

PARTE III

PRÁTICA FORENSE

PROMOTORIA DE JUSTIÇA COLETIVA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL

O Ministério Público de Alagoas, através da Promotora que a esta subscreve, no exercício de suas atribuições legais configurada nos termos do art. 201, II, III e VIII, da Lei 8. 069/90, vem, perante V. Exa., propor **ação protetiva**, nos termos previstos pelos arts. 98 e seguintes do ECA, em favor de

XXXXXXXXXXXXXX, brasileira, solteira, com 15 anos de idade, nascida em 9 de junho de 1993, filha de XXXXXXXXXXXXXXXX, residente, ...

Em razão dos fatos e fundamentos expostos a seguir:

Fatos

A adolescente, de 15 anos, está grávida de 28 semanas. Sua gravidez, em razão da própria idade, é uma gravidez de risco.

Oliveira (1998) elenca seis complicações para a saúde da mãe e do bebê, em uma gravidez na adolescência: imaturidade anátomo-fisiológica (levando à maior incidência de baixo peso ao nascer e prematuridade); toxemia gravídica (principalmente na primeira gestação, podendo causar pré-eclâmpsia e eclâmpsia); problemas no parto (premature ou demorado); infecções urogenitais; anemia (por a gestante estar em fase de crescimento) e retardo do desenvolvimento uterino.¹

Não fosse isso suficientemente grave, o feto que gesta possui malformação no pólo encefálico (ausência da calota craniana e hemisférios cerebelares e cerebrais) conhecida por **anencefalia** (diagnóstico médico e ultrassom em anexo).

A anencefalia, segundo doutrina médica apresentada no livro virtual "Anencefalia – o pensamento brasileiro em sua pluralidade" (pp. 85 e seguintes, que ora se anexa aos autos) "*é uma má-formação incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não*

¹ [Http://www.nates.ufjf.br/novo/revista/pdf/v009n1/gravidez.pdf](http://www.nates.ufjf.br/novo/revista/pdf/v009n1/gravidez.pdf)

apresenta os hemisférios cerebrais por um defeito de fechamento do tubo neural.”

A **inviabilidade fetal** é tamanha que a resolução n.º 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, ao dispor acerca do transplante de órgãos oriundos de bebês anencefálicos, aduz ***“considerando que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-se inviáveis para transplante; considerando que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica (...) uma vez autorizado pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento”***.

Resta claro, portanto, à luz do procedimento autorizado pelo CFM por meio da supracitada resolução, que a adolescente traz em seu ventre um feto inviável, com 100% de probabilidade de morte pós-parto.

Não fosse a tenra idade da gestante a caracterizar, por isso, a gravidez de risco, ***“...Na gravidez de um feto com anencefalia este risco é muito maior, especialmente pela alta probabilidade de o óbito ocorrer ainda intra-útero. Cerca de 60% dos fetos com anencefalia morrem nos últimos meses de gestação, o que representa um risco à saúde da mulher”***².

É evidente que, além do risco à saúde física, a adolescente está submetida tamanho sofrimento por esperar um feto inviável, que se instala grave risco à sua saúde emocional, chegando a ser tal dor incomensurável considerada tortura³:

Pais de filhos anencéfalos enfrentam a difícil situação de saber que seu filho (a) não viverá. Com isso, a situação psíquica dos pais inicia um processo de tentativa de assimilação do fato em questão para poder ter de volta o que a psicologia chama de

² ANIS: Instituto de bioética, direitos humanos e gênero. *“Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade”*
http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf, p. 86

³ Idem, p.84.

estado de equilíbrio psíquico. Inicia-se um gasto excessivo de energia mental para “por em ordem” o desequilíbrio ao qual a mente está sendo colocada... Quando os pais recebem a notícia de que terão um filho anencéfalo estes sonhos, aspirações e construções mentais “desabam”, tomando extremamente difícil um equilíbrio emocional em curto prazo. Podendo vir a restabelecer-se em longo prazo, tomando-se as medidas necessárias a este estabelecimento.⁴

Por outro lado, a interrupção intencional da gravidez pela gestante é considerada pelo art. 124 do CP, crime. Sendo excluída a punibilidade da conduta quando, uma vez praticado por médico, não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resultar de estupro e o aborto for consentido pela gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (art. 128 do CP).

Assim, uma adolescente que consente que um médico nela pratique a interrupção da gravidez, praticaria, em tese, um ato infracional, nos termos do art. 103 do ECA.

Deseja a adolescente, pelos motivos de saúde física e psíquica acima expostos, interromper a gravidez e, por isso, ela, seus genitores e o pai do feto procuraram este órgão ministerial, parte legítima para processá-la pela prática do suposto ato infracional, como prevê o art. 201, II do ECA (termos de declarações em anexo).

Por outro lado, embora a Maternidade Santa Mônica, através de sua direção, realize interrupção de gravidezes de fetos anencefálicos, com o consentimento dos pais, quando as gestantes são maiores, sem necessitar de autorização judicial, embora alguns casos já cheguem na maternidade com a referida autorização, no caso concreto da adolescente, o Dr. José Carlos Silver, diretor da referida instituição, informou a esta representante ministerial que só o faz com autorização judicial.

Está a adolescente, então, em grave risco à saúde, em razão de sua conduta e da omissão do Estado, incidindo na figura do art. 98, I e III do ECA.

⁴ http://cienciamoral.blogspot.com/2008_08_01archive.html

Legitimidade e competência

Os atos infracionais praticados por adolescentes no Município de Maceió têm a Promotoria de Justiça Coletiva da Infância e Juventude da Capital como órgão competente para promover e acompanhar as ações socioeducativas, nos termos do art. 201, II do ECA.

A antecipação de parto pretendida pela adolescente, diante do risco, deve ser efetuada na única maternidade destinada pelo SUS a partos de alto risco, qual seja: Maternidade Santa Mônica, localizada em Maceió.

O local do antecipação de parto seria, então, Maceió.*

No Distrito Federal, o Ministério Público tem efetuado recomendação aos médicos para que efetuem a antecipação do parto, informando que não exercerão a pretensão punitiva do Estado, por considerar o ato da gestante exercício do direito à saúde e não crime de aborto.

No entanto, como a posição de um órgão ministerial não vincula o entendimento de outro, tampouco o arquivamento de uma Investigação Social significa, necessariamente, seu arquivamento, podendo o Magistrado entender configurado o ato infracional e remeter ao Procurador-geral de Justiça, o qual, à mercê de seu entendimento, poderá designar novo Promotor para promover a ação socioeducativa contra a adolescente, a fim de evitar qualquer dano posterior à adolescente e aos médicos que porventura realizem a cirurgia necessária à garantia de sua saúde física e mental, entende o Ministério Público indispensável a interposição da presente ação.

Por outro lado, como já aduzido no primeiro parágrafo da exordial, o Ministério Público tem, ainda, legitimidade de pleitear a aplicação de medida protetiva em favor de crianças e adolescentes nos termos previstos pelo art. 201, III do ECA, vez que a aplicação de medida protetiva é prevista como possibilidade judicial nos termos dos arts. 99 e seguintes do ECA.

Por fim, há ainda justificativa para ingresso da presente ação pelo órgão ministerial nos termos do mesmo art. 201, VII, do ECA, o qual atribui ao Ministério Público a legitimidade de, na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, promover todas as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

A defesa de direito individual, não fosse suficiente o inciso acima mencionado, no caso de crianças e adolescentes, é reforçada pelo preceito do art. 201, IX do ECA.

No mesmo sentido do acima exposto, reforça-se a **competência dessa Vara**.

Quando o pedido tem sido feito pelas mulheres adultas e grávidas, a jurisprudência alagoana tem acatado a competência na Vara do Júri. Ressalte-se que as partes nas ações, normalmente através da Defensoria Pública, são as gestantes e a Justiça Pública, não se cogitando ter os médicos, ainda indeterminados, como parte.

Não sendo o médico, vez que ainda não identificado, parte na ação inominada que requer a antecipação do parto, não há que se cogitar que a maioria deste determine a competência do Juízo, mas a idade da requerente.

Fundamentação

A função da Justiça da Infância e Juventude é, fundamentalmente, proteger as crianças e os adolescentes. Não há que se falar, no momento, de proteção ao feto, vez que a proteção ao nascituro dá-se em razão de se proteger a vida que irá surgir e, no caso concreto, “possibilidade de sobrevida muito remota extra-uterina” (como se vê no diagnóstico médico).

O único ser humano que precisa ser protegido por esse Juízo, no momento, é a adolescente.

Considerando, então, a realidade fática do feto anencefálico que gera a adolescente, com consequentes danos à sua saúde física e psíquica, ela pleiteia, através do Ministério Público, que esse Juízo não a considere infratora, vez que o ato que pretende praticar é, na verdade, o exercício ao seu direito à saúde e não uma violação à norma penal.

Mais que isso, pugna, também, que reconhecendo o seu direito à saúde, seja auxiliada a exercer seu direito perante o Poder Público, determinando que seja atendida para tratamento hospitalar, com cirurgia de antecipação de parto, como permite o art. 101, V do ECA.

O Ministro Marco Aurélio de Melo, em voto proferido em arguição de descumprimento de preceito fundamental (n.º 54-8 DF), já acompanhado pela maioria dos Ministros do STF (aguardando voto do

Ministro Direito que pediu vistas dos autos), discutindo a hermenêutica dos artigos do Código Penal relacionados ao crime de aborto, afirma, com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no Direito à Saúde, que:

Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que, idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação...Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

Fundado então no laudo médico e nos exames ora acostados é que entende o Ministério Público indispensável a autorização da antecipação do parto da adolescente, assegurando-lhe os direitos à saúde e à dignidade.

Pedidos

Diante de tudo que acima foi exposto **requer** o Ministério Público:

1. seja julgada procedente a presente ação, a fim de assegurar à adolescente que a mesma não estará praticando ato infracional

algum, mas exercendo seu direito à saúde, ao realizar a cirurgia terapêutica de antecipação de parto;

2. seja expedido alvará determinando à Maternidade Santa Mônica que proceda à cirurgia de antecipação de parto da adolescente com a urgência que o caso requer;

3. seja a adolescente encaminhada para acompanhamento psicológico, após o parto, a fim de assegurar a reestruturação de seu equilíbrio emocional.

Nestes termos, pede deferimento.

Maceió, 2 de fevereiro de 2009

Alexandra Beurlen

Promotora de Justiça

Processo N.º 6571-6/04

AÇÃO REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Autora: Ana Carolina Mano Viana (representada por seu genitor)

Réu: B.R.A. TRANSPORTES AÉREOS

EMENTA

REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA- ART. 321 DO CPC. NO MÉRITO PROVA DOCUMENTAL CONFIRMADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA NO SERVIÇO PELA EMPRESA AÉREA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Havendo a ocorrência da revelia, e não estando presentes as hipóteses dos incisos do art. 320 do CPC, não há como deixar de reconhecer como verdadeiros os fatos articulados pela autora, inteligência do art. 285. No mérito, restou comprovado a prestação defeituosa no serviço pela empresa requerida, uma vez, que nenhuma providência adotou no sentido de minorar os transtornos vivenciados pela autora (menor de idade), olvidando a doutrina da proteção integral adotada pelo ECA. Prova documental corroborada pela prova testemunhal. Procedência do Pedido.

RELATÓRIO

Versam os autos acerca de Ação de Reparação por Danos Morais intentada por ANA CAROLINA MANO VIANA, representada por seu genitor Tales José Carlos Viana, em face da B.R.A. TRANSPORTES AÉREOS.

Aduz a autora ter contratado os serviços de transportes aéreo da empresa ré, da cidade de Guarulhos-SP para Maceió-Al, com vôo marcado para **18h30minh do dia 30/01/2004**, com previsão de chegada ao destino de Maceió, **às 21h00minh** do mesmo dia. Argumentou que houve vários incidentes com o vôo, tais como: atraso no horário do vôo, a necessidade de abortar sua aterrissagem em Maceió em razão da ausência de visibilidade causada pelas fortes chuvas que caíam em

Maceió, e, o desvio do pouso para a cidade de Recife, sendo o destino final do voo.

Devidamente citada para apresentar sua contestação, em 16 de junho de 2004, conforme AR - Aviso de Recebimento de fls. 21, a parte ré se limitou a fazer a juntada de documentação às fls. 22/30, solicitando vista dos autos para fins de direito. Após quase 10 (dez) meses, em 06 de abril de 2005, embora com certidão do cartório constando que até a data de **02 de setembro de 2004** não havia contestação (fls. 30v), a parte ré, B.R.A. TRANSPORTES AÉREOS LTDA, fez a juntada de contestação (fls. 32/55). No dia 13 de abril do mesmo ano (2005), foram juntadas várias documentações pela ré (fls. 57/134).

Certidão do cartório de fls. 135V e 138v, informando acerca de exceção de incompetência e que a mesma foi juntada aos autos, e, posteriormente desapensada com o consequente arquivamento.

Designação de audiência (fls. 146/7).

Em suma, é o que consta nos autos, em aperta síntese.

FUNDAMENTAÇÃO

Versam os autos acerca de Ação de Reparação por Danos Morais intentada por ANA CAROLINA MANO VIANA, representada por seu genitor Tales José Carlos Viana, em face da B.R.A. TRANSPORTES AÉREOS.

Antes de adentrarmos ao mérito da lide, imperioso trazermos a lume questão preliminar atinente a intempestividade da resposta produzida pela requerida no caso em tela.

I- PRELIMINAR

INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO E APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA

Para uma melhor apuração, cabe, inicialmente, a análise da data da apresentação da contestação pela ré B.R.M. TRANSPORTES AÉREOS, ocasião em que demonstraremos que a mesma apresentou sua resposta de maneira totalmente extemporânea, tendo em vista ter sido apresentada após quase 10 (dez) meses.

Ora, é cristalina a dicção do art. 297 do CPC, quando estabelece que: *“O réu poderá oferecer, no prazo de quinze dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”*.

Neste diapasão, verificamos que a ré fora citada para apresentar resposta no prazo legal (fls. 20 e 21), em data de 03 de junho de 2004, tendo sido o AR acostado aos autos em 16 de junho de 2004. **Em data de 18 de junho de 2004**, o advogado da empresa requerida (fls. 22), compareceu em juízo, e requereu a juntada de procuração, pugnando pela concessão de vista do processo para os fins de direito.

Surpreendentemente, mesmo com todos os feriados e recesso forense peculiares ao mês de junho, em data de 02 de setembro de 2004 foi aposta uma certidão judicial informando que até aquela data não teria havido apresentação de contestação por parte da empresa ré, o que apenas foi feito em data de **06 de abril de 2005** (vide juntada de contestação -fls. 31 verso), ou seja, após quase 10 (dez) meses.

Destarte, sendo portanto, totalmente intempestiva, deve o Magistrado aplicar os efeitos da revelia (art. 319 do CPC), uma vez que o direito pugnado é totalmente disponível, e não se verifica qualquer das hipóteses elencadas nos incisos do art. 320 do mesmo diploma legal.

Nesta linha de raciocínio, impõe-se a leitura do art. 319 do CPC:

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, **reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor**.

Em princípio, tivesse o Magistrado da época, o cuidado de manusear os autos (art. 323 do CPC), não relegando tal atividade a funcionário cartorário, decerto, teria observado a necessidade da intervenção do Ministério Público, bem como, teria através de despacho saneador reputado intempestiva a resposta do réu, ocasião em que julgaria antecipadamente a lide, aplicando a revelia, conforme prevê o art. 330 do CPC:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer à revelia (artigo 319).

O caso tem encaixe perfeito nos grifos *supra*, vez que, ocorreu à revelia sem que fosse apresentada no prazo legal a contestação pela parte ré.

Desta forma, opinamos que esse MM. Juiz acolha a preliminar da intempestividade da contestação, aplicando os efeitos da revelia, no sentido de **reputar como verdadeiros os fatos articulados pela autora**. Noutras palavras, que seja julgado procedente o pedido em favor da autora, sendo estipulado *quantum* indenizatório suficiente para reparar a autora dos danos morais que lhe foram causados pela empresa requerida.

Portanto, espera-se o acolhimento da preliminar supracitada. No entanto, caso Vossa Excelência não acolha a preliminar acima, passaremos desde logo, a enfrentar o mérito da lide.

II- MÉRITO

Ao ventilarmos todas as provas produzidas e colhidas nos presentes autos, verificamos que melhor sorte não obteve a empresa requerida na ótica meritória, senão vejamos.

A autora ao contratar os serviços de transporte aéreo da empresa B.R.A. TRANSPORTES AÉREOS, em momento algum admitiu a possibilidade da viagem ser feita através de rodovia. Isso por si só, já demonstra a quebra no serviço contratado.

Caberia a ré quando da juntada de documentação, demonstrar, taxativamente, as duas opções supostamente oferecidas aos passageiros, quais sejam: **a)** aguardar a reabertura do aeroporto de Maceió, para pouso e decolagem; e, **b)** embarque em ônibus rodoviário para o percurso Recife/Maceió para os passageiros que assim desejassem.

Outra alegação infundada da ré em sua contestação de fls. 32/55, mais precisamente no item 1.5 e 1.6, diz respeito à falta de informação à companhia aérea sobre a idade da menor e da necessidade de que fosse demandado um atendimento especial para a mesma. Ora, a idade da menor a época era de apenas 12 (doze) anos.

Como medida de segurança, é obrigação da empresa ter tal controle, e saber, de forma efetiva, o mínimo de informações acerca dos passageiros que embarcam em suas aeronaves.

Para confirmar tal entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a garantia de prioridade das crianças e adolescentes, através da doutrina da proteção integral. Vejamos o teor do art. 4º, “a” em seu parágrafo único:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;**
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;**
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.**

No depoimento de fls. 146, a testemunha ouvida na audiência afirmou:

“que conheceu a autora no momento em que foram fazer um lanche e a depoente perguntou autora, pois ela parecia uma criança, quem era a mãe da mesma” (destaque nosso).

Logo, mesmo que não tivesse sido observado que a autora se tratava de uma criança, é evidente que por ocasião do *check in*, seria exigida documentação do passageiro, ou no caso específico, certidão de nascimento e também autorização para menor poder viajar desacompanhada (exigência imperiosa à época do fato), sendo certo que o argumento da ré não merece guarida, pois chega ao disparate de alegar às fls. 38 que o fato de a autora está judicialmente autorizada a empreender a viagem desacompanhada, já demonstraria a desnecessidade de receber uma assistência especial por parte da empresa ré, alegação que agride de morte a legislação menorista em vigor no nosso País.

Vejamos caso semelhante onde determinada empresa também descurou acerca da necessidade de zelar pelos interesses de menor passageira:

EMENTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. TRANSPORTE AÉREO DE MENOR DESACOMPANHADO. A EMPRESA AÉREA RÉ EMBARCOU MENOR DESACOMPANHADO EM VÔO SAINDO DO AEROPORTO SANTOS DUMONT PARA BRASÍLIA, COM CHEGADA PREVISTA PARA 13:21 HS, ONDE O MESMO FARIA CONEXÃO COM DESTINO A SALVADOR. NÃO EMBARQUE DO MENOR EM NOVA AERONAVE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EMBORA VIAJANDO O MENOR SOB A CONDIÇÃO DE "ATENDIMENTO ESPECIAL", PORQUE MENOR DESACOMPANHADO, NÃO FOI TRANSFERIDO PARA OUTRA AERONAVE EM BRASÍLIA RUMO A SALVADOR - SEU DESTINO - **LEVANDO O PREPOSTO DA RÉ A TELEFONAR PARA O PAI DO MENOR DANDO - LHE CONTA DO OCORRIDO, BEM COMO NÃO HAVER PREVISÃO DE NOVO HORÁRIO PARA EMBARQUE,** O QUE SÓ VEIO A OCORRER HORAS APÓS EM VÔO DE EMPRESA AÉREA DIVERSA, COM HORÁRIO DE CHEGADA PREVISTO PARA 19:50 HS. FLAGRANTE SERVIÇO DEFEITUOSO. DANO MORAL PATENTE. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL DA AUTORA PARA MAJORAR O VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANO MORAL PARA R\$ 15.000,00. PROVIMENTO PARCIAL DO 1º RECURSO, DA AUTORA, E DESPROVIMENTO DO 2º RECURSO, DO RÉU (TJ/RJ – Apelação Cível 2004.001.28265, Desembargador Reinaldo Rocha Passos, julgamento 27/09/2005, terceira turma).

Note-se que o caso acima foi muito menos grave do que o tratado neste processo, eis que a própria empresa buscou telefonar para o pai do menor, informando-lhe o imprevisto ocorrido, mas ainda assim, o serviço prestado não foi feito a contento. No caso dos autos, não houve qualquer tipo de contato com os genitores ou responsáveis da menor, que devem ter ficado em polvorosa no aguardo de notícias de sua filha.

Por outro lado, a empresa ré ao juntar documentação aos autos, por ocasião de sua contestação, com o intuito de comprovar a assistência empreendida aos passageiros por ocasião do cancelamento do vôo, o fez de forma leviana, pois o caso que se apresenta é específico de uma viagem que não se realizou por motivos superiores ocorrida no dia 30 de

janeiro de 2004, e o que percebemos é a juntada de um calhamaço de nota fiscal do Recife Praia Hotel (fls.73/95), inclusive o mesmo documento sendo anexado por mais de uma vez, onde podemos observar datas de hospedagem até o **dia 11 de fevereiro de 2004 (note-se que os passageiros retornaram no dia 31 de janeiro)**, em um total desrespeito a esse juízo. Sequer existe comprovante de hospedagem em nome da autora e as despesas que a mesma efetuou no hotel, tais como alimentação e ligação telefônica.

Urge frisar, que as notas fiscais do Recife Praia Hotel, juntadas pela ré, não discriminam o consumo de cada passageiro, ou seja, a despesa que a empresa despendeu em relação a cada passageiro. Ora, como afirmar que a autora teve a devida alimentação e suporte durante as horas em que ficou na cidade do Recife?

Tentou ainda a empresa ré argumentar em sua contestação, que a passagem adquirida pela autora foi comprada através de vôo CHARTER DA BRA, e não um vôo regular, e que a autora não mencionou na exórdial o valor pago pela referida passagem. Tal assertiva tem o nítido condão de sugerir que dependendo do valor pago, se teria um tratamento diferenciado por parte da ré, fato que também não é concebível.

O que está em questionamento não é o valor pago pela autora, por ocasião da aquisição da passagem aérea, mas sim, o precário tratamento que foi dispensado à autora, por ocasião de um fato alheio à vontade de todos, com relação a vôo da menor.

A empresa ao efetuar promoções e descontos em suas passagens aéreas tem obrigação de assumir com os preços ofertados, e, em momento algum tentar argumentar o valor pago por ocasião da compra do bilhete aéreo. Caso isso fosse levando em conta, estaria se criando um verdadeiro caos na forma de pagamento e nos valores pagos pelos consumidores por ocasião da aquisição de suas passagens aéreas, em oferta promocional.

Irresignada, a autora ajuizou a presente ação de Reparação de danos morais, **em fevereiro de 2004**, requestando a inversão do ônus da prova em seu favor por ser a parte hipossuficiente da relação processual, a participação da Representante do Ministério Público e a condenação da ré na indenização por danos morais que lhe foram causados. Juntou

autorização judicial da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, onde permitia à menor viajar desacompanhada.

Importante também asseverar que o Ministério Público não foi intimado, até a presente data, para acompanhar os atos processuais, nem se manifestar sobre o presente processo, em um total desrespeito ao CPC, quando estabelece em seu art. 82:

art.82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

Entretanto, encontrando-se o processo maduro para sentença e constatando essa Representante do *parquet* que nenhum ato realizado causou prejuízo a autora, menor púbere, ratificamos os atos processuais realizados, pugnando pela procedência do pedido.

Frise-se que restam claros os danos causados a autora, que a época do fato tinha apenas 12 (doze) anos de idade, a qual padeceu por muitas horas na cidade do Recife, sem qualquer tipo de assistência. Por outro lado, por ser a mesma a parte frágil da relação processual, justifica-se a inversão do ônus da prova, previsto no Código do Consumidor em seu art. 6º, VIII:

art.6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Acerca do dano causado a autora, é óbvio que a lesão moral deve ser, também, indenizada. Não deve simplesmente servir a reparação de alento ao ofendido, deve ser severa o suficiente para sancionar o lesionante e reprimir novos atentados ao Direito.

Neste diapasão, convém lembrar as palavras de Ihering:

(...) a lesão de direito põe em jogo não apenas um valor pecuniário, mas representa uma ofensa ao sentimento de justiça, que exige reparação⁵.

Desta forma, a indenização por danos morais deve abranger três causas: a) a compensação de perda ou dano derivado de uma conduta;

⁵ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

b) a imputabilidade desse prejuízo a quem, por direito, o causou; e c) a prevenção contra futuras perdas e danos.

Possui a indenização caráter punitivo educativo repressor, não apenas reparando o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua de forma intimidativa para impedir perdas e danos futuros. Diante de tais considerações, fácil concluir que a indenização por dano moral não deve ser adstrita a idéia de compensação à vítima pela ofensa impingida, devendo ser analisados também pelo julgador, a extensão do dano, a situação patrimonial e a imagem do lesado, a situação patrimonial do ofensor e sua intenção.

Ao assim agir, estará cumprindo o Direito o seu papel, fazendo com que os entes que interagem no orbe jurídico se mantenham dentro de padrões normais de equilíbrio e respeito mútuo, cabendo ao lesionante suportar as consequências da lesão com o esgotamento de seu patrimônio, desestimulando atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade.

Portanto, no enfrentamento do mérito, outro caminho não resta a essa Representante do Ministério Público a não ser de opinar pela procedência do pedido, eis que restou comprovado que a autora, de menor idade, foi obrigada a fazer sua viagem de volta a Maceió por meio de ônibus, ao contrário do que havia sido contratado com a empresa ré, além de todos os transtornos por que passou na cidade do Recife, sem ao menos haver nos autos, qualquer comprovação de que a empresa requerida teria avisado aos genitores da autora, ou mesmo, adotado qualquer medida no sentido de proporcionar um satisfatório atendimento a requerente, levando-se em consideração sua peculiar situação em pessoa em desenvolvimento, de acordo com o ECA.

CONCLUSÃO

Ante o Exposto, opina a Representante do Ministério Público:

a) que seja acolhida a preliminar da intempestividade da contestação, aplicando os efeitos da revelia, no sentido de **reputar como verdadeiros os fatos articulados pela autora, julgando-se procedente o pedido em favor da autora, sendo estipulado *quantum* indenizatório suficiente para reparar a autora dos danos morais que lhe foram causados pela empresa requerida;**

b) caso seja superada a preliminar supra, seja julgada a procedência do pedido formulado pela autora, sendo estipulado *quantum* indenizatório suficiente para reparar a mesma, menor de apenas 12 (doze) anos de idade, dos danos morais que lhe foram causados pela empresa requerida.

Maceió, 26 de fevereiro de 2009.

DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA

Promotora de Justiça

NOTIFICAÇÃO RECOMENDATÓRIA Nº 001.2014

O Ministério Público do Estado de Alagoas, através das 1ª e 2ª Promotorias da Promotoria Coletiva de Controle Externo da Atividade Policial, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a atual superlotação dos presídios, o que tem exigido o acautelamento provisório de presos em unidades de delegacias de polícia em todo o Estado e, em especial, nesta capital;

Considerando a situação precária das celas atualmente existentes, o que denota extrema insegurança para a adequada custódia dos presos, além de exigir a ocupação indevida de integrantes da polícia civil com a atividade de carceragem;

Considerando a situação detectada pelo Ministério Público Estadual durante visita de inspeção realizada na Delegacia do 2o Distrito da Capital, ocorrida no último dia 25 de março do ano em curso, em que foi observada a existência de vários presos sem que o Delegado Plantonista possuísse qualquer controle sobre sua origem, identificação ou dados correlatos;

Considerando o fato de que, sobretudo após os plantões de fim de semana, tem havido um remanejamento informal de presos entre as delegacias, a fim de se suportar, ainda que em caráter precário, o grande contingente de presos provisórios, sem que tal remanejamento seja acompanhado de todas as cautelas visando à adequada e completa identificação dos custodiados;

Considerando que, após 10(dez) dias, estando o indiciado preso, toda a documentação relativa ao inquérito policial é remetida à Justiça, com cópia destinada à Delegacia Geral da Polícia Civil, para os registros cabíveis junto ao DEINFO, sem que fique seja preservada cópia do material nas delegacias de polícia em que se encontra preso o investigado;

Considerando o risco de que a concessão de *habeas corpus* em favor de qualquer dos custodiados, sobretudo durante os finais de semana, possa resultar no livramento indevido, por equívoco, de qualquer dos presos, justamente pela falta de uma adequada e completa identificação de todos os custodiados;

Considerando que o não acesso imediato, quer pelo Ministério Público, quer pelo Judiciário, pela defensoria ou advogado constituído, ao instrumento legal justificador da custódia cautelar de pessoa mantida em delegacia de polícia pode configurar prática de abuso de poder ou outro delito penal, a ser infligido ao Delegado que mantém sob cárcere pessoa, sem, no entanto, dispor da documentação pertinente que justifique a situação;

RESOLVE

RECOMENDAR que sejam preservadas na posse do Delegado responsável por cada Delegacia cópia de documentos que possam identificar, em toda e qualquer situação de prisão e da melhor forma possível, a pessoa que se encontra sob custódia, dentre os quais o documento originário da prisão, *in casu*, o auto de prisão em flagrante, decreto de prisão preventiva ou de prisão temporária, material esse que deve acompanhar o preso, onde quer que o mesmo se encontre, estabelecendo-se um registro histórico e sucessivo de todos os presos que estiveram sob custódia em cada Delegacia.

RECOMENDAR que as medidas acima referidas sejam devidamente implementadas no prazo de 15(quinze) dias em todas as unidades que contenham presos sob a custódia da polícia civil, contado a partir do recebimento da presente notificação, a fim de que possa produzir seus legais efeitos.

Maceió, 31 de março de 2009.

FLÁVIO GOMES DA COSTA NETO

1º Promotor da Promotoria Coletiva de Controle Externo da
Atividade Policial e Investigações Especiais

KARLA PADILHA REBELO MARQUES

2º Promotora da Promotoria Coletiva de Controle Externo da
Atividade Policial e Investigações Especiais

**VOTO NO PROCESSO DE PROMOÇÃO POR
MERECEMENTO AO 7º CARGO DE PROCURADOR
DE JUSTIÇA CÍVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE ALAGOAS, PROFERIDO NA SESSÃO DO
CONSELHO SUPERIOR DO DIA 29 DE ABRIL DE 2009.**

Antiógenes Marques de Lira
Procurador de Justiça

Senhor Presidente, Senhor Corregedor, Senhores Conselheiros

Estamos diante de um procedimento para elaboração de lista tríplice destinada à promoção para o 7º cargo de Procurador de Justiça Cível pelo critério do “merecimento”.

Este procedimento se arrasta desde o ano de 2007 sofrendo intervenções do Conselho Nacional do Ministério Público que através do procedimento de controle administrativo nº 870/2007-63 (Relatora Conselheira Ivana Auxiliadora Mendonça Santos) determinou a modificação da Resolução nº 01/2006 deste Conselho, adequação já procedida através da Resolução nº 01/2008. E recentemente chegou a suspender a sessão deste Conselho em razão de impedimentos e suspeições, aqui e agora, superadas.

Diante da expectativa criada neste procedimento em razão do decurso de tempo e das intervenções do Conselho Nacional do Ministério Público, quero, antes de declinar os meus votos, estabelecer algumas premissas, a meu ver, essenciais para delinear de modo eficiente os fundamentos da minha manifestação.

Pois bem. Em dezembro de 2007, já instalada a celeuma, o Procurador de Justiça Arnoldo Petrúcio Chagas e eu endereçamos correspondência a todos os membros ativos do Ministério Público de Alagoas colocando os nossos nomes para eleição de composição do Conselho Superior do Ministério Público com a seguinte proposta: iríamos encetar esforços, se eleitos fossemos, no sentido de aprovar uma resolução estabelecendo pontuação para aferição do merecimento. Os critérios de pontuação e demais detalhes seriam discutidos abertamente com a classe, inclusive com a participação da Associação do Ministério Público de Alagoas (AMPAL), essa era a nossa pretensão. Na referida missiva, assim nos pronunciamos:

Os Procuradores de Justiça, abaixo firmados, propõem a adoção de uma re-solução nos moldes da utilizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios... e já aceita pelo Conselho Nacional. Para tal, como candidatos à membros do Conselho Superior, assumem o compromisso de, se eleitos..., na primeira reunião, colocar em debate essa resolução para ser analisada pela classe e, após aprimoramentos com sugestões de todos, aprovar os novos critérios, sepultando de uma vez por todas o... processo atual(...).

Dos 124 membros do Ministério Público estadual votantes, 35 acolheram a nossa proposta. A contrário senso entendemos ser isso uma clara demonstração de que a maioria dos colegas não tinha interesse em mudar a forma de aferição do merecimento estabelecido na Resolução nº 01/2006 do Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas, com os temperamentos formulados pelo Conselho Nacional.

Recentemente, após singela pesquisa, veio-me às mãos decisão do Conselho Nacional do Ministério Público nos autos do procedimento de controle administrativo (974/2008-59), cujo Relator – Conselheiro Cláudio Barros Silva pondera, dentre outras considerações, a inconveniência de uma pura e simples tabela de pontuação, porque o essencial é a *fundamentação/motivação* da escolha, a fim de se permitir o controle das decisões e “garantir a objetividade dos critérios a serem observados para aferir merecimento”. Ao final, arremata: “o sistema de pontuação estabelecido... não permitia o controle da fundamentação dos votos por parte dos interessados”. Disso o óbvio. Se há um controle de pontos prévio, não há voto a fundamentar, há apenas homologação dos pontos conquistados, garantindo ao mais bem pontuado a almejada e imediata promoção. Merecerá quem acumulou mais pontos. Pacífico, claro e objetivamente estabelecido. Em sentido contrário, como estabeleceu o Conselheiro Cláudio Barros, chega-se à conclusão de que a pedra angular na aferição do merecimento é a observância de certos e determinados marcos para a devida fundamentação do voto.

A próxima pergunta então é a seguinte: qual deve ser o conteúdo desta motivação, desta fundamentação? A resposta, acho eu, encontraremos nas palavras do Ministro Cezar Peluso em voto proferido no MS 26.264-8/DF. (STF – DJ. 05/10/2007). Nesta decisão, o pano de fundo foi o critério a ser usado para o desempate na

aferição do merecimento; adotando-se o do membro mais antigo, porém, também foi discutida a questão do merecimento em si, ficando estabelecido que nesse aspecto “há de fazer-se considerando o perfil profissional dos candidatos, aferindo-se o merecimento de cada qual” em toda sua carreira profissional. No meio desta discussão, disse o Ministro Peluso:

Um deles – a antiguidade –, é objetivo, porque depende de fato objetivo (– o tempo, este implacável companheiro, digo eu). O outro é tipicamente subjetivo, porque implica estima, valoração pessoal – o merecimento –, e não leva em conta critérios que independam da avaliação pessoal do julgador; pode ter ingredientes de ordem objetiva que sirvam a orientar o julgamento de quem deva fazer a avaliação do merecimento do candidato, do funcionário, do promotor ou do juiz, isto é, presteza etc. (– eficiência, produtividade e desempenho das funções, acrescento) Mas são critérios secundários que ajudam o julgador a orientar-se na formulação do seu juízo subjetivo... A grandeza do critério constitucional é a de permitir àqueles que, por maior tempo de experiência ou por ocupar postos mais elevados na hierarquia, julgam o trabalho realizado – e, em função dele – possam indicar os que devem ser promovidos... O critério de merecimento exige fundamentos que orientem uma escolha que é de caráter pessoal... quando se vota em merecimento, também se levam em conta a experiência, o tempo de serviço, etc., o que entra como dados do julgamento subjetivo. Mas o que não pode deixar de existir é a subjetividade, é a valoração própria desse critério (...).

Assim, considerando tais elementos, acredito que na aferição do merecimento devemos nos balizar pelos critérios estabelecidos na Resolução nº 01/2006 deste Conselho já devidamente corrigida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, contudo, não se pode olvidar da subjetividade intrínseca ao certame daquele que vota num ou noutro candidato, por isso, o essencial é a fundamentação/motivação de tal voto. Noutras palavras: as balizas objetivas estão postas, porém, a graduação, a mensuração do merecimento está dentro do subjetivismo de cada conselheiro, o qual será exteriorizado, para posterior controle, na fundamentação do voto.

Dito isso, vem-nos à mente outra questão: devem-se avaliar todos os candidatos e então, por eliminação ou exclusão, deixar três; ou apenas escolhemos três, os que achamos merecedores, e

fundamentamos/motivamos nossas opções? Nessa linha de pensamento, como devem ser tratados os candidatos remanescentes de outras listas de promoção por merecimento?

Segundo o Conselheiro Diaulas Ribeiro no procedimento de controle administrativo nº 976/2008-48 do Conselho Nacional do Ministério Público não há para qualquer candidato o direito líquido e certo de figurar numa lista de merecimento porque é remanescente de lista anterior. E acrescenta o Ministro Conselheiro:

A única diferença de tratamento entre os remanescentes e os demais candidatos é o direito que tem aqueles de serem submetidos à votação do Conselho Superior em primeiro lugar, ou seja, havendo remanescente, será ele examinado em primeiro lugar...

O Conselheiro Diaulas faz ainda outra observação sobre a inclusão deste ou daquele candidato remanescente de lista anterior:

Se o exame dos nomes dos remanescentes deve ser feito em primeiro lugar, consequência óbvia do processo é que a sua inclusão na lista ocorra antes dos demais, se obtiverem o quórum previsto em lei. Isso não se confunde com inclusão automática ou com a pré-existência de uma lista de remanescentes já formada, *dependendo de eventual justificativa fundamentada para dela se excluir alguém.* (grifei)

Portanto, não há lista pré-existente, nem inclusão automática. Porém, discordo veementemente do Conselheiro quando parece exigir fundamentação para se excluir algum dos candidatos remanescentes. Absolutamente, eu não tenho que dizer porque NÃO escolho esse ou aquele candidato, eu tenho que dizer porque escolho esse ou aquele, a minha manifestação é POSITIVA e quando assim faço, por exclusão afasto os demais (NEGAÇÃO).

No mesmo Mandado de Segurança acima referido, o eminentíssimo Relator – Ministro Marco Aurélio, nutre semelhante modo de pensar. Um pleito para promoção por merecimento é algo diametralmente oposto a um procedimento administrativo disciplinar. Num procedimento desse jaez deve-se avaliar os méritos dos candidatos e não o contrário. Não é pertinente impingir demérito, falhas ou mesmo dizer porque não escolho esse..., ou porque não voto naquele... A

escolha é por merecimento e não por defeitos. Acolhem-se quem merece e não o contrário. Vejamos as reflexões do Ministro Marco Aurélio:

Em vez de se apreciar o que se mostra passível de ser enquadrado como procedimento normal, em vez de apreciarem as qualidades do candidato, conferindo-se a devida gradação, ter-se-á o exame sob o ângulo negativo – dados concretos contrários ao desempenho funcional, à produtividade, à presteza nas manifestações verificadas, atributos que somente são passíveis de ser analisados no campo da gradação. Partir-se para uma avaliação negativa é desconhecer o objetivo buscado com a análise do perfil do candidato, selando, como quê, algo contrário à própria continuidade na categoria, na carreira. Serve ao processo disciplinar e não ao de promoção, no que há de se desaguar, necessariamente, na escolha dos melhores e não em certidão que acabe por atingir o próprio candidato, manchando-lhe a folha funcional como se de punição se tratasse. De duas uma; ou o candidato realmente forma na clientela à promoção, e aí se parte para o exame do merecimento, ou não forma, e então não há por que glosar-se prática anterior, fazendo-o, a toda evidência, à margem do objeto do instituto da promoção por merecimento – a escolha do melhor –, da ordem jurídica. Esta, a glosa, é implícita e não explícita, somente se verificando no que, entre diversos candidatos, escolhem-se aqueles que têm maior merecimento.

Da análise da fala do Senhor Ministro, passamos a entender ser necessário examinar apenas aqueles que julgamos serem merecedores do nosso voto, caso contrário, isto é, analisar todos os requerentes para, por exclusão, eleger três, importaria em aplicar algum demérito neste ou naquele candidato, impingindo uma nódoa em sua ficha funcional, com tal proceder.

Por outro lado, afirmar que todos preenchem 100% dos critérios objetivos e então, subjetivamente, sem motivar ou motivando dissimuladamente, votar nesse ou naquele, é criar um artifício espúrio. É engenhoso, mas também é pérfido.

Saliento enfim, que os critérios elencados pelas Resoluções estão postos para balizar a fundamentação da nossa escolha e não para excluir quem quer que seja. Enfatizo: NÃO TENHO DIFICULDADE PARA VOTAR EM QUEM QUER QUE SEJA, quer num procedimento administrativo disciplinar, ou numa promoção por merecimento, contudo, um não se confunde com o outro, no primeiro

ênfatiza-se o demérito, pune-se a falta; noutro, exulta-se a virtude, o desvelo, a estima. Examinar cada um dos candidatos é correr o risco de num átimo, excluí-lo por um “desvalor” qualquer, por isso, acho mais prudente e elegante, correto mesmo, explicar, fundamentar, motivar, porque escolho esses, esquecendo-me dos demais. Tal como disse o Ministro Marco Aurélio: “a glosa aqui é implícita”.

Estas são as considerações que extraio de todo esse contexto, e que nos parecem ter a aquiescência da maioria dos membros do Ministério Público de Alagoas.

Passarei então a fundamentar meus votos naqueles em quem acho serem merecedores no momento oportuno em que seus nomes estiverem sobre a mesa e me recuso, terminantemente, a fazer qualquer juízo desmerecedor contra qualquer candidato pelas razões expostas.

Por fim, quero registrar a qualidade de todos os candidatos, é uma tarefa muito árdua escolher o melhor dentre iguais, como não posso votar em mais de três, rogo a indulgência daqueles não sufragados por mim, sem qualquer demérito para esses.

Antiógenes Marques de Lira

Procurador de Justiça

OBS.: No Pedido de Providências nº 307/2009-57 do Conselho Nacional do Ministério Público ficou consignado o seguinte:

(...) verifica-se que os votos proferidos pelo Conselheiro Antiógenes Marques de Lira revelam-se aderentes às prescrições emanadas desse Conselho Nacional para reger o processo de escolha de candidato à promoção por merecimento (*fl. 315 dos autos originais*).

Processo: 307/2009-57

Pedido de Providências – PP

Relator: Conselheiro Paulo Freitas Barata

Requerente: MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA

Requerido: Ministério Público do Estado de Alagoas

Objeto: Requer o imediato provimento da vaga destinada ao cargo de 7º Procurador de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de Alagoas prevista no Edital de Promoção nº 05/2007. Pedido de liminar.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Providências, com pedido de liminar, apresentado por MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA em face do Ministério Público do Estado de Alagoas, objetivando o julgamento pelo Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas dos termos do edital de promoção nº 05/2007 para provimento do cargo de 7º Procurador de Justiça Cível do órgão ministerial daquele Estado, na forma como entende legal.

Inicialmente, questionou o requerente a formação para a composição do Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas. Relatou que, por força de decisão prolatada pelo Conselheiro Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, em Processo em curso neste Conselho Nacional sob o número 0.00.000.000140/2009-24, restaram afastados da formação do Conselho Superior o Procurador-Geral de Justiça, por impedimento; seu substituto imediato (Procurador-Geral de Justiça substituto), por suspeição; e o Conselheiro Geraldo Magela Pirauá, por suspeição.

Em razão de tais fatos, o Corregedor-Geral do Ministério, Conselheiro nato, foi convocado para presidir o Conselho Superior, vez que o Procurador-Geral encontrava-se impedido e seu substituto, suspeito. Em relação ao Conselheiro Geraldo Magela Pirauá, convocou-se para substituí-lo o 1º suplente, conselheiro Valber Valente de Lima.

Relatou o requerente, entretanto, que o Presidente do CSMP convocou mais um suplente, o conselheiro Luiz Barbosa Carnaúba, para a composição, sem que tivesse ocorrido qualquer outro afastamento que justificasse a convocação.

Aduziu que tal convocação contrariou a legislação ministerial (Lei Complementar nº 15/96 – Lei Orgânica do Ministério Público de Alagoas), posto que o parágrafo 4º, art. 13 estatui ser hipótese de substituição dos membros efetivos pelos suplentes apenas o afastamento por motivo de impedimento, suspeição, licenças e faltas, e que, no caso, não havia incidido quaisquer das situações.

Alegou, ainda, que a mencionada convocação foi totalmente desnecessária, haja vista que o art. 28, parágrafo 1º e o art. 40, caput, todos do Regimento Interno do CSMP de Alagoas preveem, respectivamente, que para a instalação de reunião é necessária a presença da maioria absoluta dos membros do Conselho e que as deliberações são tomadas por maioria simples de votos dos Conselheiros. Dessa forma, a indicação de um novo suplente revelou-se absolutamente dispensável, vez que não houve necessidade de se complementar o *quorum* para a instalação da sessão ou votação pelo Conselho Superior.

Pleiteou o requerente, liminarmente, a antecipação dos efeitos da decisão judicial para o fim de que fosse determinado ao Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas a imediata designação de sessão para provimento da vaga ao cargo de 7º Procurador de Justiça Cível, mas com estrita observância aos comandos estabelecidos na legislação pertinente e na Resolução nº 02/2-006 desse Conselho Nacional no que tange à:

- a) obrigatoriedade de apreciação inicial, em primeiro escrutínio, dos nomes dos candidatos remanescentes das listas anteriores;
- b) observância do dever de fundamentação das decisões com indicação das razões concretas para a escolha ou exclusão dos postulantes à promoção.

Em decisão de fls. 14, indeferi a antecipação dos efeitos da decisão judicial por não ter verificado a existência de direito a ser concedido liminarmente.

Por ocasião da decisão do Conselho Superior do Ministério Público alagoano que, em Reunião Ordinária realizada no dia 29 de abril de 2009, compôs a lista tríptica e resolveu promover, por merecimento, para o cargo de 7º Procurador Cível, o Promotor de Justiça Eduardo Tavares Mendes, atual ocupante do cargo de Procurador-Geral de

Justiça de Alagoas, o requerente, novamente, peticionou nos autos por meio do qual afirmou que o candidato promovido já havia tomado posse e alegou a ocorrência de uma série de irregularidades na sessão de julgamento, requerendo:

1. a desconstituição da lista tríplice que originou a Resolução 08/2009 do Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas, pelos motivos seguintes:

a) em razão da flagrante desobediência ao dever de fundamentação das promoções pelo critério de merecimento, previsto na legislação pertinente, pelos Conselheiros Antiógenes Marques de Lira, Francisco José Sarmiento de Azevedo e Luciano Chagas da Silva;

b) em razão da ausência na sessão do Conselheiro suplente Valber Valente de Lima, que havia participado de sessão anterior, convocada com a mesma finalidade, qual seja, decidir sobre o processo promocional;

2. a anulação do Ato de Promoção nº 04/09 da lavra do senhor Procurador-Geral de Justiça substituto, decorrente de nulidade da mencionada Resolução nº 08/09 do Conselho Superior do MP/PI;

3. a convocação de nova sessão do Conselho Superior para a formação de lista tríplice com o objetivo de prover ao cargo de 7º Procurador de Justiça Cível;

4. o afastamento do conselheiro Antiógenes Marques de Lira da sessão de escolha do ocupante do 7º Cargo de Procurador de Justiça Cível, tendo em vista que o mesmo encontra-se emocionalmente envolvido com o firme propósito de fixar parâmetros de avaliação em critério de merecimento que não os consignados na legislação;

5. determinação ao Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas da estreita observância dos comandos estabelecidos pelas Leis nº 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de Alagoas), pelo Ato nº 001/99 (Regimento Interno do CSMP de Alagoas) e acórdão decorrente do julgamento dos processos CNMP nº 976/2008-48 e 978/2008-37 desse Conselho Nacional;

6. estrita observância ao que preceitua o parágrafo 1º do art. 46 do regimento interno do CSMP de Alagoas quando estabelece que “a consecutividade só se considerará interrompida se o candidato der causa direta ou indiretamente a sua não-indicação”, porquanto entende o requerente possuir direito líquido e certo em ter seu nome inscrito na última lista tríplice, uma vez que fez parte de duas listas anteriores.

Manifestaram-se, nos autos, o Conselheiro Luciano Chagas da Silva, à época presidente do Conselho Superior do MP/AL, em fls. 37/46 e fls. 249/290; o Procurador-Geral de Justiça de Alagoas, Eduardo Tavares Mendes, eleito pelo Conselho Superior para ocupar a 7ª Procuradoria de Justiça Cível, em fls. 117/246; e o Conselheiro Antiógenes Marques de Lira. Em síntese, todos pleiteiam pelo improvimento dos pedidos formulados pelo requerente para o fim de que sejam declarados válidos a 9ª Reunião Ordinária do CSMP/AL e o Ato de Promoção nº 04/2009, extraído da mencionada sessão.

Compulsando-se os autos, constata-se, em fls. 122/155 fls. 256/290, cópia da Ata da 9ª Reunião Ordinária do Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas, aprovada por unanimidade, sem impugnação, pelos Conselheiros presentes.

Autos conclusos no dia 08 e junho de 2009.

É o relatório.

Brasília (DF), 15, de junho de 2009.

Paulo Freitas Barata
Conselheiro Relator

Processo: 307/2009-57

Pedido de Providências – PARA

Relator: Conselheiro Paulo Freitas Barata

Requerente: MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA

Requerido: Ministério Público do Estado de Alagoas

Objeto: Requer o imediato provimento da vaga destinada ao cargo de 7º Procurador de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de Alagoas prevista no Edital de Promoção nº 05/2007. Pedido de liminar.

VOTO

Trata-se de Pedido de Providências, com pedido de liminar, apresentado por MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA em face do Ministério Público do Estado de Alagoas, objetivando o julgamento pelo Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas, dos termos do edital de promoção nº 05/2007 para provimento do cargo de 7º Procurador de Justiça Cível do órgão ministerial daquele Estado, na forma como entende legal.

O Conselho Superior do Ministério Público alagoano indicou os nomes dos seguintes candidatos para composição da lista tripla para promoção, por merecimento, para o cargo de 7º Procurador de Justiça Cível, em ordem decrescente: em primeiro lugar, indicado com três (03) votos no segundo escrutínio, Eduardo Tavares Mendes; em segundo lugar, indicado com três (03) votos no terceiro escrutínio, Márcio Roberto Tenório de Albuquerque; em terceiro lugar, indicado com três (03) votos no quinto escrutínio, George Sarmiento Lins Júnior.

Alega o peticionário que a ausência do 1º suplente, o Conselheiro Válber Valente de Lima, para a sessão deliberativa de escolha do 7º Procurador de Justiça Cível do MP/AL por motivo de “desconvocação” afrontou o art. 13, parágrafo 4º da Lei 8.625/93, o qual prevê que a substituição dos membros efetivos pelos suplentes ocorrerá em caso de afastamento por motivo de impedimento, suspeição, licenças e faltas. Suscita que a substituição é automática e deveria ter se realizado por força do afastamento do conselheiro titular Geraldo Magela Barbosa Pirauá, por suspeição.

Olvida-se o requerente que a presença dos suplentes apenas faz-se imprescindível em caso de impedimentos e suspeições que importem em falta de quorum para a deliberação (grifo nosso), conforme estatui o art. 6º, inciso III, do Regimento Interno do CSMP/AL.

O Presidente em exercício do Conselho Superior, Luciano Chagas da Silva, ciente de que o número de conselheiros titulares remanescentes do longo processo de impedimentos era suficiente para deliberar sobre o assunto, comunicou aos dois suplentes anteriormente convocados (Valber Valente de Lima e Luiz Barbosa Carnaúba) a dispensabilidade da presença de ambos à reunião, porquanto havia sido atingido o *quorum* regimental para deliberação, observando-se ao art. 6º, inciso III, art. 28, parágrafo 1º e ao art. 40, caput, todos do Regimento Interno do CSMP de Alagoas, cujos dois últimos artigos preveem, respectivamente, que para a instalação de reunião é necessária a presença da maioria absoluta dos membros do Conselho, deliberando os Conselheiros com a maioria simples de votos.

Conforme Ata da 9ª Reunião Ordinária do Conselho Superior de fls. 258, estiveram presentes à sessão Conselheiros Francisco José Sarmiento de Azevedo, Lean Antônio Ferreira de Araújo, Antiógenes Marques de Lira e Vicente Félix Correia, que garantiram, juntamente com o Presidente Luciano Chagas, *quorum* legal (cinco membros) para as deliberações do Conselho Superior, cuja constituição regimental compõe-se de 02 (dois) membros natos e 05 (cinco) eleitos.

Passemos à análise da suposta falta de fundamentação dos votos dos Conselheiros na escolha da lista tríplice.

Compulsando-se a Ata da sessão verifica-se que os votos preenchidos pelos Conselheiros receberam a devida fundamentação. Transcrevo, a seguir, os argumentos oferecidos pelos Conselheiros no primeiro escrutínio em que se desenrolou a votação:

1) O voto do Conselheiro Lean Antônio Ferreira de Araújo está fundamentado, extensamente, nas fls. 260 a 267 dos autos: "(...) Os candidatos MARCOS BARROS MÊRO, JOSÉ ARTUR MELO e DENISE GUIMARÃES atendem a idênticos critérios, dentre eles, terem ingressado uma única vez na lista de merecimento. A presença deste critério impõe, neste escrutínio, a análise desses habilitados, posto que em ralação ao candidato MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA, já indicado neste voto para compor a lista, há não somente a condição

de remanescente de duas listas anteriores, mas também o preenchimento de todos os critérios analisados. Tal determinação quanto à análise dos três candidatos mencionados anteriormente, em detrimento dos demais inscritos, decorre de decisão adotada pelo CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, nos autos do processo CNMP nº 0.00.000.000976/2008-48 e CNMP 0.00.000.000978/2008-37. (...) Destarte, já analisados individualmente, estes três outros remanescentes de lista anteriores (Marcos Barros Méro, José Artur Melo e Denise Guimarães), conclui-se, como já dito acima, pela identidade de critérios. Porém, apenas 02 (dois) podem ser indicados para complementação da lista triplíce, o que impõe fundamentar a escolha. Inicialmente, com a finalidade de desempatar, considero a posição de 1º mais antigo na lista de antiguidade do candidato JOSÉ ARTUR MELO, fazendo-o, desta forma, a sua indicação como segundo integrante da lista. Com relação aos candidatos MARCOS BARROS MÉRO e DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA, ambos com os mesmos critérios, promovo o desempate entre eles, levando em consideração as funções desempenhadas pelo candidato MARCOS BARROS MÉRO, que resultaram na participação em várias comissões destinadas à elaboração de anteprojetos de lei destinados à estrutura organizacional do Ministério Público de Alagoas, conforme consta de seus assentamentos funcionais, ressaltando, que este critério está sendo utilizado, unicamente, para indicação do terceiro integrante da lista, em razão da identidade de critérios dos candidatos. 8. Assim, com estrita observância dos critérios constitucionais e dos comandos normativos previstos na Lei nº 8.625/93, na Lei nº 15/96 e na resolução nº 7 001/07, indico, por ordem decrescente, os candidatos MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA, JOSÉ ARTUR MELO e MARCOS BARROS MÉRO para comporem a lista de merecimento para promoção ao 7º cargo de Procurador de Justiça, integrante da Procuradoria de Justiça Cível. É como voto.”

2) O voto do Conselheiro Vicente Félix Correia está fundamentado nas fls. 267 a 273 dos autos, e assim concluído: “(...) Os candidatos MARCOS BARROS MÉRO, JOSÉ ARTUR MELO e DENISE GUIMARÃES atenderam a idênticos critérios, dentre eles, terem ingressado uma única vez na lista de merecimento. A presença deste critério impõe, neste escrutínio, a análise desses habilitados, posto que em relação ao candidato, MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA, já indicado neste voto para compor a lista, há não somente a condição de

remanescente de duas listas anteriores, mas também o preenchimento de todos os critérios analisados. Tal determinação quanto à análise dos três candidatos mencionados anteriormente, em detrimento dos demais inscritos, decorre de decisão adotada pelo CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, nos autos do processo CNMP 0.00.000.000976/2008-48 e CNMP 0.00.000.000978/2008-37. (...) Destarte, já analisados individualmente, estes três outros remanescentes de lista anteriores (Marcos Barros Méro, José Artur Melo e Denise Guimarães), conclui-se, como dito acima, pela identidade de critérios, os três atenderam à mesma quantidade de critérios. Entretanto, somente 02 (dois) poderão ser indicados para complementação da lista tríplice, o que impõe, fundamentar a escolha. Inicialmente, com a finalidade de desempatar, considero a posição de 1º mais antigo na lista de antiguidade do candidato JOSÉ ARTUR MELO, fazendo, destarte, sua indicação como segundo integrante da lista. Com relação aos candidatos MARCOS BARROS MÉRO e DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA, ambos com os mesmos critérios, promovo o desempate entre eles, levando em consideração as funções desempenhadas pelo candidato MARCOS BARROS MÉRO, que resultaram na participação em várias comissões destinadas à elaboração de anteprojetos de lei destinados à estrutura organizacional do Ministério Público de Alagoas, conforme consta de seus assentamentos funcionais, ressaltando, que este critério está sendo utilizado, unicamente, para indicação do terceiro integrante da lista, em razão da identidade de critérios dos candidatos. Assim, em obediência aos critérios constitucionais e comandos normativos previstos nas Leis nº 8.625/93 e nº 15/96 e na resolução nº001/07, indico, por ordem decrescente, os candidatos MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA, JOSÉ ARTUR MELO e MARCOS BARROS MÉRO para comporem a lista de merecimento para promoção ao 7º cargo de Procurador de Justiça, integrante da Procuradoria de Justiça Cível. É meu voto."

3) O voto do Conselheiro Antiógenes Marques de Lira está fundamentado, extensamente, nas fls. 273 a 276 e assim concluído: "(...) Voto na Doutora Denise Guimarães de Oliveira deixando, inicialmente, bem claro que acolho para argumentos os constantes no pronunciamento que segue: a Doutora Denise Guimarães de Oliveira tem se destacado por mais de 10 anos na defesa do consumidor na Capital, com vários artigos publicados sobre a matéria e ajuizado

inúmeras ações nesse âmbito, além de ser reconhecidamente uma assídua e dedicada promotora de justiça. Apesar de não haver registro acadêmico de pós-graduação, a colega tem se esforçado no seu aperfeiçoamento jurídico participando de cursos, seminários e congressos afetos a sua área de atuação, seus textos demonstram amadurecimento técnico e conhecimento jurídico elevado na sua área de atuação, conforme documentos anexos juntados a esse processo, qualificando-a para figurar numa lista de merecimento para promoção. Repito, corroboro com a análise sobre a candidata promovida pelo Conselheiro Dr. Lean Araújo, integrando-a a este meu voto, para indicar a Dr^a. DENISE GUIMARÃES DE OLIVEIRA”.

4) O voto do Conselheiro Francisco José Sarmento de Azevedo está fundamentado nas fls. 276 e 277 dos autos e assim concluído: “(...) Senhor Presidente, Senhores Conselheiros: Estribado na Resolução nº 01/2006, com as modificações introduzidas pela Resolução nº 2 do Conselho Nacional do Ministério Público, passo a proferir os meus votos para elaboração da lista triplíce destinada a promoção por merecimento para o 7º cargo de Procurador de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de Alagoas. Voto no Promotor de Justiça Eduardo Tavares Mendes. O Doutor Eduardo Tavares tem sido de há muito tempo um dos destaques da nossa instituição. Exerceu suas funções nas Promotorias de Justiça das cidade de Piaçabuçu, Traipu, Girau do Ponciano, Passo de Camaragibe, Penedo, Maragogi, São Miguel dos Campos, União dos Palmares, Porto Real do Colégio, Igreja Nova e Olho d’Água das Flores. Em todas atuando com presteza e produtividade, sendo uma referência para sociedade em todas elas. Atualmente tem se notabilizado como Promotor do Tribunal do Júri, onde temos colhido inúmeros elogios pela forma firme, mas elegante de suas orações, com grandiosas perorações ao pedir a condenação dos culpados. No âmbito da Corregedoria-Geral não há qualquer registro que venha a desabonar sua conduta, nem tampouco macular sua trajetória profissional como membro do Ministério Público de Alagoas. É possuidor de sólida formação acadêmica, sendo pós-graduado em direito público e destacado professor universitário”.

5) O voto do presidente Conselheiro Luciano Chagas da Silva está fundamentado, extensamente, nas fls. 277 a 278 dos autos e assim concluído: “(...) A Dr^a. Denise Guimarães de Oliveira protocolou sua petição em 22/10/2007, acompanhado de curriculum vitae e cópias de

legislações, certidões de regularidade das atividades funcionais, assentamento individual e relatório, ambos da Corregedoria Geral, cuja análise resulta: 1) possui interstício de entrância; 2) é integrante da 1ª quinta parte da lista de antiguidade; 3) a produtividade se encontra inserida na média geral; 4) há registro de ingresso em lista de merecimento para o provimento do cargo de Procurador de Justiça, Resolução 18/04; 5) deixo de me manifestar sobre o quinto requisito, por entender que em Alagoas não existe Promotoria de difícil acesso; 6) não há registro de participação em cursos oficiais de aperfeiçoamento, especialmente de pós-graduação; 7) há registro de publicações de trabalhos forenses. A candidata preenche 5 dos 7 requisitos analisados. Devo acrescentar que, além disso, ela já exerceu funções das mais relevantes no Ministério Público alagoano, ademais, o único requisito que ela não preenche diz respeito a participação de cursos de aperfeiçoamento, contudo ela tem se esmerado em superar tal situação com a participação de outros eventos (seminários e congressos) que não lhe demanda tempo elevado e afastamento de suas atividades de mães e esposas, e isso não lhe pode ser atribuído como obstáculo à promoção. Por tais razões, voto na Drª. Denise Guimarães de Oliveira.”

A leitura da Ata da 9ª Reunião do Conselho Superior, aprovada por unanimidade, sem impugnação, e da gravação do que foi encaminhado a esse Conselho Nacional comprovam que foi observado o dever de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e na Resolução nº 02/2005, do CNMP. O fato de os conselheiros Antiógenes Marques de Lira, Francisco José Sarmento de Azevedo e Luciano Chagas da Silva não terem indicado o senhor Maurício André Barros Pitta, ora requerente, ao cargo de Procurador, não significa violação ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais e administrativas.

Os Conselheiros componentes do Conselho Superior fundamentaram porque estavam votando nos nomes que indicaram para constituir a lista. Esta exigência de fundamentação não se confunde com uma suposta obrigação de os Conselheiros motivarem a não votação nos candidatos que não foram incluídos na lista.

Sustenta, ainda, o requerente possuir direito líquido e certo em ter seu nome inscrito na última lista tríplice, uma vez que fez parte de duas listas anteriores. Sugere existir um direito intangível à promoção, já que

não deu causa à interrupção da linha de consecutividade, à medida em que já figurou em duas listas tríplex anteriores.

Dispõe a legislação ser obrigatória a promoção de Promotor de Justiça que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em listas de merecimento.

O texto legal traz a interpretação de que um postulante à promoção por merecimento, obviamente, pode ter seu nome incluído em uma lista e, ainda assim, deixar de constar em lista subsequente. Ora, caso o Promotor de Justiça que tivesse composto duas vezes a lista tríplex de promoção adquirisse direito automático de ingressar na terceira jamais integraria a lista tríplex por cinco vezes, alternadamente, com o que se esvaziaria a disposição final do texto da lei.

Assim, o candidato que já figurou por duas vezes consecutivas em listas tríplexes, por merecimento, PODERÁ (facultatividade) figurar na terceira lista consecutiva elaborada pelos membros do Conselho Superior, de maneira que, caso o candidato venha a ser incluído na terceira lista, discricionariamente, pelos CSMP, agora sim, adquire o direito líquido e certo de ser promovido.

A interrupção da consecutividade não se opera no ato de formação da lista tríplex, mas entre o ato de inscrição do candidato e o procedimento para sua homologação.

Por fim, postula o autor o afastamento do Conselheiro Antiógenes Marques de Lira da sessão de escolha do ocupante do 7º Cargo de Procurador de Justiça Cível, tendo em vista que o mesmo encontrava-se emocionalmente envolvido com o firme propósito de fixar parâmetros de avaliação em critério de merecimento que não os consignados na legislação.

Entretanto, verifica-se que os votos proferidos pelo Conselheiro Antiógenes Marques de Lira revelam-se aderentes às prescrições emanadas desse Conselho Nacional para reger o processo de escolha de candidato à promoção por merecimento.

Por todo o exposto, constata-se a inexistência de qualquer indício que justifique a declaração de invalidade da decisão do Conselho Superior do Ministério Público alagoano que, em Reunião Ordinária realizada no dia 29 de abril de 2009, compôs a lista tríplex para o cargo de 7º Procurador Cível, bem como do Ato de Promoção nº 04/09 da lavra do

senhor Procurador-Geral de Justiça substituto, que promoveu, por merecimento, o Promotor de Justiça Eduardo Tavares Mendes, atual ocupante do cargo de Procurador-Geral de Justiça de Alagoas.

Por tais fundamentos, voto pela improcedência deste pedido de providências nº 307/2009-57. Após, proceda-se como de praxe e, transitado em, dê-se baixa e archive-se.

Brasília (DF), 15 de junho de 2009.

Paulo Freitas Barata
Conselheiro-Relator

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

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE ALAGOAS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, pelos Promotores de Justiça da Promotoria Coletiva de Controle Externo da Atividade Policial e da Fazenda Pública Estadual, abaixo subscritos, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, insertas no artigo 129, inciso II e III da Constituição Federal, artigos 25, incisos IV, alínea “a” e VI e 27, incisos II e III, ambos da Lei nº 8.625/93 e artigo 5º, inciso I da lei nº 7.347/85, vêm, perante Vossa Excelência propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face do **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, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas:

DO JUÍZO COMPETENTE

Estabelece o art. 2º da lei n. 7.347/85, Lei de Ação Civil Pública, que as ações reguladas nesse diploma legal deverão ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a demanda

Desta maneira, conforme será demonstrado pela narrativa dos fatos, revela-se transparente que as lesões aos direitos relatados ocorrem nesta Comarca de Maceió e, por conseguinte, o conflito jurídico haverá que ser aqui dirimido.

DA LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

Inicialmente, que se registre a viabilidade da presente ação civil pública para a obtenção do provimento judicial que se almeja no caso em tela.

O art. 129, inciso II, da Constituição Federal relaciona entre as funções institucionais do Ministério Público a de *"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"*.

Vale destacar que a ação civil pública como instrumento processual, previsto na Constituição Federal de 1988, embora não possa ser chamada de ação constitucional, possui, segundo a doutrina, um "status constitucional"; já que a Constituição insere a sua propositura dentre as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, II e III da Constituição Federal).

O inciso III, do mesmo artigo, atribui ao *Parquet* o dever de *"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia"*.

O art. 5º, da Lei de Ação Civil Pública, estabelece que "A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios (...)"

Já o art. 25, inciso IV, da Lei Federal n. 8.625/93, aduz expressamente que compete "ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

Além do mais, o art. 5º, inciso II, "e", da Lei Complementar n. 75/93, aplicável, de acordo com seu art. 80, subsidiariamente à Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados, Lei n. 8.625/93, prescreve

a obrigação do MINISTÉRIO PÚBLICO de **zelar pela observância dos princípios constitucionais da Segurança Pública.**

DOS FATOS

É de conhecimento público a lamentável situação da maioria das delegacias da cidade de Maceió. Os xadrezes frequentemente encontram-se superlotados e, além disso, em péssimas condições de salubridade e higiene, sem condição alguma para um ser humano sobreviver.

Diante das condições subumanas a que os presos provisórios estão submetidos, revela-se quase impossível sua recuperação, não sendo difícil imaginar que se trata de ambientes extremamente propícios para a degradação moral e psicológica destes custodiados, tendo em vista que ficam absorvidos por sentimentos de revolta, sendo o ambiente igualmente favorável à evolução de transtornos mentais.

Os 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 de Maceió, além da Deplan III, localizada na praia da Avenida, são casos exemplares de flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana dos presos, sendo patente a necessidade de interdição de tais espaços utilizados para custódia, consoante se pode constatar através de fotografias enviadas ao Ministério Público através do Ofício nº2263-09, DGPC-GD (doc. 01), do próprio Delegado-Geral de Polícia Civil e fotografias efetuadas *in loco*.

Na delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas – D.R.F.V.C., por exemplo, são identificadas condições absolutamente inadequadas no que se refere à higiene e salubridade.

Já os xadrezes do 2º, 3º e 22º Distritos Policiais da Capital estão constantemente superlotados, não havendo condições de os presos sequer deitarem para dormir, existindo, muitas vezes, presos que se vêem obrigados a se acomodar, de forma precária, dentro do próprio banheiro. O mau-cheiro do local é insuportável, sendo clara a falta de condições de higiene e salubridade. Além disso, a própria infraestrutura do prédio ameaça a vida dos presos, estando às paredes mofadas.

Em visita realizada por Promotores de Justiça responsáveis pelo Controle Externo da Atividade Policial na Delegacia do 2º Distrito da

capital, ocorrida no dia 25 de março do ano em curso, ficou constatada a total falta de condições de qualquer ser humano sobreviver em xadrezes, naquelas condições. Na ocasião da visita, havia 21 (vinte e um presos) no total, divididos em dois xadrezes, nos quais caberiam, no máximo, 8 (oito) presos.

Porém, por incrível por possa parecer, a referida delegacia já chegou a “acomodar”, sabe-se lá em que condições, até 27 (vinte e sete) presos, estando sempre superlotada, sendo este um motivo determinante do ambiente de nítida insatisfação e revolta por parte dos custodiados provisórios. Além, disso as celas do referido Distrito Policial não possuem uma aeração necessária nem luz solar, pois o pequeno espaço na parede das celas, por onde os presos podiam enxergar a luz do sol, foi tapado para conter as fugas.

O local dos xadrezes, da forma como se encontra, desprovido de qualquer condição de higiene, é propício para a propagação de bactérias e germes, cabendo destacar que, na ocasião da visita, alguns detentos manifestavam sinais de contaminação, refletido em episódios de prurido na pele. Não bastassem as condições insalubres de subsistência, os presos não têm direito sequer a três refeições garantidas, situação que se repete em todas as delegacias, ficando muitos deles com fome até a hora do almoço, que normalmente só ocorre após 1 ou 2 horas da tarde. Além, disso a própria estrutura dos xadrezes está ameaçada, as paredes são frágeis, mofadas, e os presos sofrem com o medo de que o teto desabe sobre suas cabeças. As imagens do local falam por si mesmas.

Em visita à DEPLAN III, ocorrida no dia 05 de maio do corrente ano, os membros do Ministério Público encontraram situação similar: nos dois xadrezes existentes havia dez presos em cada um amontoados em celas sujas, submetidos às condições mais precárias de vida (doc.02 e 03). A infra-estrutura do local é péssima, os xadrezes estão com infiltração (quando chove fica tudo alagado), as paredes estão mofadas e frágeis, revelando-se flagrante risco à vida dos presos, os quais se encontram – vale refrisar – sob a responsabilidade do Estado. Na ocasião, a pessoa responsável pela limpeza da área administrativa da referida Delegacia de Plantão chegou a mostrar um escorpião – foto em anexo - tendo dito que aquela descoberta não era algo incomum no local. Disse ainda que, quando chove, o esgoto transborda na parte interna da Delegacia, justamente em frente às celas do local.

Cabe destacar que a precária estrutura da Delegacia, além de se revelar um risco para os presos, deixa vulnerável a população, já que as instalações inadequadas e a fragilidade das paredes facilitam episódios de fuga, como a ocorrida no último dia 21 (vinte e um) de abril de 2009, ocasião em que 06(seis) presos fugiram através de um buraco feito na cela, conforme notícia jornalística em anexo (Doc. 04).

Em ofício tombado sob o nº 448/2009 – 2º DPC (Doc. 05), a delegada Ana Luisa Nogueira de Araújo, delegada plantonista por ocasião da fuga, ressaltou as precárias condições existentes na delegacia plantonista DEPLAN III, principalmente no xadrez, destacando que as paredes são de material frágil, construídas apenas com tijolo comum e reboco provavelmente feito com argila. Além disto, ressalta que há grades na parede de frente para as celas, sem nenhuma finalidade, o que facilita sobremaneira a ocorrência de fugas. Ela também registra a superlotação carcerária, o que prejudica os trabalhos da polícia judiciária.

No referido ofício, a mesma autoridade policial relata que informou a fuga ao diretor do DPJM e realizou oitivas dos policiais plantonistas, bem como colheu declarações dos presos que se encontravam na cela onde ocorreu o episódio. Além disso, também acionou uma equipe do instituto de criminalística para que fosse realizada a perícia no local.

Conforme Laudo Pericial nº 1109.09.09 (doc.06), do Instituto de Criminalística, elaborado pelo perito Dely Ferreira da Silva, o buraco feito na parte inferior do Xadrez II media 0,45m (quarenta e cinco centímetros) de largura por 0,65m (sessenta e cinco centímetros) de altura e teria sido realizado com o uso de água para umedecimento da parede, além de força física. O laudo ainda constata que os tijolos no piso e a grade de proteção da janela da cozinha facilitaram a fuga pela parede lateral, pois foram detectadas manchas de pegadas na parede, o que indica escalada. Esta parede dá acesso a um terreno baldio, o qual tem saída para a Rua Silvério Jorge, circunstância que permitiu que os presos se evadissem rapidamente do local.

Ressalte-se que, na ocasião da visita dos Promotores de Justiça, o Xadrez I estava trancado com uma algema, devido à falta de cadeado, o que reflete a insegurança e precariedade no funcionamento da delegacia.

Ora, diante das péssimas condições a que os presos estão submetidos, não é raro ocorrerem tentativas de fuga.

Os presos provisórios são tratados em circunstâncias piores do que às infligidas a qualquer animal, sendo vistos como escórias da sociedade, verdadeiros lixos humanos, sendo que referido tratamento desumano só provoca mais revolta, fazendo com que, amanhã, estejamos devolvendo à sociedade verdadeiros monstros.

Inspecções sanitárias realizadas nos meses de abril e maio de 2009 nas delegacias de Maceió (doc.07) revelam diversas irregularidades em várias Delegacias, estando em situação lamentável as Delegacias do 2º, 3º, 22º Distrito da Capital, bem como a Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos da Capital.

No relatório de inspeção sanitária relativo à Delegacia do 22º Distrito Policial da Capital, datado de 16 (dezesesseis) de abril de 2009, foram constatadas várias irregularidades, podendo-se citar:

1. portão com ferrugem e rachadura;
2. muro com rachadura;
3. necessidade de pintura nas 3 (três) celas;
4. a terceira cela está com ralo quebrado;
5. as celas estão superlotadas e com péssima ventilação, favorecendo a propagação de doenças.

Na inspeção sanitária efetivada na D.R.F.V.C, feita em 28.04.09, foi constatado:

- falta de limpeza do prédio;
- fossa estourada no pátio;
- celas com fossa cheias, sem lâmpadas;
- comida dos detentos em condições impróprias para o consumo;
- e
- infiltrações na parede.

Na inspeção sanitária da Delegacia do 2º Distrito da Capital, feita em 06.05.09 foi constatado:

1. mofo e infiltração em todos os cômodos;
2. telhados necessitando de reparos;
3. portas quebradas e fechaduras com defeitos;

4. **lâmpadas queimadas e ausentes;**
5. forro no corredor desabando;
6. **descargas dos banheiros quebradas;**
7. **paredes com rachaduras, infiltração, mofo e rede elétrica danificada dentro das celas.**

Já na inspeção à Delegacia do 3º Distrito da Capital, feita em 17.04.09, foram constatadas as seguintes irregularidades:

- pintura estragada,
- **banheiro com descarga quebrada e vaso sanitário sem assento e sem tampa;**
- banheiro servindo de depósito para armazenamento de combustíveis em tambores, pondo em risco a segurança do local;
- celas sem lâmpadas e sem energia elétrica;
- **sanitário sem descarga e paredes sem pintura.**

Tais condições desumanas a que os presos estão submetidos, apesar de prejudicarem mais diretamente a vida e a saúde física e mental dos próprios presos, acabam por produzir reflexos em toda a sociedade, sendo esta prejudicada indiretamente, na medida em que os presos não recebem, por parte do Estado, condições para que se ressocializem nesse ambiente, e a prisão acaba fortalecendo ainda mais a criminalidade, considerando que os custodiados acabam transtornados com tal situação.

Destaque-se que as péssimas condições de infra-estrutura das delegacias, ao facilitar a ocorrência de fugas, deixam vulnerável toda a população, principalmente a que reside nas áreas próximas às delegacias, causando temor aos cidadãos comuns, já tão assustados com a onda de criminalidade que assola a capital alagoana.

A título de exemplo, em reportagem publicada no periódico “O Jornal, datada em 07.06.09 (doc. 08), um preso identificado como JAILSON LOPES, preso provisoriamente há 3 meses, assim relata sua tortura diária:

Aqui dorme um por cima do outro. Teve um de nós que armou uma rede, pois, caso contrário, iria dormir em pé.

A reportagem ainda descreve:

além da superlotação, a estrutura do local é a pior possível. Paredes com rachaduras, água de esgoto correndo pelo chão, grades que parecem que vão cair a qualquer momento, de tão velhas... Os últimos que fugiram daqui não precisaram cavar nada, apenas deram um soco na parede, *contou, com ar de deboche, um agente que preferiu não se identificar.*

Diante da flagrante violação dos direitos humanos dos presos e, por conseguinte, do descaso do Estado com tais indivíduos privados de liberdade, não resta outra saída a este órgão a não ser buscar a tutela jurisdicional para resguardar a garantia dos direitos fundamentais desses seres humanos, buscando a interdição dos xadrezes das citadas Delegacias, tendo em vista a total falta de condições de abrigarem custodiados, buscando-se, com isso, garantir aos presos as mínimas condições de vida digna, já que nenhum custodiado pode ser condenado a viver como um "rato", sobretudo quando se tem em conta que a única restrição que lhe foi juridicamente imposta atinge a sua liberdade.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art.1º, inciso III, institui a dignidade da pessoa humana como o principal fundamento para a concretização do Estado Democrático de Direito, sendo tal princípio verdadeiro norte para todo o sistema jurídico brasileiro, fundamental para a construção de uma sociedade solidária e justa. Nesse sentido, não há que se admitir qualquer afronta à sua efetivação.

Entretanto, diante das condições subumanas a que os presos provisórios estão submetidos nas Delegacias de Polícia inspecionadas, forçoso é reconhecer flagrante desrespeito a tal princípio, em face do total descompasso entre a realidade das delegacias e o que prega a Constituição Federal. Assim, tais presos provisórios, nessas condições, já se encontram apenados antes mesmo de serem sentenciados, submetidos a penas muito superiores aquelas legalmente permitidas, posto que expostos a verdadeiro tratamento cruel e degradante, insuscetível de atender às mínimas condições que possam refletir uma existência humana digna.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais individuais, preconiza que nenhum preso será submetido a tratamento desumano e degradante

(art.5º, III), assim como nenhum preso poderá ser submetidos a penas cruéis (art.5º, XLVII).

Todavia, é exatamente o oposto que podemos constatar na realidade das referidas Delegacias. Não há tratamento mais desumano e cruel do que submeter um preso provisório a viver em um local superlotado, sem espaço nem para dormir, mal-cheiroso, sem nenhuma condição de higiene ou salubridade, sem aeração e, muito menos, luz solar em intensidade adequada.

Como se não bastasse, a Constituição de 1988 garante aos presos o direito à integridade física e moral, integridade esta flagrantemente violada, diante das atuais condições que são impostas, pelo Estado, aos custodiados provisórios.

Além de violar a Constituição Federal, as condições a que os presos estão submetidos agridem também leis infraconstitucionais, sendo clara a violação às normas estabelecidas na Lei de Execuções Penais, ou seja, lei nº 7210/84, a qual também é aplicável aos presos provisórios. Referida lei prescreve, em seus artigos 2º, parágrafo único, 3º, “caput”, 10 e seguintes:

Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.[...]

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A Assistência será:

- I – material;
- II – à saúde;
- III – jurídica;
- IV – educacional;
- V – social;
- VI – religiosa.

Art. 12. A Assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Também, os arts. 40 e 41, da Lei nº 7.210/84 preveem disposição no mesmo sentido:

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos dos presos:

(...)

VII – Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

Os direitos expostos no art.41, por força do art. 42 da mesma lei, também são aplicáveis aos presos provisórios.

O art. 104 da Lei de Execuções Penais dispõe que as cadeias públicas devem observar na construção as exigências mínimas referidas no art. 88 e em seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de seis metros quadrados.

Diante da realidade a que os presos estão submetidos, resta clara a não concreção das regras dispostas em tais dispositivos legais, não havendo assistência necessária do Estado aos presos, de forma que se possa prevenir o crime e orientar o encarcerado a um adequado retorno ao convívio social.

As condições mínimas para o alojamento dos presos não estão sendo cumpridas, não havendo salubridade, aparelho sanitário e lavatório adequados, regras que valem não apenas para às celas dos presos condenados, mas também para os presos provisórios que ficam nos xadrezes.

A ausência de tais requisitos básicos afeta a integridade física e moral do preso, além de comprometer o direito social à saúde a que todos têm direito e, consequentemente, o direito à vida. O direito à saúde encontra-se assegurado na Lei de Execuções Penais, a partir de previsão constitucional, especificamente no *caput* do artigo 6º, CF, restando fixado o dever do Estado de prestá-la de forma adequada, conforme preleciona o artigo 196 da CF/88. Enquanto direito fundamental de perfil social, possui aplicabilidade imediata, por força do artigo 5º, §1º, da Constituição do Brasil de 1988. A propósito, o §2º

do mesmo artigo 5º da CF vai mais além, deixando claro que o rol de direitos fundamentais previsto no art. 5º da Magna Carta não é taxativo, não excluindo outros decorrentes do regime, dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

A interpretação que melhor se adapta ao sentido da Constituição de 1988 deve incluir como fundamentais os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, com *status* de verdadeira cláusula pétrea. Segundo Ingo Sarlet,

a função precípua das assim denominadas 'cláusulas pétreas' é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição (...) constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 363.

Além disso, deve-se destacar que o direito à saúde faz parte do mínimo existencial, ou seja, revela-se essencial para que qualquer pessoa possa ter uma vida digna. Ocorre, porém, que o poder público trata os presos como "párias da sociedade", pois a grande maioria das pessoas os enxerga como algo que necessita ser banido do mundo, que deve ser esquecido e, assim, admite-se com naturalidade, no senso comum da sociedade, que tais pessoas se submetam a sofrimentos no cárcere. De fato, a maioria da sociedade realmente esquece os presos, excluindo-os do conceito de cidadania, ou por outra, pensa que eles fazem jus às condições a que estão submetidos, já que teriam agido por livre arbítrio, sendo, portanto, merecedores do tratamento que lhes é dispensado pelos agentes do Estado.

O pensamento de muitos é que, se o Estado não garante de forma adequada o direito à saúde e à existência digna sequer ao cidadão "de bem", que sofre com a ausência de assistência médica, de educação, de emprego, de moradia, não está obrigado a garantir tais direitos às pessoas que supostamente desrespeitaram as leis e que, portanto, atingiram valores juridicamente tutelados, quebrando o contrato social.

Cabe destacar que o sistema penal no Brasil e, especificamente, em nosso Estado, é seletivo. Do mesmo modo, faz-se forçoso reconhecer que aqueles que sofrem com o descaso nas prisões, em sua grande maioria, já padeciam do lado de fora, com a miséria, a falta de

oportunidades, a exclusão social. Assim, a imposição de tratamento cruel à população carcerária, especificamente aos presos provisórios, só faz aumentar a indignação de tais pessoas para com o Estado, em nada contribuindo para a diminuição da criminalidade.

Diante disto, é preciso uma mudança de perspectiva, que resgate o respeito aos direitos dos presos, sendo tal mudança de paradigmas extremamente importante para a efetivação da possibilidade de reintegração do egresso das carceragens à sociedade e para o combate à marginalização, sendo de responsabilidade do Estado a tutela dos direitos dos presos.

Seres humanos devem ser tratados como seres humanos onde quer que estejam, e jamais como um amontoado de lixo. Não é porque os presos estão privados do direito à liberdade que podem ser desapossados de todos os direitos, mas somente daqueles que se mostrarem incompatíveis com o cerceamento do direito de ir e vir.

Diante de tamanho descaso do Estado, cumpre ao Poder Judiciário determinar a efetivação de tais direitos e ainda, incumbe aos operadores do direito, advogados e Ministério Público, lutar e promover ações para resguardar os direitos destes seres humanos. Não cabe ao Judiciário apenas reproduzir leis, mas zelar pela plena aplicabilidade dos direitos, pela exequibilidade dos regramentos legais postos, sobretudo quando possuem estatura constitucional.

Tal função do Judiciário em nada ofende a separação dos Poderes. Nesse sentido, ressalta Eros Roberto Grau:

[...] cumpre tão somente lembrar que além de o Legislativo não deter o monopólio do exercício da função normativa, mas sim, apenas, da função legislativa, já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular. O Poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuaria como obstáculo a sua exequibilidade” (In MALISKA, Marios Augusto apud EROS ROBERTO GRAU. O Direito à Educação e à

Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio. Fabris Editor, 2001, p. 107 e 108.

Ainda, Flávia Piovesan assevera que a norma do art. 5º § 1º da Constituição Federal

impõe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. *In* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 64.

Assim, deflui-se que, lutando pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, o Judiciário nada mais faz do que aplicar a justiça, atendendo aos fins sociais constitucionalmente previstos. Deve-se ainda destacar que o direito à igualdade não está sendo garantido aos presos, pois os mesmos, independentemente de quaisquer atos que tenham praticado, são seres humanos e como tais merecem ser tratados, tendo-se em conta que o próprio ordenamento jurídico pátrio veda expressamente a imposição de qualquer sofrimento físico ou psíquico aqueles que infringem a lei. Ao contrário, é preciso garantir os direitos básicos essenciais a que todos têm direito e, especialmente, preservar minimamente a auto-estima dos custodiados, os quais se encontram sob a responsabilidade do Estado, a fim de que possam resgatar a esperança de reconstruírem suas vidas, pautados nos valores sociais vigentes.

O respeito à integridade física e moral de todos constitui-se em direito público subjetivo, não podendo o indivíduo dele abdicar, sendo, por outro lado, defeso ao Estado violentar tal direito. Opostamente, compete ao Estado zelar pela vida de todos aqueles que estão sob sua custódia, podendo ser responsabilizado pela violência e desrespeito a direitos do preso.

A jurisprudência brasileira vem reconhecendo, sistematicamente, a responsabilidade do Estado no que se refere ao respeito à incolumidade física, psíquica e moral dos encarcerados. Senão vejamos:

• Apelação Cível. Falecimento de custodiado em Penitenciária. Responsabilidade do Estado. Teoria da Falta do Serviço. Culpa Genérica do Serviço Público. Precedentê do STF. Danos morais. Manutenção do valor de alçada. Razoabilidade da fixação.

Precedentes do STJ. Comprovação de sustento da família pelo falecido antes e durante o cárcere. Pensionamento mensal devido aos descendentes. Arbitramento de honorários advocatícios. Condenação da Fazenda Pública. Conformidade com os critérios previstos nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.I - Responsabiliza-se o Estado pelo assassinato de preso em suas unidades prisionais, incumbindo-lhe zelar pela integridade física dos encarcerados, por aplicação da teoria da falta do serviço, consoante precedente do STF.II - Impõe-se a manutenção do quantum arbitrado a título de indenização por danos morais, razoavelmente arbitrados, conforme orientam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.III - Cabe ao ente estatal, responsável pelo falecimento do custodiado, que sustentava, comprovadamente, a sua família, antes e durante o cárcere, pensionar seus descendentes até a idade em que completem a maioridade.IV - Mantém-se o arbitramento dos honorários advocatícios fixados em conformidade com os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.V - Em sede de Reexame Necessário, incumbe-nos confirmar a sentença, diante da prova coligida aos autos e da avaliação acertada realizada pelo juízo a quo. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. (APELAÇÃO CÍVEL nº 4075/2008, 2ª Vara de Assistência Judiciária de Socorro, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. CLARA LEITE DE REZENDE, Julgado em 22/09/2008)

Além dos ordenamentos jurídicos já citados, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1945, ratificada pelo Governo Brasileiro em 1992, prevê em seu artigo seu art. 5º, itens 1 e 2, o seguinte:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. **Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano** – grifo nosso.

No mesmo sentido, textos internacionais dão conta de tal direito: Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5º), Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (art. 7º), Carta das Nações Unidas (art. 55), Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas

Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia Geral em 09.12.75.

A defesa dos direitos dos presos representa, em verdade, a defesa de toda a sociedade, de uma sociedade que se reconhece livre, justa e solidária; é a defesa do combate à marginalização e à miséria, objetivos previstos no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. Reflete a defesa e valorização do ser humano e da própria democracia.

Diante disso, tem o Ministério Público o papel de fiscalizar às condições a que os presos estão submetidos, de zelar pela efetivação dos seus direitos, garantindo-se que sejam tratados como seres humanos. Compete ainda ao Órgão Ministerial fiscalizar os recursos públicos destinados à segurança pública e exigir a observância aos princípios constitucionais e a melhoria das condições de sobrevivência para aqueles privados de liberdade.

Em casos de patentes violações aos direitos humanos, sendo necessária a adoção de medidas mais rigorosas, e não surtindo efeitos mecanismos informais voltados à garantia de tais direitos, não resta ao Ministério Público outro recurso a não ser a propositura de ações judiciais, quer Ações Cíveis Públicas cominatórias, quer voltadas à responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa ou ainda, denúncias criminais, fazendo valer sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante previsto no art. 127 da CF/88.

Diante de todos os fundamentos jurídicos citados, resta flagrante o desrespeito aos direitos humanos dos presos e a normas nacionais e internacionais que disciplinam a matéria, revelando-se necessária, portanto, a **interdição dos xadrezes das Delegacias de Polícia indicadas**, tendo em vista as péssimas condições de vida a que os presos estão submetidos, com privação de todos os seus direitos, pondo-se em risco, inclusive, o maior de todos eles, que é o direito à vida.

DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

No caso *sub examine*, impõe-se a concessão de medida liminar, nos termos do art. 12, da Lei nº 7.437/85, vez que se encontram presentes os pressupostos para o seu deferimento. Em verdade, o que se

busca é a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, nos termos do art. 273, I, do Código de Processo Civil:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;"(...).

A verossimilhança das alegações está caracterizada, portanto, pela plausibilidade dos elementos aqui aduzidos e fundada na prova inequívoca do direito postulado o que, no caso em espécie, traduz-se pelas fotos e documentos que demonstram e relatam, respectivamente, as condições desumanas a que os presos estão submetidos, ficando constatada a falta de condições mínimas que assegurem a integridade física e moral dos custodiados.

Referida verossimilhança das alegações resta igualmente configurada, conforme exaustivamente exposto acima, nas provas do não cumprimento do dever do Estado, que é obrigado a resguardar os direitos dos presos, respeitar a integridade física e moral, e fornecer condições de vida adequadas que não violem a dignidade da pessoa humana. A realidade é que os presos encontrados nas Delegacias de Polícia em questão, como já exaustivamente exposto, estão submetidos a precárias condições de vida, encontrando-se em estado de verdadeiro abandono, cabendo destacar que os xadrezes das delegacias estão sem estrutura adequada para comportar os presos e garantir a sua segurança e da sociedade que vive em seu entorno.

Diante da situação narrada, não resta outro meio de resguardar a dignidade humana dos presos e garantir a segurança pública, a não ser por meio da tutela jurisdicional.

O *periculum in mora*, o perigo de causar um dano irreparável, é aqui verificado, pois, caso a interdição dos xadrezes das Delegacias 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 ressocialização dos presos, não só dos que lá estão, como dos demais, que continuam a ser enviados diariamente para os referidos xadrezes, agravando ainda mais as condições de vida dentro

daquela unidades, utilizadas pelo Estado, de forma precária, para custódia.

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 antecipatório da tutela de mérito.

Assim, presentes todos os requisitos exigidos para a concessão do provimento antecipatório, requer a Vossa Excelência, seja deferida medida liminar concedendo a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, nos exatos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, 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.

DA IMPOSIÇÃO DE MULTA

O art. 461, § 4º do Código Civil Brasileiro autoriza expressamente a imposição de multa diária para o caso de descumprimento do comando judicial contido na sentença ou na decisão que antecipe a tutela.

A multa diária não tem caráter ressarcitório ou compensatório, devendo ser cominada toda vez que se evidenciar sua utilidade, ainda que mínima, para influenciar a vontade do réu.

A jurisprudência pátria já firmou entendimento no sentido de que é possível a imposição de multa, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência pátria já firmou entendimento acerca da interdição de carceragens no caso de flagrante violação da dignidade da pessoa humana dos custodiados, conforme segue transcrito:

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)

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer o Ministério Público:

1. A autuação da presente ação e dos documentos acostados que ora a instruem, bem como o seu recebimento e processamento nos termos da lei pertinente;
2. 'Presentes a *verossimilhança do direito* e o *periculum in mora*, que seja concedida liminarmente a tutela específica requerida, determinando-se :

2.1 A **INTERDIÇÃO imediata 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, situada no bairro de Jaraguá,**

2.2 Que o requerido, no **prazo improrrogável de 10 (dez) dias,** leve a efeito obrigação de fazer, consistente na **transferência dos presos custodiados nas referidas Delegacias para estabelecimentos que atendam às exigências legais referidas nos presentes autos, especialmente aquelas concernentes a adequadas condições de higiene, salubridade, iluminação, aeração, capacidade física e segurança, 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;

2.3. Que, em havendo novas ocorrências policiais, no curso da demanda, o requerido, levando a efeito obrigação de não fazer, **abstenha-se 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;

2.4 Que a autoridade policial, nos casos de prisões em flagrante e preventivas que guardem relação com as atribuições afetas às Delegacias referidas no item 2.1) acima, proceda à remessa dos custodiados a outras unidades de polícia mais próximas ou ao próprio sistema prisional, até que possam ter sido realizadas reformas nas instalações dos xadrezes das referidas unidades de polícia ou a construção de novas unidades de carceragem, a serem periciadas e submetidas a ulterior apreciação judicial, nos presentes autos.

3. A citação do requerido, na pessoa de seu representante legal, para responder aos termos da presente ação, sob pena de produção dos efeitos da revelia;

4. Seja dada ciência da propositura da presente ação, através da remessa de cópia desta petição e das peças de informação que a instruem, aos Poderes Executivo e Legislativo locais, bem como à IGESP – Intendência Geral do Sistema Penitenciário, comunicando-se, de imediato, o teor da decisão judicial prolatada, ao Secretário Estadual de Defesa Social, bem como ao Delegado-Geral de Polícia Civil do Estado;

5. A produção de todas as provas necessárias à demonstração do alegado, especialmente inspeção judicial, a fim de serem observadas as condições em que vivem os presos na área da carceragem das Delegacias desta Capital, especificamente as referidas na presente demanda, protestando pela produção de

provas documentais, bem como, pela oitiva de testemunhas, cujo rol oportunamente será apresentado;

6. A **procedência** dos pedidos, sem prejuízo das demais cominações legais, para:

6.1) Condenar o requerido à obrigação de fazer, consistente na realização, pelo Estado, no **prazo de 120(cento e vinte) dias**, de obras necessárias à garantia aos detentos, que se encontrem encarcerados em Delegacias de Polícia da Capital, de adequadas condições de higiene, aeração, saúde e segurança nos exatos termos do que dispõem os arts. 1º, inciso III, e 5º, inciso III, da Constituição da República c/c os arts. 88 e 104 da Lei nº 7.210/84, **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;

6.2) Condenar o requerido à obrigação de não fazer, consistente em **se abster de utilizar as dependências de Delegacias, após o prazo fixado no item 6.1), acima**, em desacordo com o que determinam os arts. 1º, inciso III, e 5º, inciso III, da Constituição da República c/c os arts. 88, 102 e 104 da Lei nº 7.210/84, **sob pena de multa diária de R\$ 10.000 (dez mil reais) e de R\$2.000,00 (dois mil reais) para o Secretário de Defesa Social**, a serem corrigidos pelo índice oficial em vigor, devendo ser revertida em favor do Fundo Penitenciário Estadual criado pela Lei nº 11.402/94.

DAS PROVAS

Protesta provar o alegado principalmente por meio de provas documentais, sem prejuízo dos demais meios de prova em direito admitidos, que ficam desde já protestados e requeridos.

DO VALOR

Dá-se a causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para efeitos meramente fiscais.

Nestes termos,
Pede Deferimento

Maceió, junho de 2009

FLÁVIO GOMES DA COSTA NETO

Promotor de Controle Externo da Atividade Policial e Investigações
Especiais

JAMYL GONÇALVES BARBOSA

Promotor da Fazenda Pública Estadual

KARLA PADILHA REBELO MARQUES

Promotora de Controle Externo da Atividade Policial e Investigações
Especiais

CÍNTIA MARIA TOJAL PIRES

Estagiária

Procedimento Administrativo nº. 2160/2008.

Interessado: Vereador do Município de Maceió Thomaz Beltrão.

Assunto: Requerimento para instauração de Inquérito Civil Público para apuração de responsabilidades pela não Regulamentação da Lei nº. 5.697/2008 e promoção dos direitos para todos os beneficiários da referida lei.

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DE PROJETO DE LEI APROVADO POR CÂMARA MUNICIPAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS NÃO AFETADOS. PELO CONHECIMENTO E ARQUIVAMENTO DO FEITO.

- O mandado de injunção somente se presta a fazer valer um direito previsto em norma constitucional, cujo exercício é inviabilizado pela falta de sua regulamentação.
- A Carta Política vigente não contemplou a matéria regulamentada no projeto de lei municipal como garantia constitucional.
- O mandado de injunção não se revela remédio idôneo para aplicação de qualquer omissão legislativa, mas, tão-somente, para aquela que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais.
- Prejudicado o objeto de irresignação, o arquivamento mostra-se imperioso.

VOTO DIVERGENTE -

Constituição Federal

Art. 5º (...)

Inciso LXXI – **conceder-se-á mandado de injunção** sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o **exercício dos direitos e liberdades constitucionais** e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Eminente Presidente;

Colendo Conselho;

Através do presente voto divergente, manifesto-me contrariamente ao voto emitido pelo eminente Procurador de Justiça doutor Antiógenes Marques de Lira, pugnando, portanto, pela homologação da promoção de arquivamento feita pelo eminente Promotor de Justiça Marcus Rômulo de Mello.

Cuida o presente Procedimento Administrativo de pedido de instauração de Inquérito Civil Público, feito pelo Vereador de Maceió Thomaz Dourado de Carvalho Beltrão, para apurar responsabilidades pela não edição de norma Regulamentadora da Lei Municipal nº 6.697/2008 bem como promover direitos a todos os beneficiários da referida lei.

Segundo consta dos autos, o Vereador pelo Município de Maceió, acima nominado, quando no exercício do cargo, apresentou projeto de lei, beneficiando com isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, os proprietários de imóveis encravados no Município de Maceió portadores de doenças graves incapacitantes e os doentes em estágio terminal irreversível, desde que destinados exclusivamente ao uso residencial.

Dito projeto de lei foi aprovado pela Câmara de Vereadores de Maceió, transformando-se na Lei Municipal nº 5.697, de 14 de maio de 2008.

Ocorre, senhores Conselheiros, que até a presente data não foi editada norma que regulamente referida lei, o que motivou o senhor Thomaz Beltrão a fazer a presente Representação para os fins de direito.

A Representação foi endereçada a sua Excelência o Procurador-Geral de Justiça que, tendo em vista sua ilegitimidade para agir em casos que tais, remeteu-a a Promotoria de Justiça Coletiva da Fazenda Pública Municipal que se manifestou por seu arquivamento, por entender não se tratar de situação amparada pela Lei de Ação Civil Pública.

Remetidos os autos a este egrégio Conselho, objetivando a apreciação de arquivamento, foram os mesmos distribuídos ao eminente Procurador de Justiça, doutor Antiógenes Marques de Lira, para atuar na qualidade de Relator, tendo o mesmo esposado o entendimento do

Promotor de Justiça no que se refere à inexistência de fundamento para a propositura de Ação Civil Pública, entendendo, no entanto, que, *in casu*, a matéria pode ser discutida em Mandado de Injunção, nos termos insculpidos no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, votando, pois, pela devolução do Procedimento à Promotoria de Justiça de origem para ser estudada a possibilidade de propositura de um Mandado de Injunção.

Com a devida vênia, senhor Presidente, entendemos equivocada a interpretação dada pelo douto Relator, posto que o Mandado de Injunção somente se presta a **fazer valer um direito previsto em norma constitucional, cujo exercício é inviabilizado pela falta de sua regulamentação.**

Como é sabido, o Mandado de Segurança Coletivo e o Habeas Data são criações originais da Carta Política de 05 de outubro de 1988. Assim, concomitantemente, surge o instituto do Mandado de Injunção, jamais cogitado antes em nosso direito, quer entre regras jurídicas constitucionais; quer entre as regras jurídicas ordinárias, principiando a surgir trabalhos em livros, e, em numerosos artigos doutrinários. Nesse sentido, na mesma linha de outros *remedia iuris*, o vocábulo empregado é o mesmo – *conceder (conceder-se-á habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, conceder-se-á habeas data)*.

Nessa esteira, é de se dizer, como bem afirmou Hely Lopes Meirelles, *in* MANDADO DE SEGURANÇA, editora Malheiros, que o **“Mandado de Injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – CF, 5º, LXXI”**. Portanto, o objeto do referido remédio constitucional é a **proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais**, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes.

O artigo 5º, inciso LXXI de nossa Carta Magna menciona a expressa **“falta de norma regulamentadora”**. **A falta de norma regulamentadora tornaria inviável o exercício dos direitos e**

liberdades constitucionais. Antes de tudo, no entanto, é necessário fixar o sentido da expressão “norma regulamentadora”. Norma, aqui, tem um só sentido: regra jurídica ordinária. Nunca a acepção de regulamento, pois, Regulamento é norma regulamentadora de lei ordinária. Trata-se, portanto, de ato administrativo geral da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Não existe regulamentação da Constituição. O que existe são leis que complementam a regra jurídica constitucional, leis que a própria Constituição determinou que fossem ulteriormente editadas pelo legislador ordinário, para fins de fazer valer, em sua inteireza, direitos constitucionalmente assegurados.

Depreende-se, portanto, que os **pressupostos** para o cabimento do **Mandado de Injunção** são, cumulativamente: **a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito.**

Destarte, ausente um destes dois pressupostos, o caso não será de Mandado de Injunção.

Assim o Mandado de Injunção não se revela remédio idôneo para aplicação a qualquer tipo de omissão legislativa, mas, tão-somente, para aquela que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais. Não serve, por exemplo, para obter a regulamentação dos efeitos de Medida Provisória rejeitada (STF, MI n. 415-4, Rel. Min. Octávio Gallotti, ADV 1993, ementa 62.273).

Portanto, de modo geral, pode-se dizer que o Mandado de Injunção não se presta a resolver controvérsias baseadas em normas em vigor, mas apenas e tão-somente a possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente (STF, MI n. 14-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 128/2; MI n. 388-2-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, RT 708/219).

Por fim, o direito resguardado pela via do Mandado de Injunção é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação. Se a Carta Política simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo, o Mandado de Injunção é juridicamente impossível (STF, MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RT 677/235; MI nº 444-7-MG, Rel. Min. Sydney Sanches, ADV

1994, ementa 67.809; MI nº 425-1-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, ADV 1995, ementa 68.804).

Não contemplou a Carta Política vigente a possibilidade de isenção de Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, para imóveis cujos proprietários sejam portadores de algum tipo de doença grave incapacitante ou que se encontrem em estágio terminal irreversível.

Como se vê, nobres Conselheiros, *in casu* é incabível a impetração de Mandado de Injunção, posto que não se trata de um direito constitucional relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania.

Para ilustrar, transcrevemos dois artigos extraídos do site *Wikipédia*, a enciclopédia livre, vejamos:

O mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição do Brasil de 1988, é um dos remédios-garantias constitucionais, sendo, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), uma ação constitucional usada em um caso concreto, individualmente ou coletivamente, com a finalidade de o Poder Judiciário dar ciência ao Poder Legislativo sobre a omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Possui efeito muito semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) por Omissão, diferenciando-se desta essencialmente por ser usado num caso concreto, sendo aquela uma das formas de controle concentrado no STF (que pode ocorrer sempre que uma das partes legitimadas pelo artigo 103 da Constituição Federal alega que uma lei ou um ato normativo federal ou estadual, em tese, é incompatível com a Constituição - ADIn; quando alegam que lei ou ato normativo federal é compatível com a Constituição - ADC; ou há ausência de norma regulamentadora prevista na CF/88 - ADIn por omissão). Há ainda, como modalidade concentrada de controle de constitucionalidade, a ADIn interventiva, analisada pelo STF por requisição do Procurador Geral da República, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando há violação de preceito fundamental, inclusive de lei municipal e lei anterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Já outros, alegando a origem no Direito anglo-saxônico, dizem que se trata de uma ação constitucional que autoriza o juiz a

colmatar, num caso concreto, uma omissão no sistema normativo que torne inviável o exercício dos direitos e das garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Visão geral

O mandado de injunção é fundamentado no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.038/90, no seu artigo 24. Conceitua-se por ser um remédio constitucional à disposição de qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício de seus direitos, liberdades e garantias constitucionais. Ou seja, é para suprir a falta de uma lei.

Tem como natureza jurídica ser uma ação constitucional de caráter civil e de rito sumário. O pressuposto para a ação é não haver regulamentação sobre o direito constitucionalmente garantido. Cabe exclusivamente contra o poder público, pois tem que haver omissão deste em relação a legislar sobre esse direito.

Não cabe: quando o direito não for garantido pela Constituição; contra lei infraconstitucional; quando a omissão for suprida por projeto de lei ainda não aprovado pelo Congresso Nacional; ou quando houver norma regulamentadora, ainda que omissa (há correntes contrárias quanto a esse último item).

A declaração de existência da omissão caracteriza a mora a favor do impetrante, sendo ordenado ao Legislativo que a conserte, sem procedimentos ou prazo para regularização. Compete julgar o mandado de injunção àqueles compreendidos no artigos 102, 105, 121 e 125 da Constituição Federal.

Não é admitido liminar nessa ação porque têm-se que esperar a resposta do órgão julgador em dizer se existe a omissão ou não quanto à norma. Os procedimentos para a ação são os mesmos cabíveis no mandado de segurança, no que for legal.

O mandado de injunção é declaratório e mandamental. Declaratório porque reconhece a omissão e mandamental porque o julgador manda a quem tem competência legislar sobre o assunto, regulamentando-o.

Quanto ao mandado de injunção coletivo, o mesmo é cabível no que for cabível o mandado de segurança, no qual as entidades impetrantes visam a garantir os direitos omissos de seus associados.

Competência

A competência para processamento e julgamento do mandado de injunção irá ser definida conforme a autoridade responsável pela edição da norma faltosa.

Desta forma, será originariamente competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento do mandado de injunção, quando a edição de norma regulamentadora for de competência do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma das Casas Legislativas Federais, do Tribunal de Contas da União, de qualquer dos Tribunais Superiores, inclusive, o Supremo Tribunal Federal;

Em se tratando de recurso Ordinário, também será competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento do mandado de injunção, quando decidido em única instância pelo Superior Tribunal de Justiça ou ainda, em grau de recurso Extraordinário, quando a decisão proferida em sede de mandado de segurança contrariar a Constituição Federal.

Será originariamente competente o Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do mandado de injunção, quando a edição da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuado os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar, da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral.

As Justiças Estaduais também têm competência para julgar o mandado de injunção na forma prevista nas Constituições Estaduais.

Em Minas Gerais, por exemplo, compete ao Tribunal de Justiça, o julgamento do mandado de injunção, nos casos em que a edição da norma regulamentadora for de atribuição de órgãos estaduais ou de entidades da Administração Direta ou Indireta.

Aos juizes de Direito a competência para julgar o mandado de injunção existe quando a edição da norma regulamentadora for atribuição de Vereadores, de sua Mesa Diretora, do Prefeito ou de autarquia ou fundação criada pelo município.

MANDADO DE INJUNÇÃO – NOVAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal. É uma nova garantia trazida pela

Constituição promulgada em 1988, onde está enunciado da seguinte forma: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

É tido como um remédio constitucional, podendo ser impetrado pelos titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas carentes de normas regulamentadoras exigidas pela Constituição.

Deste raciocínio decorrem os pressupostos exigidos para o mandado de injunção: que não haja norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa e que o impetrante seja beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa. Sobre este último pressuposto, exemplifica José Afonso da Silva[1] “não pode reclamar acesso ao ensino fundamental quem já o fez antes. Não pode pleitear a garantia de relação de emprego quem está desempregado. Não pode pretender uma decisão judicial sobre aviso prévio proporcional quem não está empregado.”

Conforme Gisela Maria Bester[2], a função do mandado de injunção

“é fazer valer um direito previsto em norma constitucional, cujo exercício é inviabilizado pela falta de regulamentação. Logo, a norma criada pelo Poder Judiciário possui apenas efeito inter partes e não erga omnes, isto porque a função típica do Poder Judiciário não é a de legislar, muito menos em caráter geral e abstrato.”

Os artigos 102 e 105 da Constituição Federal tratam da competência para o processamento e conhecimento do mandado de injunção.

"Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

É também competente, para a apreciação do mandado de injunção, o STJ, competência essa estabelecida no artigo 105, inciso I, da alínea "h" da CF:

"Art. 105 – Compete ao Supremo Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originalmente:

(...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

Conclui-se que a competência para o conhecimento e julgamento do mandado de injunção cabe ao STF e STJ, dependendo da matéria.

A primeira corrente doutrinária sustentava que, diante da omissão do Legislativo em elaborar a norma integradora, deveria o Poder Judiciário regulamentar o dispositivo constitucional, editando a lei que vigoraria até que o Congresso Nacional exercesse sua atividade legiferante. Essa posição não prosperou face às inúmeras críticas que apontavam a eventual atividade legislativa do Poder Judiciário como uma ruptura a Teoria da separação dos poderes. A segunda corrente, apoiada pela doutrina majoritária, defendia a tese de que o Poder Judiciário deveria suprir a lacuna do Poder Legislativo nos limites do caso concreto. Ou seja, a norma constitucional seria aplicada em favor do impetrante independentemente de regulamentação geral, pois, segundo essa corrente, o mandado de injunção não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão.

No entanto, o STF adotou uma terceira corrente e sustenta que através do Mandado de Injunção apenas se obtém do Judiciário a notificação ao órgão omissor, constatando que este está incorrendo em omissão inconstitucional

O STF, em reiteradas decisões, tornou sem sentido o mandado de injunção, esvaziando sua utilidade, equiparando-o à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta equiparação torna-se visível no MI 107- DF, publicado no DJU de 21 de setembro de 1990, que traz em sua ementa o seguinte trecho:

"Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da Constituição

Federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício esta inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna). (...)”

Em 25 de outubro de 2007, o plenário do STF decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), dando ares de utilidade ao mandado de injunção.

O ministro Celso de Mello salientou que "não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.”

[1] Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores:, 2007.

[2] Bester, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2006.

Posto isto, por divergir do ilustrado Relator, voto pela homologação de arquivamento feito pelo douto Promotor de Justiça.

Maceió, 02 de outubro de 2009.

VICENTE FELIX CORREIA

Conselheiro