

Embargos Infringentes Interpostos pelo Ministério Público

Tribunal de Justiça

Exmo. Sr. Dr. Desembargador-Relator da Apelação Cível nº 1679/93 da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O *Ministério Público*, nos autos da Ação Popular promovida por *Waldir Balieiro Pacheco* em face do *Município e do Ilmo. Sr. Prefeito do Município de Barra Mansa*, vem interpor, na forma do artigo 530 do Código de Processo Civil, *RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES* ao V. Acórdão prolatado pela Egrégia 5ª Câmara Cível deste Tribunal no julgamento da Apelação Cível nº 1679/93, requerendo a V. Exa. se digne recebê-lo, com as razões anexas, e processá-lo na forma da Lei.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 1993.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Procurador de Justiça

Titular da 3ª Procuradoria de Justiça junto à 5ª Câmara Cível do
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro*

Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1679/93

Embargante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Embargados: Prefeitura Municipal de Barra Mansa
e o Ilmo Sr. Prefeito do Município de Barra Mansa

Razões Apresentadas Pelo Embargante

Eméritos Julgadores:

I - Breve Histórico

1. *Waldir Balieiro Pacheco* promoveu ação popular em face dos ora Embargados (Município e Ilmo. Sr. Prefeito de Barra Mansa). O Juiz de primeiro grau determinou que o autor popular emendasse a petição inicial para incluir no pólo passivo da relação jurídico-processual, como litisconsortes necessários, “os Vereadores que aprovaram o projeto de Lei, bem como os titulares de cargos comissionados” (fls. 42).

2. Decorrido o prazo e não cumprida a determinação judicial, o Juiz de primeiro grau indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, submetendo-o ao duplo grau de jurisdição (fls. 45).

3. O órgão do Ministério Público de primeiro grau apresentou recurso voluntário de apelação pretendendo a declaração de nulidade da sentença, porque proferida sem anterior intervenção do Ministério Público, notadamente para os fins previstos no artigo 9º, da Lei nº 4717, de 29.06.65.

4. Em segundo grau, a Egrégia 5ª Câmara Cível, por maioria de votos - Relator Des. Humberto Manes - negou provimento ao recurso, confirmando a sentença de primeiro grau (fls. 71/73), vencido o ilustre Des. Marcus Faver que provia o recurso para "cassar a sentença apelada e determinar a prévia intervenção do Ministério Público, nos termos do artigo 9º, da Lei nº 4.717/65" (fls. 76).

II - A Divergência. Os Fundamentos do Voto Vencedor

1. A divergência se cinge à resposta à seguinte indagação: deve ou não o Ministério Público ser intimado, para os fins previstos no artigo 9º, da Lei 4717/65, antes da extinção do processo, na hipótese do autor popular deixar de emendar a petição inicial para incluir no pólo passivo os litisconsortes necessários ?

6. O voto vencedor entendeu que não, com base nos seguintes fundamentos:

a) O artigo 294, do Código de Processo Civil, como fonte subsidiária da Lei que regula a ação popular, se aplica ao caso e "para isso não se exige a providência do artigo 9º, assinalado, nem a intimação pessoal do Ministério Público";

b) Não tem pertinência à hipótese a invocação do artigo 91 do Código anterior de Processo Civil, pois ele não trata do litisconsorte necessário e, também, não incide na apreciação dos pressupostos da petição inicial, mas sim no curso da lide.

III - A Solução Correta

1. Dispõe o artigo 9º, da Lei 4.717, de 29.06.65:

"Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no artigo 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 10 dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação". (grifos nossos.)

2. Pelo sistema do Código de Processo Civil anterior, que vigia quando editada a lei relativa à ação popular (Lei 4717/65), a absolvição da instância equivalia ao instituto processual, hoje conhecido como o da extinção do processo sem o julgamento do mérito (artigos 201/205 do Código de 1939 e artigo 267, do Código atual).

3. Assim, pelo Código anterior, tanto ocorria a absolvição da instância pelo descumprimento do artigo 91, que, sem dúvida aplica-se à hipótese, como também

nos casos de indeferimento da petição inicial (artigo 160 c/c artigo 201, do Código ab-rogado).

4. Nestas circunstâncias, ainda que se admitisse, como o ilustre Relator, inaplicável o artigo 91, do Código anterior, dúvida não existe, nem para ele, de que a petição inicial foi indeferida, hipótese, portanto, também sem qualquer dúvida, de absolvição de instância no antigo Código (artigo 160, c/c artigo 201). Se assim é, até porque está escrito na Lei, não há como evitar antes da extinção do processo em decorrência do mesmo indeferimento da petição inicial, a providência prevista no artigo 9º, da Lei que regula a ação popular.

5. Adite-se, que não discordamos do princípio lembrado pelo ilustre Relator de que o Código de Processo Civil é fonte subsidiária dos demais ordenamentos processuais, mas também, temos certeza que ele não discorda de outra regra conhecida: de que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil somente ocorre quando não existe regra própria na Lei especial, sendo elementar que aquele diploma não pode revogar dispositivo contido nesta última.

6. Nestas circunstâncias, havendo dispositivo expresso na Lei especial que determina a prévia intimação do Ministério Público antes da extinção do processo (absolvição de instância) em qualquer circunstância, inclusive em decorrência do indeferimento da petição inicial, é evidente que não se pode aplicar uma fonte subsidiária em detrimento da principal.

7. Aliás, a *mens legis* que inspirou a providência, especial, da prévia intimação do Ministério Público antes da extinção do processo no caso de ação popular é totalmente diversa daquela, comum, do Código de Processo Civil, que parece dispensá-la (outra discussão que foge ao âmbito deste recurso).

8. É justamente pela possibilidade conferida ao Ministério Público para transmutar-se de fiscal da lei em autor da ação popular que se exige a sua intimação antes que o processo seja extinto, qualquer que seja a sua fase.

9. Quis o legislador, pela relevância dos interesses em jogo na ação popular, sociais e indisponíveis, para garantir o equilíbrio entre um autor, simples cidadão, e as “forças” que sempre figuram no pólo passivo desta relação jurídica, que o processo não pudesse ser extinto por ato, ainda que omissivo do autor popular, sem que ficasse:

“assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro de 10 dias da última publicação (dos editais) feita, promover o prosseguimento da ação (artigo 9º, da Lei 4717/65).”

10. Apesar das razões acima expendidas serem absolutamente suficientes para o provimento dos Embargos ora interpostos, ainda assim e em homenagem ao ilustre Relator do voto maior, a quem nutrimos profunda admiração e respeito, e sem pretender ressuscitar, por inteiro, a discussão travada no antigo Código de Processo

Civil sobre o artigo 91, temos que o mesmo se aplica por inteiro à hipótese dos autos. Senão, vejamos.

11. Dispõe o artigo 91, do antigo Código de Processo Civil:

“O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação (melhor seria contraditório). Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.”

12. O ilustre Desembargador-Relator, como enfocado no início deste parecer, citando a doutrina de Moacyr Lobo da Costa na sua clássica monografia - *A Intervenção Iussu Judicis* - entende que tal dispositivo legal não se aplica ao caso de litisconsorte necessário, “mas sim de pessoa cuja citação o Juiz entendesse necessária para integrarem a contestação” (fls. 73) e, ainda, que “a regra incidia no curso da lide, não na apreciação dos pressupostos da petição inicial” (fls. 73).

13. Sem nenhum saudosismo, até porque a idade não nos permitiu conviver muito tempo com o antigo Código, é preciso deixar de início claro que a posição do ilustre Moacyr Lobo da Costa era absolutamente isolada quanto ao entendimento de que tal dispositivo legal não se aplicava à hipótese de litisconsorte necessário.

14. Assim, a doutrina prevalente à época comungava de entendimento justamente diverso. Veja-se, a propósito, dentre outros: *Calmon de Passos, in Do Litisconsórcio no Código de Processo Civil*, 1952, pág. 50; *José Frederico Marques, in Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª edição, 1962, vol. II, págs. 238/239; *Batista Martins, in Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, 1960, Vol. I, pág. 334; *Guilherme Estelita, in Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*, 1955, pág. 241; *Pontes de Miranda, in Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, 2ª edição, págs. 123/126 (este autor não diferencia o litisconsórcio unitário do necessário); *Amaral Santos, in Direito Processual Civil*, 2ª edição, vol. II, pág. 20; *Cândido Naves, in Impulso Processual e Poderes do Juiz*, pág. 104.

15. O festejado Mestre José Carlos Barbosa Moreira, a despeito de sua posição de neutralidade quanto à extensão da aplicação do artigo 91, do antigo Código, às hipóteses preconizadas por Moacyr Lobo da Costa, admite a sua aplicação aos casos de litisconsórcio necessário como se depreende do seu trabalho publicado em seu livro, *Direito Processual Civil - Ensaios e Pareceres*, “Intervenção *Iussu Judicis*. Oportunidades Adequadas”, Editora Borsoi, 1971, *verbis*:

“Nesse caso especial, todavia, o ordenamento abre margem a outra solução, que ao legislador, naturalmente, pareceu mais proveitosa do ponto de vista da economia processual. Valer-se-á o juiz do disposto no art. 91. Isto é: em vez de indeferir a petição, trancando o feito *ab initio*, mandará citar os litisconsortes necessários (mais exatamente: os terceiros que devem figurar como co-autores ou co-réus), os quais, com a citação, se tornarão partes, regularizando-se assim, subjetivamente, a instância. (pág. 299).

Na segunda alínea do art. 91, dispõe o Código que, “se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância” (pág. 300).

16. Esta justamente a hipótese dos autos. A Lei que regula a ação popular determina que sejam citados como réus, litisconsortes necessários:

“... As autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.” (artigo 6º).

17. Em cumprimento a tal dispositivo, o Juiz determinou que o autor emendasse a sua petição inicial. Não implementada a providência, o Magistrado, como não podia absorver o réu da instância (figura inexistente no atual Código) extinguiu o processo sem o julgamento do mérito, como determina a legislação vigente. Deixou, todavia, antes da extinção, como lhe impunha a Lei especial, de determinar as providências previstas no artigo 9º, da Lei 4717/65 (dital e intimação do Ministério Público).

18. Finalmente, não pode ficar sem registro o outro fundamento do ilustre Des. Relator, de que a regra do artigo 91 somente se aplicaria no curso do processo. Esta afirmação, *data venia*, não encontra respaldo em nenhum, repetimos, nenhum doutrinador que escreveu sobre a matéria. O próprio Moacyr Lopes da Costa, citado pelo Relator, voz isolada quanto à extensão do artigo 91, admite expressamente que a atribuição conferida ao órgão judicial pode ser exercida desde o início do processo, *verbis*:

“A respeito do momento processual adequado para o provimento do juiz determinando que se proceda à citação do terceiro, por analogia, é de se admitir, ante o silêncio do Código, seja o mesmo indicado para o chamamento à causa dos litisconsortes necessários ausentes, que deverão vir integrar a instância. Assim, via de regra, é no despacho saneador que se enseja ao Juiz a possibilidade do exercício desse poder; *nada impede, todavia, que a determinação se contenha no despacho da petição inicial*, tudo dependendo, como é óbvio, da natureza da causa e das circunstâncias expostas na inicial, que o juiz deverá examinar com a maior cautela” (Moacyr Lobo da Costa, *ob. cit.*, pág. 159; grifamos).

19. Assim, toda a doutrina admite a atividade saneadora do Juiz desde a petição inicial. Mais uma vez a palavra do ilustre Mestre José Carlos Barbosa Moreira (na obra anteriormente citada, págs. 299/300), *verbis*:

“A disposição do art. 294, I, aplicar-se-á nas hipóteses em que a obrigatoriedade do litisconsórcio tenha passado despercebida, até então, ao juiz. Pode ocorrer que só diante da contestação se advirta ele da necessidade de integração do contraditório; se tal se der, a

oportunidade própria para determinar que se regularize o processo, como chamamento a juízo dos litisconsortes necessários, será a do despacho saneador. Eis o que ensina, ao propósito, PONTES DE MIRANDA:

“Compete ao juiz, *despachando a petição*, ordenar a citação do litisconsorte necessário, ativo ou passivo (...). Se o não faz, ainda pode fazê-lo no despacho saneador” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., t. II, pág. 125; sem grifo no original).

20. Pelas razões expostas, a solução correta não pode ser outra que não aquela preconizada no voto menor:

“No sentido de dar provimento ao recurso para cassar a sentença (entenda-se, agora, o acórdão recorrido que a substituiu) e determinar a prévia intervenção do Ministério Público nos termos do artigo 9º, da Lei nº 4717/65.”

Para este mesmo fim, o Ministério Público requer o recebimento e provimento dos embargos infringentes ora interpostos.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 1993.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Procurador de Justiça

Titular da 3ª Procuradoria de Justiça junto à 5ª Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro