, entre os exercícios financeiros de 1997 a 2000 o montante de R\$ 257.355,02 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e dois centavos), correspondente a parte do empregado, caracterizando-se apropriação indébita previdenciária.

B) Da segunda constatação – Do desvio de finalidade na aplicação dos recursos

Exercício	Base de calculo	%	Valor a aplicar	Valor aplicado
Out/Dez/97	5.186,39	25 %	1.296,60	2.898,38
1998	26.818,07	25 %	6.704,52	19.078,24
1999	73.587,20	25 %	18.396,80	79.351,61
2000	45.934,57	25 %	11.483,65	31.942,37
SOMA	151.526,23	25 %	37.881,57	133.270,60

Diferença (+) ou (-)
(+) 1.601,78
(+)12.373,72
(+)60.954,81
(+)20.458,72
(+)95.389,03

A luz do relatório do Tribunal de Contas, podemos observar que os valores alocados ao IPAM foram suficientes para arcar com as folhas de pagamento de aposentados e pensionistas de São Sebastião.

Outrossim, o art. 51 da Lei Municipal nº. 167/97, que criou o IPAM, dispõe que da arrecadação proveniente das contribuições, não poderá o Instituto aplicar em despesas administrativas, **quantia superior a 25% (vinte e cinco por cento)** do seu montante.

Destarte, basta uma rápida vista d'olhos na tabela acima, e facilmente constataremos que houve desvio de finalidade na aplicação dos recursos do IPAM de São Sebastião nos exercícios financeiros de 1997 a 2000, no montante de R\$ 95.389,03 (noventa e cinco mil trezentos e oitenta e nove reais e três centavos).

Portanto, devem os requeridos (José Pacheco Filho) que exercia o cargo eletivo de Prefeito Municipal de São Sebastião, e a sua irmã, a segunda requerida (Maria do Socorro Pacheco) que exercia o cargo de gestora do IPAM, ressarcirem ao erário municipal, o valor total **de R\$ 352.744,05 (trezentos e cinquenta e dois mil, setecentos e quarenta e quatro reais e cinco centavos)**, referentes à soma do valor de R\$ 257.355,02 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e dois centavos), no que atine a apropriação indébita previdenciária, e do valor de R\$ 95.389,03 (noventa e cinco mil trezentos e oitenta e nove reais e três centavos), no que toca ao desvio de finalidade, devendo o mesmo ser recolhido ao Instituto de Previdência Municipal da cidade de São Sebastião (IPAM).

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO EM FAVOR DO MUNICÍPIO, EM RAZÃO DO DANO CAUSADO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE SEUS AGENTES

Com a inevitável necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com as demais normas integrantes do sistema, notadamente, as de *status* constitucional, dentre as quais se destacam a juridicidade e a supremacia do interesse público, o legislador constituinte, ao editar o art. 37, § 5º da Constituição Federal/88, ressaltou da incidência dos prazos prescricionais previstos na legislação pertinente as *ações de ressarcimento decorrentes de ilícitos praticados por agentes, servidores ou não, em desfavor do Poder Público*.

Vejamos o texto em comento:

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

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (destaques nossos).

Uma rápida leitura do comando acima deixa evidente a *imprescritibilidade* que decorre da ressalva às ações de ressarcimento. Claro também restou, que o constituinte não admitiu a ingerência de norma inferior que dispusesse prazos de prescrição para ilícitos, recusando competência ao Poder Legislativo nesta matéria.

Neste diapasão, o texto constitucional evidencia que o ressarcimento dos danos causados ao erário por agentes públicos consubstancia interesse indisponível da Administração. Para tanto, basta que o prejuízo ao erário seja decorrente de um ilícito praticado por um agente público, expressão genérica que designa os agentes políticos, os servidores públicos (estatutários, empregados públicos e servidores temporários), bem como, os particulares em colaboração com o Poder Público (delegados do Poder Público, requisitados, nomeados ou designados e gestores de negócio).

O conceito acima, encontra respaldo no próprio art. 2º da Lei nº. 8.429, que define como agente público, “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades estatais.

Dessa forma, quando se tratar de dano causado ao erário por comportamentos ilícitos de agentes, sejam servidores estatutários, titulares de cartório ou detentores de cargos eletivos, indubitável é que as ações de ressarcimento são imprescritíveis.

Princípios como a Segurança Jurídica e a Paz Social – indispensáveis no mundo contemporâneo – não são aptos a recusar validade e eficácia a dispositivo expresso da Constituição da República.

O art. 37, § 5º da Constituição Federal teve o propósito manifesto de impor a imprescritibilidade diante de ilícito cometido por agente público que tenha causado prejuízo à Administração e, em consequência, a toda a sociedade, evitando que administradores cujas condutas se afastaram das normas do sistema jurídico gozem impunes os frutos dos ilícitos praticados.

A imprescritibilidade, em casos que tais, como exceção ditada por norma constitucional, justifica-se em razão da moralidade administrativa, da supremacia do interesse público, e da dignidade mínima de o ordenamento evitar que o indivíduo responsável por um ato ilícito ainda venha a usufruir economicamente ou simplesmente livrar-se das consequências do seu comportamento indevido, com sacrifícios dos interesses e necessidades de toda a sociedade.

Os Tribunais de Justiça vêm assentando a imprescritibilidade ora em comento através de inúmeros precedentes. Vejamos recentíssimos acórdãos nesse sentido:

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 23, I, DA LEI DE IMPROBIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE, CONSOANTE ART. 37, § 5º, DA C.F.

- A prescrição em cinco anos prevista no art. 23 da Lei nº 8.429/92 aplica-se às ações destinadas a levar efeitos as sanções nela previstas, **deixando de alcançar os casos que visam ao ressarcimento aos cofres públicos em face de prejuízos causados ao erário (artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal)** (TJ/RS. AGRAVO DE INSTRUMENTO, Nº 70027575869, TERCEIRA CÂMARA, JULGADO EM 09 DE JULHO DE 2009, RELATORA DES.^a MATILDE CHABAR MAIA). (GRIFAMOS).

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO NÃO RECONHECIDA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 37, § 5º, DA CF.

Não há cerceamento de defesa, tendo em vista que a inicial, embora sucinta, descreve os fatos suficientemente, bem como os fundamentos jurídicos, não se verificando qualquer

dificuldade para a defesa dos demandados. **Prescrição não reconhecida porque a ação, além da aplicação das demais sanções, também busca o ressarcimento ao erário, sendo imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da CF. Precedentes do TJRS e STJ. SERVIDORES DETENTORES DE CARGO DE MÉDICO DO MUNICÍPIO DE ERVAL GRANDE. NÃO CUMPRIMENTO DA CARGA HORÁRIA. COLIDÊNCIA DE HORÁRIOS COM A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS EM OUTROS MUNICÍPIOS. RESSARCIMENTO DAS DIFERENÇAS DECORRENTES.** Caracteriza-se como ato de improbidade administrativa o não cumprimento da carga horária de servidores, detentores do cargo de médico, no Município de Erval Grande, constatada a colidência de horários com a prestação dos serviços com outros municípios. Existência de prática lesiva e dano ao erário. Aplicação do art. 12, I, da Lei 8.428/92. Apelação desprovida.” [grifei] (APC nº 70027605823, Vigésima Segunda Câmara Cível – TJRS, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, em 18/12/2008)

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE CAMAQUÃ. PRÁTICA DE ATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO MUNICIPAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM, AGRAVOS RETIDOS IMPROVIDOS. IMPROVIMENTO EM GRAU RECURSAL. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. 1. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO A QUO. Compete ao juízo de primeiro grau, originariamente, julgar as ações cíveis ajuizadas contra o Prefeito Municipal, pelos atos praticados no exercício de suas funções. Isso porque, o artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, ao dispor sobre o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça, refere-se às demandas criminais. 2. SUPRESSÃO DE GRAU DE DEFESA. Não há se falar em supressão de grau de defesa, porque o rito a ser seguido não é aquele da lei n.º 8.429/92, mas sim o da Ação Civil Pública. 3. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Tratando-se de ação civil pública para ressarcimento de danos causados ao erário municipal, a legitimidade do Ministério Público vem estampada no art. 129, II da Constituição Federal, no art. 5º da Lei n.º 7.347/85, bem como no art. 25, da Lei n.º 8.625/93. 4. **PRESCRIÇÃO. É imprescritível a ação que busca o ressarcimento de danos causados ao erário, conforme ressalva o art. 37, § 5º da Constituição Federal.** 5. CERCEAMENTO DE DEFESA. É consabido que a administração pública está adstrita, dentre outros, ao princípio constitucional da legalidade. 6. E assim é porque os

documentos acostados aos autos revelam-se suficientes para a solução da lide, não havendo, portanto, necessidade de produção de outras provas. 7. Ademais, em decorrência do poder instrutório que detém o magistrado, na esteira do disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil, cabe a ele determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou protelatórias, que não apresentam importância para a solução da causa. 8. DO MÉRITO. Uma vez que o procedimento do ora apelante ao adquirir serviço com base no preço do segundo colocado se apresenta ao arrepio da lei, porquanto o único preço licitado era o constante da proposta vencedora, infringiu os princípios da licitação, dentre os quais o da impessoalidade, da competitividade, decorrente do princípio da isonomia, do estrito cumprimento do edital e da publicidade, causando prejuízos evidentes do erário. 9. Ademais, os documentos juntados às fls. 138-144, provenientes do Tribunal de Contas, retiram qualquer dúvida no tocante ao prejuízo ao erário. AGRAVOS RETIDOS E APELAÇÃO IMPROVIDOS.” [grifei] (APC nº 70020471132, Quarta Câmara Cível - TJRS, rel. Des. Wellington Pacheco Barros, em 14/11/2007).

O próprio Superior Tribunal de Justiça, nada obstante em várias oportunidades não tenha se manifestado pontualmente acerca do tema, em razão de declinar a competência para o âmbito do STF, já elucidou o propósito do texto constitucional *sub examine*. Vejamos precedentes nesse sentido, inclusive alguns relatados pelo Ministro Alagoano Humberto Martins:

EMENTA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ – PRETENSÃO RESSARCITÓRIA – ART. 23, INCISO I, DA LEI N. 8.429/92 – INAPLICABILIDADE – IMPRESCRITIBILIDADE. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental. 2. O recurso especial foi conhecido parcialmente e improvido com os seguintes fundamentos: (a) a legitimidade passiva ad causam do agravante foi reconhecida pelo Tribunal de origem com base no substrato fático dos autos, de sorte que não cabe a esta Corte Superior o exame de tal matéria, por força do óbice imposto pela Súmula 7/STJ; (b) a inépcia da inicial da ação civil pública foi afastada pela Corte Estadual também com base no contexto fático-probatório dos autos, incidindo, in casu, novamente a

Súmula 7/STJ; (c) o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação civil pública objetivando o ressarcimento de prejuízos causados ao erário, por ato de improbidade administrativa; e, (d) a prescrição não ficou configurada. 3. O agravo apenas repetiu o argumento atinente à ocorrência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/92. 4. Deve ser improvido o agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, portanto objeto único do presente agravo é o debate acerca da prescrição. Incidência, por analogia, da Súmula 182 do STJ. 5. **O art. 23 da Lei n. 8.429/92, que trata de prescrição, não abarca a sanção ressarcimento, pois a segunda parte § 5º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 adota a imprescritibilidade de tal sanção.** 6. **Na se há falar em regulamentação específica acerca do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento, uma vez que a parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é norma constitucional de eficácia plena.** Agravo regimental improvido. [grifei] (AgRg no Resp n.º 1038103/SP, Segunda Turma – STJ, rel. Min. Humberto Martins, em 16/04/09).

EMENTA. ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO - PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - NÃO-APLICABILIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. PRIMEIRA PRELIMINAR RECURSAL - ART. 535, CPC.

O acórdão foi sintético; no entanto, é perfeitamente possível dele extrair a tese jurídica fundamental: a prescritibilidade da pretensão deduzida em ação civil pública de ressarcimento de danos. 2. SEGUNDA PRELIMINAR RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ESPÉCIE - MATÉRIA CONSTITUCIONAL. O acórdão tratou da questão sob fundamento exclusivamente infraconstitucional. Conhecimento possível. Preliminar rejeitada. 3. TERCEIRA PRELIMINAR RECURSAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DISSÍDIO NÃO-DEMONSTRADO. É possível a abstração da tese jurídica, o que permite a compreensão da demanda. Prequestionamento existente. A divergência foi comprovada por meio de documentos eletrônicos, extraídos do sítio eletrônico do STJ, o que atende aos requisitos regimentais dispostos nesta Corte. 4. **MÉRITO. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA. "A ação de ressarcimento de danos ao**

erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (Resp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008). Precedente do Pretório Excelso. Recurso especial provido. (Resp n.º 1056256/SP, Segunda Turma – STJ, rel. Min. Humberto Martins, em 16/12/2008).

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. LICITAÇÃO. ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE.

1. O Ministério Público é parte legítima para propor Ação Civil Pública visando resguardar a integridade do patrimônio público (sociedade de economia mista) atingido por contratos de efeitos financeiros firmados sem licitação. precedentes.

2. Ausência, na relação jurídica discutida, dos predicados exigidos para dispensa de licitação.

3. Contratos celebrados que feriram princípios norteadores do atuar administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade e proteção ao patrimônio público.

4. Contratos firmados, sem licitação, para a elaboração de estudos, planejamento, projetos e especificações visando a empreendimentos habitacionais. Sociedade de economia mista como órgão contratante e pessoa jurídica particular como contratada. Ausência de características específicas de notória especialização e de prestação de serviço singular.

5. Adequação de Ação Civil Pública para resguardar o patrimônio público, sem afastamento da ação popular. Objetivos diferentes.

6. É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88).

7. Inexistência, no caso, de cerceamento de defesa. Causa madura para que recebesse julgamento antecipado, haja vista que todos os fatos necessários ao seu julgamento estavam, por via documental, depositados nos autos.

8. O fato de o Tribunal de Contas ter apreciado os contratos administrativos não impede o exame dos mesmos em Sede de Ação Civil Pública pelo Poder Judiciário.

9. Contratações celebradas e respectivos aditivos que não se enquadram no conceito de notória especialização, nem no do serviço a ser prestado ter caráter singular. Contorno da exigência

de licitação inadmissível. Ofensa aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública.

10. Atos administrativos declarados nulos por serem lesivos ao patrimônio público. Ressarcimento devido pelos causadores do dano.

11. Recurso do Ministério Público provido, com o reconhecimento de sua legitimidade.

12. Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos (STJ. REsp 403153/SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0191456-4; Ministro José Delgado; Primeira Turma, DJ 20/10/2003 p. 181) (grifei).

Como se observa através dos acórdãos acima, escolhidos aleatoriamente entre inúmeros outros nesse sentido, a jurisprudência tem entendido ser imprescritíveis as ações que objetivam o ressarcimento de danos causados ao erário por qualquer agente, servidor ou não, independente da decadência do direito de punir os infratores mediante aplicação das penalidades administrativas eventualmente cabíveis.

Na mesma senda, a doutrina tem perfilhado esse entendimento. Com perspicácia o Professor José Afonso da Silva assevera: “ ***Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, de prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius). Deu-se à administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada***”⁴.

Diante do exposto acima, por se tratar de dano causado ao erário por comportamentos ilícitos de agentes, os ora requeridos, é indubitável é que a presente ação que busca o ressarcimento ao erário é imprescritível.

DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR

Demonstraremos de forma fundamentada a presença dos requisitos ensejadores das ações cautelares, e, posteriormente, fundado no

⁴ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2000. p. 657.

disposto pelo artigo 12 da Lei nº. 7.347/85, requereremos a concessão de algumas medidas liminares para que seja garantida uma eficaz prestação jurisdicional.

Do *fumus boni iuris*

Muitos estudiosos e doutrinadores pátrios e alienígenas, entre eles, Calamandrei, afirmam que o *fumus boni iuris* é um dos requisitos de concessão das medidas cautelares. Noutras palavras, o requisito acima citado está diretamente ligado à idéia de plausibilidade ou verossimilhança do direito afirmado pelo demandante.

Neste diapasão, à vista dos documentos carreados com a exordial, notadamente o relatório técnico do TCE/AL, podemos afirmar que, além de uma simples *fumaça* do bom direito, existe uma verdadeira fogueira, que evidencia, indubitavelmente, a verossimilhança do direito.

Ressalte-se que todos os fatos acima citados, foram cabalmente comprovados pelo Tribunal de Contas do Estado, e se revestem de extrema gravidade, eis que compromete de forma gravíssima a higidez de todo o sistema previdenciário municipal de São Sebastião.

Comprovado à saciedade, portanto, o primeiro pressuposto processual para o deferimento da liminar. Vejamos logo abaixo, o segundo requisito.

Do *periculum in mora*

Na lição de Alexandre Freitas Câmara, a tutela jurisdicional cautelar, é: “*modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. É esta situação de perigo iminente que recebe o nome de ‘periculum in mora’, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz*”⁵.

Com efeito, o perigo da demora também se faz evidente. Quanto mais tempo passe, mais os demandados poderão ocultar seus bens e capitais, prejudicando de forma irreversível a devolução ao erário as quantias que foram apropriadas indevidamente.

⁵ Alexandre Freitas Câmara - Lições de Direito Processual Civil - Vol. III, Ed. Lumen Juris, p. 32.

A instrução processual poderá ser incalculavelmente prejudicada, se os requeridos, permanecerem manuseando aos seus alvedrios, todos os seus bens particulares. Outrossim, urge a imediata quebra dos seus sigilos bancários e fiscais, para que sejam examinados seus gastos pessoais e transações, bem assim, para evitar que os mesmos dilapidem ou escondam os seus bens pessoais. Na mesma senda, também imperioso, o imediato bloqueio de seus bens, tornando-os indisponíveis até ulterior deliberação judicial, recaindo a constrição sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano. Mais uma vez repise-se. As medidas liminares requerem urgência absoluta, e dela dependerá, inexoravelmente, a efetividade desta ação.

Nestes termos, é que se chega à conclusão da possibilidade da concessão de medida cautelar em sede de ação civil pública *inaudita altera pars*. E esse é também o entendimento da grande maioria das decisões dos Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, do qual cita-se alguns exemplos em casos de ações civis públicas por improbidade administrativa, as quais se aplicam *in totum* ao nosso caso, que busca o ressarcimento ao erário:

EMENTA. ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDISPONIBILIDADE DE BENS ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992 REQUISITOS PARA CONCESSAO LIMITES SÚMULA 7/STJ.

1. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º, [parágrafo único](#) da Lei [8.429/1992](#), exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.
2. O requisito cautelar do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a 'assegurar o integral ressarcimento do dano'.
3. A demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracteriza o *fumus boni iuris*.

4. Hipótese em que a instância ordinária concluiu ser possível quantificar as vantagens econômicas percebidas pelo réu, ora recorrente, para fins de limitação da indisponibilidade dos seus bens. Rever esse entendimento demandaria a análise das provas. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ. REsp 1098824/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009).

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS. REQUERIMENTO NA INICIAL DA AÇÃO PRINCIPAL. DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS ANTES DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º E 16 DA LEI 8429/92.

1. É lícita a concessão de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de sequestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Precedentes do STJ: REsp 821.720/DF, DJ 30.11.2007; REsp 206222/SP, DJ 13.02.2006 e REsp 293797/AC, DJ 11.06.2001. (...) (REsp 880.427/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA. TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 04/12/2008).

Visto a presença dos requisitos necessários a concessão de liminares, vejamos as medidas que ora pugnamos:

DA LIMINAR DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL, E INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS REQUERIDOS

Com efeito, a quebra do sigilo bancário e fiscal dos requeridos se justifica para fins de aferição da extensão de seus acervos patrimoniais, resguardando, destarte, a regular administração da justiça.

Que serviria o Magistrado ter a possibilidade de adentrar na esfera privada patrimonial de pessoas que se apropriaram, em tese, de recursos previdenciários, se não tivesse o Juiz, o conhecimento dos bens que estão em nome dos mesmos? Por estas razões, se faz imperioso, que seja determinada a quebra do sigilo bancário e fiscal dos requeridos, sendo eles:

JOSÉ PACHECO FILHO, brasileiro, casado, médico, Prefeito Municipal de São Sebastião, RG nº 145.895 SSP/AL, CPF nº. 061.548.834-04, domiciliado na Avenida Carlos do Vale Ferro, nº. 1.111, centro, CEP 57.275-000, São Sebastião, e;

MARIA DO SOCORRO PACHECO, brasileira, professora, residente na Avenida Carlos do Vale Ferro, s/n, São Sebastião.

Trazemos à colação o seguinte aresto da lavra do renomado professor, escritor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Araken de Assis, que com a maestria que lhe é peculiar, analisa caso similar ao dos autos. Vejamos:

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA LIMINAR. POSSIBILIDADE DE LEVANTAR O SIGILO BANCÁRIO, DECRETAR A INDISPONIBILIDADE DE BENS, ORDENAR O DEPOSITO DE PRESTACOES DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E COMINAR MULTA DIARIA. 1. AO ÓRGÃO JUDICIÁRIO SE AFIGURA LÍCITO, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LEVANTAR O SIGILO BANCÁRIO DE LOTEADORES (ART.38, PAR-1, DA LEI N.4595/64), COM O FITO DE LOCALIZAR DINHEIRO NECESSÁRIO À FORMAÇÃO DE CAPITAL PARA INDENIZAR OS ADQUIRENTES DE LOTES, PORQUE O INTERESSE PÚBLICO SE SOBREPÕE AO

INDIVIDUAL. FALTA DE PROVA DO VALOR DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, QUE REFOGEM A MEDIDA (CPC, ART.649, IV). O ART.1 DA LEI N.8009/90 SÓ PROTEGE RESIDENCIAS E, DESTE MODO, NÃO INCLUI IMÓVEL COMERCIAL, CONQUANTO UTILIZADO PARA ESCRITÓRIO, QUE NÃO É "EQUIPAMENTO" ÚTIL AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LIBERAL (CPC, ART.649, VI), E RESIDENCIA FAMILIAR, O QUE EXCLUI A MORADIA DO CELIBATÁRIO. PRECEDENTE, NESTE ÚLTIMO SENTIDO, DO STJ. O VALOR DA ASTREINTE HA DE SER O SUFICIENTE PARA CONSTRANGER AO CUMPRIMENTO. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJ/RS. Agravo de Instrumento Nº. 598234920, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 14/10/1998) (GRIFOS E SUBLINHOS NOSSOS).

Assim, para que se efetivem de forma satisfatória as medidas acima pugnadas, o Ministério Público requer:

- 1. Que se requisite ao Banco Central do Brasil, informações a respeito de qual(s) agência (s) bancária(s) os requeridos acima possuem conta (s), e com base em tais informações, se requisite as mesmas, a quebra do sigilo bancário dos réus, podendo, já como forma de antecipação, expedir ofício as principais agências bancárias, tais como: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Bradesco;**
- 2. Seja determinada a Receita Federal a quebra do sigilo fiscal dos requeridos acima, no sentido de que seja informado a este Juízo, a declaração de bens dos mesmos, desde o ano de 1997;**

De ser ainda considerado, que se os requeridos vierem a tomar conhecimento previamente das medidas acima pugnadas, certamente, as tornarão ineficazes. Poderão forjar documentos, prestações de contas e, inclusive, alienar seus bens, colocando por terra, toda a almejada verdade que ora se busca no processo de cognição dos presentes autos. Sendo assim, deve a medida ser concedida *inaudita altera pars*, para que seja garantida a efetividade desta ação.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer a V. Exa., que se digne, **conceder a medida liminar, inaudita altera pars**, de acordo com o art. 804, do CPC, c/c com o art. 12 da Lei nº. 7.347/85, para fins de:

- **Determinar liminarmente a quebra do sigilo bancário e fiscal dos requeridos, decretando-se a indisponibilidade de seus bens móveis e imóveis;**
- Requisitar ao **Banco Central do Brasil**, informações a acerca da existência de conta corrente, conta poupança ou aplicações financeiras, em nome dos requeridos, em qualquer agência no Estado de Alagoas; Pernambuco e Sergipe, procedendo à transferência do sigilo bancário das mesmas, caso existente, referente ao ano de 1997 até a presente data;
- Seja determinada à **Delegacia da Receita Federal em Alagoas** da transferência do sigilo fiscal dos requeridos acima demandados, mediante o envio de suas declarações de bens, referente aos exercícios de 1997 até a presente data;
- Determinar aos **Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de Alagoas, Sergipe e Pernambuco**, através das respectivas Corregedorias Gerais de Justiça, que forneçam informações acerca da existência de bens de raiz, de propriedade dos requeridos e/ou, de seus cônjuges, tornando-os, desde logo, indisponíveis, posto que se os bens permanecerem livres e sem nenhum ônus, a efetividade do provimento final da ação, sofrerá risco no que toca à possibilidade de ressarcimento dos danos causados aos beneficiários do IPAM;
- **Determinar aos DETRAN's - Departamento de Trânsito de Alagoas, Sergipe e Pernambuco**, para que seja efetuado o imediato bloqueio da transferência de quaisquer veículos existentes em nome dos requeridos demandados e de seus cônjuges;
- Após a concessão liminar das medidas acima alvitradas, CITAR os requeridos **JOSÉ PACHECO FILHO e MARIA DO SOCORRO PACHECO**, para, querendo, contestem à ação no prazo legal, sob pena de revelia e confissão ficta quanto à matéria

de fato (arts. 285 297 e 319 do CPC), prosseguindo-se até final prestação jurisdicional;

- No mérito, julgar **PROCEDENTE** o presente pedido, para fins de condenar os requeridos **JOSÉ PACHECO FILHO e MARIA DO SOCORRO PACHECO** ressarcir ao erário municipal, o valor total de R\$ 352.744,05 (trezentos e cinquenta e dois mil, setecentos e quarenta e quatro reais e cinco centavos), devidamente corrigidos desde o ano de 2000, devendo o mesmo ser recolhido ao Instituto de Previdência Municipal da cidade de São Sebastião (IPAM).
- A condenação dos requeridos em custas e despesas processuais.

Protesta provar o alegado por todas as formas em direito admitidas, em especial o depoimento pessoal dos requeridos; a documental que ora se acosta; sem olvidar de todas aquelas necessárias ao justo convencimento jurídico de V. Exa., não desprezando as provas técnicas.

Dá-se à causa o valor de R\$ 352.744,05 (trezentos e cinquenta e dois mil setecentos e quarenta e quatro reais e cinco centavos).

São Sebastião/AL, em 26 de outubro de 2009.

MAX MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA

Promotor de Justiça

NOTIFICAÇÃO RECOMENDATÓRIA Nº 002/2009

O Ministério Público do Estado de Alagoas, através das 1ª e 2ª Promotorias de Controle Externo da Atividade Policial, bem como, do Núcleo de Direitos Humanos, no uso de suas atribuições legais,

Considerando o grande número de reclamações advindas de membros das religiões de Matriz Africana que frequentam locais de culto situados nesta capital, no que se refere a excessos no uso da violência praticados por policiais militares ao ensejo do recebimento de *notitia criminis*, em sua maioria apócrifas, relativas à prática de poluição sonora nos referidos centros religiosos;

Considerando que, em diversas situações, houve lavratura de Boletins de Ocorrência por “perturbação do sossego alheio”, tendo alguns deles resultado na apreensão de instrumentos sagrados de culto, como atabaques e outros, bem como, na condução dos líderes espirituais até órgãos policiais para esclarecimentos, inclusive com ameaça de prisão;

Considerando a liberdade de culto preconizada na Constituição Federal, em seu **art. 5º, inc. VI**, que assim define, dentro do rol dos direitos fundamentais do cidadão: **“é inviolável e liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”**;

Considerando que tais posturas por parte de alguns integrantes da Polícia Militar podem ser resultantes de atitudes que refletem intolerância religiosa e preconceito aos cultos e manifestações praticadas por religiões de Matriz Africana, conforme amplamente discutido em audiência pública realizada no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, no último dia 15 de outubro do ano em curso, em que se fizeram presentes diversos líderes de Nações Afro sediadas em Maceió, além do Comandante do CPC – Comando de Policiamento da

Capital, Tenente Coronel Mário, bem como, outros agentes integrantes da Polícia Militar com atuação nesta capital, na atividade ostensiva;

Considerando ser o Brasil um País **laico**, ou seja, sem religião oficial, constando do Preâmbulo da Carta Magna do País o dever de instituição de um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e **sem preconceitos**;

Considerando ainda que o art. 3º da mesma Constituição Federal preconiza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”;

Considerando que o **Dia da Consciência Negra**, celebrado anualmente no dia **20 de novembro**, constitui-se atitude governamental que reflete o compromisso estatal na inserção do negro na sociedade brasileira, livre de preconceitos de quaisquer espécies, o que deve se revelar ainda mais contundente em Alagoas, Estado da Federação em que nasceu o líder negro Zumbi dos Palmares;

Considerando outros esforços no mesmo sentido, a exemplo da aprovação, pelo Congresso Nacional, do acordo Brasil - Santa Sé, assinado pelo Poder Executivo em novembro de 2008, que cria o seguinte dispositivo: “A República Federativa do Brasil, em observância ao **direito de liberdade religiosa**, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa”, o que revela o reconhecimento do ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas como objetivo do Estado brasileiro, até para que seja possibilitada a formação de crianças e jovens desprovidos de preconceitos dessa natureza e com consciência da importância do respeito às diferenças de qualquer espécie;

Considerando que os termos da **Resolução nº 09/2008**, do Conselho Estadual de Segurança Pública e que versa acerca de normas de prevenção e repressão da poluição sonora no Estado de Alagoas, editada a partir de demanda emanada do próprio Ministério Público Estadual, não se revelam incompatíveis com uma atuação

eficiente da polícia militar no combate e prevenção da referida contravenção penal, devendo, portanto, ser regularmente cumprido pela Polícia Militar do Estado de Alagoas, a qual deve agir com prudência e razoabilidade, fazendo uso de instrumentos técnicos de aferição de eventual abuso no volume de som, que possa resultar em prejuízos à coletividade;

RESOLVE

RECOMENDAR que todos os casos relativos a denúncias contra a suposta prática de perturbação ao sossego alheio, imputável a locais de culto de Matriz Africana somente sejam aceitos quando o noticiante se identificar de forma adequada, a fim de que o trabalho policial possa ser exercido com eficiência e profissionalismo, atendendo somente aos casos que mereçam averiguação, sobretudo tendo-se em conta a grande demanda que diuturnamente é direcionada à Polícia Militar, no que se refere a hipóteses que possam configurar hipótese de poluição sonora;

RECOMENDAR que referidas abordagens, atendidas as exigências constantes do item anterior, sejam procedidas pela Polícia Militar com o uso de meios moderados, que denotem respeito aos cultos religiosos de qualquer natureza, em especial, aqueles de Matriz Africana, dotados de rituais especiais, secularmente instituídos, que incluem o uso de instrumentos sonoros específicos e considerados sagrados;

RECOMENDAR que a Polícia Militar faça uso de aparelho de decibelímetro ou similar, a fim de que o trabalho de medição do som supostamente causador de poluição sonora seja procedido com base em critérios técnicos, sem suposições ou outras espécies de avaliações desprovidas de critérios legalmente definidos;

RECOMENDAR que a Polícia Militar, através de seus órgãos próprios, realize cursos de capacitação para policiais militares responsáveis pelas abordagens, para fins de instrução da Polícia castrense no sentido de que seus integrantes conheçam os preceitos constitucionais acima referidos, bem como, possam obter adequados

esclarecimentos acerca do funcionamento e ritos religiosos de qualquer natureza, de modo a se capacitarem para o exercício das abordagens referidas na Presente Recomendação;

RECOMENDAR que a Polícia Militar proceda a um levantamento de todos os locais de culto de religiões de Matriz Africana, através da Federação que os representam, com ulterior remessa do material obtido a este Órgão Ministerial, para que se possa estabelecer um mapeamento de todos os ambientes em que são realizadas manifestações religiosas dessa natureza, em Maceió;

RECOMENDAR que as medidas acima referidas sejam devidamente implementadas no prazo de 15(quinze), contados a partir da publicação da presente notificação no Diário Oficial do Estado, a fim de que possa produzir seus legais efeitos.

Maceió, 19 de novembro de 2009.

FLÁVIO GOMES DA COSTA NETO

1º Promotor da Promotoria Coletiva de Controle Externo da

Atividade Policial e Investigações Especiais

Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos do MP Estadual

KARLA PADILHA REBELO MARQUES

2ª Promotora da Promotoria Coletiva de Controle Externo da

Atividade Policial e Investigações Especiais

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS (IN)CONSTITUCIONALIDADES
NO ART. 7º, INCISO III E § 2º, E NO ART. 25, DA LEI Nº.
12.016/2009, SOB A ÓTICA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB**

José Ailton da Silva Júnior

Auxiliar de Apoio Administrativo da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Alagoas. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Internacional de Curitiba – FACINTER. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Alguns dispositivos atacados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADIN Nº. 4.296-DF e os fundamentos das críticas. 2.1 Da inconstitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exigência de caução, fiança ou depósito. 2.2 Das inconstitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009. 2.2.1 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários. 2.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior. 2.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. 2.3. Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios. 3. Da análise das críticas. 3.1 Da constitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009. 3.2 Das (in)constitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009. 3.2.1 Da constitucionalidade parcial da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários – a necessidade da interpretação conforme a Constituição. 3.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior. 3.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. 3.3 Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios. 4. Conclusões.

1. Introdução

O Mandado de Segurança é conhecido como um remédio constitucionalmente posto, a fim de assegurar ao cidadão a defesa contra atos ilegais e/ou autoritários, sob os quais não seja possível a impetração de *habeas corpus* ou *habeas data*.

O diploma legal que regulamentava o instituto, Lei Federal nº. 1.533/51, já não mais atendia aos fins a que se propunha, principalmente após a promulgação da Carta Federal de 1988, tornando-se urgente uma reforma nas suas disposições.

Ocorre que, após mais de dez anos de estudos e debates, desde a expedição da Portaria nº. 634/96, a qual designou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Professor Caio Tácito e da qual foram relator e revisor, respectivamente, o Professor Arnoldo Wald e o Ex-Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, a deliberação no Congresso Nacional e a sanção presidencial em 2009, a disciplina legal do mandado de segurança, através da nova Lei, recebeu inovações de grande valia, como, por exemplo, a regulamentação do mandado de segurança coletivo, porém tratou de maneira conservadora assuntos como o da concessão de liminares e a dos honorários advocatícios, o que desagradou a diversos setores que esperavam ansiosos pela inovação legislativa da matéria.

Logo após a publicação da nova Lei que disciplina o Mandado de Segurança, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que havia realizado uma campanha contra alguns dispositivos do referido diploma, levantou-se contra a sanção presidencial e anunciou que iria ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de alguns dispositivos da mencionada Lei.

Em 15 de setembro de 2009, o Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei Federal nº. 12.016/2009 (Adin nº 4296¹), a qual terá como relator o

¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Com Pedido de Liminar nº 4296-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB perante ao Supremo Tribunal Federal.*

Disponível em: < http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADIN_Lei.pdf>. Acesso em 01 dezembro 2009.

Ministro Marco Aurélio Mello, aduzindo a inconstitucionalidade dos arts. 1º, § 2º; 7º, inciso III e § 2º; 22, § 2º; 23 e 25. Destes, atentar-se-á este trabalho ao art. 7º, inciso III e § 2º e ao art. 25.

Tem-se que a incerteza quanto à constitucionalidade de dispositivos da nova Lei do Mandado de Segurança pode gerar interpretações diversas acerca de situações idênticas quando da aplicação das novas regras. Neste sentido, a pesquisa e a produção doutrinária podem dar significativa contribuição na solução das dúvidas existentes e inibir decisões contraditórias.

Exatamente neste sentido que o presente trabalho desempenhará importante papel na discussão do tema, vez que se trata de assunto novo e com poucas análises publicadas.

2. Alguns dispositivos atacados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADIN Nº. 4.296-DF e os fundamentos das críticas.

Antes de se expor o entendimento no que tange a constitucionalidade ou não de alguns dispositivos inseridos na Nova Lei do Mandado de Segurança, imperiosa é a análise dos argumentos expostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4296, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

2.1 Da inconstitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exigência de caução, fiança ou depósito.

Um dos dispositivos que é atacado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil está previsto no art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009, *in verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Assevera a Ordem dos Advogados do Brasil que ainda que haja discussão na doutrina e na jurisprudência, o fato é que o legislador ordinário inovou onde a Carta Federal nada dispôs, ou seja, criou regra restritiva, quando a Constituição garantiu o direito de forma ilimitada, o

que é agravado, haja vista a natureza constitucional e mandamental do remédio constitucional do Mandado de Segurança.

Alega, outrossim, que a inconstitucionalidade é patente, considerando que o mencionado inciso limita, de certo modo, ao condicionar a concessão de liminares a prestação de caução, fiança ou depósito, a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, ou seja, nas palavras do Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto, gerou “um verdadeiro *apartheid* no Judiciário entre pobres e ricos, entre quem pode e não pode pagar a caução, o que afronta a Constituição Federal”.

Neste turno, gerou a nova Lei um conflito com o direito fundamental à isonomia, bem como amesquinhou a garantia fundamental do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988), uma vez que o direito à tutela efetiva e à proteção adequada são universalmente reconhecidos.

2.2 Das inconstitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009

A nova legislação proibiu, ainda, de forma expressa, a concessão de liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. É a redação do § 2º, *in verbis*:

[...].

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...].

Neste turno, verifica o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a existência de três pontos cuja constitucionalidade é questionável, os quais serão melhor explanados a seguir.

2.2.1 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários

Ressalta a Ordem que, em que pese a redação da Súmula 212/STJ vedar a possibilidade de concessão de liminar para fins de compensação de créditos tributários, o próprio STJ também editou a Súmula 213, a qual define que “*o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*”.

Na prática, a jurisprudência se sedimentou na possibilidade de declaração, pela via do mandado de segurança, da possibilidade de compensação de créditos tributários, desde que haja lei assim o permitindo (Código Tributário Nacional e Lei nº 9.430/96), bem assim que o crédito se constitua através de lançamento por homologação, os quais são apurados em registros do contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária, cabendo a esta autoridade a fiscalização do procedimento.

Neste norte, assevera a OAB que não caberia ao legislador ordinário restringir direito de matriz constitucional, mormente quando as decisões dos Tribunais Superiores albergam a possibilidade de concessão de liminar em matéria de compensação tributária, quando houver lei prevendo essa hipótese e o crédito se constitua por homologação.

2.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

Afirma a Ordem dos Advogados do Brasil que a novel legislação em nada inovou em relação a este tema, apenas unificou as leis esparsas que regulavam a matéria, mormente a Lei nº. 2.770/56, editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, a qual suprimia a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visassem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, cujo art. 1º assim apreçoava:

Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, **não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar**

que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa. (com grifos).

Ocorre que a aplicabilidade do mencionado dispositivo legal já vinha sendo afastada pelo Poder Judiciário, haja vista ser inconcebível impossibilitar um Magistrado, diante de ato administrativo ilegal ou abusivo consubstanciado na retenção irregular de mercadorias ou bens, de adotar a medida judicial apta a corrigi-lo.

Doutra banda, afirma a Ordem que o próprio Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759 de 05 de Fevereiro de 2009 –, nos casos em que ocorre liberação de mercadorias ou bens (mesmo sem prestação de garantia) e posteriormente é confirmado o Perdimento, prevê a conversão da pena em multa pecuniária no exato valor aduaneiro dos bens retidos. Veja-se:

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei no 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei no 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59):

[...]

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59). (com grifos).

Neste caso, caso as mercadorias fossem liberadas mediante liminar e a sentença não confirmasse o provimento inicial, ainda assim o interesse Público, especificamente o Erário, estaria plenamente resguardado.

Assevera, da mesma forma, a Ordem que não há razoabilidade, por exemplo, de se manter bens perecíveis retidos aguardando uma decisão definitiva de mérito, uma vez que o proveito final do Comando Judicial restará, provavelmente, prejudicado.

Evidentemente que a então limitação existente na Lei nº 2.270/56, ora reavivada pela Lei 12.016/2009, não se coaduna com o porte constitucional aplicado ao mandado de segurança, de maneira especial porque tal instrumento ganhou *status* de direito e garantia fundamental dos jurisdicionados.

É de se afirmar, na ótica da OAB, sem sombra de dúvidas, que o modelo de restrição ao cabimento de liminar em mandado de segurança reeditado pela Lei 12.016/2009, é peculiar aos regimes totalitários, os quais não se amoldam aos direitos e garantias fundamentais positivadas na Constituição Cidadã de 1988, ou seja, o art. 1º, da Lei 2.270/56, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, bem como o § 2º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, no que tange a liberação de mercadorias provenientes do exterior, padece de inconstitucionalidade insanável.

Ante o exposto, na esteira do pensamento da OAB, a odiosa limitação à atuação do Judiciário na sua tarefa precípua de exercer a jurisdição (“dizer o direito”) ofende frontalmente o princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, Constituição Federal de 1988), afronta, ainda, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), uma vez que exclui, de forma expressa e categórica, da apreciação do Poder Judiciário eventuais questionamentos acerca da matéria.

2.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza

Mais uma vez, a Lei nº 12.016/09 não inovou o ordenamento jurídico, apenas compilou em um único diploma legal as restrições à concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Restrição similar já continha na Lei nº 4.348/64, *in verbis*:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença. (com grifos).

Análoga restrição, de outro modo, fez parte da Lei nº 5.021/66, senão veja-se:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º - VETADO

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.

§ 4º **Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.** (com grifos).

Registra, em um primeiro plano, a Ordem dos Advogados do Brasil, que as Leis n^{os} 4.348/64 e 5.021/66 foram editadas durante a vigência do regime de exceção, ou seja, durante a ditadura militar, revestindo-se, portanto, de alto cunho autoritário, não se adequando as prerrogativas fundamentais de qualquer cidadão e que foram amolduradas na Carta Federal de 1988.

As restrições em desfavor dos servidores públicos impostas pela nova Lei os tornam indivíduos de valor diferenciado em relação aos demais jurisdicionados, o que macula diretamente o princípio da isonomia, haja vista que o constituinte ao erigir a categoria de garantia fundamental o Mandado de Segurança, não realizou nenhuma discriminação em relação a qualidade dos impetrantes, sendo, portanto, ilegal a implantação dessa discriminação pelo legislador ordinário.

Segundo a OAB, a proibição de “pagamento de qualquer natureza” implicará, indiretamente, na permissão legal de que a remuneração dos servidores públicos (que tem inegável natureza alimentar) venha a ser diminuída por ato administrativo ilegal ou abusivo, sem que o juiz possa, liminarmente, recompor o *status quo ante*.

Arremata a Ordem dos Advogados do Brasil que a vedação da concessão de liminar nos casos mencionados no dispositivo em

comento transforma o servidor público, só pelo fato de ser servidor público, em um cidadão de segunda categoria.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, Plenário, DJE de 7-3-08)

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. **A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.** A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, Plenário, DJ de 19-4-91) (com grifos).

Em resumo, a Ordem dos Advogados do Brasil entende manifestas as seguintes inconstitucionalidades:

1) Ao art. 2º, da CF/88, na medida em que retira do magistrado a prerrogativa institucional de exercer a jurisdição, ou seja, dizer o direito, violando, portanto, a Separação dos Poderes, eis que a tutela liminar lhe é proibida, afrontando a liberdade e autonomia dos Magistrados;

2) Ao art. 5º, *caput*, da CF/88, na medida em concede tratamento diferenciado, desproporcional e desarrazoado onde o próprio Constituinte assim não o fez ao redigir a o inciso LXIX, do art. 5º, da CF/88, inserindo no remédio fundamental barreiras que desvirtuam a alma protetora da medida, uma vez que a qualidade do impetrante (se servidor público ou particular) não foi objeto de ressalva; e

3) Ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, porquanto impede e restringe o acesso à jurisdição liminar em matéria de mandado de segurança.

Afirma a Ordem que a relevância do debate, portanto, reside na compreensão da possibilidade de restrição do poder geral de cautela dos juízes, na esfera infraconstitucional, e eventual limitação, através de lei ordinária, da máxima efetividade concedida pela Constituição Federal de 1988 ao mandado de segurança, cuja apreciação sem a possibilidade de concessão de liminar pode tornar inócua a garantia fundamental. Por fim, anota a OAB que o próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal já enfrentou tema semelhante quando do julgamento da ADIn nº. 975-DF e assim decidiu:

Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n. 375, de 23-11-93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo. (ADI 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-93, Plenário, DJ de 20-6-97) (com grifos).

2.3. Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios

Neste ponto, a Lei 12.016/2009 inovou, tornando regra positiva entendimento jurisprudencial, ficando a redação do art. 25, nos seguintes termos:

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e **a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios**, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé. (com grifos).

Evidentemente, a Ordem dos Advogados do Brasil conhece a redação das Súmulas 512/STF² e 105/STJ³, bem como a construção jurisprudencial e os fundamentos que motivou a edição de tais verbetes.

Porém, até a edição da Lei Federal nº. 12.016/2009, inexistia no ordenamento jurídico pátrio lei (em sentido formal e material) que excluísse da condenação do vencido os honorários advocatícios, cuja previsão no art. 20 do Código de Processo Civil, c/c arts. 22 e 23, da Lei nº 8.906/94, e fundamento constitucional no art. 133, da Carta Maior, sempre norteou a verba honorária sucumbencial nas lides forenses.

Assevera a Ordem que, na práxis forense, quando uma sentença é prolatada em uma ação judicial, por força da lei processual vigente, o juiz condena a parte perdedora (pessoa física ou jurídica) ao pagamento de custas e honorários advocatícios ao advogado da parte ganhadora (chamados de honorários de sucumbência).

Na definição do lexicógrafo Aurélio, a palavra sucumbir significa não resistir; ser derrotado. Neste turno, a parte que perdeu a ação sucumbiu frente aos argumentos e provas da parte opositora, sendo justo que a parte perdedora arque com as custas do processo, bem como com o valor dos honorários advocatícios.

O Código de Processo Civil, em seu art. 20, estabelece que o juiz deve fixar os honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, observando os seguintes critérios para esse ajuste: a) grau de zelo do profissional; b) lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo decorrido até o término da ação, sendo este o procedimento utilizado via de regra.

O Código de Processo Civil também faculta ao Magistrado a fixação, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios segundo sua apreciação equitativa, observados os critérios do parágrafo anterior. É o que dispõe o § 4º, do art. 20, do CPC.

² “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

³ “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”.

Anota a OAB que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.194-4-DF, fixou o entendimento de que a percepção de honorários advocatícios de sucumbência destina-se aos advogados autores de tese vencedora em determinada causa. Porém, não estabeleceu qualquer diferenciação em relação às medidas assecuratórias utilizadas, o que implica entender a sua aplicabilidade irrestritamente, inclusive nos Mandados de Segurança.

Ou seja, a regra aponta para o direito líquido e certo. A possibilidade contrária deve ser expressa em contrato ou lei.

Em apertada síntese, assim se expressou o ministro Celso de Mello: [...] *concluo que os honorários, no caso de sucumbência, são um direito do advogado, mas que pode haver estipulação em contrário pelos contratantes.*

Neste turno, a previsão do art. 25, da Lei nº 12.016/09, da impossibilidade de condenação em honorários advocatícios, é, portanto, no entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, inconstitucional, exatamente por ofender a literalidade do art. 133, da Carta Maior.

Ressalta a Ordem que, muito embora o *múnus* público da profissão seja incompatível com o mercantilismo, a verba honorária é que proporciona a manutenção do profissional, competindo ao mesmo, encontrar o ponto de sustentação no equilíbrio, ao tratar desta questão.

Em suas razões, a OAB faz destaque ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 470.407/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, o qual, ao decidir sobre a natureza dos honorários dos advogados – para situá-los na ordem de preferência de pagamento dos créditos junto às Fazendas Públicas, conforme art. 100 da Constituição Federal – concluiu que estes têm natureza alimentícia, pois visam prover a subsistência dos advogados e de suas respectivas famílias.

A Ordem afirma, ainda, que o dispositivo em tela desmerece o trabalho dos advogados em mandado de segurança, ofendendo, por conseguinte, o art. 133 da Constituição Federal, o qual proclamou o advogado como indispensável à administração da Justiça.

O ilustre jurista Cândido Rangel Dinamarco⁴, ao classificar o exercício profissional do advogado, destaca a importância do mesmo, dentre as funções essenciais à justiça:

Só o advogado tem capacidade postulatória plena, sendo esta um requisito indispensável para a validade do processo civil ou defesa do demandado [...]

Essa inserção do advogado no sistema da defesa dos direitos levou o constituinte a proclamá-lo indispensável à administração da Justiça, na consideração de que sem ele é impossível a realização do processo (Const. art. 133): são nulos os atos privativos a ele, quando realizados sem sua participação (EA, art. 4º).

Sua atuação é incluída entre as funções essenciais à justiça (arts. 127 ss).

Completando essas idéias, o Estatuto da Advocacia proclama que em seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º). (com grifos).

Atente-se, segundo a OAB, que o penoso trabalho de valorização da profissão do advogado e sua indispensabilidade à administração da Justiça, na perfeita locução do art. 133, da Constituição Federal de 1988, passa, essencialmente, pela fixação da sucumbência, sob pena de retirar desse instituto o caráter pedagógico e impeditivo de aventuras jurídicas, que a cada dia assoberbam o Poder Judiciário.

3. Da análise das críticas

3.1 Da constitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009

Diversamente do que entende o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o jurista Cássio Scapinella Bueno⁵ defende a constitucionalidade da exigência de caução, fiança ou depósito na concessão de liminar:

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência da caução como condição para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 695-696.

⁵ BUENO, Cássio Scapinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, possa impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal –, decorre do art. 805, do Código de Processo Civil.

Fundamental destacar, contudo, que a previsão legal não autoriza que o magistrado, diante dos pressupostos exigidos pela lei – fundamento relevante e perigo da ineficácia da medida –, exija, sem qualquer motivação plausível e devidamente justificada à luz das vicissitudes do caso concreto, caução, fiança ou depósito para tutelar o chamado “*periculum in mora inverso*”. A nova disciplina legal, com efeito, não pode conduzir a uma terceira opção entre estarem ou não presentes aqueles pressupostos, como se a viabilidade de cauções, fianças ou depósitos serem oferecidos fosse, por si só, elemento para a concessão da medida. Tal interpretação, além de agredir “o modelo constitucional”, prestigiaria os abastados em detrimento dos hipossuficientes em juízo, razão suficiente para descartá-la. (com grifos).

No mesmo sentido, o notável jurista Arnoldo Wald⁶, que foi um dos integrantes da Comissão que elaborou a minuta da nova Lei do Mandado de Segurança, defende a constitucionalidade do condicionamento da concessão de alguns tipos de liminares a oferta de caução, fiança ou depósito, veja-se:

Embora teoricamente o reconhecimento de direito líquido e certo não deva ser condicionado a uma contragarantia por parte do impetrante, há casos nos quais tal procedimento se justifica no interesse de ambas as partes, podendo o titular do direito lesado exercê-lo de imediato e tendo a autoridade uma garantia de pleno ressarcimento no caso de modificação da decisão proferida. Neste sentido, escrevemos na atualização da 16ª edição deste livro, que **“o condicionamento da concessão da liminar à prestação de garantia não nos parece inconstitucional, embora, no passado, tenha havido decisão dos Tribunais Superiores dispensando-a. mas é preciso que o juiz tenha um poder discricionário, ao fixar o montante e a forma da garantia a fim de não inviabilizar o recurso”**. (com grifos).

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87.

Seguindo esta linha de pensamento, o mencionado jurista faz alusão aos julgamentos da ADIn nº. 975-DF (Rel. Min. Carlos Velloso) e da ADIn nº. 1.576-UF. Em ambos os julgamentos, questionava-se a constitucionalidade de normas infraconstitucionais (MP nº. 375 e MP nº. 1.570, respectivamente) que previam a concessão de liminares mediante a prestação de contragarantia.

Após a análise da ADIn nº. 975-DF, o Pretório Excelso entendeu ser o art. 5º, da MP nº. 375/93⁷, constitucional.

Por outro lado, após a apreciação da ADIn nº. 1.576-UF, o Supremo Tribunal Federal julgou, pela escassa maioria de seis votos contra cinco, o art. 2º, da MP nº. 1.570/97⁸, inconstitucional.

Assevera Wald⁹ que:

Comparando os dois textos – da MP n. 375 (julgado constitucional) e da MP n. 1.570 (considerado inconstitucional em medida liminar) – verifica-se que **a diferença básica consiste na retirada, pelo segundo, da liberdade de apreciação do juiz quanto à necessidade e forma da contragarantia a ser prestada, encontrando-se fórmula razoável e eqüitativa (proporcional) de solução do conflito de interesse, atendendo-se às peculiaridades de cada caso concreto e admitindo-se eventualmente o depósito da quantia em litígio quando for o caso, como ocorre especialmente na área fiscal.** (com grifos).

Arremata com propriedade o juiz Márcio Kammer de Lima¹⁰, ao comentar o dispositivo em tela em excelente artigo denominado A

⁷ A decisão concessiva de medida liminar ou cautelar devia “estabelecer, quando necessário, como condição da eficácia da concessão, a prestação de garantia acauteladora do interesse exposto a risco”.

⁸ “[...] sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes et al. 2009, p. 88.

¹⁰ LIMA, Márcio Kammer de. A exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13498>>. Acesso em: 01 dezembro 2009.

exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!:

Bem se vê, portanto, que o dispositivo legal em comento, longe de amesquinhar o acesso à tutela de urgência nos mandados de segurança, como impropriamente pareceu a alguns, dilata-o ainda mais, pois desprega a possibilidade da salvaguarda cautelar de direitos que no regime anterior somente em sentença conquistariam tutela, ao menos no âmbito da via mandamental.

Neste norte, prevalecendo a orientação já definida, essencialmente em relação às decisões já proferidas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal se pode verificar que não deverá prosperar o pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil de inconstitucionalidade total do dispositivo em comento, porém restará válido o pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição, para que seja firmado posicionamento de que, presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida liminar ou de caráter cautelar, não seja tal deferimento condicionado à prestação de contragarantia.

3.2 Das (in)constitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009

3.2.1 Da constitucionalidade parcial da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários – a necessidade da interpretação conforme a Constituição

Um dos argumentos da Ordem que merece vingar é este, porém de forma mitigada, ou seja, não se considerará o dispositivo em comento inconstitucional, porém deverá ser dado ao mesmo interpretação conforme a Constituição, conforme se demonstrará abaixo.

Antes de mais nada, importante é verificarmos o teor da Súmula nº. 212, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “**A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória**”.

A leitura e a interpretação literal do enunciado acima e do comando normativo em estudo pode gerar a sensação de que a insatisfação demonstrada pela OAB falece pela suposta ausência de subsídios.

Ocorre que necessário é se verificar em qual sentido foi o mencionado verbete publicado. A súmula, em uma análise superficial, teria sido editada em virtude de se acreditar que a compensação de tributos por meio de provimento liminar, cautelar ou antecipatório implicaria em satisfatividade ou esgotamento do objeto da lide. Porém, o cerne da questão reside na pseudo “irreversibilidade do provimento”, ou seja, no “*periculum in mora* inverso”.

Neste sentido, sábio é o ensinamento do advogado Alexandre Macedo Tavares¹¹ que pontifica:

Sem embargo, embora seja certo que, num primeiro momento, a concessão de uma medida liminar autorizando a compensação de um indébito tributário assuma uma roupagem satisfativa, não menos verdadeiro é que, num segundo plano, e o que é mais relevante, tal provimento não encampa o caráter da irreversibilidade, inapelavelmente prejudicial à sua concessão.

Eis a razão da impropriedade de uma pretensa tutela jurisdicional no sentido de restar judicialmente declarado o direito à compensação e “subsequentemente extinto o crédito tributário”, pois, somente nesse caso excepcional, fruto de um pedido sucessivo que escapa do âmbito de competência do Poder Judiciário, é que a liminar, caso concedida, assumiria a típica feição de um provimento simultaneamente satisfativo e irreversível.

Assim, imperioso é que os aplicadores da norma em comento passem a utilizá-la somente nos processos que sejam similares aos que oportunizaram a edição da Súmula 212, pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, os juízes apenas estarão vinculados ao teor do dispositivo em exame e da mencionada Súmula quando o pedido contido na exordial tiver a pretensão de se autorizar o procedimento compensatório com o intuito de extinguir o crédito tributário, haja vista que a extinção da obrigação tributária é ato privativo da administração fazendária, que o realiza no ato da homologação, sendo vedado ao magistrado assumir tais funções que são típicas do agente público.

¹¹ TAVARES, Alexandre Macedo. A Lei N.º 12.016/09 como Patrocinadora da Execrável Vedação da Concessão de Medida Liminar Declaratória do Direito à Compensação de Créditos Tributários. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=873> Acesso em 1 dezembro 2009.

É exatamente através dessa interpretação que surge a impropriedade do comando legal inserido no § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 12.016/2009, que não traz qualquer ressalva a sua aplicação.

Evidentemente que esta norma não poderá ter eficácia quando a lide versar sobre tributos sujeitos a lançamento por homologação, desde que meramente autorizadora da compensação do indébito tributário, a ser levada a efeito consoante as regras gravadas no art. 74, da Lei nº. 9.430/96, isso porque a própria legislação reguladora da matéria confere ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, não havendo qualquer impedimento, portanto, à concessão de medida liminar ou de antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que esta não teria o condão de esgotar o objeto da lide (irreversibilidade), possibilitando a Fazenda Pública de rever tal procedimento e de recobrar tributos que por acaso tenham sido compensados de maneira incorreta.

Arremata, com propriedade, Tavares¹²:

[...] sob pena de flagrante e incontornável violação ao princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88), há de ser dada uma interpretação restritiva ao enunciado da regra calcada no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09, de modo que o mesmo somente se faça incidir em face de uma pretensão voltada à decretação judicial da extinção do crédito tributário, pois, repita-se, pedido meramente declaratório da compensabilidade de um tributo autoliquidável não induz qualquer caráter de plena satisfatividade que tornaria irreversível (*periculum in mora inverso*) a relação jurídico-tributária travada com o Fisco mediante a via compensatória, já que este procedimento, *in casu*, possui a mesma natureza do pagamento antecipado que, segundo explícita previsão inserta no art. 150, § 1º, do CTN, apenas extingue o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

¹² TAVARES, Alexandre Macedo. *A Lei N.º 12.016/09 como Patrocinadora da Execrável Vedação da Concessão de Medida Liminar Declaratória do Direito à Compensação de Créditos Tributários.*

Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=873>
Acesso em 1 dezembro 2009.

3.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior

Este questionamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADIn já ajuizada tende a prosperar.

Como bem explanado pela Ordem na ADIn, encontra-se no ordenamento jurídico pátrio, editada na vigência da Constituição de 1946, a Lei nº. 2.770/56, a qual proíbe a concessão de medida liminar para liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedente do estrangeiro, por meio de qualquer procedimento judicial (art. 1º), e que não foi expressamente revogada pela Lei nº. 12.016/2009. Porém, considerando seu cunho restritivo na efetivação da tutela jurisdicional e seu conteúdo invasivo na separação dos poderes, entende-se que essa lei não foi recepcionada pela Carta Federal de 1988.

Neste turno, também a nova lei do mandado de segurança que consagrou essa norma restritiva, subtraindo do remédio heróico do mandado de segurança a máxima efetividade, deve ser considerada inconstitucional.

Anote-se que, muitas vezes, as mercadorias e bens provenientes do exterior são perecíveis, e a manutenção da efetividade da norma em comento, efetivamente, causará prejuízos ao impetrante, que tiver que aguardar o provimento final para ver liberado suas mercadorias ou bens.

Registre-se, igualmente, que a retenção de mercadorias ou bens nas Zonas Aduaneiras, como forma de forçar o contribuinte a recolher o tributo ofende o *princípio do não-confisco* estatuído no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, pois a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não poderão usar o tributo como forma de confisco, sendo este um clássico exemplo da possibilidade do manejo de Mandado de Segurança, cuja liminar poderá ser fundamental para o impetrante.

Deve-se salientar que esse entendimento já é disciplinado pelas Súmulas 323¹³ e 547¹⁴ do Pretório Excelso, as quais rezam ser ilícita a

¹³ “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

¹⁴ “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, inviabilizando o exercício das atividades profissionais, o que agride frontalmente o art. 170, *caput*, da Carta Cidadã.

Assim, a inconstitucionalidade da proibição da concessão de liminar para liberação de mercadorias e bens provenientes do estrangeiro, se apresenta pelo fato de ofender a inafastabilidade da jurisdição e, mais que isso, afronta o Princípio basilar da República Brasileira da Separação dos Poderes, uma vez que impõe restrição à atuação do Poder Judiciário, bem como ultraja o *princípio do não-confisco*, com a retenção das mercadorias como forma de coação do contribuinte para o pagamento do tributo.

O advogado Adriano Custódio Bezerra, em excelente artigo intitulado: *Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009)* traz a lume alguns julgados que, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, vem afastando a incidência do dispositivo em comento, veja-se:

a) O Juiz Tales Krauss Queiroz quando do deferimento da liminar no Mandado de Segurança impetrado pela empresa AVATAR na Justiça Federal do Distrito Federal, em trâmite perante a 8ª Vara Federal, considerou inconstitucionais os §§2º e 5º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009, na parte que proíbe a concessão de liminar para entrega de mercadorias e bens proveniente do exterior, *in verbis*:

"os §§2º e 5º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, na parte em que proíbem a concessão de medidas de urgência para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, são inconstitucionais (ou a eles deve ser dada interpretação conforme a Constituição, para evitar a aplicação em casos urgentes, segundo a especificidade do caso), visto que: - ofendem o princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça** a direito' – destaquei); estiolam o poder geral de cautela, ínsito à atividade jurisdicional; - contrariam Súmula do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição (Súmula 323)"(destaque no original)

b) E também, o juiz Daniel Henrique Dummer concedeu medida liminar no mandado de segurança impetrado por União Brasileira de Educação e Assistência (Ubea) mantenedora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), sendo, posteriormente, confirmada pela sentença, em trâmite perante a 2ª Vara Cível de Novo Hamburgo/RS, considerando inconstitucional o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 por

restringir o alcance do mandado de segurança e pela afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, nesse sentido:

"Quanto a restrição prevista no art. 7º, §2º, da Lei 12.016/2009, acredito que sua aplicação deve ser vista com reservas, não só por ser endereçada a bens apreendidos, mas também em face da sua inconstitucionalidade. Não é por menos que a nova Lei vem sofrendo críticas com relação à vedação da concessão de liminar em mandado de segurança. A limitação imposta pelo legislador parece afrontar a garantia constitucional à segurança (art. 5º, LXIX e LXX da Constituição), na medida em que o procedimento não se mostra perfilhado com a amplitude constitucional do mandado de segurança. A urgência e a necessidade de resposta rápida ao suposto ato coator é da essência do mandado de segurança. Daí a razão de um rito célere, preferencial e específico, sem contar que a exigência para o deferimento da ordem reclama a demonstração imediata de direito líquido e certo, baseada em prova meramente documental. Vedar incondicionalmente a concessão de liminar em mandado de segurança, afastando a possibilidade de tutela de urgência contra ato ilegal da autoridade, é impedir o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Tornar o provimento judicial lerdo é negar a própria justiça, lembrando que, em alguns casos, o objeto da demanda falece juntamente com o próprio indeferimento da liminar"^{15, 16, 17}.

Assim, percebe-se que a ação mais abalizada será a de afastar a aplicabilidade do dispositivo em comento por violar claramente a Constituição Federal, notadamente os arts. 2º e 5º, incisos XXXV, LXIX e LXX.

¹⁵ Liminar no Mandado de Segurança nº 2009.34.00.024266-4 em trâmite perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, impetrado por Avatar Dourado Importação e Exportação e Comércio Ltda.

¹⁶ Liminar no Mandado de Segurança nº 019/1.09.0016801-3 em trâmite perante a 2ª Vara Cível de Novo Hamburgo/RS, impetrado por União Brasileira de Educação e Assistência – Ubea

¹⁷ BEZERRA, Adriano Custódio. Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2339, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13916>>. Acesso em: 01 dezembro 2009.

3.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza

As restrições contidas na última parte do § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 12.016/2009, em verdade, é a reedição de normas insculpidas na Lei nº. 4.348/64 (art. 5º, parágrafo único) e na Lei nº. 5.021/66 (artigo 1º, §§ 2º, 3º e 4º), ambas editadas no auge do período ditatorial.

Assim, como aconteceu no inciso III, do art. 7º, da Lei em tela, o legislador acabou gerando restrição ao remédio heróico do Mandado de Segurança, bem como restaurou normas que não foram recepcionadas pela Constituição Cidadã de 1988, amesquinhando a força deste antídoto legal.

É sabido que apenas os constituintes originários possuem o poder de restringir a efetividade de direitos e garantias fundamentais, sendo plenamente ilegal a ação do legislador ordinário que, no exercício da função legislativa ordinária resta por diminuir a eficácia de normas de quilate constitucional.

As restrições contidas na última parte do § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 12.016/2009 ofendem diretamente o princípio da isonomia entalhado no art. 5º, *caput*, da Carta Federal, na medida em que discrimina o jurisdicionado em razão de ser servidor público ou não.

A discriminação acima apontada, em sendo mantida, torna os servidores públicos como cidadãos rasos, inferiores em relação às outras pessoas e alheios à apreciação do Juiz de ameaça ou lesão a seus direitos líquidos e certos, como por exemplo, as questões concernentes à remuneração, a qual possui verdadeiro caráter alimentar, podendo lhes acarretar irreparáveis e inestimáveis prejuízos.

Assim, verifica-se que a inconformidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, neste ponto, merece prosperar, já que, mais uma vez sua redação ofende ao art. 2º da Constituição, por retirar do Magistrado a prerrogativa de exercer a jurisdição, maculando a Separação dos Poderes; fazendo falecer a isonomia constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) ao outorgar tratamento diferenciado aos servidores públicos, quando de fato a Constituição não o fez, e, por

fim, afronta o acesso à jurisdição na medida em que proíbe a concessão da liminar no mandado de segurança (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

3.3 Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios

Este tópico talvez seja o que mais gerou críticas da classe dos advogados.

A Constituição Federal de 1988 sedimentou o advogado como agente necessário e indispensável à Administração da Justiça, haja vista que é ele o profissional que possui a capacidade postulatória, ou seja, sem a presença do advogado não há ação na esfera cível, ressalvados os procedimentos específicos como os dos Juizados Especiais, em causas com valor até 20 (vinte) salários mínimos.

Assevera Thiago Albech¹⁸:

A ação de mandado de segurança, considerando tratar-se nada mais do que um instrumento para a tutela de direitos, não difere, neste aspecto, das demais ações postas à disposição dos jurisdicionados. **É sim uma garantia constitucional, uma ação constitucionalizada, mas que não difere das ações comuns quando pensamos razões motivadoras de uma lide: a alegação de violação de um direito por uma parte e a resistência por outra.**

A sucumbência, instituto que decorre do Princípio da Causalidade, é instituto aplicável a todo o processo civil, fazendo parte, em verdade, da Teoria Geral do Processo. É a consequência de um mandamento geral que determina que, todo aquele que obriga uma parte a procurar o Judiciário para promover a resolução de um conflito, caso seja vencido (e portanto, haverá a conclusão de que a violação do direito foi ilegítima), deverá sofrer os efeitos daí resultantes. (com grifos).

É através dos honorários que o advogado provê sua manutenção e de sua família, tendo tais valores alcançado *status* de natureza alimentar, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

¹⁸ ALBECH, Thiago S. G. *A Nova Lei do Mandado de Segurança. Veto jurídico e político necessários*. Disponível em: <<http://jovemadvogado.com.br/noticias/a-nova-lei-do-mandado-de-seguranca-veto-juridico-e-politico-necessarios>>. Acesso em 18 agosto 2009.

¹⁹ Recurso Extraordinário nº 470.407/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

É de se registrar, outrossim, que um dos princípios capitais do Estado Brasileiro é o Valor Social do Trabalho, como se verifica nos art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Sem embargo dos que defendem a constitucionalidade do dispositivo em comento, que ressaltam que a condenação em honorários advocatícios geraria um esvaziamento da máxima efetividade do antídoto constitucional denominado Mandado de Segurança, garantindo apenas aos mais afortunados o acesso à Justiça, temos que tal pensamento não deve prosperar, haja vista que os mais carentes possuem a prerrogativa de se utilizar dos serviços das Defensorias Públicas e receberem os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Assim, entendemos inconstitucional a regra contida no art. 25, *caput*, da Lei nº. 12.016/2009, que veda a condenação do sucumbente em honorários advocatícios, por macularem o Princípio Fundamental do Valor Social do Trabalho previsto no art. 1º, inciso IV e no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, mormente tendo em vista que a própria Constituição fez do advogado essencial à administração da Justiça de acordo com o artigo 133 da Magna Carta.

4. Conclusão

Do estudo acima elaborado, podem-se extrair algumas considerações, das quais se deve destacar a potencialidade da norma de cunho fundamental e pétreo constante na Constituição, inexistindo possibilidade jurídica de permanecer no sistema uma norma que afronte este tipo normativo.

No caso em exame, verificou-se que deve o intérprete buscar ao máximo a afiliação constitucional das normas de cunho infraconstitucional, o qual se materializa com a chamada interpretação conforme a Constituição, porém, em não se admitindo a harmonização da norma com o modelo imposto pela *Lex Maior* deve ser a mesma extraída do ordenamento e ter sua aplicabilidade suspensa, bem como que todo e qualquer amesquinamento à efetivação dos chamados remédios constitucionais deve ser combatido, na medida em que tal ameaça resulta em lesão a direitos fundamentais dos indivíduos, núcleo indivisível das chamadas cláusulas pétreas.

Provavelmente este tema, considerando o altíssimo número de processos em trâmite na Corte Constitucional, custe a ser analisado *in*

totum. Porém, resta ao jurista, na prática forense do dia-a-dia, instigar o Judiciário para que, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, possa se utilizar de estudos como este para afastar a incidência das normas contidas na Lei nº. 12.016/2009 que não se coadunam com os postulados inseridos no ordenamento constitucional vigente, mormente as que foram consideradas neste trabalho como totalmente (art. 7º, § 2º, segunda e última parte, e art. 25) ou parcialmente inconstitucionais, passíveis de serem acolhidos no ordenamento vigente através de interpretação conforme o texto constitucional (art. 7º, inciso III, e § 2º, primeira parte).