1768

164

Jurisprudência Mineira

VOLUME 164
ABR. A JUN. 2003

Jurisprudência Mineira



VOLUME 164 - ABRIL A JUNHO DE 2003 - ANO 54

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Repositório autorizado de jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Registro nº 16, Portaria nº 12/90.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do STJ.

Repositório autorizado de jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a partir do dia 17.02.2000, conforme Inscrição nº 27/00, no Livro de Publicações Autorizadas daquela Corte.

Jurisp. Mineira	Belo Horizonte	a. 54	nº 164	abr. a jun. 2003

ENVIAMOS EM PERMUTA

ENVIAMOS EN CANJE
NOUS ENVOYONS EN ECHANGE
INVIAMO IN CAMBIO
WE SEND YOU IN EXCHANGE
WIR SENDEN IN TAUSCH

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-2001
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Trimestral.

1. Direito - Jurisprudência. 2. Jurisprudência - Periódico. I. Minas Gerais. Tribunal de Justiça.

CDU 340.142(815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Presidente: Desembargador
GUDESTEU BIBER SAMPAIO

Primeiro Vice-Presidente: Desembargador
HUGO BENGTSSON JÚNIOR

Segundo Vice-Presidente: Desembargador
BADY RAIMUNDO CURI

Terceiro Vice-Presidente: Desembargador
ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Corregedor-Geral de Justiça: Desembargador
ISALINO ROMUALDO DA SILVA LISBÔA

COMPOSIÇÃO DE CÂMARAS E GRUPOS - DIAS DE SESSÃO

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - Terças-feiras
Desembargadores
Orlando Adão de **Carvalho** - Presidente
Petrônio José **Garcia Leão**
Francisco José **Lopes de Albuquerque**
Eduardo Guimarães **Andrade**
Geraldo Augusto de Almeida

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Terças-feiras
Desembargadores
Francisco de Assis **Figueiredo** - Presidente
Geraldo de **Abreu Leite**
Nilson Reis
José Altivo **Brandão Teixeira**
Caetano Levi Lopes

PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS - 1ª quarta-feira do mês
(1ª e 2ª Câmaras, sob a Presidência do Des. Francisco Figueiredo)

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Nilo **Schalcher Ventura** - Presidente
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
Kildare Gonçalves **Carvalho**
Lamberto de Oliveira **Sant'Anna**
Rosauro Vieira Júnior
Celso **Maciel Pereira** (a partir de 23.06.2003)

QUARTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Presidente
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Luiz **Audebert Delage** Filho

SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS - 1ª quarta-feira do mês
(3ª e 4ª Câmaras, sob a Presidência do Des. Corrêa de Marins)

QUINTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Cláudio Renato dos Santos **Costa** - Presidente
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
José Francisco Bueno
Dorival Guimarães Pereira
Maria Elza de Campos Zettel

SEXTA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras
Desembargadores
Sérgio Lellis Santiago - Presidente (até 23.04.2003)
Célio César Paduani - Presidente
Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho
José Domingues Ferreira Esteves
Ernane Fidélis dos Santos
José **Nepomuceno Silva** (a partir de 12.05.2003)

TERCEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS - 3ª quarta-feira do mês
(5ª e 6ª Câmaras, sob a Presidência do Des. Cláudio Costa)

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras
Desembargadores
Armando **Pinheiro Lago** - Presidente
Antônio Marcos **Alvim Soares**
Antônio Carlos Cruvinel
Edivaldo George dos Santos
Wander Paulo **Marotta** Moreira

OITAVA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras
Desembargadores
Roney Oliveira - Presidente
Fernando Bráulio Ribeiro Terra
Pedro Henriques de Oliveira Freitas
Silas Rodrigues **Vieira**
Sérgio Augusto Fortes **Braga**

QUARTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS - 3ª quarta-feira do mês
(7ª e 8ª Câmaras, sob a Presidência do Des. Pinheiro Lago)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - Terças-feiras
Desembargadores
Edelberto Léllis **Santiago** - Presidente
Zulman da Silva **Galdino**
Márcia Maria **Milanez** Carneiro
Tibagy Salles Oliveira
José Carlos Abud

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - Quintas-feiras
Desembargadores
Sérgio Antônio de **Resende** - Presidente
Luiz Carlos Biasutti
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim **Herculano Rodrigues**
José Antonino Baía Borges

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - Terças-feiras
Desembargadores
Odilon Ferreira da Silva - Presidente
Kelsen do Prado **Carneiro**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Joaquim **Gomes Lima** Filho
Jane Ribeiro **Silva**

GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS - 2ª segunda-feira do mês
(1ª, 2ª e 3ª Câmaras, sob a Presidência do Des. Edelberto Santiago)

CONSELHO DA MAGISTRATURA
(Sessão na 1ª segunda-feira do mês)
Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
Hugo Bengtsson Júnior - Primeiro Vice-Presidente
Bady Raimundo **Curi** - Segundo Vice-Presidente
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa** - Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente
José Antonino Baía Borges
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Kildare Gonçalves **Carvalho**

CORTE SUPERIOR
(Sessões nas 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)
Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
Sérgio Lellis Santiago (até 23.04.2003)
Edelberto Léllis **Santiago** (a partir de 23.04.2003)
Francisco de Assis **Figueiredo**
Bady Raimundo **Curi** - Segundo Vice-Presidente
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**
Hugo Bengtsson Júnior - Primeiro Vice-Presidente
Orlando Adão de **Carvalho**
Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente e Presidente do TRE
Cláudio Renato dos Santos **Costa** - Vice-Presidente do TRE
Odilon Ferreira da Silva
Petrônio José **Garcia Leão**
Kelsen do Prado **Carneiro**
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa** - Corregedor-Geral de Justiça
Sérgio Antônio de **Resende**
Armando **Pinheiro Lago**
Roney Oliveira
Zulman da Silva **Galdino**
Nilo **Schalcher Ventura**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Joaquim **Gomes Lima** Filho
Luiz Carlos Biasutti
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim **Herculano Rodrigues**
José Tarcízio de **Almeida Melo**

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Nedens Ulisses Freire Vieira

Revista Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes"

Superintendente
Des. BADY RAIMUNDO CURI
Segundo Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da
Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes"

Superintendente-Adjunto
Des. SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
Desembargadores
Hugo Bengtsson Júnior - Presidente
Petrônio José **Garcia Leão**
Geraldo de **Abreu Leite**
Caetano Levi Lopes
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
Célio César Paduani
Antônio Marcos **Alvim Soares**
Silas Rodrigues **Vieira**
Zulman da Silva **Galdino**
Sérgio Antônio de **Resende**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**

Diretor-Geral da Secretaria do TJMG
Luiz Carlos Gonçalo Elói

Diretora Executiva da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes"
Rosana de Mont'Alverne Neto

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada
Maria Helena Duarte

Assessora Jurídica
Maria da Consolação Santos

Coordenação de Comunicação Técnica

Eliana Whately Moreira - Coordenadora
Marcélio Nogueira de Oliveira
Maria Célia da Silveira
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Marisa Martins Ferreira
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá
Pedro Jorge Fonseca
Sávio Capanema Ferreira de Melo
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Valeriani Nastasity Martha
Vera Lúcia Camilo Guimarães

ESCOLA JUDICIAL
"DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES" - EJEF
Rua Guajajaras, 40 - 17º andar - Centro - Ed. Mirafiori
Belo Horizonte - 30180-100 - MG - Brasil
Telefone: (31) 3224-0065
www.tjmg.gov.br/ejef
ejef@tjmg.gov.br

Sumário

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Sylvio de Moraes Lemos - Nota biográfica **3**

Centenário de um romance sobre a justiça - Des. Luiz Carlos Biasutti **5**

DOUTRINA

Infidelidade virtual e o novo Código Civil - Dr. Jander Maurício Brum e Drª. Nábia dos Santos Brum **9**

Suspensão condicional do processo em nova dimensão - Dr. Antônio José F. de S. Pêcego **21**

A competência jurisdicional e a função social da vara de registros públicos em face dos serviços notariais e de registros - Dr. Marcelo Guimarães Rodrigues .. **27**

Princípio do juiz natural - Dr. José Rubens Costa **45**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

I CORTE SUPERIOR

Servidores públicos - Seleção - Conhecimentos teóricos e práticos - Concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei - Art. 37, II, da CF **49**

Competência recursal criminal - Apelação - Tribunal competente para julgar o crime - Desclassificação do delito - Declinação de sua competência para outro tribunal - Cisão do julgamento - Impossibilidade - Apreciação do mérito por cortes distintas - Inadmissibilidade - Prorrogação de competência - Inteligência do art. 81 do CPP **55**

Competência recursal - *Habeas corpus* apresentado em conexão com anterior apelação - Vinculação ao tribunal que apreciou a apelação **59**

Competência recursal - Medida cautelar incidental de exibição de documentos - Processo falimentar - Conexão por acessoriedade - Recurso - Agravo - Conhecimento e julgamento - Tribunal de Justiça - Inteligência do art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado de Minas Gerais **60**

Competência recursal - Ação de adjudicação - Direitos hereditários - Herdeiro condômino - Direito de preferência - Matéria referente a contratos - Compra e venda - Recurso - Apelação - Conhecimento e julgamento - Competência do Tribunal de Alçada **62**

Competência recursal - Indenização por danos morais - Ação proposta por prefeito contra vereador - Demanda envolvendo apenas pessoas físicas - Ausência de participação de ente público - Recurso - Conhecimento e julgamento - Competência do Tribunal de Alçada - Art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual - Inaplicabilidade **64**

Competência recursal - Ceasa - Sociedade de economia mista da União - Participação na demanda - Ausência de interesse do Estado e da União na causa - Recurso - Processo e julgamento - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência dos arts. 106, II, *a*, e 108, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais **66**

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Servidor - Promoção na carreira - Vencimentos - Parcelas vencidas - Interesse de agir - Ação ordinária contra o Estado - Interesse patrimonial - Intervenção do Ministério Público - Desnecessidade - Ônus da prova **69**

Registro civil - Retificação - Nome - Inserção do patronímico materno - Referência familiar - Ausência de vedação legal - Possibilidade **73**

Indenização - Omissão de socorro - Ação penal - Provedor do hospital da Santa Casa - Legitimidade passiva *ad causam* - Ausência de leitos disponíveis - Falecimento de paciente - Indenização por danos morais e materiais - Inadmissibilidade **75**

Falência - Depósito elisivo - Baixa do pedido falencial - Impossibilidade - Redistribuição como ação de cobrança - Descabimento **79**

Serviço funerário - Pressupostos para autorização - Inexistência - Serviço de interesse público - Licitação - Exigibilidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem **81**

Contrato - Cláusula abusiva e nula de pleno direito - Art. 51, IX, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) - Prestação de serviço - Distrato verbal - Não-cumprimento da obrigação - Perdas e danos - Indenização **84**

Servidor - Remoção - Poder discricionário da Administração - Interesse público - Conveniência do serviço - Possibilidade **87**

Mandado de segurança - Projeto de lei - Controle de constitucionalidade - Via processual imprópria - Abertura de créditos orçamentários - Exercício findo - Regularização por decreto legislativo **91**

Fiança - Prestação por pessoa jurídica de direito público - Vedação - Fundações públicas - Garantia prestada - Ineficácia **94**

Compra e venda de imóveis - Registro - Certidão Negativa de Débito-CND - Exigência - Empresa - Objetivo social que extrapola a restrição legal - Benefício legal - Interpretação restritiva **96**

Partilha - Casamento - Regime de comunhão parcial de bens - Prova da aquisição dos bens de forma onerosa na constância do casamento - Partilha proporcional - Inteligência do art. 271 do Código Civil **99**

Servidor público - Remoção - Ato administrativo - Ausência de motivação - Inadmissibilidade - *Astreintes* - Fixação de ofício - Fazenda Pública - Possibilidade **104**

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Não-tipificação - Ausência de lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito ou vantagem indevida - Estado de calamidade púbica - Realização de obras prementes - Procedimento licitatório - Dispensa - Contratação - Falta - Inteligência da Lei nº 8.429/92 - Prova pericial - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Citação - Ausência - Nulidade - Inexistência **108**

Inventário - Partilha - Ação de nulidade - Adjudicação de bens ao único herdeiro então conhecido e irmão do *de cujus* - Falecimento deste - Investigação de paternidade quanto a este julgada procedente, enquanto a única herdeira conhecida, até aquele momento, exercia a posse e a administração dos bens - Nova demanda - Declaração de paternidade em relação ao primeiro falecido - Procedência - Preliminares - Prescrição - Coisa julgada - Inadequação da via eleita - Ilegitimidade de parte - Ausência de erro na adjudicação dos bens - Decadência do direito à propositura de ação rescisória - Ofensa ao ato jurídico perfeito - Impossibilidade jurídica do pedido por ocorrência de usucapião - Rejeição das preliminares **113**

Estabilidade excepcional - Art. 19 do ADCT da Constituição Federal/88 - Professor - Contratos sucessivos - Eventuais interrupções - Admissibilidade **135**

Ação civil pública - Dano ambiental - Desmatamento - Adquirente de área desmatada - Recuperação da cobertura arbórea - Desobrigatoriedade **138**

União - Parte no processo - Justiça Federal - Competência - Alvará judicial - Permissão para menor exercer atividade laboral remunerada - Recurso - Tribunal competente - Tribunal Regional Federal **140**

Falência - Instituição financeira - Ex-administradores - Ação de responsabilidade civil - Execução - Processamento no juízo falimentar - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 49 da Lei 6.024/74 - Princípio da celeridade processual **143**

Ação popular - Lei de efeitos concretos - Lesão ao patrimônio público - Admissibilidade - Legitimidade constitucional - Fiscalização - Impossibilidade **149**

Usucapião extraordinário - Bem móvel - Má-fé não comprovada - Posse por mais de cinco anos - Admissibilidade **152**

ISSQN - Base de cálculo - Decreto-lei nº 406/68 - Associação de profissionais liberais **154**

Educação - Ensino fundamental - Ingresso - Aluno menor de sete anos de idade - Art. 87, § 3º, I, da Lei nº 8.437/92 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional-LDB) **160**

Registro civil - Prenome - Alteração - Requisitos do art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) - Ausência - Retificação - Impossibilidade **163**

Servidor público estadual - Contagem de tempo de serviço prestado à iniciativa privada - Qüinqüênios - Direito adquirido - EC 09/93 ..... **165**

Falência - Pedido baseado no art. 2º, I, do Dec.-lei nº 7.661/45 - Débito em fase de execução - Decretação da quebra - Inviabilidade - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Medida legal e oportuna **167**

Registro de imóvel - Venda de imóvel - Rescisão judicial - Cancelamento do registro no cartório - Transcrições posteriores - Cancelamento - Adquirentes de boa-fé - Direito de retenção e indenização resguardado **171**

Prescrição - Direitos patrimoniais - Conhecimento de ofício pelo juiz - Inadmissibilidade - Réu revel - Citação por carta - Nomeação de curador - Art. 9º, II, do CPC - Inaplicabilidade **173**

Ato administrativo - Contrariedade ao ordenamento jurídico - Concessão de qüinqüênio - Invalidação - Poder Público - Limitação temporal - Prazo extintivo de cinco anos - Decadência - Lei Federal nº 9.784/99 e Lei Estadual nº 14.184/02 - Precedentes do STJ **174**

Investigação de paternidade - Prova - Elementos circunstanciais e indiciários - Prova testemunhal - Relações sexuais entre a mãe do investigante e o investigado - Coincidência com a época da concepção - Comprovação - Conduta irregular da mãe do investigante - Ausência de prova - Procedência do pedido - Certidões expedidas por oficiais de registro - Autenticidade **178**

Tombamento - Município - Limitação do potencial construtivo - Redução do valor venal do imóvel - Comprovação por prova pericial - Indenização - Obrigatoriedade **182**

Ação popular - Denominação de próprio público - Homenagem a pessoa viva - Promoção pessoal - Violação ao artigo 37, *caput* e § 1º, da CF/88 - Ofensa aos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da publicidade - Ato lesivo - Desconstituição - Admissibilidade da ação **184**

Medicamentos - Distribuidora - Contratação de responsável técnico - Obrigatoriedade - Previsão legal - MP nº 2.190-34/01 - Ato administrativo - Expedição de alvará Condicionada à contratação de farmacêutico - Legalidade - Medida provisória - Perda de eficácia - Reedição - Reinício do prazo **190**

Sistema Financeiro da Habitação - Contrato - Celebração na vigência da Lei nº 8.692/93 - Prestações - Recálculo com base no art. 6º, *e*, da Lei nº 4.380/64 - Inadmissibilidade - Indexador - Reajuste dado à categoria profissional do mutuário - Ausência de previsão contratual - INPC - TR - Tabela *Price* - Serviços bancários - Fornecimento de crédito - Submissão à Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) **192**

Prestação de contas - Prefeito - Rejeição pela câmara - Judiciário - Controle da legalidade do julgamento - Possibilidade - Contraditório e ampla defesa - Ofensa - Anulação do julgamento - Necessidade - Suspensão do feito - Impossibilidade - Questão de ordem pública **198**

Servidor - Qüinqüênio - Natureza alimentar - Supressão - Impossibilidade - Emenda Constitucional nº 19/98 ..... **202**

Registro civil - Retificação - Nome - Inclusão de patronímico de avó materna - Homenagem familiar - Aquisição de dupla cidadania - Admissibilidade 205

Vencimentos ou proventos - Limite constitucional - Emenda Constitucional nº 19/98 - Segurança das relações jurídicas - Exegese do art. 37, inciso XI, da Constituição da República 213

Saúde - SUS - Fornecimento de medicamentos - Receituário fornecido por médico particular - Possibilidade - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Alegação do secretário estadual da saúde - Preliminar rejeitada 217

Falência - Impontualidade do devedor - Título executivo protestado - Ausência - Carência da ação 224

Ação civil pública - Prejuízo causado ao erário por administrador ou ex-administrador - Ressarcimento - Via processual adequada - Origem das verbas - Irrelevância - Justiça estadual - Competência - Ministério Público - Legitimidade ativa 227

Investigação de paternidade - Filho falecido - Legitimidade da mãe para propositura da ação - Princípio da operabilidade da prestação jurisdicional - Inteligência do art. 12 do novo Código Civil brasileiro e dos arts. 1º, III, e 5º, X, da CF/88 231

Investigação de paternidade - Cumulação com anulação de registro civil - Reconhecimento da paternidade pleiteada - Alteração do nome do investigante - Inclusão do nome do pai biológico - Conseqüência jurídica inafastável - Eventuais transtornos em razão da alteração do nome - Competência do investigante para suprimi-los 235

Exibição de documentos - Ação proposta pela Associação dos Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais em face do Ipsemg - Legitimidade ativa *ad causam* - Defesa de interesses e direitos dos servidores - Associação e sindicato - Coexistência - Possibilidade 238

Arrolamento de bens - Divórcio litigioso - Casamento - Regime - Comunhão universal de bens - Informações sobre saldo em conta corrente - Inocorrência de ofensa ao sigilo bancário - Requisição judicial - Deferimento do pedido - Possibilidade 241

Responsabilidade civil do município - Bueiro aberto em via pública - Acidente de veículo - Ausência de culpa exclusiva ou concorrente do motorista - Danos materiais - Indenização - Admissibilidade 244

Lixo hospitalar - Coleta - Suspensão - Inadmissibilidade - Município de Belo Horizonte - Superintendência de Limpeza Urbana-SLU 246

Servidor público municipal - Gratificação de produtividade - Supressão - Ausência de processo administrativo - Ilegalidade 249

Reintegração de posse - Ajuizamento pelo município - Particular - Construção em via pública - Esbulho configurado - Laudo técnico conclusivo - Oitiva de testemunhas - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Condenação do proprietário ao ressarcimento das perdas e danos - Impossibilidade - Assistência judiciária - Honorários de perito - Pagamento - Condenação - Suspensão da exigência - Petição recursal - Inépcia - Inexistência 251

Servidor público - Admissão sob o regime celetista - Reintegração - Competência da Justiça comum estadual 254

Falência - Habilitação de crédito - Demonstração da origem - Essencialidade - Título de crédito - Princípio da abstração - Não-prevalência 256

Multa de trânsito - Aparelho de medição - Registros claros - Valor devido 258

Crédito tributário - ICMS - Contribuinte em situação irregular - Inscrição estadual bloqueada - Aproveitamento de crédito - Impossibilidade - Art. 28 da Lei Estadual nº 14.062/01 262

Mandado de segurança - Mercadoria apreendida pelo IEF - Carvão de origem nativa - Ausência de direito líquido e certo - Litigância de má-fé - Lide temerária - Não-caracterização 264

Estabilidade excepcional - Art. 19 do ADCT da Constituição Federal/88 - Professor - Dispensa ao término do ano letivo - Recontratação no início das aulas - Tempo de serviço - Caráter continuado 268

Assistência judiciária - Declaração de pobreza - Procurador com poderes especiais - Possibilidade 271

Bem penhorado - Imóvel - Adjudicação parcial - Inadmissibilidade - Avaliação - Valor superior ao crédito - Adjudicação - Depósito da diferença - Necessidade 273

Licitação - Recurso administrativo contra a inabilitação - Ausência - Inviabilização de participação do licitante nas fases seguintes da licitação - Mandado de segurança - Inadmissibilidade 275

Vereadores - Requisição de documentos de despesas da administração municipal - Omissão do prefeito - Violação ao princípio da publicidade - Mandado de segurança - Legitimidade ativa dos edis **277**

Responsabilidade civil do Estado - Veículo furtado - Apreensão - Certificado de licenciamento do Detran - Indenização por dano moral e material ajuizada contra o Estado - Descabimento - Responsabilidade do vendedor do veículo **279**

ISSQN - Locação de bens móveis - Incidência - Empresa de locação de equipamentos de informática - Obrigatoriedade de recolhimento - Dec.-lei nº 406/68, modificado pela Lei Complementar nº 56/87 - Constitucionalidade **282**

Água - Fornecimento - Serviço essencial - Crédito de natureza tributária - Prescrição - Inteligência do artigo 174 do CTN - Adquirente de imóvel - Responsabilidade pelos tributos pendentes - Artigo 131, I, do CTN - Atendimento **285**

Separação judicial - Sevícia - Ausência da prova da materialidade - Extinção do processo por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC) **290**

Pessoa que se apresenta transgênero - Conversão jurídica do sexo masculino para o feminino - Competência - Vara de Família **291**

Registro civil - Nome - Alteração com o fim de evitar falsificação de assinatura em contrato de locação - Comprovação dos prejuízos causados - Inclusão de palavra que não prejudica o patronímico de família - Possibilidade - Procedimento de jurisdição voluntária **301**

Concordata - Habilitação de crédito - Títulos - Caução - Duplicatas sem aceite - Protesto - Concordatária- Endossante - Contrato de abertura de crédito - Saldo devedor em conta corrente - Documentos unilaterais - Origem da dívida - Prova - Honorários de advogado **304**

ICMS - Lubrificantes - Combustíveis - Distribuidor - Art. 673, V, do RICMS/91 - Incidência - Substituição tributária - Retenção e recolhimento do ICMS - Obrigatoriedade - Convênios - Caráter impositivo ou autorizativo - Convênio 105/92 - Desobrigatoriedade de implementação de seus dispositivos aos Estados - Isenção tributária - Convênio autorizativo - Validade somente após decreto ratificador **309**

Responsabilidade civil do Estado - Suicídio de detento em estabelecimento prisional - Culpa *in vigilando* - Danos material e moral - Indenização - Critérios **315**

Perícia - Quesitos - Documentos - Suporte para as respostas - Falta de apresentação pela parte no prazo previsto na intimação - Preclusão **320**

Responsabilidade objetiva da Administração Pública - Dano provocado por enchente - Chuva incomum - Caso fortuito - Responsabilidade civil do município - Exclusão **322**

Concurso público - PMMG - Critérios por resolução - Afronta aos princípios da reserva legal e da legalidade - Candidato - Plena acuidade visual - Exame oftalmológico - Desnecessidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem **326**

Ação civil pública - Lei municipal - Autorização para leiloar terrenos pertencentes ao patrimônio público - Áreas verdes - Loteamentos sem registro - Ofensa aos arts. 22 e 37 da Lei nº 6.766/79 e aos arts. 5º, II, e 225, § 1º, III e IV, da CF/88 - Declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* e ineficácia da norma **330**

Separação judicial litigiosa - Audiência de instrução e julgamento - Depoimento pessoal - Ausência de intimação da parte para o depoimento pessoal e de oportunidade para o rol de testemunhas - Cerceamento de defesa - Ministério Público - Ausência de manifestação - Nulidade do processo **334**

Alimentos - Exoneração de pensão - Modificação da situação anterior do alimentante e da alimentada incomprovada - Namoro não é prova de concubinato ou união estável, não ensejando corte da pensão **336**

Retificação de área - Registro de imóveis - Acréscimo superior a 1/20 da área registrada - Inadmissibilidade **340**

Câmara municipal - Aquisição de bem imóvel - Personalidade jurídica - Registro - Dúvida - Argüição - Notário - Legitimidade e interesse processual **343**

Curador especial - Citação editalícia - Defensoria pública - Intervenção no processo - Função institucional - Lei Complementar Federal nº 80/94 (LDP) **345**

Servidor público estadual - Horas extras - Servidores do quadro permanente da Imprensa Oficial - Criação da gratificação de estímulo à produção individual-Gepi - Lei nº 10.363/90 - Inocorrência da incorporação ao vencimento **350**

Testamento - Revogação por intermédio de escritura pública - Possibilidade - Irrelevância do *nomen juris* **353**

Prazo - Litisconsorte - Procuradores diferentes - Recurso - Fazenda Pública - Arts. 188 e 191 do CPC - Aplicação cumulada - Inadmissibilidade **355**

Município - Convênio celebrado com a união - Compromisso de contrapartida do valor estipulado - Descumprimento por ex-prefeito - Ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional proposta por ente municipal - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Carência da ação - Extinção do processo **357**

Lei municipal de efeito concreto - Equiparação a decreto legislativo - Direito ao meio ambiente - Pedido típico de ação civil pública - Legitimidade ativa do Ministério Público - Invasão do poder discricionário do administrador público municipal - Inocorrência **360**

Falência - Protesto irregular - Notificação via ECT - Ausência de intimação do devedor e da identificação da pessoa que a recebeu - Irregularidade - Extinção do processo **365**

Policial militar - Morte por acidente - Ocorrência no itinerário casa/quartel - Pensão acidentária - Cabimento - Aplicação do art. 1° da Lei Estadual n° 9.683/88 ..... **368**

Indenização - Morte de preso por companheiros de cela - Ato omisso dos agentes administrativos e deficiência na vigilância - Inexistência - Teoria da *faut du service* - Nexo de causalidade entre o mau funcionamento do serviço público e o evento danoso - Ausência de prova - Culpa da vítima - Responsabilidade do Estado - Inocorrência - Danos materiais e morais - Pedido indenizatório improcedente **370**

Indenização - Ação movida pelo município contra ex-prefeito - Danos causados à municipalidade - Possibilidade - Art. 159 do Código Civil - Prova do dolo, do dano e do nexo causal - Dever de indenizar **375**

Magistrado - Tempo de serviço - Empresa pública - Advocacia - Contagem para fins de aposentadoria - Possibilidade - Qüinqüênio - Inadmissibilidade - Inteligência da Emenda Constitucional 9/93 ..... **383**

Assistência judiciária - Inventário - Formal de partilha - Registro - Abrangência - Art. 3°, inciso II, da Lei n° 1.060/50 - Oficial de cartório de registro de imóveis - Alcance **387**

Alimentos - Revisão - Imprescindibilidade - Inteligência do princípio constitucional da solidariedade e dignidade da pessoa humana - Alimentante - Constituição de nova família - Novos encargos - Irrelevância - Justiça gratuita - Honorários de advogado - Condenação - Sobrestamento enquanto subsistir o estado de miserabilidade - Inteligência do art. 12 da Lei n° 1.060/50 ..... **389**

Concordata preventiva - Impugnação de crédito - Penhor agrícola - Desvio de finalidade - Crédito privilegiado que se torna quirografário **395**

Sistema Financeiro da Habitação - Contrato de financiamento - Saldo devedor - Correção em bloco - Adequação à legislação - Anatocismo - Inexistência - Cláusulas contratuais inalteradas - Redução das prestações - Impossibilidade **397**

Protesto - Impugnação em ação de concordata - Impossibilidade **401**

Meio ambiente - Dano - Matadouro municipal - Descarga de resíduos orgânicos para rio -Ação civil pública - *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Configuração - Planejamento do escoamento dos resíduos - Concessão de liminar - Questões sanitárias - Interesse público - Observância **403**

Litisconsórcio necessário - Instauração no curso da lide - Instrução processual findada - Litisconsorte - Citação - Possibilidade - Princípio da instrumentalidade do processo **406**

Execução fiscal - Citação válida - Nomeação de curador especial - Descabimento - Direitos patrimoniais - Prescrição - Reconhecimento de ofício - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 166 do Código Civil e do § 5° do art. 219 do CPC **409**

Servidor público municipal - Salário-família - Pagamento - Demanda em face da municipalidade - Condições da ação - Presença - Indeferimento da inicial - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Inadmissibilidade **413**

Infração de trânsito - Suspensão do direito de dirigir - Inaplicabilidade da Resolução n° 54/98, do Contran - Irretroatividade **416**

Saúde - Hospitais filantrópicos - Preferência no credenciamento pelo SUS - Possibilidade - Inteligência da Lei n° 8.080/90 - Paciente - Direito de opção por qualquer hospital credenciado - Princípio da universalidade do acesso à saúde **419**

Agravo - Procuração - Substabelecimento - Juntada desnecessária - Honorários de perito - Ônus - Art. 33 do CPC - Assistência judiciária - Benefícios - Isenção dos honorários periciais - Pedido efetuado nas razões do recurso - Objetivo da parte de furtar-se à obrigação legal do pagamento - Indeferimento **423**

Mandado de segurança - Procedimento administrativo para averiguação de responsabilidade - Iminência de divulgação pública do resultado - Culpabilidade

imputada à impetrante - Ausência do devido processo legal - Prejuízos morais - Ocorrência - Direito líquido e certo ao contraditório e à ampla defesa em processos administrativos e judiciais - Concessão da ordem **427**

IPTU - Valor venal do imóvel - Alteração mediante decreto - Vedação **429**

Inventariante - Cônjuge casado sob o regime da separação de bens - Posse e administração dos bens do espólio - Possibilidade **432**

Mercadorias - Apreensão - Forma coercitiva para pagamento de tributos ou de multas - Inadmissibilidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem - Retenção para coleta de dados - Possibilidade **434**

ISSQN - Cobrança - Local da prestação do serviço - Município competente **436**

ITBI - Exigência a partir da transferência do título no registro de imóveis - Fato gerador - Empresa em realização de capital - Atividade preponderante de locação de imóveis - Incidência - Inteligência do art. 156, § 2°, I, da CF/88 - Pedido alternativo não formulado na inicial - Apreciação em grau de recurso - Impossibilidade **441**

Férias-prêmio não gozadas - Contagem em dobro para fins de aposentadoria - Tempo anterior à vigência da EC n° 20/98 - Direito adquirido **443**

Previdência - Pensão por morte - Óbito ocorrido na vigência da Lei Estadual n° 9.380/86 - Extensão do benefício ao viúvo - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 195, *caput* e § 5°, e art. 201, V, da CF/88 - Dispositivos constitucionais - Interpretação harmônica **447**

Aposentadoria por invalidez - Proventos - Revisão - Princípio da legalidade - Inobservância - Invalidade do ato administrativo **449**

Guarda de menor - Deferimento aos avós - Fins previdenciários - Ausência de situação excepcional - Inteligência do art. 33, § 2°, da Lei n° 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) - Impossibilidade - Falta de condições econômicas dos pais - Pátrio poder - Perda - Suspensão - Inadmissibilidade **452**

Petição inicial - Ausência de elemento concreto - Inépcia - Lei em tese - Apreciação pelo Judiciário - Impossibilidade **455**

Ação civil pública - Taxas municipais - Impedimento da cobrança - Ministério Público - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Ausência de interesses difusos ou coletivos **457**

Mandado de segurança - Autoridade coatora - Notificação - Concurso público - Limite de idade - Cargo público - Acesso - Exigência de condições prescindíveis para o seu exercício - Irrazoabilidade - Afronta ao princípio da igualdade **459**

Licitação - Edital - Serviços de *telemarketing* - Exigência de experiência no setor energético - Princípio da isonomia - Violação - Impossibilidade **461**

Oficial de registro - Proventos - Equiparação com vencimentos de escrivão judicial - Impossibilidade - Inteligência do Decreto Estadual n° 21.204/81 ..... **466**

Multa de trânsito - Radar - Auto de infração - Inobservância do art. 2°, II, da Resolução n° 23/98 do Contran - Invalidação - Suposto infrator - Garantia de insurgir-se contra a multa nas esferas administrativa e judiciária - Cerceamento de defesa - Inocorrência **472**

ISSQN - Decreto-lei n° 406/68 - Item 95 da lista de serviços - Outros serviços - Classificação pelo município - Possibilidade **477**

Servidor público municipal - Licença especial para aprimoramento profissional - Lei fixando diretrizes - Ato administrativo discricionário - Ausência de pedido na via administrativa - Conflito de interesse a ser solucionado pelo Judiciário - Inexistência - Carência da ação **479**

Contribuição previdenciária - Proventos de aposentadoria e pensão - Descontos - Inadmissibilidade - Reembolso das parcelas descontadas **483**

Inventário - Desídia do inventariante - Paralisação do feito - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 995, II, do CPC - Justiça gratuita - Concessão do benefício **486**

Ação civil pública - Concurso público municipal - Anulação - Defesa de direitos individuais e disponíveis de determinado grupo de pessoas - Inadmissibilidade - Ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público - Empresa de economia mista municipal - Município - Autonomia administrativa - Arts. 18 e 29 da CF/88 ..... **489**

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Sonegação fiscal - Ausência de prévio procedimento administrativo - Irrelevância - Devido processo legal - Observância - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Réu denunciado em outra ação por outro delito - Ações conexas -

Inexistência - Reunião de processos - Impossibilidade - Materialidade delitiva comprovada - Ausência de prova pericial - Nulidade - Inexistência - Condenação - Pena privativa de liberdade - Substituição por penas alternativas - Cabimento **492**

Prefeito - Pagamento de despesas de caráter indenizatório como se fosse de despesas de serviços realizados em bens municipais - Irregularidade administrativa - Crime do art. 1°, II, do Dec.-lei n° 201/67 - Não-configuração - Ausência de dolo na conduta do acusado - Inexistência de prejuízo para a Administração - Absolvição **498**

Incêndio - Provas indiretas e circunstanciais - Valor - Absolvição - Inviabilidade **502**

Processo penal - Honorários de advogado - Inadmissibilidade - Acórdão - Embargos de declaração - Omissão - Inocorrência - Inteligência do art. 804 do CPP **507**

Prefeito - Contratação temporária de servidor - Excepcional interesse público - Possibilidade - Inteligência do art. 37, IX, CF - Poder discricionário do administrador - Ausência de dolo - Recebimento da denúncia - Impossibilidade **509**

Estupro e homicídio qualificado - Julgamento - Júri - Confissão do apelante - Falta de provas da coação - Ausência de *acd* - Comprovação da materialidade - Possibilidade - Despronúncia posterior de co-réu - Ocorrência e efeitos - Reconhecimento quando da apelação - Qualificadora - Afastamento - Julgamento - Subsistência **512**

Nulidade processual - Falta de alegações finais - Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Crime falimentar - Prescrição da pretensão punitiva - Extinção da punibilidade - Decretação de ofício **516**

Pronúncia - Tentativa de homicídio - Crimes conexos - Decisão que exclui o crime de competência do Tribunal do Júri e julga os delitos conexos - Ausência de fundamentação explícita - Nulidade - Apelação - Impropriedade - Conhecimento como recurso em sentido estrito - Possibilidade - Princípio da fungibilidade **520**

Menor - Remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade - Substituição por pagamento de cesta básica - Aplicação subsidiária da Lei n° 7.210/84 - Lei de execução penal - Inadmissibilidade **524**

Júri - Quesitos - Respostas - Contradição - Legítima defesa putativa - Negativa pelos jurados - Absolvição - Ilegalidade - Engano na interpretação das respostas ou erro material - Apuração na segunda instância - Impossibilidade - Julgamento - Anulação **528**

Lesão corporal - Pena - Fixação - Inversão das fases - Prejuízo - Ausência - Nulidade - Inocorrência - Embriaguez voluntária - Exclusão - Imputabilidade - Impossibilidade - Crime com violência à pessoa - Pena restritiva de direitos - Descabimento **530**

Nulidade - Alegações finais não apresentadas - Prejuízo para a defesa - Vício insanável - Inteligência e aplicação do art. 5°, LIV e LV, da CF/88 e arts. 261 e 564, III, *c*, do CPP **535**

Falso testemunho - Concurso de agentes - Retratação da testemunha - Insubsistência do delito relativamente aos partícipes - Extinção da punibilidade **537**

Tortura - Art. 1°, I, *a*, da Lei n° 9.455/97 - Caracterização - Desclassificação para abuso de autoridade - Descabimento - Laudo pericial - Prescindibilidade **539**

Medida socioeducativa - Prática reiterada de infrações - Reprimenda - Adequação - Fins educativos - Dúvida na redação da sentença - Liberdade assistida ou semiliberdade - Interpretação a favor do menor **544**

Crime falimentar - Suspensão condicional do processo - Oferecimento da proposta - Recusa pelo Ministério Público - Oferecimento de ofício pelo magistrado *a quo* - Impossibilidade **546**

Estelionato - Falso - Concurso aparente de normas - Elemento subjetivo - Falsificação - Crime-meio - Consunção - Reconhecimento - Perdão da vítima - Irrelevância - Pena **548**

Nulidade processual - Carta precatória - Prazo para cumprimento vencido - Falta de devolução - Prolação da sentença - Cerceamento de defesa - Inexistência - Inteligência dos §§ 1° e 2° do art. 222 do CPP - Júri - Procedimento bifásico - Pronúncia - Instrução e julgamento posterior - Possibilidade **554**

Prefeito - Contratação de pessoal sem concurso - Necessidade temporária - Interesse público - Previsão legal - Autorização - Crime - Não-configuração **558**

Tráfico de entorpecentes - Perdimento de bens - Regime de cumprimento da pena corporal **563**

Tóxico - Tráfico - Autoria e materialidade comprovadas - Configuração do delito - Desclassificação para uso - Inadmissibilidade - Crime equiparado a hediondo - Regime prisional - Progressão - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade - Depoimentos de policiais - Validade **577**

Nulidade do processo - Inépcia da denúncia - Indivisibilidade da ação penal - Decisão condenatória - Oxigenação das provas - Inocorrência - Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa - Inobservância - Porte ilegal de arma de fogo - Caracterização - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Possibilidade **582**

Crime ambiental - Infração que deixa vestígios - Exame de corpo de delito - Ausência - Nulidade insanável - Inteligência do art. 158 c/c art. 546, III, *b*, ambos do CPP **587**

Menor infrator - Atos infracionais análogos aos crimes dos arts. 148, 157 e 214 do CP - Roubo - Autoria induvidosa - Representado - Participação nos atos executórios - Materialidade - Prova indireta - Possibilidade - Atentado violento ao pudor - Laudo pericial - Desnecessidade - Palavra da vítima - Valor probatório - Cárcere privado - Absorção pelo roubo - Inadmissibilidade - Desígnios autônomos - Configuração **591**

Quesitos - Inversão na ordem de apresentação - Ausência de prejuízo para as partes - Julgamento - Não-declaração da nulidade - Pergunta - Redação lacônica - Nulidade - Homicídio doloso - Desclassificação para culposo - Julgamento - Competência do juízo singular - Conselho de sentença - Deliberação sobre a matéria - Impossibilidade **599**

Prefeito - Improbidade administrativa - Inquérito civil público - Legitimidade do promotor de justiça para instaurá-lo - Inépcia da denúncia - Nulidades - Rejeição - Princípio da consunção entre o crime de falso e o de peculato - Questão a ser analisada durante a instrução criminal - Co-autoria no peculato - Possibilidade - Delitos descritos e capitulados na denúncia - Prosseguimento da ação penal **603**

Revisão criminal - Decisão contrária à evidência dos autos - Inocorrência - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime hediondo - Inadmissibilidade **615**

Sentença - Nulidade - Alegações finais - Exame de preliminares argüidas pela defesa - Ausência - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Suprimento da falta pelo tribunal *ad quem* - Impossibilidade - Decisão de primeiro grau - Cassação **626**

Receptação qualificada - Ônus da prova - Inversão - Cargas roubadas - Quadrilha ou bando - Suficiência acusatória - Absolvição - Desclassificação - Impossibilidade - Pena - Modificação - Inadmissibilidade **629**

Porte ilegal de arma - Caracterização do delito - Art. 10, § 3º, IV, da Lei nº 9.437/97 - Incidência **637**

Regime prisional - Faltas graves - Justificativas não questionadas oportunamente - Bom comportamento do condenado - Caráter humanitário da pena - Ressocialização do preso - Regressão do regime - Inadmissibilidade **639**

Habeas corpus - Extensão de efeitos de outro *HC* - Cabimento **642**

Revisão criminal - Sentença condenatória trânsita em julgado - Prescrição da pretensão punitiva - Ocorrência - Equivocado reconhecimento da prescrição da pretensão executória - Pedido - Deferimento - Prejuízos ao peticionário - Indenização - Possibilidade **644**

Execução penal - Condenação por homicídio duplamente qualificado - Sentença - Dúvida quanto ao regime prisional imposto - Interpretação a favor do condenado - Inteligência da Súmula 47 do TJMG **647**

Desaforamento - Pressupostos legais autorizadores - Ausência - Inadmissibilidade da medida **649**

Júri - Quesitos - Defeitos - Dúvida quanto à correta interpretação dos fatos - Anulabilidade do julgamento **654**

Habeas corpus - Tóxico - Tráfico - Instrução encerrada - Defesa - Pedido de realização de exame de dependência e de sanidade mental - Excesso de prazo - Inocorrência - Ordem denegada **656**

Falso testemunho - Ação penal - Pedido de trancamento - Depoimento prestado como informante - Exame aprofundado da prova - Restrito âmbito do *HC* - Art. 206 do CPP **658**

Transação penal - Homologação transitada em julgado - Descumprimento do acordo consistente em prestação de serviços à comunidade - Retomada da ação penal - Impossibilidade - Decisão homologatória que previu a aplicação de multa - Constrangimento ilegal caracterizado **662**

Tóxico - Tráfico - Condenação - Lei nº 10.409/02 - Fato posterior à sua vigência - Recebimento da denúncia sem a devida defesa preliminar - Desobediência ao art. 38 da nova Lei de Tóxicos - Nulidade absoluta do processo *ex radice* **664**

Prisão civil - Dívida de alimentos - Inadimplemento de prestações alimentícias - Análise dos aspectos formais do decreto prisional - Ausência de parcelas pretéritas - Constrangimento ilegal - Inexistência - Ordem denegada **670**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Intervenção federal - Governador - Ação de reintegração de posse - Medida liminar concedida - Descumprimento - Retardo por vários anos **675**

Criminal - *HC* - Júri - Homicídio qualificado - Motivo fútil - Incomunicabilidade de circunstâncias de caráter pessoal - Constrangimento ilegal evidenciado - Ordem concedida **687**

Habeas corpus - Exame de corpo de delito indireto - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Manifestação do recorrido acerca da nova capitulação jurídica - Desnecessidade **692**

Processual Civil - Execução fiscal - Teoria da aparência - Citação feita na pessoa do filho (parente) - Nulidade - Pressuposto de constituição válida do processo - Matéria de ordem pública - Apreciação de ofício **698**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de segurança - Liminar - Natureza - Recurso - Adequação **705**

Penal - Processual Penal - *Habeas corpus* - Suspensão condicional do processo penal - Lei nº 9.099/95, art. 89 - Sentença condenatória já prolatada - Retroatividade da *lex mitior* - Impossibilidade, na hipótese **713**

Habeas corpus - Prisão preventiva - Falta de fundamentação - Excesso de prazo **718**

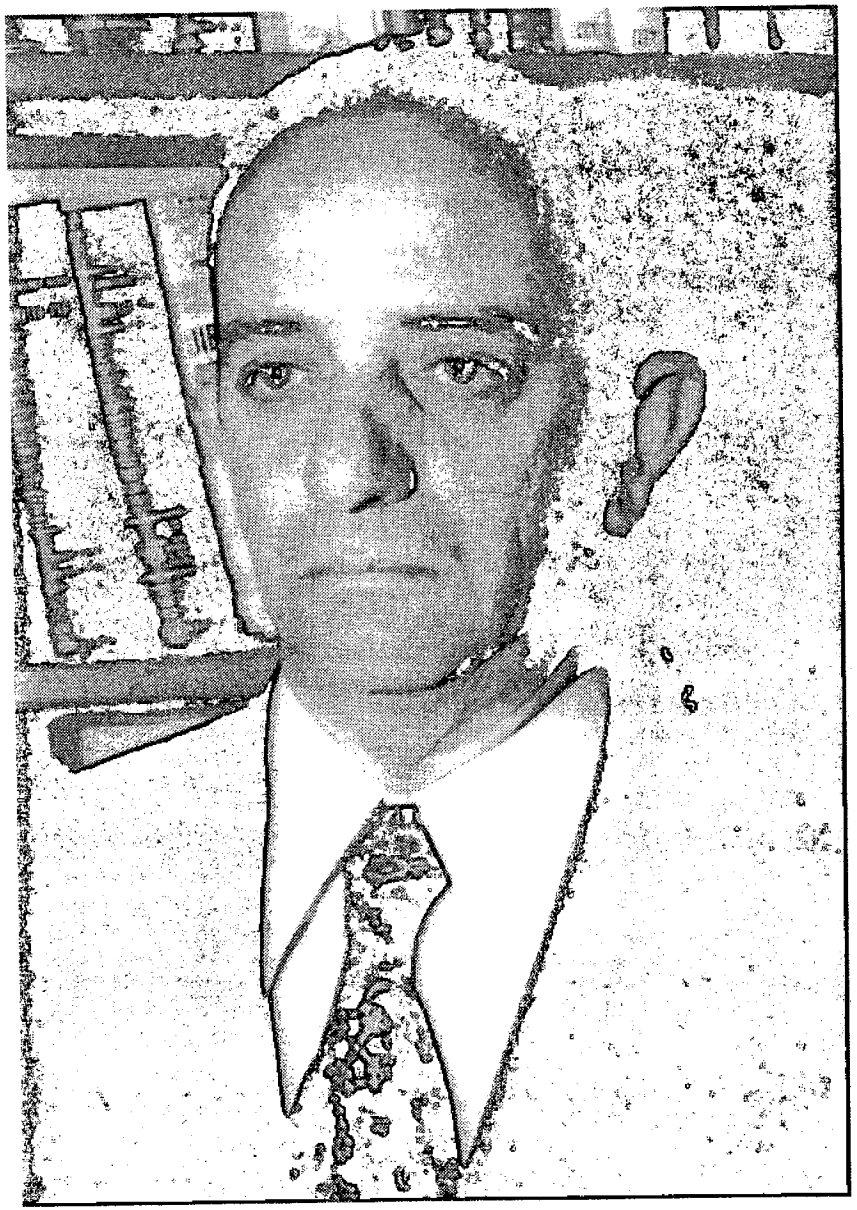
Embargos de declaração - Desapropriação - Cobertura vegetal sujeita a limitação legal - Indenização - Apuração do valor - Instância ordinária - Embargos da Fazenda Pública - Pretensão de conferir efeitos infringentes - Impossibilidade **722**

ÍNDICES

Índice numérico **727**

Índice alfabético e remissivo **733**

-:::-



Desembargador SYLVIO DE MORAES LEMOS

Memória do Judiciário Mineiro

NOTA BIOGRÁFICA

DESEMBARGADOR SYLVIO DE MORAES LEMOS

Des. Sylvio de Moraes Lemos

Nasceu em São Gonçalo do Sapucaí, Minas Gerais, em 14 de junho de 1915, filho de Francisco Alves de Lemos e Luiza de Moraes Lemos.

Fez o curso primário no Grupo Escolar João Pinheiro, em sua cidade natal, e o secundário no Ginásio Municipal São João, em Campanha, Minas Gerais.

Em 1934, ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Geras, onde colou grau em 1938. Durante seus estudos universitários foi funcionário dos Correios e Telégrafos.

Após formado, fixou-se em Carmo do Paranaíba, Minas Gerais, onde exerceu a advocacia de 1939 a 1949, vindo a se casar, nessa cidade, com Berenice Melo de Lemos, advindo desse consórcio seus dois filhos: Luiz Fernando Melo de Lemos e Maria Beatriz Lemos de Barros.

Também, nessa cidade, foi Prefeito Municipal e professor de português no Colégio São Geraldo e no Seminário Menor dos Padres Capuchinhos.

Submeteu-se a concurso de provas e títulos, sendo aprovado e nomeado, primeiramente, Juiz de Direito da Comarca de Nova Rezende, Minas Gerais, onde entrou em exercício a 19 de junho de 1949.

Em 1953, foi removido, a pedido, para a comarca de Ibiá, Minas Gerais, assumindo o exercício em novembro deste ano e em 25 de maio de 1956, foi promovido, por merecimento, para a Comarca de Ferros, Minas Gerais, sendo removido, a pedido, para Ibiá, no mês seguinte.

Em 1959, foi promovido, por merecimento, para Uberlândia, onde, na Faculdade de Direito local, lecionou "Introdução à Ciência do Direito" e "Direito Penal".

Em 1966, foi promovido, por merecimento, para a Nona Vara Cível, de Belo Horizonte, assumindo exercício em primeiro de janeiro de 1967.

Em 1967, foi promovido, por merecimento, para o Tribunal de Alçada, onde permaneceu até 1974, quando foi promovido, por merecimento, ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com assento na 2ª Câmara Criminal.

Por designação da Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 1977, dirigiu a publicação *"Jurisprudência Mineira"*. Em 1980, foi nomeado para integrar a Comissão Especial para a elaboração do anteprojeto de Lei, a que se refere o artigo 213 da Resolução 61/75/TJMG.

Em 1980 e em 1982, foi nomeado membro da Comissão Especial para estudos e sugestões para alteração da Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais.

Na Associação dos Magistrados de Minas Gerais, Amagis, exerceu as funções de Conselheiro e Vice-Presidente.

Eleito Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, em 10 de agosto de 1983, exerceu, também, a função de Diretor da Escola Judicial "Desembargador Edésio Fernandes".

Foi agraciado com as seguintes comendas: Colar do Mérito Judiciário; Grande Medalha da Inconfidência; Medalha "Alferes Tiradentes", a mais alta distinção da Polícia Militar de Minas Gerais, e o título de Mérito Legislativo, no grau Especial.

Recebeu o título de Cidadão Honorário de Uberlândia, Nova Rezende, Rio Novo e Ibiá.

Aposentou-se em 14 de junho de 1985 e faleceu em 18 de março de 2001, deixando uma saudosa lembrança e sentida ausência pela maneira amistosa e jovial com que tratava a todos.

-:::-

CENTENÁRIO DE UM ROMANCE SOBRE A JUSTIÇA

Des. Luiz Carlos Biasutti (*)

"A trama do romance Canaã, Graça Aranha colheu na vida local, com os documentos das testemunhas forenses." (Josué Montello)

Nos últimos tempos do Império e começo da República, muitos jovens do nordeste vieram para a região sudeste do Brasil, onde abraçaram a carreira jurídica e se tornaram juízes ou promotores. Alguns permaneceram na carreira, outros, apenas procuraram melhorar o *curriculum vitae* para alçar vôos na política, diplomacia ou no mundo das letras. Esta foi a carreira de José Pereira da Graça Aranha, que, aos 22 anos, veio a ser juiz municipal de colonização teuto-brasileira das montanhas centrais do Espírito Santo. Nascido em São Luís do Maranhão em 1868 e formado na Faculdade de Direito do Recife.

Conseguimos a cópia do translado da apelação na Comarca de origem, graças à direção do Colégio Leonardo da Vinci, de Vitória, E.S. Tal documento faz parte do acervo da Memória do Judiciário do TJMG, e é dedicada ao Des. Hélio Costa, um dos apaixonados pela obra de Graça Aranha.

Resumo do romance

1 - Depois de uma viagem a cavalo, Milkau chega no Porto de Cachoeiro, atual Santa Leopoldina, a fim de começar a vida de colono. Em Santa Leopoldina, próspera cidade comercial, sede da Comarca do Espírito Santo Central, encontra outro companheiro que resolve também ser colono. Ambos dialogam bastante sobre a Europa, o Brasil e a nova colônia. Milkau conta que antes da aventura de Cachoeiro estivera no Oeste de Minas Gerais, em São João del Rei, onde viu o Brasil tradicional, de fé religiosa e de heróis.

2 - Resolvem subir as serras de Santa Leopoldina e chegam a Santa Teresa. Admiram o trabalho e a vida da vila. No dia seguinte, uma jovem muito bela

(*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

mostra a ambos o caminho em direção ao Rio Doce. Milkau e o companheiro descem a serra (de Canaã) cantando as maravilhas da nova terra. É um dos trechos mais belos e poéticos do romance.

3 - Recebem o lote e começam o trabalho. Um dia, descobrem que haveria uma grande festa em Jequitibá e resolvem participar do evento. Encontram pastores, autoridades, músicos e o povo em geral. Depois do culto religioso, participam do baile na casa de Jacob Müller. Durante este baile, Milkau conversa um bom tempo com a jovem Maria Perutz. Após os festejos, o retorno para o trabalho na colônia.

4 - Meses depois, Milkau vai a Santa Teresa a fim de fazer compras e encontra novamente Maria, grávida, esfarrapada, trabalhando numa pensão por um prato de comida. A infeliz lhe conta que fora desonrada pelo filho de um rico colono do Rio Bonito, com promessa de casamento. Tinha sido expulsa da comunidade e abandonada por todos. Chegou a Santa Teresa, onde tinha conseguido aquele miserável emprego. Milkau resolve levar Maria para sua colônia. Um belo dia, Maria, sentindo as dores do parto, caminha pelo pasto e, longe de todos, dá à luz uma criança, que, contudo, é devorada pelos porcos. O assunto rendeu, e as autoridades da Comarca prenderam Maria como criminosa.

5 - Milkau observa "a injustiça da administração da justiça" e a pouca vergonha no caso. Maria é seviciada pelos soldados da cadeia. Aproveitando que a guarda dormia bêbada, Milkau tira Maria da cadeia e sobe com a jovem pela serra acima, prometendo uma vida nova, fundada no amor.

O crime conforme o processo

Maria Perutz no romance, Guilhermina Lübke na realidade, era uma jovem de 23 anos, "criada", ou seja, empregada doméstica em casa de Frederico Küster, no Distrito de Jequitibá. Na madrugada de 3 de agosto de 1889, deu à luz, sem qualquer assistência, uma criança do sexo masculino. Jamais se poderá saber se a criança nasceu viva ou morta, diante da fraqueza das provas existentes nos autos. No romance, Graça Aranha dá-a como nascida viva e morta pelos porcos, na clássica seqüência do Capítulo Nono.

Ouvida Guilhermina Lübke como suspeita de infanticídio, declarou, ainda na fase policial, ser "criada", natural da Alemanha (mais tarde diria ter 23 anos de idade), e informou que "*botou o cipó no pescoço da criança a fim de participar à mulher de Küster*", e que "*não enterrou o cadáver a boas horas porque tinha temor do dono da casa*".

Quatro dias depois foi concluído o inquérito policial, tendo sido remetido então ao juiz municipal em Vitória, pois ainda não fora criada a Comarca do

Cachoeiro. O juiz, Martins Rodrigues, em 19 do mesmo mês de agosto deu vista do inquérito policial ao promotor Manuel Pedro Vilaboim, que ofereceu denúncia contra Guilhermina Lübke, no dia 2 de outubro seguinte, data em que o mesmo juiz municipal determinou se fizesse sumário de culpa.

Entrementes foi proclamada a República e criada a comarca na antiga colônia. O processo dormiu longo sono cartorário, como que esperando que Graça Aranha entrasse em cena.

O processo, que estivera parado por mais de um ano, agora, em um mês e seis dias, apesar de ser de difícil preparo, por causa da barreira lingüística, e numa época em que não havia estradas, viu seu rápido término, ficando pronto para julgamento.

Graça Aranha toma as medidas burocráticas para a realização do novo julgamento e lavra seu derradeiro despacho nos autos em 24 de novembro e deixa, como já vimos, a comarca.

O julgamento se realizou no dia 10 de dezembro seguinte, tendo a ré sido absolvida por seis votos contra um. No dia 17 de fevereiro seguinte, o juiz de direito apelou da decisão para o Superior Tribunal da Relação, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal. Foi confirmada a absolvição.

Somente em 28 de março de 1892 foi determinado se oficiasse ao Secretário de Justiça e Segurança Pública em Vitória, onde se encontrava presa a ré, para que a pusessem, imediatamente, em liberdade, isso quase três anos depois de sua prisão.

Considerações finais

Essas explicações sobre o processo criminal que deu origem ao romance *Canaã* são de autoria do Dr. Renato Costa Pacheco, ex-juiz da Comarca de Santa Leopoldina-ES.

O importante é ler o texto do romance, que teve grande repercussão na época.

-:::-

Doutrina

INFIDELIDADE VIRTUAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Dr. Jander Maurício Brum e Drª Nábia dos Santos Brum (*)

Sumário: 1 Introdução. 2 Da dissolução da sociedade conjugal e da união estável. 2.1 Das causas motivadoras da separação judicial e da união estável no novo Código Civil. 3 Da infidelidade virtual. 4 Conclusão.

1 Introdução

O Direito de Família vem experimentando muitas mudanças. A introdução do divórcio no Brasil, a Constituição de 1988, o novo Código Civil são alguns exemplos. Verifica-se também a evolução tecnológica. Tudo muda numa velocidade inacreditável. O direito busca solução na mesma velocidade. Buliu-se - e muito - com antigos conceitos até então inalteráveis. O Direito é vivo e, porque é vivo, muda.

Questionamentos já vimos acerca da infidelidade virtual como motivo para separação judicial. Esse assunto é novo e, certamente, despertará muita discussão.

Existe infidelidade virtual?

Não, será o tema esgotado nesta meditação, obviamente. É possível que pontos de vista fiquem na corrente minoritária ou até se mostrem isolados. Isso não nos preocupa nesse momento. Alegra-nos provocar uma reflexão.

Resumiremos ao necessário algumas considerações. Falaremos com mais detalhes - modestamente - sobre o tema específico deste trabalho.

(*) O Dr. Jander Maurício Brum é Juiz de Direito em Minas Gerais. E a Drª Nábia dos Santos Brum é Bacharela em Direito.

2 Da dissolução da sociedade conjugal e da união estável

Dissolver é o mesmo que desfazer. Regras existem para o desfazimento da união formada pelo casamento. Na união estável, muito embora inexistam regras para o desate da união, segue-se o mesmo raciocínio do casamento, no que couber.

Na Constituição anterior, previa-se a indissolubilidade do casamento (EC nº 1, de 17.10.1969, art. 175, I). No antigo Código Civil - de 1916 -, estavam as regras da dissolução da sociedade conjugal nos arts. 315 a 328. Depois veio a EC nº 9, de 28.06.1977, introduzindo o divórcio no Brasil; e, para regulamentá-la, veio a Lei nº 6.515/55 - Lei do Divórcio. Após, veio a CF/88 mantendo o divórcio, no caso na modalidade direta após separação fática superior a dois anos e o indireto ou por conversão, após prévia separação judicial por mais de um ano; sobreviveu, com as devidas adaptações, a Lei do Divórcio.

Mais recentemente, com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (*DOU* de 11 do mesmo mês), foi implantado o novo Código Civil e a ele retornou a dissolução da sociedade conjugal (arts. 1.571 a 1590), além de prever a união estável (art. 1.723), tudo devidamente adequado à Constituição Federal. Doravante, as regras de direito material sobre a dissolução da sociedade conjugal são as do novo Código Civil; nas de direito processual, prevalece a Lei do Divórcio, até novo pronunciamento legislativo (novo Código Civil, art. 2.043).

Diz o art. 1.571 do novo Código Civil:

"*Art. 1571. A sociedade conjugal termina:*

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

§ 1º. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º. Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial".

2.1 Das causas motivadoras da separação judicial e da união estável

Diante do objetivo deste trabalho, deixamos ao leitor um exame ao art. 1.571 do novo Código Civil, citado no parágrafo anterior, sobre o elenco do encerramento da sociedade conjugal. Registramos que a separação judicial pode ser também amigável (novo Código Civil, art. 1.574), e vamos, sem delongas, a uma análise pormenorizada acerca da separação judicial litigiosa. MARIA HELENA DINIZ a divide em três modalidades: a) *separação litigiosa como sanção*, quando qualquer dos cônjuges imputa ao outro qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (novo CC, art. 1.572, *caput*), com o art. 1.573 relacionando fatos que podem, também, motivar a separação (adultério, tentativa de morte, etc.); b) *separação litigiosa como falência*, que consiste na separação judicial de pessoas separadas de fato há mais de um ano, sem perspectiva de reatamento; e c) *separação litigiosa como remédio*, que consiste em separação baseada em doença mental de um dos cônjuges, manifestada após o casamento, e que tenha duração mínima de dois anos e de cura improvável, tornando a enfermidade impossível a vida em comum.

Além da divisão acima - mais conhecida -, já se fala, na doutrina e em julgados, na separação *sem culpa* (mero desinteresse de manutenção do casamento); fala-se, ainda, em desamor. Embora não sendo o objetivo principal deste trabalho, ressalte-se que, dentre outros motivos, argumenta-se que é ilógico privilegiar o casamento, se ele não é mais a única modalidade de família; que o casamento é dissolúvel, pelo divórcio direto sem se questionar culpa; que a perquirição sobre culpa tem caráter de vingança; que a CR/88 exige interpretação legal, visando a preservar a dignidade da pessoa; que a CR/88 garante a privacidade e a intimidade da pessoa, etc.

O novo Código Civil, no *caput* do art. 1.572, estabelece que "*qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe violação dos deveres do casamento e torne impossível a vida em comum*" (destaque dos autores). Essa é a separação com causa culposa; as modalidades já referidas como separação falência e separação remédio estão nos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo.

Se se fala em infração aos deveres do casamento, ei-los, no novo Código Civil.

"*Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:*

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos".

E, se se fala no art. 1.572 do novo Código Civil em impossibilidade de vida em comum, eis o que prescreve o novo Código Civil, no art. 1.573:

"*Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:*

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum".

Para a união estável, diz o art. 1.724:

"*Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda e educação dos filhos*".

Diante do citado dispositivo, aplicam-se à união estável as mesmas regras do casamento. SILVIO DE SALVO VENOSA, em obra já abordando o novo Código Civil, diz:

"*O art. 1.724 dispõe que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, no que se aproxima e se identifica a união estável do casamento em tudo que disser respeito à responsabilidade dos companheiros com relação à prole e a si próprios*".

MARIA HELENA DINIZ, estudando o novo Código Civil, falou que nas relações pessoais entre os companheiros, exige-se: a) honorabilidade; b) fidelidade ou lealdade; c) assistência mútua; d) responsabilidade de ambos pela guarda, sustento e educação dos filhos. E, na mesma oportunidade, afirmou que "*a quebra da lealdade pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes (...)*" . De nossa parte, à união estável são aplicáveis as mesmas regras inerentes ao matrimônio, por ser uma família que a CF/88 reconhece e aconselha sua transformação em casamento.

3 Da infidelidade virtual

A Internet é hoje um dos maiores avanços. Não se imagina mais a vida sem seus recursos. Sua influência, notada em todas as atividades do cotidiano, interfere, também, na família. Muitos conceitos advindos das antigas regras do Direito de Família devem ser repensados. Nos últimos anos, o Direito de Família ganhou nova fisionomia. E vai mudar mais. O Direito continuará vivo e, vivo, continuará mudando. Já se fala, por exemplo, com naturalidade em regulamentação de união de pessoas do mesmo sexo.

Utilizada como meio de comunicação, a Internet pode ser responsável pelo jogo de sedução de pessoas comprometidas - casadas ou em união estável - que nela procuram um romance que, à primeira vista, representaria um desrespeito ou uma infidelidade ao cônjuge ou companheiro e, mais adiante, pode, extrapolando o mundo virtual, entrar para uma real união.

ALEXANDRE ROSA assim disserta:

"*Postado defronte do terminal de computador mergulhamos numa realidade diversa, na qual não há mais separação entre o ator, a platéia e o palco: tudo se confunde, nada/tudo existe. Os papéis não são mais individuais. Interação é a palavra de ordem. Estamos todos juntos e separados ao mesmo tempo: formamos o paradoxo virtual da convivência imediata e do isolamento eterno. A frieza dos contatos mantidos somente aparelhos/próteses cibernéticas afasta, sonega, simula o calor humano. Perde-se a referência de quem é o outro! O outro é a máquina-homem ou o homem-máquina?*".

Existem no Brasil milhares de internautas - homens e mulheres -, procurando as salas de bate-papo para amizades, romances, etc. E, em muitos casos, é possível que um envolvimento mais sério surja, iniciando-se pelos encontros virtuais, passando a um encontro e namoro já em contato físico, podendo-se transformar numa união estável ou até num casamento. Quando forem pessoas desimpedidas, nada demais. Complicado fica para os comprometidos (casados ou com-

panheiros), uma vez que a sedução aparecerá e, por certo, implicará um sentimento mais romântico, mas extraconjugal.

Mas, bem entendido: não é qualquer acesso à Internet ou às salas de bate papo, recebimento de *e-mail* que será considerada infidelidade virtual. Esta só acontecerá quando partir para uma sedução, um namoro ou coisa mais compromissada. Negócios, comunicações com amigos ou desconhecidos, em caráter empresarial ou pura amizade poderão acontecer sem pecha de reprovação.

A imprensa está atenta ao chamado adultério virtual na esfera criminal ou no Direito Civil, chegando aos motivos para dissolução da sociedade conjugal. Na própria Internet e na imprensa escrita, casos de relações dessa natureza são citados ou tomados como exemplo para indagações aos especialistas do Direito sobre o enquadramento legal da matéria.

ALEXANDRE ROSA fala que o relacionamento virtual se desenvolve em quatro fases: a primeira é a procura de *chats* ou *sites*, navegando-se na *web* sem maiores preocupações, motivado por desde a curiosidade até ausência afetivo-sentimental, quando inicia o contato normalmente e, depois, passa-se para conversa reservada; a segunda, contatos por *e-mail*, *ICQ*, dentre outros; a terceira vem o contato pessoal; quarta fase, vem o contato físico.

No *site* Bol Mulher, sob o título namoro virtual, está gravado:

"*Parece fantasia, mas pode-se tornar realidade - ou seria o contrário? O namoro virtual é, assim, cercado de dúvidas e contradições. Também é cheio de possibilidades: pode-se 'teclar' com uma pessoa pela Internet e conhecê-la pessoalmente logo depois, como é possível demorar meses para vê-la. Ou esse encontro pode ficar só na imaginação (...)*".

Daí, surge o questionamento: existe infidelidade virtual?

MÔNICA FIDEMAN DE MATTOS assim sustenta:

"*(...) Neste passo, a injúria grave poderia constituir uma infração ao dever matrimonial de fidelidade, para aqueles que aceitam o conceito de fidelidade moral, ao lado da infidelidade propriamente dita, representada pelo adultério. Ou, por outro aspecto, esse ato que não é o adultério, mas é um adultério pensado ou projetado. Pode ser visto como uma infração ao dever de respeito mútuo que deve existir entre os cônjuges. Em resumo, ou haveria infração ao dever de fidelidade, com uma* infidelidade moral *ou haveria* uma infração ao dever de respeito. *Nesse contexto se insere exatamente a comunicação com a pessoa do sexo oposto por meio de Internet, através dos chamados* chats *ou* e-mail. *Aí se configuraria uma situação de intimidade, com a pessoa com quem o cônjuge se comunica, traduzindo-se em injúria grave ao cônjuge inocente. Seria, por assim dizer, uma infração imprópria ao dever de fidelidade - porquanto não constitui o adultério tradicional - ou uma infração ao dever de respeito que deve prevalecer entre os cônjuges (...)*" (grifamos)

ALEXANDRE WITTE afirma que, no âmbito penal, não existe adultério virtual, restando a configuração de crime impossível. No cível, seria base para separação judicial pelo art. 5° da Lei 6.515/77. E, mais adiante, arremata: "*Por fim, estas considerações levam-nos a concluir que a infidelidade virtual é, sem sombra de dúvidas, uma nova forma de relacionamento, todavia pertinente ao Direito de Família, e não ao Direito Penal*".

ÂNGELA BITTENCOURT BRASIL, no mesmo sentido, reputa ser crime impossível o adultério pela Internet, pois, para que isso ocorresse, seria necessária a presença física dos envolvidos e, desse modo, não seria possível o reconhecimento de crime, como acontece com hipóteses de filmes pornográficos, as revistas do mesmo teor e os serviços de telessexo não estão no elenco dos crimes contra a família. Já na esfera cível, ela adverte que, pelo art. 5° da Lei n° 6.51577 (Lei do Divórcio), o adultério via Internet pode, dependendo da visão do cônjuge, representar conduta ou não-injúria grave em relação ao casamento.

MARILENE SILVEIRA GUIMARÃES escreveu que "*a prática da infidelidade, virtual ou não, autoriza o pedido unilateral de dissolução do casamento e da união estável*". Mas, a seguir, falou que se faz necessária uma reflexão sobre o casamento que, na visão atual, não é mais uma instituição sagrada e indissolúvel, mas, sim, uma união de afeto; defendeu a necessidade de se revisar o conceito de culpa e as causas e os efeitos do desamor, dando tratamento moderno ao tema, em especial sobre causa culposa ou princípio da ruptura pelo desamor para a separação e as devidas conseqüências

GISELE LEITE assim se manifestou sobre o tema:

"*É curial que realcemos que pela Internet é crime impossível o adultério, mas poderemos encontrá-lo como injúria grave ou pelo menos conduta desonrosa. Certo é, porém, que em face da fragilidade do meio (computador) a prova careça de autenticidade e idoneidade para comprovar cabalmente tais fatos*".

Na Internet existe afirmação de que a Igreja Católica se posicionou sobre a matéria, dizendo que: "*A traição por* e-mail *e contatos sexuais imaginários são tão condenáveis quanto os condenáveis encontros físicos*". No mesmo sentido, outras publicações existem...

ALEXANDRE ROSA, após falar das fases do relacionamento virtual alhures citadas, isto é, da entrada no *chat* ou *site* até o contato físico, escreveu:

"*As características passam a ser de um adultério ou namoro, verificados no contexto diário, com seu nascedouro vinculado à Internet. A situação somente revela interesse jurídico (para efeito de separação) se pelo menos um dos amantes for casado. Em face das regras e da ética do casamento, exige-se dos cônjuges a conjugalização absoluta das relações sexuais. Todavia, o que era no namoro/noivado, com o tempo foi ficando legal e, se não se cuidar, torna-se num casamento banalizado/burocratizado. Neste contexto, a novidade, o devir, o jogo da sedução do(a) amante. A atração pelo novo, pela sedução, pelo desejo: o rompimento com a repetição/rotina. A fuga do desgaste natural dos relacionamentos*".

Embora sem ser decisão acerca de relacionamento virtual, no Tribunal de Justiça de São Paulo, foi proferida decisão decretando separação por fato chamado de quase-adultério.

Eis a ementa:

"*Separação litigiosa - Injúria grave - Quase-adultério - Exteriorização de atos que identificam a aproximação amorosa entre o cônjuge-varão e outrem, provocando abalo à honra e à dignidade da família - Sentença confirmada - Recurso não provido. - O adultério que não se completa com a conjunção carnal pode, mesmo assim, ter infringido os deveres do matrimônio. A conduta leviana ou irregular do cônjuge injuria gravemente o outro cônjuge e ofende a dignidade da família.* (Apelação Cível nº 177.237-1, ac. unân. da 5ª Câm. do TJSP, j. em 22.10.1992, Rel. Des. Matheus Fontes.)

Nas pesquisas, encontramos o *site www.traida.net*, que, de certa forma, reconhece a existência do romance virtual. E até traz observações interessantes. A título de curiosidade, nele estão alguns indícios de que se está sendo traído virtualmente:

"*Ele(a) passa horas em frente ao micro, e fica até altas horas da madrugada.*

Quando se aproxima, ele (a) troca a tela ou pede para você não perturbar, pois está tentando se concentrar em alguma reportagem interessante.

Nas contas de telefone aparecem algumas chamadas interurbanas, e, pelo que sabe, não conhece ninguém naquela localidade.

Depois que ele(a) comprou o computador, suas noites conjugais não são mais as mesmas.

Quando você tenta enviar uma mensagem pelo Outlook, *depara com um pedido de senha.*

O ICQ *dele(a) está bloqueado ou seu 'history' está totalmente limpo*".

O assunto trará muita discussão. E, por falar nisso, discute-se a possibilidade ou não de indenização por dano moral ao cônjuge atingido pela infidelidade virtual. O presente estudo não trata, de modo direto, da responsabilidade civil; porém, parece-nos razoável uma meditação acerca de ser ou não indenizável o aborrecimento causado pela chamada "*infidelidade virtual*".

Embora não sendo o objetivo principal deste trabalho, mencionamos que já se discute a ocorrência de dano moral entre cônjuges, no caso de infidelidade virtual.

Defende-o ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS. Diz ele, inicialmente, que o chamado "*sexo virtual*" não pode ser considerado adultério, por ausência do contato físico, o coito vaginico. Mas, afirma que podem ser qualificados de "*quase-adultério*" e que, nisso, considera-se conduta infamante ao cônjuge inocente.

Mais adiante arremata:

"*É de índole dolorosa e acentuada a prática do quase-adultério, a injúria consiste em permanecer em salas de* chat *destinadas a sexo virtual, causando mortificação ao outro cônjuge. Desde que estas condutas desviantes do parceiro sejam martirizantes e causem angústia e mal-estar espiritual, o dano moral aparece resplandecente, em toda sua grandeza*".

Em posição contrária, Alexande Rosa rejeita-o, sob o fundamento de que isso seria uma modalidade de vingança patrocinada pelo Estado.

4 Conclusão

O novo Código Civil manteve a culpa como fundamento para separação judicial. Na tramitação do projeto, tentou-se retirá-la, através da Emenda nº 195 do Senador José Fragelli, que restou rejeitada pelo Relator, Senador Josaphat Marinho. Sabemos que a tendência é uma evolução até a eliminação da culpa na separação judicial litigiosa ou no desate da união estável. O modernismo a refugará, no futuro, não temos dúvida. É questão de tempo. Por enquanto, prevaleceu a regra tradicional.

Desse modo, temos que a infidelidade virtual representa um desrespeito ao cônjuge ou ao companheiro. Caracteriza, destarte, infração ao dever de *respeito e*

consideração mútuos ou o dever de *fidelidade* ou ao menos uma conduta desonrosa à pessoa do cônjuge ou companheiro enganado, sendo, assim, causa motivadora de separação litigiosa, quer na união estável, quer no casamento.

Mas, ainda que discuta uma das figuras acima, motivadoras do desate da união conjugal, o parágrafo único do art. 1.573 do novo Código Civil estabelece que "*o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum*".

Bibliografia

ARBACHE, Flávia. "Adultério com namoros pela Internet já podem ser motivo de dissolução conjugal". *Jornal do Comércio*, 13 de agosto de 2001, B-13.

BARROS. Ruth. "Sexo na Internet: fonte de prazeres corre o risco de acabar em tribunais". http://ww.jt.com.br/editoriais/2001/12/19/ger030.html.

BRASIL. Ângela Bittencout. "O Adultério na Internet", http://www.advogado.com/internet/zip.adulterio.htm.

CAVALCANTI, Alexandre. "Infidelidade está a um click do computador". In http://www.oliberal.com.br/arquivo/noticia/informatica/n13022002index.htm

DIAS, Maria Berenice. "Considerações sobre o novo Código Civil, Instituto Brasileiro de Direito de Família". In http://www.netshow.com.br/ibdfam/considerações.html, capturado em 28.09.2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DAOUN, Alexandre Jean. "O Adultério virtual". In http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ccd=8&ctd=75.

GUIMARÃES. Marlene Silveira. "Adultério e infidelidade virtual". Belo Horizonte, *Revista Del Rey*, nº 7, 1999, p. 28.

LEITE, Gisele. "Um adultério virtual ou traindo com a máquina". www.direito.com.br/doutrina.asp?O=1&T=1784&txtFind=adultério, capturado em 07.08.2002.

MATTOS, Mônica Fideman. "Adultério Virtual". Ata da 20ª reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família Realizado em 17 de abril de 2000, no Auditório da EMEREJ. In http://www.emerj.rj.gov.br/forum/forum_dire_fam/ata20.htm.

PATRÍCIA VIVIANE. "Internet é uma nova opção para os infiéis". http://www.unicap.br.berro/berrotaicao/internet.html.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "A culpa no desenlace conjugal". Direito de Família. *Ciências Humanas* (Caderno de Estudos nº 3). São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. "Direito de Família". 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Direito de Família. 27. ed. v. 6, atualizada por CAHALI, Francisco José. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 250.

ROSA, Alexandre. "Existe amante virtual? A pergunta que não quer calar!". *Panorama da Justiça*. Revista Jurídica da Editora Escala. São Paulo, ano V, nº 28.

_____. *Amante Virtual*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

_____. "Existe amante virtual? A pergunta que não quer calar!". *Panorama da Justiça*. Revista Jurídica da Editora Escala. São Paulo, ano V, nº 28, p. 26 e 27.

SANTOS, Jeová Antônio. "O dano moral no (quase) adultério cometido pela Internet". São Paulo. *Panorama da Justiça*. Revista Jurídica da Editora Escala. São Paulo, ano IV, nº 31.

TEPEDINO, Gustavo. "O Papel da culpa na separação e no divórcio. Repensando o Direito de Família". In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direto Civil - Direito de Família*. 2. ed. v. 6. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

WITTE, Alexandre. "A Infidelidade conjugal na Internet". In http://www.sbrash.org.br/OPINIAO/02.htm.

-:::-

(*) Juiz de Direito de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Público pela PUC/MG. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim/SP. Conselheiro Científico, Consultivo e Fiscal do Instituto de Ciências Penais-ICP.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM NOVA DIMENSÃO

Dr. Antonio José F. de S. Pêcego (*)

SUMÁRIO: 1 Crise no sistema carcerário. 2 Breves considerações sobre a origem do sursis *antecipado. 3 O novo conceito de crime de menor potencial ofensivo. 4 Reflexos na Suspensão Condicional do Processo. 5 Ampliação da abrangência. 6 Conclusão.*

1 Crise no sistema carcerário

De longa data que a situação caótica do sistema carcerário neste país se vem agravando, sendo atualmente do conhecimento público e notório a sua falência sob diversos aspectos, dentre os quais a situação de os Estados terem que arcar com os presos que cometem crimes federais em face da inércia da União em construir penitenciárias ou presídios federais.

Assim, a administração do sistema deveria ser compartilhada entre a União, Estados e Municípios, sempre buscando manter o preso - produto da sociedade em que vivemos - próximo de seus familiares, dando-lhe melhores condições de habitação, alimentação, ocupação, assistência médica e higiene no cárcere, de forma a efetivamente promover uma reeducação e ressocialização do sentenciado, permitindo a sua reinserção social de forma mais concreta e não só formal, afastando de vez esse estigma de que as prisões hoje são depósitos de pessoas humanas diante do descaso e abandono por parte das autoridades constituídas.

O sentenciado já está pagando pelo crime que cometeu com o cerceamento legítimo de sua liberdade, não sendo humano deixar de reconhecer os seus direitos à progressão de regime prisional e outros. Pois, a partir do instante em que inexistem pólos regionais da Comissão Técnica de Classificação ou até mesmo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, exceto nos grandes centros, os direitos públicos subjetivos (progressão, livramento condicional...) surgem nas mais longínquas cadeias públicas onde cumpre pena irregularmente por falta de vaga no sistema. Como os direitos subjetivos não são apreciados a tempo e modo por inércia do Estado, permanece o preso vinculado a regime a que não mais faz jus. Constitui essa anomalia uma verdadeira afronta aos direitos humanos, tornando o encarceramento um ato arbitrário (Decreto 678, de 06.11.1992 - Pacto de São José da Costa Rica).

(*) Juiz de Direito de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Público pela PUC/MG. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim/SP. Conselheiro Científico, Consultivo e Fiscal do Instituto de Ciências penais-ICP.

Por outro lado, é sabido que a prisão atua em uma de suas vertentes como fator de criminalidade e que a "*verdade é que, mesmo nas modernissimas prisões construídas na Europa - como na Suécia, na Suíça - e nos EUA, apesar da preocupação de pôr em prática as idéias de reforma apontadas pela doutrina, fracassaram completamente. Qualquer que seja o estabelecimento prisional, os índices de reincidência continuam muito altos. De modo que se pode dizer que os réus apenados com outras penas que não sejam as de prisão reincidem em muito menor número do que os que vão, efetivamente, para a cadeia*".[1]

2 Breves considerações sobre a origem do *sursis* antecipado

A Suspensão Condicional do Processo, ou *sursis* antecipado, na correta denominação dada pelo Professor Weber Martins Batista, que idealizou tão importante e moderno instituto de natureza mista (penal e processual), à época chamou de "Suspensão Condicional do Procedimento" porque visava a sua ocorrência antes do oferecimento ou recebimento da denúncia nos crimes de pequena gravidade; todavia assim não ocorreu - a meu sentir mais acertadamente - quando da introdução do art. 89 na Lei 9.099/1995, fazendo jus ao nome de Suspensão Condicional do Processo.

Ao tratar das vantagens processuais do instituto, em uma das passagens, o insigne Professor asseverou com propriedade:

"*A preocupação maior dos aplicadores da lei está voltada para a verdadeira impunidade dos criminosos de alta periculosidade, que - esta sim - já existe entre nós, porque, por excesso de trabalho, não processamos com a rapidez necessária e, por falta de lugares nos presídios, não prendemos os autores de crimes mais graves.*

As varas criminais das grandes cidades andam afogadas em processos, entre os quais feitos por crimes violentos. Aí estão as quadrilhas de assaltantes, os traficantes de drogas, um sem número de criminosos violentos, da mais alta periculosidade, a exigir dos juízes mais atenção, maior severidade de tratamento, mais tempo do que têm".[2]

3 O novo conceito de crime de menor potencial ofensivo

De forma majoritária, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram que a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259, de 12.06.2001) ampliou o conceito

[1] BATISTA, Weber Martins. Suspensão Condicional do Procedimento. SEPARATA - *Revista Forense*, v. 284, p. 02.
[2] *Id., ib.*, p. 06.

de crime de menor potencial ofensivo contido no art. 61 da Lei 9.099/1995, derrogando-o ao conceituar de forma inovadora essas infrações penais como "os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa" (art. 2°, parágrafo único, da LJEF).

Não restam dúvidas de que a Suspensão Condicional do Processo, nos termos constantes do art. 89 da Lei 9.099/1995, sempre esteve ao alcance dos crimes de menor potencial ofensivo de outrora (art. 61), assim como dos de média gravidade ao se aplicar a todo e qualquer delito em que a pena mínima privativa de liberdade fosse de 01 (um) ano de detenção ou reclusão, limite máximo que vigorava para a aplicação aos crimes de menor gravidade da Lei 9.099/1995.

4 Reflexos na Suspensão Condicional do Processo

.Com efeito, não se pode negar uma evolução nas políticas criminais de descarcerização e despenalização que inspiraram os legisladores das Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, com uma maior ingerência dos defensores do direito penal mínimo em detrimento dos simpatizantes do movimento Lei-Ordem, nem que a amplitude do conceito dos crimes de menor potencial ofensivo (pequena gravidade) gerou reflexos nos crimes que lhes seguem de média gravidade.

Assim, há de existir um marco, sob pena de se dar ensejo a uma fusão na base delimitadora fixada outrora pelo legislador quando disse que crime de menor potencial ofensivo era aquele cuja pena máxima privativa de liberdade não era excedente a 01 (um) ano e que este seria o limite mínimo de todo o crime não abrangido pela Lei 9.099/95, que teria igualmente direito ao benefício da Suspensão Condicional do Processo.

Nessa linha, com visão contemporânea digna de elogios, encontra-se importante julgado à unanimidade da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teve como Relator o Ministro Felix Fischer:

"*Súm. n. 243-STJ. Limite. Dois Anos. - A Lei n. 10.259/2001, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena mínima cominada. Daí que o art. 61 da Lei n. 9.099/1995 foi derrogado, sendo o limite de um ano alterado para dois, devendo tal mudança ser acrescentada à parte final da Súm. n. 243 desta Corte, visto que as alterações da lei penal que são benéficas para os réus devem retroagir. A Turma deu provimento ao recurso para afastar o limite de um ano e estabelecer o de dois anos para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.* RHC *12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13.08.2002. Informativo STJ n. 142 de 12 a 16.08.2002)*".

Dessa forma, o novo marco seria o limite de dois anos da pena privativa de liberdade, como máximo, para definir a competência do Juízo Penal Especial e permitir a concessão do benefício, e, como mínimo, para definir os diversos crimes de média gravidade que teriam direito igualmente à Suspensão Condicional do Processo.

A questão reclama uma nova adequação do marco divisório entre crimes de pequena gravidade e de média gravidade por meio de uma interpretação sistemática que considere a nova e ampliativa política de descarcerização e despenalização trazida ao ordenamento jurídico pela Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Federais), em respeito ao princípio da proporcionalidade, sob pena de se criar um verdadeiro retrocesso e descompasso entre o justo e o injusto na escala das gravidades dos crimes; ou seja, um paradoxo ao se permitir o *sursis* antecipado para os crimes de menor potencial ofensivo com pena máxima de dois anos de reclusão ou detenção, mas não para os crimes de média gravidade que tenham pena mínima privativa de liberdade superior a 01 (um) ano.

5 Ampliação da abrangência no Código Penal

1. Art. 122, *caput*, CP (Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio); 2. Art. 123 do CP (Infanticídio); 3. Art. 124 do CP (Aborto provocado pela gestante ou com seu sentimento); 4. Art. 129, § 2°, do CP (Lesão corporal gravíssima); 5. Art. 140, § 3°, c/c art. 141 do CP (Injúria qualificada); 6. Art. 149 do CP (Redução à condição análoga à de escravo); 7. Art. 155, § 1° e § 4°, do CP (Furto durante o repouso noturno e qualificado); 8. Art. 168, § 1°, do CP (Apropriação indébita qualificada); 9. Art. 168-A, *caput*, do CP (Apropriação indébita de contribuição social); 10. Art. 171, § 3°, do CP (Estelionato qualificado); 11. Art. 172 do CP (Duplicata simulada); 12. Art. 173 do CP (Abuso de incapazes); 12. Art. 203, § 2°, do CP (Frustração de direito assegurado por lei trabalhista); 13. Art. 207, § 2°, do CP (Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional); 14. Art. 215, parágrafo único, do CP (Posse sexual mediante fraude); 15. Art. 216, parágrafo único, do CP (Atentado ao pudor mediante fraude); 16. Art. 217 do CP (Sedução); 17. Arts. 215, 216 e 218, *caput*, (Corrupção de menores) c/c 226 do CP (Aumento de pena); 18. Art. 219 do CP (Rapto violento ou mediante fraude); 19. Art. 227, §§ 1° e 2°, do CP (Mediação para servir a lascívia de outrem); 20. Art. 228, *caput*, do CP (Favorecimento a prostituição); 21. Art. 229 do CP (Casa de prostituição); 22. Art. 230, § 2° (Rufianismo); 23. Art. 235, *caput*, do CP (Bigamia); 24. Art. 241, *caput*, do CP (Registro de nascimento inexistente); 25. Art. 242, *caput*, do CP (Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido); 26. Art. 257 do CP (Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento); 27. Art. 259 do CP (Difusão de doença ou praga); 28. Art. 260, *caput*, do CP (Perigo de desastre ferroviário); 28. Art. 261,

caput, do CP (Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo); 29. Art. 265, parágrafo único, do CP (Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública); 30. Art. 266, parágrafo único, do CP (Introdução ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico); 31. Art. 271, *caput*, do CP (Corrupção ou poluição de água potável); 32. Art. 288, parágrafo único, do CP (Quadrilha ou bando); 33. Art. 290, *caput*, do CP (Crimes assimilados ao de moeda falsa); 34. Art. 291 do CP (Petrechos para falsificação de moeda); 35. Art. 296, *caput*, e § 1°, do CP (Falsificação de selo ou sinal público); 36. Art. 297, *caput*, do CP (Falsificação de documento público); 37. Art. 299, parágrafo único, do CP (Falsidade ideológica); 38. Art. 301, *caput*, do CP (Certidão ou atestado ideologicamente falso); 39. Art. 305 do CP (Supressão de documento público); 40. Art. 306, *caput*, do CP (Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins); 41. Art. 312, *caput*, do CP (Peculato); 42. Art. 313-A do CP (Inserção de dados falsos em sistema de informações); 42. Art. 316, *caput* e § 2°, do CP (Concussão); 43. Art. 317, § 1°, do CP (Corrupção passiva); 44. Art. 325, § 2°, do CP (Violação de sigilo funcional com dano à Administração Pública ou a outrem); 45. Art. 328, parágrafo único, do CP (Usurpação de função pública); 46. Art. 332, *caput*, do CP (Tráfico de Influência); 47. Art. 333, parágrafo único, do CP (Corrupção ativa); 48. Art. 334, § 3°, do CP (Contrabando ou descaminho aéreo); 49. Art. 337 do CP (Subtração ou inutilização de livro ou documento); 50. Art. 337-A, *caput*, do CP (Sonegação de contribuição previdenciária); 51. Art. 339, *caput*, do CP (Denunciação caluniosa); 52. Art. 342, § 1°, do CP (Falso testemunho ou falsa perícia com efeito em processo penal); 53. Art. 343, parágrafo único, do CP; 54. Art. 351, § 1°, do CP (Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança).

6 Conclusão

Assim, em respeito ao princípio da proporcionalidade, é recomendável a alteração da Súmula n. 243 do STJ ("*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano*") para impor o limite de 02 (dois) anos, como muito bem sugerido à unanimidade pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no R*HC* 12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 13.08.2002.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a proposta do *sursis* antecipado, filio-me à doutrina e à jurisprudência que entendem ser um verdadeiro direito público subjetivo do acusado, cabendo ao Ministério Público diante do caso concreto, fazer uma análise qualitativa e quantitativa da proposta, com o Magistrado realizando a mesma atividade, inclusive para a eventual apresentação de condição judicial, visto não ser mero chancelador da proposta ministerial.

Em sendo o caso de crime violento contra a pessoa (art. 129, § 2°, do CP), ou outro qualquer de média gravidade mais acentuada, conforme o caso concreto, cabe, devidamente fundamentada, uma proposta de Suspensão Condicional do Processo por um período de prova superior ao mínimo de dois anos, bem como a reparação do dano, salvo a comprovada impossibilidade de fazê-lo ou inaplicabilidade no caso.

O acusado que for reincidente ou estiver sendo processado não terá direito ao benefício, reservando-se o *sursis* antecipado para aquelas pessoas em que o fato-crime foi um acontecimento isolado nas suas vidas, ou para outras que apenas preencham os pressupostos do art. 89 da Lei 9.099/1995 e, que, ao invés de serem eventualmente condenadas à pena privativa de liberdade ou à substitutiva por restritiva de direitos, tenham, durante o período pedagógico de prova, por meio de um monitoramento efetivo, tempo para refletir sobre suas ações e se reeducar com mais eficiência e humanidade, pois, no descumprimento de algumas das condições ou na prática de contravenção, o benefício poderá ser revogado; mas, na prática de novo crime durante o *sursis*, a revogação é automática para o regular prosseguimento do processo criminal.

Bibliografia

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. ed., São Paulo: RT, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

-:::-

A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS EM FACE DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS

Dr. Marcelo Guimarães Rodrigues (*)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Ação de retificação. 2.1 Ação de retificação de registro civil de pessoas naturais. 2.1.1 Retificação de assento de nascimento. 2.1.2 Retificação de assento de casamento. 2.1.3 Retificação de assento de óbito. 2.1.4 Correção de erros de grafia (art. 110 da LRP). 2.2 Ação de retificação de registro de imóveis. 2.2.1 Retificação de área. 2.2.2 Do erro evidente. 2.2.3 As hipóteses dos arts. 212 e 216 da Lei de Registros Públicos. 2.2.3 Inexigibilidade de ação direta no caso do art. 214 da Lei de Registros Públicos. 3 Da dúvida. 4 Traslado dos assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro (art. 32 e parágrafos da LRP). 5 Justificação de óbito de pessoa desaparecida (art. 88 da LRP). 6 Do "cumpra-se" nos mandados de averbação ou de registro dirigidos a jurisdição diversa. 7 Homologação do procedimento de habilitação de casamento e seus incidentes. 8 Procedimento de averbação de escritura pública ou particular de reconhecimento de paternidade ou maternidade. 9 Função social exercida pelo juiz de registros públicos. 9.1 Certidão de inteiro teor de assento civil de pessoa natural. 9.2 Registro de nascimento tardio. 9.3 Registro de nascimento de silvícola. 9.4 Recusa de registro de prenome ridículo. 9.5 Registro de óbito tardio. 9. 6 Registro de óbito de indigente. 9.7 Autorização judicial para cremação de cadáver. 10 Declaratória de paternidade.

Inicialmente, gostaria de assinalar a alegria e entusiasmo com que recebi o honroso convite gentilmente formulado por S. Exa. o Desembargador Isalino Lisbôa, digníssimo Corregedor-Geral de Justiça, para proferir, neste 12° Encontro de Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais, palestra sobre a competência jurisdicional em face dos serviços notariais e de registro.

1 Introdução

Segundo estabelece a Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar Estadual n. 59, de 18.01.01), tal como

(*) Juiz de Direito Titular da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte.

se acha em vigor, em seu art. 57, incisos I e II, compete a Juiz de Vara dos Registros Públicos:

I - exercer as atribuições jurisdicionais conferidas aos Juízes de Direito pela legislação concernente aos serviços notariais e de registro;

II - exercer a incumbência prevista no art. 2º da Lei Federal n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

A Lei Federal n. 8.560, de 29.12.92, disciplina a investigação e o reconhecimento da paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Quanto às atribuições (*rectius:* competência) jurisdicionais concernentes aos serviços notariais e de registro que conferidas são aos Juízes de Direito, as mesmas se encerram basicamente na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31.12.73).

Logo em seu art. 1º, a Lei de Registros Públicos diz que os registros ali disciplinados, tratados e referidos - todos eles estabelecidos para garantir a autenticidade[1], segurança[2] e eficácia[3] dos atos jurídicos - são o civil de pessoas naturais (SRCPN) e jurídicas (SRCPJ), de títulos e documentos (SRTD) e de imóveis (SRI). Os demais registros públicos, tais como, por exemplo, os mercantis, de propriedade intelectual, artística e científica, de propriedade industrial, etc., são regidos por leis próprias, avisa o parágrafo 2º, do art. 1º da Lei n. 6.015, de 31.12.73.

Em Minas Gerais, por sua vez, existe na Capital (Belo Horizonte) uma única Vara Judicial especializada, com competência privativa para julgar, exclusivamente, qualquer matéria concernente à legislação dos registros públicos, ao passo que as Comarcas de Contagem (2), Juiz de Fora (1), Santos Dumont (1) e Uberaba (1), possuem Varas de Registros Públicos, mas cumulativamente com Fazenda Pública, Falências e Concordatas, Execuções Fiscais, Família e

[1] O registro cria presunção relativa de verdade. Não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina. Autenticidade é a qualidade daquilo que é confirmado por ato de autoridade e deriva do poder certificante que a esta é inerente.

[2] É um dos objetivos dos registros públicos proporcionar segurança às relações jurídicas, a partir do aprimoramento de seus sistemas de controle, especialmente com a obrigatoriedade das remissões recíprocas, criando uma rede fina, atualizada e completa de dados e informações.

[3] Vem a ser aptidão de produzir efeitos jurídicos, baseada na segurança dos registros públicos, na autenticidade dos negócios e nas declarações neles contidas. É por meio da publicidade, que a todos os terceiros atinge, que os registros públicos podem afirmar a boa-fé daqueles que praticam atos jurídicos, amparados na presunção de certeza que a partir dos registros públicos se irradia.

Sucessões, Infância e Juventude e Precatórios, conforme o caso. Nas demais comarcas do Estado, toda e qualquer matéria jurisdicional concernente à legislação dos registros públicos recai na competência residual do Juiz de Vara Cível, e, onde houver mais de uma Vara, desempenhará a distribuição o papel de firmar a competência (art. 56 da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais).

Tal distinção adquire especial relevo nas comarcas dotadas de Vara Judicial especializada de Registros Públicos, diante da regra de ordem pública e natureza cogente prevista no art. 113, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, segundo a qual todo e qualquer ato decisório praticado por juiz incompetente é nulo de pleno direito. E, como se sabe, a competência jurisdicional, quando firmada em razão da matéria, é de ordem pública, devendo ser alegada até mesmo de ofício, em qualquer fase ou instância do julgamento (art.113, *caput*, do Código de Processo Civil).

Já o juiz Diretor do Foro exerce, no que diz respeito aos serviços auxiliares da Justiça e nos serviços notariais e de registro de sua comarca, as funções administrativas de orientação, fiscalização e disciplinares, inclusive no tocante aos titulares e prepostos não optantes dos serviços notariais e de registro da comarca (art. 65, I e VI, da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, c.c. arts. 33,37 e 38 da Lei n. 8.935, de 18.11.1994), o que, por outro lado, afasta de dele o conhecimento e julgamento de matéria jurisdicional.

Importante frisar ainda que competente para conhecer e julgar recurso aviado de decisão jurisdicional em matéria de registros públicos é unicamente o Tribunal de Justiça, conforme prevê a Constituição Mineira, em seu art. 106, II, *d*. Tais recursos serão distribuídos a desembargador integrante de uma das Câmaras Cíveis do Tribunal. Diferentemente acontecerá em se tratando de recurso aviado em face de ato ou decisão do corregedor ou ainda de pena disciplinar imposta por este ou por juiz, pois nestes casos o órgão do Tribunal de Justiça competente para julgá-lo será o Conselho da Magistratura, conforme indica o Regimento Interno do Tribunal de Justiça (Resolução n. 314/96, art. 13, parágrafo 7º).

Assentadas tais premissas nesta ligeira digressão, passemos à análise perfunctória da competência, em razão da matéria, do juiz de Registros Públicos.

2 Ação de retificação

A finalidade da ação de retificação é assegurar a fiel e completa correspondência entre a realidade e o registro, preservando a certeza do assento público. A faculdade nela conferida tem objetivamente considerável latitude, pois abraça

tanto o erro de direito como o de fato. Não menos significativa é sua pertinência subjetiva, ao ensejar a Lei de Registros Públicos o exercício da pretensão retificatória ao *interessado*, entendendo-se como tal aquele que detenha interesse jurídico devidamente comprovado e que nem sempre coincidirá com a pessoa do titular do registro a ser retificado.

Frise-se novamente que retificar é diferente de mudar, que por sua vez diverge de alterar.

Com efeito, na alteração, não se cogita de reparar erro; trata-se de uma modificação do que era certo e definitivo, normalmente implicando acréscimo. Na mudança, há uma substituição de dado do assento, envolvendo idéia mais ampla do que a alteração. Como exemplo, quem muda, adota outro nome ou o transforma completamente. Já quem altera introduz modificação que não retira do nome seu caráter anterior, permanecendo reconhecível, ao passo que na retificação se corrige um erro ouse repara uma omissão na redação do ato de nascimento.

Quanto a sua conseqüência, invariavelmente a retificação acarreta o cancelamento, total ou parcial, do assento, ainda que disponha de menor poder de fogo que o cancelamento propriamente dito. Enquanto a retificação se aplica à correção do equívoco do assento por erro, no cancelamento o campo de intervenção é mais abrangente, na medida em que não exige especificamente a presença dessa patologia para sua aplicação, em que pese não prescinda do processo de conhecimento, através do rito comum ordinário e se sujeite à prescritibilidade.

2.1 Ação de retificação de registro civil de pessoas naturais

Os artigos 109 e 110, ambos da Lei de Registros Públicos, retratam procedimentos especiais de jurisdição voluntária, cada qual com suas particularidades. Subsidiariamente, serão aplicadas as regras do procedimento ordinário de jurisdição voluntária, previsto no Código de Processo Civil, de acordo com seu art. 1.112, ou ainda do procedimento contencioso.

É sabido que, no contexto da jurisdição voluntária, a atividade do juiz se dirige não propriamente à composição de uma lide, mas sim à tutela de um interesse coletivo, indispensável à boa administração de interesses privados, segundo a precisa lição de CARNELUTTI. Assim, a atuação do juiz não estará voltada para a solução de litígio, efetivação de um direito ou mesmo para acautelar outro processo, mas sim concentrada na preservação e garantia da (boa) administração de interesses privados, atividade essa a ser desempenhada, quando assim exigido expressamente pela lei, mediante a verificação da conveniência e presença dos requisitos de validade formal do negócio jurídico ou ato de interesse particular.

Essa interferência, que se explica apenas pela existência de interesse público, é considerada intrinsecamente função integrativo-administrativa, não possuindo, a rigor, cunho jurisdicional.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que no âmbito da jurisdição voluntária não há lide ou contenciosidade. Vige, é claro, o contraditório, cabendo ao juiz (por sinal, independentemente do pedido) mandar citar todos os interessados, desde que, é óbvio, exista nos autos a qualificação que permita a efetivação da diligência, além do próprio Ministério Público (Código de Processo Civil, art. 1.105). A citação não é aqui tratada propriamente como um chamado para "defesa", muito menos tem o condão de tornar a coisa litigiosa, constituir em mora, tornar prevento o juízo, ou interromper a prescrição, pois não há litígio ou conflito de interesses e nada está sendo pedido contra ninguém. Entende-se que a presença dos interessados no procedimento, ainda que tomando posições divergentes, esteja limitada para a proteção do interesse ou negócio jurídico particular, tal como é tutelado e definido pela lei. Não há que se falar em revelia, assim como o prazo para resposta não é fatal, nada impedindo o juiz de decidir com a resposta eventualmente intempestiva, caso assim determine o interesse maior da boa administração. Ampla é a atividade do juiz na seara voluntária, orientada pelo princípio inquisitivo, razão pela qual pode investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de toda e qualquer prova que venha considerar necessária (Código de Processo Civil, art. 1.107). Sua decisão é imune ao critério da legalidade estrita, podendo perfeitamente ultrapassar os fundamentos do pedido ou mesmo de eventual oposição, pautando-se apenas pela solução que reputar mais conveniente ou oportuna, ou seja, o critério da conveniência e oportunidade prevalece sobre o da legalidade estrita (Código de Processo Civil, art. 1.109), o que não enseja, todavia, a prerrogativa de ignorar as causas de nulidade previstas na lei civil. Admitem-se, na jurisdição voluntária, determinadas modalidades de intervenção, como a assistência simples (Código de Processo Civil, art. 50) e a oposição (Código de Processo Civil, arts. 56:61), além, é claro, do litisconsórcio ativo ou passivo, que, a rigor, não é figura típica de intervenção de terceiros. As demais modalidades de intervenções concedidas ao terceiro pelo estatuto processual civil (nomeação à autoria, denunciação à lide e chamamento ao processo) mostram-se incompatíveis com a natureza e propósito da jurisdição voluntária, no qual inexiste lide e nem campo para viçar pretensões. Embora se manifeste a coisa julgada formal, uma vez a sentença prolatada e esgotados os recursos cabíveis, o mesmo não acontece com a coisa julgada material na atividade tipicamente administrativa. Conforme já assinalado, tal atividade é voltada unicamente para a boa administração de interesses privados, portanto e assim sendo, caso não consumado o ato ou ainda deixando por qualquer motivo a decisão de produzir efeitos, poderá o juiz modificá-la, desde que fundamentado seu novo convencimento, se para tanto encontrar razões para fazê-lo.

A pertinência subjetiva na retificação seja com base no art. 109, seja no requerimento encaminhado no rito do art. 110, ambos da Lei n. 6.015, de 31.12.73, é fixada para o próprio registrado ou participantes do registro e seus sucessores, dentre os quais se inserem os filhos, pais, avós e cônjuge.

No caso específico do procedimento estabelecido no art.109 da Lei de Registros Públicos, a citação é dirigida ao interessado e ao Ministério Público para impugnarem o pedido no prazo de cinco dias, prazo esse que é comum e corre em cartório. Sobrevindo impugnação, colhe-se a prova, inclusive em audiência, se necessário, no prazo de dez dias, seguindo-se a oportunidade para manifestação dos interessados e órgão do Ministério Público, sucessivamente, em três dias, proferindo-se adiante a decisão em cinco dias. Caso não haja impugnação ou existindo, mostrando-se suficientes as provas já existentes, decidirá de plano o juiz em cinco dias.

O recurso cabível é o da apelação, interposto no prazo de quinze dias da intimação e recebido no duplo efeito, sobrestando-se a execução da sentença até o julgamento pela instância revisora.

Por força do disposto nos artigos 111 e 112, ambos da Lei de Registros Públicos, nenhuma retificação ou restauração em matéria de registro civil será entregue ao interessado, permanecendo nos autos na Secretaria do Juízo ou no arquivo forense, conforme o caso.

O foro competente da ação retificatória pode ser o do lugar em que foi lavrado o registro ou o do domicílio do interessado. A Lei de Registros Públicos autoriza a propositura de pedido de retificação de assentamento no Registro Civil, em Juízo diverso daquele em que o registro foi lavrado (art. 109, parágrafo 5º). Tal regra processual cabe ainda nos casos de mudança (do prenome) e alteração (do nome e/ou prenome). É que o art. 46 da Lei n. 6.015, de 31.12.73, permite o requerimento do interessado no lugar de sua residência, em que pese se refira o art. 57 do mesmo diploma legal ao "*juiz a que estiver sujeito o registro*". O confronto entre esses dispositivos concebe a conclusão no sentido de que, em qualquer situação, seja tratar-se a pretensão de retificação, seja de alteração, seja de mudança, o rito processual é comum a todas elas e a decisão judicial pertinente será invariavelmente averbada (e não registrada) à margem do registro existente, cumprida em jurisdição outra através de mandado, em ofício dirigido ao juiz do local onde se encontra o registro, com o seu "cumpra-se": assim mostrando-se de todo razoável na espécie a aplicação conjugada dos artigos 46 e 109, parágrafo 5º, em epígrafe.

Ademais, cuida-se de competência territorial, e como tal de natureza relativa, prorrogando-se automaticamente caso não oposta à devida exceção, sem qualquer prejuízo para o devido processo legal (Código de Processo Civil, art. 114).

2.1.1 Retificação de assento de nascimento

O artigo 54 da Lei de Registros Públicos indica os dados que deve conter o assento de nascimento. Dentre estes, os erros e imperfeições mais comuns referem-se à grafia dos prenomes e nomes patronímicos, seja do titular do assento, seja de seus genitores e avós, bem como do local e data do nascimento.

Paralelamente, surgem com alguma freqüência pedidos de retificação para sanar omissão no que diz respeito à indicação do pai e até mesmo, em alguns casos, da própria mãe, e por via oblíqua dos respectivos avós. Impõem-se muita cautela e prudência, pois por detrás de uma ação de retificação de assento civil pode-se estar ocultando verdadeira ação contenciosa de perfilhamento (art. 113 da Lei de Registros Públicos), e que, como ação de estado, diz respeito à competência do Juiz de Família (art. 60 da Lei Complementar Estadual n. 59, de 18.01.2001).

Anote-se ainda que inexiste obrigatoriedade legal de se apontar a cor do registrando no assento de nascimento, em que pese tal indicação constar com relativa freqüência em alguns registros de nascimento.[1]

2.1.2 Retificação de assento de casamento

Embora menos comum no cotidiano do foro, é possível também retificar o assento de casamento para que se corrijam imperfeições de qualquer dos dados indicados no art. 70 da Lei dos Registros Públicos. Julgado procedente o pedido retificatório e averbado o mandado pertinente, caberá ao oficial do Registro Civil providenciar a devida anotação, com as remissões recíprocas, de que cuida o art. 106 da Lei de Registros Públicos. Caso o registro primitivo tiver sido lançado em outro Serviço de Registro Civil, competirá àquele comunicar a averbação, com resumo do assento, ao oficial do Serviço do Registro Civil pertinente, seguindo-se o roteiro traçado no parágrafo único do art. 106, combinado com o art. 98, ambos da Lei n. 6.015, de 31.12.73.

2.1.3 Retificação de assento de óbito

No artigo 80 da Lei de Registros Públicos estão contidos os elementos que deve conter o assento de óbito. A retificação do registro de óbito pode abranger, portanto, qualquer destes dados. Quase sempre, todavia, os possíveis erros apontados referem-se à existência de testamento conhecido, filhos e seus nomes, causa da morte e se o falecido deixou bens e herdeiros menores ou interditos.

---

[1] A obrigatoriedade de indicação de cor só vale para o assento civil de óbito (art. 80, § 3º, da Lei de Registros Públicos).

Averbada a retificação, compete ao oficial proceder à remissão recíproca, aplicando-se igualmente o disposto no art. 106, parágrafo único, combinado com o art. 98, ambos da Lei de Registros Públicos.

2.1.4 Correção de erros de grafia (art. 110 da LRP)

Para a correção de erros materiais evidentes, em qualquer assento civil, aplica-se o procedimento delineado no art. 110 da Lei de Registros Públicos. Em outras palavras, o pedido pode ser formulado por escrito por aquele que detém interesse jurídico devidamente comprovado, independentemente de representação por advogado. Tal pedido, acompanhado das respectivas razões e instruído com os documentos que comprovem de plano a alegada inexatidão, é dirigido ao Juiz de Registros Públicos, porém inicialmente apresentado ao oficial do Serviço do Registro Civil pertinente, que o protocolará, autuará e o distribuirá no fórum. Conclusos os autos, e após a manifestação do Dr. Curador de Registros Públicos, decidirá o juiz no prazo de 48 horas, independentemente do pagamento de custas, taxas ou emolumentos de qualquer espécie.

Acontecendo impugnação pelo representante do Ministério Público ou entendendo o juiz que o pedido exige maior indagação, será processada a retificação já com assistência de advogado no rito do art. 109 da Lei de Registros Públicos.

2.2 Ação de retificação de registro de imóveis

Como não poderia deixar de ser, o que busca a retificação no registro imobiliário é o ideal da coincidência absoluta entre a realidade registral e a extraregistral. Em se tratando apenas de um ideal, não pode prescindir o sistema registral de um mecanismo que permita a configuração do registro à realidade jurídica, posto que com relativa freqüência surge entre nós o erro do assento.

A retificação pode dizer respeito ao direito ou aos fatos constantes do registro. Na primeira hipótese, o erro está presente entre o registro e a realidade que se refere ao direito. Ou seja, o erro leva o registro a tornar público um direito que não existe, ou existe sem a mesma profundidade, ou omite outro direito que na realidade existe. Tal situação está prevista exatamente no art. 212 da Lei de Registros Públicos. No segundo exemplo, ainda no que diz respeito ao objeto da retificação, o erro está presente nos fatos, o que acontece quando a retificação tem em conta a correção de imprecisões relativas às características do imóvel ou à identificação das pessoas envolvidas no registro.

Em outros casos, o erro se faz presente no negócio jurídico causal e no próprio instrumento, em si mesmo considerado, com suas formalidades extrínsecas.

O erro nasceu no título e acabou contaminando o registro. Assim sendo, a retificação do registro é indireta, acontecendo como um desdobramento lógico e natural da retificação do título. Via de regra, o juízo competente para determinar tal retificação, não será o de registros públicos, mas sim aquele que produziu o título defeituoso ou ainda, em se tratando de negócio jurídico, demandará a confecção de outro contrato ou mesmo pública forma, conforme o caso. Neste passo, coerente com a melhor doutrina[5], estou que, a meu aviso, inexiste processo judicial de retificação de escritura. Não por acaso, nos livros de notas dos tabelionatos nem sequer existe campo para eventual "*averbação de retificação*". Como se sabe, a escritura instrumentaliza prova pré-constituída da manifestação de vontade das pessoas, tornada pública, de acordo com a lei. Não se pode retificar manifestação de vontade alheia. Assim, uma escritura só pode ser retificada por outra escritura, com o comparecimento das mesmas partes, herdeiros ou sucessores, que na primeira pública forma manifestaram sua vontade e que participaram do respectivo negócio jurídico.

Excepcionalmente, todavia, admite-se a retificação de erros que contaminaram o registro, independentemente da retificação do título. Isto acontece geralmente nas indicações referentes à identificação das pessoas, como o número do documento de identidade ou do cartão de inscrição do contribuinte, domicílio, profissão e até mesmo o estado civil. São situações que podem ser corrigidas diretamente no registro, e, desde que desprovidas de potencial lesivo a terceiros, cabendo ao registrador atuar com a devida cautela, exigir a prova do erro material evidente e corrigir o assento, tal como prevê a parte final do parágrafo 1º do art. 213 da Lei de Registros Públicos.

2.2.1 Retificação de área

Cuida-se de modalidade de retificação feita administrativamente, mas que depende da intervenção do juiz, que atuará como órgão da jurisdição voluntária, de acordo com o previsto no art. 213 e seus parágrafos da Lei de Registros Públicos. È de jurisdição voluntária e feita administrativamente esta retificação quando dela não resultar prejuízo a quem quer que seja. Visa, tão-somente, o ajustamento do registro imobiliário à realidade, sem qualquer alteração na situação jurídica de pessoas não envolvidas no processo. Geralmente, verifica-se nos casos em que há ofensa ao princípio da especialidade [6].

---

[5] Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Ed. RT, 1983, Tomo III, p. 361; Sebastião Amorim e José Celso de Mello Filho, *Revista de Direito Imobiliário*, nº 1, p. 27; Narciso Orlandi Neto, *Retificação do Registro de Imóveis*. Ed. Oliveira Mendes, 1997, p. 89; etc.

[6] Tal princípio, na clássica definição de Afrânio de Carvalho, "*significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado*" (*Registro de Imóveis*, Ed. Forense, p. 219).

O pedido deve estar instruído com a planta e memorial descritivo do imóvel, certidão da matrícula ou do registro geral respectivo, atualizada e passada na forma do art. 21 da Lei de Registros Públicos, via da anotação de responsabilidade técnica do profissional que assina a planta e memorial descritivo, a indicação dos confrontantes e do alienante, dispensando-se esta última caso a alienação tenha acontecido há mais de vinte anos. A citação de todos os interessados é indispensável, porém podendo ser suprimida diante do comparecimento espontâneo e, até mesmo, na hipótese de os mesmos colocarem-se de acordo com o pedido mediante assinatura da planta e memorial descritivo que sinaliza as alterações das medidas. Embora não seja "parte" na relação jurídico-processual, a manifestação do oficial do registro imobiliário da circunscrição em que se acha o imóvel é de toda oportuna e conveniente; pois se trata de momento precioso para que informações relevantes quanto ao pedido retificatório em cotejo com os registros anteriores e documentos outros arquivados na serventia possam ser prestadas pelo oficial e que em muito auxiliarão a formação do convencimento do juiz. Ademais, com a simples intervenção do oficial registrador, elimina-se, muitas vezes, a necessidade de posterior suscitação de dúvida. Da mesma forma, mostra-se também conveniente ouvir-se o município, que, através do serviço de parcelamento do solo ou equivalente e por meio de sua procuradoria, poderá prestar informações relevantes e até mesmo, conforme o caso, impugnar o pedido. Tais práticas foram implementadas com sucesso há alguns anos na Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte.

A única retificação cabível é a *intra muros*, ou seja, aquela em que a diferença de área apontada se encontra dentro das divisas do imóvel, não havendo que se falar em erro e portanto em retificação, quando o interessado pretende acrescentar ao imóvel área que ele não tinha e não prevista no título aquisitivo. Igualmente, também não serve a retificação do registro para tornar certa, com descrição de divisas, fração ideal de condômino.

Acontecendo impugnação fundamentada, extinto será o processo e as partes remetidas às vias ordinárias, como determina o parágrafo 4° do art. 213 da Lei de Registros Públicos. Por vias ordinárias entenda-se a jurisdição contenciosa. A escolha da ação adequada dependerá dos motivos de fato do litígio, de acordo com o caso concreto. Nesta hipótese, desloca-se a competência do juiz de Registros Públicos para o juiz cível.

2.2.2 Do erro evidente

Atribui o parágrafo 1° da art. 213 da Lei de Registros Públicos, a possibilidade de o próprio oficial corrigir, desde logo, hipótese de erro evidente. Assim, para os casos em que a inexatidão material for passível de ser constatada de plano

e desde que seja incapaz de trazer prejuízo a terceiro, prescinde-se da intervenção judicial para a devida adequação do registro à realidade de fato, e não apenas com o instrumento que lhe serviu de base. A comprovação do erro evidente pode ser feita através de documento particular, título público ou certidão.

Como exemplos de erro evidente, pode-se mencionar a retificação de um ou outro algarismo do número do documento de identidade, o acréscimo do nome pelo qual é conhecido o titular do direito registrado, desde que similar com aquele já existente no assento, situação comum em se tratando de nomes estrangeiros, etc.

Na retificação do erro evidente, a lei exige que o registrador atue "*com a devida cautela*", o que não inclui o conhecimento pessoal que porventura aquele possa ter dos fatos. Ainda que isso ocorra, deve o registrador agir como se nada soubesse, pois todo o seu convencimento deve basear-se naquilo que consta do registro e dos documentos que lhe são apresentados. Em caso de dúvida, melhor será que o registrador oriente o interessado a requerer judicialmente a retificação.

Por força do princípio da instância, mesmo em caso de erro evidente, depende a retificação de requerimento do interessado. Exceção a tal princípio, acha-se na hipótese dos arts. 167, II, 13, da Lei de Registros Públicos, que é o caso da averbação da mudança da denominação do logradouro para o qual o imóvel faz frente; ainda assim, na prática, acontece de o titular do direito apresentar ao oficial o documento comprobatório.

2.2.3 As hipóteses dos arts. 212 e 216 da Lei de Registros Públicos

O cancelamento equivale ao aniquilamento jurídico do registro, abrangendo a expressão a averbação e a matrícula.O que se tem em conta aqui, como previsto nos arts. 212 e 216 da Lei de Registros Públicos, vem a ser o processo contencioso e que equivale à via ordinária também prevista no parágrafo 4° do art. 213 do acima referido diploma legal. Isto acontece porque o erro a ser corrigido está em constar do registro um direito inexistente, ou direito atribuído a titular que não o é realmente. Pode-se referir ainda a um direito não constante do registro ou em parte prejudicado, assim como um direito indevidamente registrado.

Em tais situações, exige-se sempre processo contencioso, *verbi gratia*, ação demarcatória, ação divisória, ação de usucapião, ação reivindicatória, etc., que, como ações de natureza real, são as únicas apropriadas para cancelar os direitos reais gerados pelo registro atacado.

As situações previstas nos arts. 212 e 216 da Lei dos Registros Públicos referem-se à nulidade do título que repercute no registro. Decretada a nulidade do título,

como conseqüência, acarreta a nulidade do registro impondo seu cancelamento, efetuado mediante mandado de averbação, passada em julgado a sentença (art. 216, 2ª parte c.c. art. 259). Portanto, a nulidade deve ser demandada em ação direta contra o título, e não do próprio registro. O cancelamento deste último, neste caso, será um simples desdobramento lógico e natural, do eventual acolhimento do pedido.

Anote-se que, enquanto não cancelado, produz o registro todos os seus efeitos legais, ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido (art. 252). Porém, uma vez cancelado o registro, todos os subseqüentes, que nele se apóiam, devem ser cancelados, orientando a respeito o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo que tal deva ser providenciado independentemente de processo judicial (*RT*, 579/91), por força do princípio da continuidade do registro.

2.2.3 Inexigibilidade de ação direta no caso do art. 214 da Lei de Registros Públicos

As nulidades absolutas derivadas do próprio ato do registro são invalidadas administrativamente, independentemente de ação direta (art. 214 da Lei dos Registros Públicos). Tal cancelamento atinge apenas os atos do registro, não toca os atos do direito nele embutido, ou seja, nenhum nexo possuindo com o título causal. Assim é que afirma o art. 254 da Lei dos Registros Públicos não contaminarem o título tais nulidades.

A lei traçou uma linha divisória entre a nulidade do título e a do registro, sem desvincular o primeiro do segundo. Quando a lei alude à nulidade de pleno direito do registro, visa àquela que se acha imanente neste, à original do registro, e não à derivada do título.

São consideradas nulidades absolutas a incompetência territorial do serviço de registro imobiliário (art. 269); o registro efetuado após a sentença de abertura da falência ou do termo legal (art.215); a falta de prenotação (art. 182); a incompetência funcional do subscritor do assento (art. 210); etc.

3 Da dúvida

O procedimento administrativo da dúvida inicia-se com a apresentação de um título[7] para registro ou averbação, seguindo-se sua prenotação no protocolo com o respectivo número de ordem e necessária qualificação do título pelo oficial registrador. Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial irá indicá-la por escrito.

[7] Títulos aptos a registros, em sentido amplo, são aqueles referidos em caráter taxativo - daí o emprego do advérbio "somente" - no elenco do art. 221, incisos I a IV, da Lei de Registros Públicos.

Não se conformando o apresentante com tal exigência, ou não podendo satisfazê-la, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para julgá-la, que é o juiz de Registros Públicos.

Caberá então ao oficial anotar a ocorrência da dúvida à margem da prenotação; certificar no próprio título a prenotação deste com o respectivo número de ordem e a suscitação da dúvida, rubricando todas as suas folhas; por fim, deverá o oficial dar ciência ao apresentante dos termos da dúvida, fornecendo-lhe cópia e notificando-o por escrito para impugná-la perante o juiz de Registros Públicos no prazo de quinze dias, do que certificará nos autos do processo de dúvida, que com carga serão remetidos ao juiz competente, instruído com a nota de dúvida, o título que a originou, a certidão da matrícula ou do registro do imóvel e todos os documentos considerados pertinentes.

Existindo impugnação, será dada vista dos autos ao representante do Ministério Público, retornando os mesmos conclusos para sentença que será proferida independentemente do pagamento de taxas e custas[8].

De ordinário, não há dilação probatória no procedimento de dúvida e da sentença que a resolver cabe recurso de apelação dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça, recurso este recebido no duplo efeito.

As custas do processo de dúvida serão pagas a final pelo interessado, se vencido, tal como previsto no art. 207 da Lei de Registros Públicos, inexistindo imposição de sucumbência em verba de honorários advocatícios.

A suscitação da dúvida suspende o prazo de trinta dias previsto no art. 205 da Lei de Registros Públicos, que imuniza o título protocolado com os efeitos da prioridade do registro.

Anote-se que, em linhas gerais, as disposições relativas ao processo de dúvida no registro de imóveis são aplicadas também nos demais serviços de registros elencados no art. 1º da Lei de Registros Públicos, o que afasta a possibilidade jurídica de dúvida suscitada por notário (art. 296 do acima referido diploma legal).

[8] Quanto aos emolumentos, são devidos, de ordinário, aqueles previstos para a prática do registro ou averbação e que são recolhidos antecipadamente, via de regra, nos termos do art. 14 da Lei de Registros Públicos, valores estes que serão devolvidos, deduzida a quantia correspondente à busca e à prenotação, se e quando desistir o apresentante do registro.

4 Traslado dos assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro (art. 32 e parágrafos da LRP)

Diante do Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais do 1° Ofício ou do 1° Subdistrito, conforme for, deflagra-se o pedido de transcrição de assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro. Para tanto, não há obrigatoriedade da presença de advogado, sendo que tal pedido, devidamente protocolado e autuado com as razões e documentos pertinentes, será encaminhado pelo oficial diretamente ao juiz de Registros Públicos. Este, ouvido o representante do Ministério Público, decidirá a respeito, independentemente de qualquer outra formalidade.

Diferentemente ocorrerá quando se tratar de aquisição da nacionalidade brasileira daquele nascido em país estrangeiro, em que competente para decidir a respeito será o juiz federal (art. 109, X, CR).

5 Justificação de óbito de pessoa desaparecida (art. 88 da LRP)

A sentença proferida em processo de justificação de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, desaparecimento em campanha, terremoto ou qualquer outra catástrofe é título judicial apto a autorizar a lavratura do assento de óbito. Para tanto, mister se faz a prova da presença do desaparecido no local do desastre e a impossibilidade de se encontrar o cadáver para exame. É matéria de competência do juiz de Registros Públicos.

6 Do "cumpra-se" nos mandados de averbação ou de registro dirigidos a jurisdição diversa

Compete ao juiz de Registros Públicos exarar o "cumpra-se" nos mandados de averbação e registro originários de outras comarcas e que devam ser recepcionados nos serviços de registros previstos no art.1° da Lei de Registros Públicos, sediados em sua jurisdição. Para tanto, convém adotar-se postura atenta para possíveis falhas, inexatidões e omissões contidas em tais mandados, prevenindo-se que germes de futuras demandas se aninhem no registro.

Cito, como exemplos, mandados para registro de sentenças de interdição, tutela e emancipação, dirigidos a oficiais registradores que detêm os assentos primitivos dos curatelados, tutelados e emancipados. Na verdade, tais títulos devem ser registrados no Serviço do Registro Civil de Pessoas Naturais do 1° Ofício ou do 1° Subdistrito, conforme o caso, sempre do local onde foi proferida a respectiva decisão judicial, no livro indicado no art. 89 da Lei de Registros Públicos (Livro E). Em seguida, o oficial respectivo, de ofício, comunicará, com resumo do assento, ao oficial em cujo serviço estiverem os assentos primitivos (nascimento e casamento), o

qual, sem nenhuma intervenção da autoridade judiciária, providenciará a indispensável anotação, tudo de conformidade com o disposto no art. 92 combinado com os arts. 106, parágrafo único, e 107, 1° parágrafo, todos da Lei n. 6.015, de 31.12.73.

Pode-se referir ao mandado de averbação de separação judicial e divórcio que não indica qual o nome que passará a ser adotado doravante pelo cônjuge-virago, existindo a respeito aviso editado pela douta Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais (Aviso n. 23/00). Ainda a título de ilustração, mostram-se relativamente comum os mandados dirigidos aos serviços de registro de imóveis que não contêm o número da matrícula ou do registro geral do imóvel pertinente; mandados ou mesmo simples ofícios de "averbação" de penhora de bens imóveis que não figuram em nome do executado e descumprem as exigências do art. 239 da Lei de Registros Públicos, sabendo-se que a penhora é ato sujeito a registro, e não a averbação (art. 167, I, n. 5, do acima referido diploma legal); ou ainda mandados que desobedecem ao disposto na Instrução n. 256/96 da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais.

7 Homologação do procedimento de habilitação de casamento e seus incidentes

De acordo com o Aviso n. 011, de 03.04.03, da Corregedoria-Geral de Justiça, os procedimentos para homologação de habilitação de casamento são encaminhados ao juiz de Registros Públicos, uma vez protocolados e autuados com a documentação pertinente pelo oficial do Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais do local onde será contraído o matrimônio e por este distribuído no Fórum. Colhido o parecer do representante do Ministério Público, decidirá o juiz, homologando ou não a habilitação.

Importa salientar que, em se tratando de nubente residente no estrangeiro, dispensável é a formalidade de publicação e afixação dos editais de proclamas no domicílio do alienígena, de sorte que tal exigência se aplica única e exclusivamente ao nubente domiciliado em território brasileiro. Também desnecessária é a exigência de prévio registro de documentos e certidões que instruem a habilitação de casamento, no Serviço de Registro de Títulos e Documentos[9].

Em se tratando de conversão de união estável em casamento, tal requerimento poderá ser apreciado nos próprios autos de habilitação de casamento, de sorte que aquele não exclui este, nos termos do disposto nos arts. 67 a 69 da Lei de Registros Públicos, c.c. arts. 1.525 a 1.532 do Código Civil e da Instrução n. 255/96, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

---

[9] Apenas na hipótese prevista no art. 221.III. da Lei de Registros Públicos, poderá o ficial do Registro Civil de Pessoas Naturais exigir o prévio registro no Serviço de Títulos e Documentos.

8 Procedimento de averbação de escritura pública ou particular de reconhecimento de paternidade ou maternidade

Tal procedimento deriva do disposto na Lei n. 8.560, de 29.12.92, que disciplina o reconhecimento da paternidade de filhos havidos fora do casamento. Inicia-se perante o oficial do Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais mediante requerimento escrito firmado pelo próprio interessado, independentemente de assistência de advogado. Seja com escrito particular, seja com pública forma, o instrumento de perfilhamento, com o respectivo requerimento, é protocolado e autuado ainda no Serviço de Registro Civil, sendo após encaminhado pelo oficial ao juiz de Registros Públicos, mediante prévia distribuição, que decidirá pela averbação ou não, uma vez colhida a manifestação do Dr. Promotor de Justiça.

9 Função social exercida pelo juiz de Registros Públicos

Com efeito, notadamente no que diz respeito a fatos jurídicos que reclamam registro ou averbação no Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais, desempenha o juiz de Registros Públicos função social de significativa relevância, pois depara no dia-a-dia forense com situações cuja resolução é indispensável para garantir a plena efetividade do direito de cidadania de considerável parcela da população de baixa renda, adulta ou não, neste País de tantos e gritantes contrastes sociais.

Sensível a tal realidade e consciente das graves responsabilidades de seu cargo, cabe ao juiz de Registros Públicos imprimir rotina de trabalho que permita o imediato, simplificado e eficiente tratamento de tais situações, sem deixar de lado, por outro lado, a fiel observância das disposições correlatas da Lei de Registros Públicos.

Abaixo, passo a dar o testemunho das soluções adotadas pela equipe da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte no atendimento aos interessados - quase sempre pessoas de baixa renda e de pouco ou nenhum grau de instrução -, no recebimento, tratamento, encaminhamento e resolução das principais situações que invariavelmente reclamam imediata solução do Estado-juiz para garantir o indispensável direito de cidadania. Frise-se que em todos os casos a decisão judicial é proferida no mesmo dia, independentemente da assistência de advogado, pagamento de custas e taxas ou outras exigências desnecessárias.

9.1 Certidão de inteiro teor de assento civil de pessoa natural

Existindo legítimo interesse, poderá o titular do assento ou seu representante legal requerer ao oficial certidão de inteiro teor de assento civil de pessoa natural (arts. 16 a 21 da Lei de Registros Públicos). Mas, na hipótese retratada no art. 45 do referido diploma legal, a expedição de tal certidão sujeita-se à prévia autorização judicial, que pode ser pleiteada por escrito, diretamente pelo interessado ao juiz de Registros Públicos.

9.2 Registro de nascimento tardio

O registro civil de nascimento de todas as pessoas nascidas em território brasileiro é obrigatório e será lançado no lugar em que tiver ocorrido o parto ou da residência dos pais, ou ainda da residência do titular do assento. Ultrapassados os prazos legais para a efetivação de tal registro (de quinze dias até cento e trinta e cinco dias, conforme o caso), de acordo com o previsto nos arts. 50, *caput*, e 52, 2°, da Lei de Registros Públicos, impõe-se autorização judicial para lavratura do assento. Na Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte, o interessado comparece por si ou através de representante legal e mediante a apresentação dos documentos necessários obtém autorização para tanto.

9.3 Registro de nascimento de silvícola

Uma vez integrados, ficam os índios obrigados ao registro de nascimento perante o Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais do local de sua residência, o que também é feito mediante autorização do juiz de Registros Públicos (art. 50, parágrafo 2°, da Lei de Registros Públicos).

Ainda sem qualquer formalidade, tal requerimento pode ser formulado diretamente pelo interessado, que, munido da documentação necessária, obterá a autorização judicial de imediato.

9.4 Recusa de registro de prenome ridículo

Em face da disposição contida no parágrafo único do art. 55 da Lei de Registros Públicos diversos prenomes são recusados pelos oficiais de Registro Civil de Belo Horizonte, quando suscetíveis de expor ao ridículo os titulares dos assentos. Quando os pais ou responsáveis, geralmente aqueles que escolhem os prenomes, se mostram inconformados com a recusa do oficial, são por este encaminhados ao juiz de Registros Públicos com um ofício no qual a situação é posta para avaliação e decisão final da referida autoridade judiciária. Na Comarca de Belo Horizonte, tais fatos se revelam corriqueiros, sujeitando-se à decisão de plano, invariavelmente no mesmo dia independentemente de distribuição, pagamento de taxas, custas e da assistência de advogado, cuja intervenção fica sob o exclusivo critério e arbítrio do interessado.

9.5 Registro de óbito tardio

Da mesma forma que o registro de nascimento, o óbito tardio, como tal considerado aquele não realizado no prazo de vinte e quatro horas, ou ainda, dentro dos prazos fixados no art. 50 da Lei de Registros Públicos, demanda autorização judicial, que na Comarca de Belo Horizonte é obtida incontinenti pelo interessado na Vara de Registros Públicos.

9.6 Registro de óbito de indigente

Mensalmente, diversos requerimentos de registro de óbito de indigentes e recém-nascidos são encaminhados pelo diretor do Instituto Médico Legal ao juiz de Registros Públicos, instruídos tais requerimentos com as respectivas declarações de óbito. Tais assentos, depois de autorizados, são distribuídos pelo juiz de Registros Públicos, eqüitativamente, entre todos os serviços de Registro Civil de Pessoas Naturais desta Capital.

9.7 Autorização judicial para cremação de cadáver

Exige a Lei de Registros Públicos no parágrafo 2º do art. 77 autorização judicial para cremação de cadáver no caso de morte violenta. O pedido pode ser feito pelo próprio interessado diretamente ao juiz de Registros Públicos. Afora tal situação, fica o responsável pelo forno crematório incumbido de verificar se houve manifestação de vontade do falecido em ser incinerado ou o eventual interesse da saúde pública, firmado o atestado de óbito por dois médicos ou por um médico legista.

10 Declaratória de paternidade

Por força da Lei de Organização e Divisão Judiciárias de Minas Gerais, tal como se acha em vigor, compete ao juiz de Registros Públicos julgar os feitos de declaração de paternidade disciplinados na acima referida Lei n. 8.560, de 29.12.92, cujo procedimento é iniciado após a declaração de nascimento na qual inexiste indicação do nome do pai biológico do titular do assento[10]. Devidamente instruído tal procedimento é encaminhado ao distribuidor forense diretamente pelo oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais onde foi lavrado o assento ou ainda pelo Dr. Promotor de Justiça com atribuição para tanto, seguindo-se a notificação do suposto pai, sua manifestação e decisão judicial a respeito. Confirmada expressamente a paternidade, lavra-se termo de reconhecimento e remete-se certidão ao oficial do registro, para a devida averbação. Tal procedimento é puramente administrativo e, em caso de recusa daquele apontado como pai, que não necessita ser motivada, faculta-se ao interessado, por si ou por sua genitora, ou ainda ao Dr. Promotor de Justiça a propositura de ação de estado de investigação de paternidade perante o juiz de Família.

-:::-

[10] A este respeito, observe-se a restrição contida no art. 59 da Lei de Registros Públicos.

PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Dr. José Rubens Costa (*)

A jurisdição, poder estatal, é, em si, abstrata. O poder é uno e indivisível. O exercício da jurisdição, entretanto, realiza-se por meios de órgãos jurisdicionais, juízes ou tribunais, em que pessoas são investidas do poder. À pessoa investida da jurisdição denomina-se juiz natural (= *giudici naturali, gesetzliche Richter, independent and impartial judge*).

Pelo princípio, não mais se visualiza o poder abstratamente considerado, mas pela pessoa, natural, nele investida. Corporifica a exclusividade da jurisdição do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), ao mesmo tempo em que representa garantia da independência funcional dos juízes (art. 95, I, II e III, CF; Unabhängigkeit des Richter, BVerfGE 3, 377/381), que, somados, realizam a garantia constitucional do cidadão. Titular do direito ao juiz natural são as partes em litígio, pessoas físicas e jurídicas (BVerfGE 18, 441/447), pessoas morais e órgão investidos de jurisdição. O direito ao juiz natural é expressão, necessária, da segurança jurídica do enunciado do Estado de Direito (art. 1º, CF; BVerfGE 17, 294/298, 40, 356/361).

A razão básica do princípio é assegurar o julgamento pelo juiz natural, ou seja, pela pessoa natural a quem a ação foi entregue. Em outras palavras, fixada a competência de órgão judiciário, o juiz natural nele investido não pode ser afastado da condução e julgamento do processo (= *Niemand darf seinem gestzlichen Richter entzogen werden, Artikel 101, GG*). Com as naturais exceções, a perda da jurisdição pela morte, aposentadoria, licença. O afastamento da jurisdição pelo impedimento ou suspeição. Alterações da competência, prorrogação ou desaforamento. Tudo por previsão estrita da lei.

Como regra de exclusão, o princípio veda o julgamento por juízes ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CF), mesmo se instituídos pelo Estado, o

(*) Professor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-doutorado em Direito Constitucioanl e Processual Civil, respectivamente, nas Universidade Livre e Técnica de Berlim, na qualidade de bolsista da Alexander von Humboldt-Stiftung.

que, comumente, ocorre em períodos falhos da democracia, conhecidos os juízes de exceção na França, criados pelos colaboracionistas com o regime nazista, e, assim, os fascistas, na Itália de Mussolini, e os nazistas alemães. No período ditatorial brasileiro, em vez de criar, propriamente, tribunal de exceção, houve violenta pressão para afastamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal que às "-regras" militares se opunham, e nomeação de ministros simpáticos ao regime.

O enunciado juiz natural não se opõe, por outro lado, à especialização da jurisdição, juízes e tribunais especializados (= *jurisdição constitucional, especial, eleitoral, trabalhista, militar, comum, agrária, juizados especiais*).

O princípio do juiz natural identifica a pessoa do juiz. Como o juiz, além da jurisdição, deve ser o competente, o princípio do juiz natural também se deduz da garantia do *juiz competente* (art. 5º, LIII, CF). A dicção, referida a *autoridade competente*, não deve, todavia, conduzir à interpretação de *autoridade natural*, com indicação de autoridade ou órgão administrativo, porque a garantia do julgamento por juiz natural corresponde ao julgamento pelo Poder Judiciário. Autoridade competente não expressa o princípio do juiz natural, mas apenas simples atribuição administrativa de competência, parecida, mas não igual, senão completamente diversa, do exercício do poder.

O princípio do juiz natural se deduz da configuração do poder, pessoa natural investida de jurisdição (arts. 2º, 92 e seguintes, CF), implicando, assim, as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade (art. 95, I e II, CF). A garantia da inamovibilidade se refere à defesa ou à garantia do cidadão de ser julgado pelo juiz natural, a quem distribuída a ação, porque, então, competente (arts. 251, 253, 263, 219, CPC). Afastar o juiz *natural*, e competente, da causa que lhe tenha sido atribuída, por exclusividade ou distribuição, implicaria considerar o *outro juiz*, mesmo se investido de jurisdição e dotado de competência, *juiz ou tribunal de exceção*. Daí a conseqüência do princípio na regra processual da *perpetuatio iurisdictionis* (art. 87, CPC; art. 10, Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, "*Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial and of any criminal charge against him*").

Violação da garantia seria outorgar o julgamento da ação a juiz escolhido *post factum*, *ad hoc und ad personam*, para julgamento de causa específica (BVerfGE 82, 159/194). A garantia do juiz natural perderia, na escolha ou nomeação posterior, o caráter de abstração do ordenamento judiciário, *que impede que a escolha dos juízes seja feita ad personam* (Frederico Marques).

Traduzindo o princípio do juiz natural *expressão do poder*, impede a representação ou substituição por outrem, juiz ou não. O poder é, por definição,

indelegável (art. 2º, CF; na CF, 1967/69, havia norma expressa, art. 6º, parágrafo único, reproduzida em algumas Constituições estaduais, *v. g.*, a de Minas, art. 6º, parágrafo único).

Vincula-se, outrossim, o princípio do *juiz natural* à unidade ou exclusividade da jurisdição, isto é, prestação da jurisdição exclusivamente pelo órgãos (= *juízes e tribunais*) do Poder Judiciário. Como sempre, a norma jurídica, mesmo constitucional, possui exceções, possível a atuação de *juiz leigo* em composição com juiz togado (= *natural*), previsão dos juizados especiais (art. 98, I, CF). Todos, entretanto, juízes togados ou leigos, com prévio poder de julgar derivado da Constituição (= *juiz constitucional*), funções de poder que a Constituição delimitou.

Somente se admite *função jurisdicional exercida pelos órgãos* (= *juízes naturais*) *aos quais tenha sido delegada constitucionalmente* (Seabra Fagundes). Na origem, violava a garantia a nomeação de juiz pelo Executivo (*Kabinettsjustiz*, BVerfGE 4, 412/416). Hodiernamente, não (BVerfGE 18, 423/426, *Keine Entziehung ist die Ernennung und Besoldung der Richter durch die Exekutive*). Há nomeações como a dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

-:::-

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1 CORTE SUPERIOR

SERVIDORES PÚBLICOS - SELEÇÃO - CONHECIMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS - CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS, DE ACORDO COM A NATUREZA E A COMPLEXIDADE DO CARGO OU EMPREGO, NA FORMA PREVISTA EM LEI - ART. 37, II, DA CF

- A seleção de serventuários públicos, valorizando conhecimentos teóricos, obtidos em curso de grau superior, e práticos, adquiridos por tempo de serviço prestado no exercício do cargo ou função postos em concurso, não implica lesão ao princípio da isonomia, que impõe tratamento igual aos realmente iguais perante a lei, eis que o que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, pois a igualdade genérica dos pretensos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres.

- V.v.: - O provimento dos cargos públicos deve preceder-se de concurso público de provas ou de provas e títulos, que não devem considerar diplomas de graduação no ensino superior para cargos de nível médio, por incompatibilidade lógica. A apreciação do tempo de serviço público, como título, pode ensejar quebra dos princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade e caráter público do concurso. *(Des. Almeida Melo)*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 267.089-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Servidores públicos - Seleção dos mais capazes - Conhecimentos teóricos e práticos - "*Concurso público de provas ou de*

provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei" (art. 37, II, da CF). - A seleção de serventuários públicos, valorizando conhecimentos teóricos, obtidos em curso de grau superior, e práticos, adquiridos por tempo de serviço prestado no exercício do cargo ou função postos em concurso, não implica lesão ao princípio da isonomia, que impõe tratamento igual aos realmente iguais perante a lei, eis que o que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, pois a igualdade genérica dos pretensos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, VENCIDO O DES. ALMEIDA MELO. IMPEDIDOS OS DESEMBARGADORES REYNALDO XIMENES CARNEIRO E CORRÊA DE MARINS. ABSTEVE-SE O DES. PINHEIRO LAGO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2003. -*Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por candidatos a concurso público de provas e títulos para o exercício de cargos ou funções no Quadro de Pessoal da Justiça de Primeira Instância, aduzindo ser ilegal a inclusão do item "7.3.1" do edital de concurso público, contendo normas valorativas, dispondo serem contados como títulos "*o tempo de serviço prestado no exercício do cargo ou função pública, postos em concurso, a efetiva atuação como estagiário ou conciliador junto ao Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, bem como a graduação em curso superior de Direito*".

Aduzem os impetrantes que tais disposições ferem os princípios da legalidade e outros impostos à Administração Pública pelo art. 37 da CF, bem como caracterizaram lesão ao princípio da isonomia entre os candidatos. Pedem deferir-se o *writ*, garantindo que, na classificação dos candidatos aprovados, sejam observados os resultados objetivos das provas, sem a contagem dos pontos de títulos.

A liminar, requerida "*para que não sejam penalizados pelos critérios do edital, já que não possuem títulos*", foi indeferida.

A autoridade impetrada, o em. Des. Presidente do TJMG, em suas informações, assevera a constitucionalidade do edital hostilizado.

Reporto-me aos v. acórdãos por mim relatados nos Mandados de Segurança conexos de números 260.616-8/00, 265.179-2/00 e 265.496/000, em que se denegou a ordem mandamental, em julgamento realizado dia 26.6.02, voto que reitero, *ipsis litteris*, por ser idêntico àqueles este *writ*.

Venia rogata, não se divisam as inconstitucionalidades argüidas nas normas valorativas contidas no item 7.3.1 do edital de concurso público, atribuindo pontos aos títulos ali previstos, a ponto de se deverem computar para efeito de classificação só os pontos obtidos nas "provas objetivas", sem a contagem dos pontos obtidos por títulos, tendo em vista que:

1. O inciso editalício, tachado de ilegal, se adapta plenamente ao inciso II do art. 37 da CF, dispondo:

"*II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e* títulos, *de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei*", lembrando-se que o edital de concurso é lei entre as partes, norma geral, impessoal, contendo as condicionantes que mais satisfazem as necessidades do serviço público.

2. Quanto ao invocado princípio da isonomia, observa HELY LOPES MEIRELLES:

"*O que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, ou seja, tratamento igual aos especificamente iguais perante a lei. A igualdade genérica dos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres ... O que o princípio da isonomia impõe é tratamento igual aos realmente iguais. A igualdade* nominal *não se confunde com a igualdade* real" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., Editora RT, 1988, p. 393/394).

O preclaro jurista RUI BARBOSA DE OLIVEIRA, na genial interpretação do princípio da isonomia, em sua primorosa obra *Oração aos Moços*, assevera:

"*A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais, são desvarios da inveja, do orgulho e da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.*

Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho" (*Oração aos Moços*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 55).

Atente-se a se precisar da *ciência*, conhecimentos teóricos, e da arte,

o saber fazer, para se ter um servidor de eficiência máxima, na *recta ratio cognoscibilium* (a reta razão do conhecer, comprovada pela freqüência ao estudo em grau superior), assomada à *recta ratio factibilium* (a reta razão do fazer, comprovada pela prática), princípio aplicado pelos sábios povos greco-romanos, na seleção de seus servidores, sempre respeitando o sábio princípio da isonomia, da impessoalidade, consoante previsto na nossa Carta Magna. A verdadeira igualdade consiste em dar a cada um o seu, na proporção de suas desigualdades.

3. A valorização da graduação em curso superior específico, do exercício das funções pertinentes ao cargo concursado não lesa o princípio da igualdade, dada a sua impessoalidade; mas contribui para melhor seleção, minorando os riscos das denominadas "provas objetivas", de múltipla escolha, cuja aplicação é indispensável, mas que têm levado à aprovação de analfabetos em vestibulares de Universidade de renome, como se noticiou meses atrás. Daí a necessidade de se valorizarem também os títulos.

Negar-se o valor dos títulos, teóricos e práticos, quais os de graduação em curso superior afim ao cargo posto em concurso, e o exercício do cargo disputado, proporcional ao tempo de serviço já prestado, valorizando a experiência, resultaria desacato ao disposto no art. 37, II, das normas constitucionais permanentes, e ao princípio estampado no art. 19, § 1°, do ADCT da CF/88.

Não se divisam as ilegalidades atribuídas ao edital hostilizado.

Assim, *denego a segurança impetrada.*

Os Srs. Desembargadores Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro e Sérgio Resende - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Peço vista dos autos.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Sr. Presidente, pela ordem.

Peço licença para adiantar meu voto, acompanhando o em. Des. Relator, uma vez que já examinei bem esta matéria.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Sr. Presidente, pela ordem.

Também peço licença para adiantar meu voto, para acompanhar o em. Relator.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. RONEY OLIVEIRA, APÓS VOTAREM, DENEGANDO A ORDEM, OS DESEMBARGADORES RELATOR, ANTÔNIO HÉLIO SILVA, CLÁUDIO COSTA, ODILON FERREIRA, KELSEN CARNEIRO, SÉRGIO RESENDE, SÉRGIO LELLIS SANTIAGO, FRANCISCO FIGUEIREDO, OS DOIS ÚLTIMOS EM ADIANTAMENTO DE VOTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bengtsson) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 12.02.2003 a pedido do Des. Roney Oliveira, após votarem denegando a ordem os Desembargadores Relator, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Sérgio Lellis Santiago e Francisco Figueiredo, os dois últimos em adiantamento de voto.

Com a palavra o Des. Roney Oliveira.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Neste caso específico, vou acompanhar o eminente Relator, para não criar maiores embaraços à finalização desses infindáveis concursos públicos.

Com o Relator.

Os Srs. Desembargadores Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão e Herculano Rodrigues - Com o Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ementa: - V.v.: Constitucional e Administrativo. Acesso ao cargo público. Concurso de títulos. Conceito de título. Compatibilidade lógica, isonomia, razoabilidade. O provimento dos cargos públicos deve preceder-se de concurso público de provas ou de provas e títulos, que não devem considerar diplomas de graduação no ensino superior para cargos de nível médio, por incompatibilidade lógica. A apreciação do tempo de serviço público, como título, pode ensejar quebra dos princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade e caráter público do concurso.

A Constituição da República estabelece, em seu art. 37, II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma da lei. Ressalvam-se os cargos de provimento em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Os títulos são as qualificações adicionais que se acrescentam às provas para, objetivamente, determinarem o mérito do candidato.

O diploma de graduação no curso de Direito é requisito para o exercício da profissão (art. 22, XVI, da Constituição Federal e art. 43 da Lei 9.394, de 1996, que contém as Diretrizes e Bases da Educação Nacional) compatível com cargo público de nível superior. Considerá-lo título, com o máximo da pontuação, para cargo de nível médio é uma incongruência lógica com a classificação do cargo ou a desvalorização do diploma pelo subemprego.

O tempo de serviço prestado, em cargo ou função pública do Poder Judiciário de Minas Gerais, ou como estagiário, ou ainda como conciliador,

que enseje o máximo dos 20 pontos, aos 5 anos de serviço, especialmente quando se trate de nível médio, em que a quantidade de títulos é limitada, vem a ser forma canhestra de transformar o concurso público em concurso interno, pois o servidor do Judiciário terá, nos títulos, superioridade que retira os externos do quadro de qualquer possibilidade de competição, quando em igualdade de condições, nas provas. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Mandado de Segurança nº 594.132/98, Relator o em. Des. Ramon G. von Berg, em 15 de maio de 1995, fora bem incisivo a este respeito e concedeu segurança para reconhecer a "*inconstitucionalidade da contagem de tempo de serviço para atribuição de pontos na prova de títulos*" (*Revista de Jurisprudência do TJRGS*, nº 173, p. 190/192).

O tempo de serviço prestado pode ser considerado como título. Porém, ofende à igualdade de oportunidade de ingresso (Constituição, art. 37, I) e à razoabilidade, forma de exprimir a moralidade, que norteia os atos da Administração Pública, valorizá-lo ao ponto de excluir os externos do acesso ao cargo público.

No julgamento do Agravo Reg. em Recurso Extraordinário nº 205.535-Rio Grande do Sul, em 22 de maio de 1998, o em. Ministro Marco Aurélio reapreciou a matéria, em grau de recurso extraordinário, e não aceitou o edital de concurso emprestar ao tempo de serviço público pontuação superior a títulos de pós-graduação (*DJ* de 14.08.1998). Em seu voto, S. Exa. assinalou que a supervalorização do tempo de serviço público se revelaria um verdadeiro privilégio, colocando em situação de ampla desigualdade aqueles que não tivessem vida pregressa profissional ligada ao serviço público, caso exemplar de exame do tema sob a esfera da razoabilidade. Ainda que se possa compreender no gênero "títulos" a consideração do tempo de serviço público - disse o em. Min. Marco Aurélio - a disciplina emprestada não se mostra razoável, tendo em vista não só o disposto no inciso II do artigo 37, como também o princípio isonômico que a ele é inerente. Admitiu ter andado bem a Corte de origem, ao glosar a situação.

Embora não se trate de aplicar o § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, é próprio acentuar, por interpretação harmônica do texto constitucional, que, nem para o efeito do concurso especial de regularização da situação dos servidores que obtiveram estabilidade extraordinária, facultou-se o cômputo do tempo de serviço, como título, para os ocupantes de cargos ou funções de confiança, de livre exoneração, salvo quando se tratasse de servidores, ou seja, que tivessem sido investidos, na forma da lei, em cargos que não tivessem a conotação precária daqueles.

Data venia, concedo a segurança, para reconhecer a inconstitucionalidade dos itens 7.3.1 e 7.3.2 do Edital 1/2001.

Os Srs. Desembargadores Carreira Machado e Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Com o Relator.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Sr. Presidente. Abstenho-me de votar, pois não participei do início do julgamento.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, VENCIDO O DES. ALMEIDA MELO. IMPEDIDOS OS DESEMBARGADORES REYNALDO XIMENES CARNEIRO E CORRÊA DE MARINS. ABSTEVE-SE O DES. PINHEIRO LAGO.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL CRIMINAL - APELAÇÃO - TRIBUNAL COMPETENTE PARA JULGAR O CRIME - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO - DECLINAÇÃO DE SUA COMPETÊNCIA PARA OUTRO TRIBUNAL - CISÃO DO JULGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - APRECIAÇÃO DO MÉRITO POR CORTES DISTINTAS - INADMISSIBILIDADE - PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 81 DO CPP

- O órgão de segundo grau, ao apreciar a apelação criminal, não pode desclassificar o crime de sua competência recursal e decliná-la para outro tribunal que o seja, diante da nova classificação jurídica, a fim de que este prossiga no julgamento. Tal julgamento não pode sofrer cisão, devendo-se observar a unicidade da decisão. Se a infração capitulada na denúncia e constante na parte dispositiva da sentença tornou certa a competência do tribunal que recebeu a apelação, tendo ocorrido o adentramento do mérito, esta competência não mais pode ser modificada, mesmo diante de eventual desclassificação do delito. Nesta hipótese, vige o princípio da prorrogação de competência traçado no art. 81 do CPP, já que não é admissível a análise do mérito por cortes distintas de idêntica posição hierárquica.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 314.916-8/00 (em conexão com a de nº 314.926-7/00) - Comarca de Juiz de Fora - Relator: DES. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Competência recursal - Tribunal de Alçada - Desclassificação - Remessa ao Tribunal de Justiça para apreciação do mérito quanto à nova classificação - Inadmissibilidade - Unicidade de julgamento - Prorrogação de competência - Inteligência do art. 81 do CPP - Competência do Tribunal de Alçada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas

taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TA/MG).

Belo Horizonte, 23 de abril de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo interessado Evandro Silva Rodrigues, o Dr. Mayram Azevedo Batista Rocha.

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bentsson) - O Des. Orlando Carvalho está impedido de participar deste feito.

Meu voto é o seguinte:

Cuida-se de dúvida de competência instalada entre a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça e a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, uma vez que esta, julgando apelação interposta contra sentença proferida nos autos referentes à conduta prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, desclassificando a infração para a contida no art. 129, § 1º, II, c/c art. 345, ambos do mesmo estatuto penal, declinou de sua competência, para o crime residual, a este Tribunal de Justiça.

Aqui estando, suscitou-se a presente dúvida, ao fundamento principal de que, "*firmada, inicialmente, a competência do órgão de segundo grau segundo as balizas estabelecidas pela Constituição Estadual e iniciado o exame de mérito, não há mais que se falar em modificação dessa competência em caso de eventual desclassificação da infração, devendo ser concluído o julgamento do feito*".

De passagem por esta relatoria, determinamos diligência, com retorno dos autos ao eg. Tribunal de Alçada, já que o Ministério Público não fora intimado da decisão colegiada desclassificatória.

Lá retornando, antes do cumprimento da solicitação, os autos foram, inexplicavelmente, conclusos ao Relator do acórdão, que colocou o feito em mesa e conheceu de determinado pedido como *habeas corpus*, no que não foi acompanhado pelos demais membros integrantes daquela Turma Julgadora.

Intimado o Ministério Público, remetidos foram os autos a este Tribunal de Justiça, como consta do relatório.

A questão se cinge ao seguinte tema: pode ou não o egrégio Tribunal de Alçada, desclassificando crime de sua competência recursal, decliná-la para o Tribunal de Justiça para prosseguir no julgamento de interposta apelação e com respeito à desclassificada capitulação, ao fundamento de que esta não seria de sua competência recursal, e sim do Tribunal de Justiça?

Anderson Carlos de Almeida e Evandro Silva Rodrigues foram denunciados, processados e condenados nas penas previstas no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo, crime contra o patrimônio).

Interposta apelação, corretamente foram os autos remetidos ao egrégio Tribunal de Alçada, nos termos

do art. 106, II, *h*, c/c art. 108, II, da Constituição Estadual.

Em julgamento realizado, entendeu a conspícua Turma Julgadora, atendendo, em parte, a peça recursal, desclassificar a infração penal, qual seja, "de roubo qualificado para o art. 129, § 1º, II, c/c o art. 345, todos do Código Penal", para, em seguida, assim dispor:

"*Nesse sentido, em se tratando de lesão corporal grave o art. 129, § 1º, II, em concurso material com o art. 345, todos do Código Penal, o primeiro apenado com reclusão, declino de minha competência para o egrégio TJMG a teor do art. 106, II, letra* h, *da Constituição Estadual*".

Respeitosamente, tal julgamento ficou incompleto, provocando sua cisão, afastando-se a unicidade da decisão.

Sem dúvida e na verdade, a infração capitulada na denúncia e acolhida pela sentença, tornou certo o colendo Tribunal de Alçada como órgão jurisdicional competente para processar e julgar interposto recurso, em face dos termos contidos em citadas normas constitucionais.

Outrossim, antes mesmo de optar pela desclassificação, o Tribunal suscitado teve de adentrar-se no mérito da acusação feita e, como tal, reconhecida pela sentença.

Ora:

"*A possibilidade de se desclassificar uma acusação reconhecida procedente pela sentença não é motivo bastante para ensejar, por essa razão, o deslocamento da competência de um tribunal para outro pela fato de a nova classificação jurídica não se inserir entre aquelas da competência da Corte que originariamente recebeu os autos para processar e julgar o recurso.*

Não há impedimento algum a que o tribunal competente para conhecer do recurso de apelação entenda por bem desclassificar a acusação e condenar o réu por infração menos gravosa, mesmo que esta última não seja de sua competência recursal. Basta que a infração primitiva o seja" (*RT*, 718/398).

Aliás, desse v. acórdão se extrai a seguinte lição (fls. 399):

"*Em casos como o aqui discutido, vige o princípio da prorrogação da competência, a legitimar o tribunal, que era originariamente competente, a prosseguir no julgamento e apreciar a conduta do agente sob o prisma da nova classificação jurídica adotada a teor do disposto no art. 383 da Lei Processual Penal, já que, como se sabe, inaplicável em segundo grau de jurisdição a norma do art. 384 e parágrafo único da Lei Adjetiva (...).*

Esses são casos típicos em que ocorre a prorrogação de competência, que vem traçada no art. 81 do CPP, mencionando a competência prorrogada de um tribunal, ainda que se tenha desclassificado a imputação para outra que não se inclua em sua competência".

Outrossim, é o que contém o Regimento Interno do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim:

"*Art. 41. Compete à Câmara Mista: (...)*

Parágrafo único. Para determinação da competência recursal criminal, observar-se-ão os seguintes princípios: (...)

b) proferida a sentença, a competência aferir-se-á pela parte dispositiva daquela, em nada influindo a pretensão sustentada no recurso interposto".

Se era da competência recursal do Tribunal de Alçada, em face da capitulação constante da parte dispositiva da sentença, a nosso sentir, o julgamento do recurso haveria de ser completo, pouco importando o entendimento desclassificatório de imputada infração.

O que não pode ser aceito, *data venia*, é a apreciação de um mesmo processo em que o réu foi denunciado por delito de competência de um tribunal e condenado pelo mesmo delito, por dois tribunais, um desclassificando a imputação e outro confirmando a condenação ou não. Uma mesma sentença não pode ser pelo mérito analisada por Cortes distintas de idêntica posição hierárquica (cf. *RT*, 678/306).

A nosso sentir, razão assiste à Câmara suscitante quando sustenta:

"*... firmada, inicialmente, a competência do órgão de segundo grau segundo as balizas estabelecidas pela Constituição Estadual e iniciado o exame de mérito, não há mais que se falar em modificação dessa competência em caso de eventual desclassificação da infração, devendo ser concluído o julgamento do feito*".

Com essas observações e razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela competência da suscitada, 2ª Câmara Criminal do colendo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, para onde devem ser remetidos os autos.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Francisco Figueiredo, Edelberto Santiago, Bady Curi e Corrêa de Marins - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (2ª CÂMARA CRIMINAL DO TA/MG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - *HABEAS CORPUS* APRESENTADO EM CONEXÃO COM ANTERIOR APELAÇÃO - VINCULAÇÃO AO TRIBUNAL QUE APRECIOU A APELAÇÃO

- A competência do tribunal que apreciou a apelação deve ser mantida para o conhecimento e julgamento do *habeas corpus* apresentado em conexão com a anterior apelação.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 314.926-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - *Habeas corpus* - Resolução de competência recursal em relação a interposta apelação - Vinculação da ordem impetrada ao mesmo tribunal - Competência do Tribunal de Alçada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TA/MG).

Belo Horizonte, 23 de abril de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bentsson) - O Des. Orlando Carvalho está impedido de participar deste feito.

Meu voto é o seguinte:

Cuida-se de dúvida de competência instalada entre a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça e a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada para apreciação de *habeas corpus* impetrado por Anderson Carlos de Almeida e Evandro Silva Rodrigues, uma vez que, julgando apelação interposta contra sentença proferida nos autos referentes à conduta prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, houve desclassificação para infração do art. 129, § 1º, II, c/c art. 345, ambos do mesmo estatuto penal, e não se expediu o competente alvará de soltura, pelo egrégio Tribunal de Alçada.

Endereçado e distribuído neste Tribunal de Justiça, por despacho solitário do em. Des. Herculano Rodrigues, foram os autos remetidos ao eg. Tribunal de Alçada.

Declinou-se da competência para este Tribunal de Justiça.

Aqui estando, suscitou-se a presente dúvida, quanto ao conhecimento de impetrado *habeas corpus* em conexão com antecedente apelação interposta no processo principal, ao fundamento de que "*firmada, inicialmente, a competência do Órgão de segundo grau segundo as balizas estabelecidas*

pela Constituição Estadual e iniciado o exame de mérito, não há mais que se falar em modificação dessa competência em caso de eventual desclassificação da infração, devendo ser concluído o julgamento do feito".

De passagem por esta relatoria, determinamos diligência, com retorno dos autos ao eg. Tribunal de Alçada, já que o Ministério Público não fora intimado da decisão colegiada desclassificatória proferida na apelação em conexão.

Lá retornando, não se cumpriu solicitada diligência, somente o fazendo em relação a outra dúvida, cujos autos se encontram apensados, como consta do relatório.

Tendo esta colenda Corte Superior decidido, no julgamento da Dúvida de Competência nº 314.916-8/00, que acaba de ser apreciada, que a competência para o julgamento integral de interposta apelação é do colendo Tribunal de Alçada, evidente que remanesce e permanece a mesma competência para conhecimento e julgamento de impetrado *habeas corpus*.

Com estas observações, dou pela competência da Câmara suscitada, 2ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada, para onde devem ser remetidos os autos, com as homenagens de praxe.

Os Srs. Desembargadores Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Francisco Figueiredo, Edelberto Santiago, Bady Curi e Corrêa de Marins - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TA/MG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PROCESSO FALIMENTAR - CONEXÃO POR ACESSORIEDADE - RECURSO - AGRAVO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 106, II, *E*, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- A teor do art. 106, II, *e*, da Constituição de Estado de Minas Gerais, é do Tribunal de Justiça a competência para conhecer e julgar agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em medida cautelar de exibição de documentos proposta incidentalmente em processo falimentar. Trata-se de uma situação de conexão por acessoriedade decorrente do vínculo existente entre a ação cautelar e a ação principal, que justifica a regra inscrita no art. 800 do CPC, a qual manda submeter as medidas cautelares ao juiz da causa.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 321.625-6/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Exibição de documentos - Medida cautelar incidental - Acessoriedade - Processo de falência - Competência do Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DA DÚVIDA E DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (3ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

Belo Horizonte, 26 de março de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Trata-se de dúvida suscitada com o objetivo de determinar competência recursal para conhecer e julgar agravo de instrumento interposto por Flytour Agência de Viagens e Turismo Ltda., em autos de cautelar de exibição de documentos, contra decisão em que se deferiu pedido liminar a Easy Travel Service Administração e Participação Ltda.

Remetidos os autos a este Tribunal, o Relator do feito, em decisão monocrática, declinou da competência para o Tribunal de Alçada, ao entendimento de tratar-se de pendência havida entre particulares em torno de direito patrimonial, asseverando que eventual competência do juízo da falência, requerida à agravada, não havia sido "*verificada na questão*".

No Tribunal de Alçada, a Quinta Câmara Cível, em Turma, suscitou a presente dúvida, ao fundamento de que a competência para julgar o recurso interposto seria mesmo deste Tribunal de Justiça, por cuidar-se de questão que envolve matéria falimentar, de atribuição desta Casa, nos termos do artigo 106, II, *e*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Com vênia de entendimento contrário, penso que razão esteja com o órgão suscitante.

Trata-se de cautelar incidental ao processo falimentar, ao qual se acha vinculada e em função do qual foi postulada.

É que, a teor do contido no art. 800 do CPC, as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa. Aliás, como corretamente, assim se posicionou a autora de postulada cautelar.

Aliás:

"*A natureza acessória do processo cautelar justifica a regra inscrita no CPC/800, que manda submeter as medidas cautelares ao 'juiz da causa'. Existe por isso mesmo, uma situação de conexão por acessoriedade, que decorre do vínculo existente entre a ação cautelar, de um lado, e a ação principal, de outro (CPC 108 e 800)*" (STF-*RT*, 685/215). Cf. NELSON NERY JÚNIOR e outra, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, RT, 5ª ed., fls. 1.231).

Não há como negar tratar-se de matéria falimentar, afeta ao juízo da quebra, no qual deve ser analisada e julgada, de competência, portanto, deste Tribunal de Justiça, nos termos do preceito da Constituição do Estado de Minas Gerais antes mencionado.

Com estas considerações, dou pela competência deste Tribunal para conhecimento e exame do agravo, devendo os autos ser encaminhados ao em. Des. Relator.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Carreira Machado e José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - CONHECERAM DA DÚVIDA E DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (3ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO - DIREITOS HEREDITÁRIOS - HERDEIRO CONDÔMINO - DIREITO DE PREFERÊNCIA - MATÉRIA REFERENTE A CONTRATOS - COMPRA E VENDA - RECURSO - APELAÇÃO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- Por não se cuidar de matéria relativa a sucessão, mas de questão referente a contratos e, especificamente, a compra e venda, é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para conhecer e julgar apelação interposta em ação de adjudicação ajuizada por herdeiro, na condição de condômino, visando ao reconhecimento do seu direito de preferência, nos termos do art. 1.139 do Código de 1916 (reeditado, em termos, na forma do art. 504 do atual Código Civil). O fato de o imóvel sobre o qual se discute o direito de preferência ter sido adquirido por sucessão não tem o condão de fixar a competência para o processamento do recurso no Tribunal de Justiça. A sucessão, nesse caso, não é o elemento central da lide.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 328.880-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Ação de adjudicação - Direitos hereditários - Preferência - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência do art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER E DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE (PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

Belo Horizonte, 09 de abril de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de se determinar a competência recursal para conhecimento e julgamento da apelação interposta em ajuizada ação de adjudicação compulsória, visando à preferência, nos termos do art. 1.139 (CC de 1916).

Julgado procedente o pedido, foram os autos encaminhados ao egrégio Tribunal de Alçada. Sua 1ª Câmara Cível declinou da competência para este Tribunal de Justiça, que, por sua vez, por sua 4ª Câmara Cível, os devolveu ao mesmo TA.

Lá, ao entendimento de que a matéria se relaciona com sucessão - art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual -, suscitou-se a presente dúvida de competência, como consta do relatório.

Nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais:

"*Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: julgar, em grau de recurso - causa relativa a família, sucessão, estado e capacidade das pessoas*" (art. 106, II, *c*).

Em síntese, verifica-se que se cuida de ação ajuizada por herdeira, na condição de condômina, visando ao reconhecimento de seu direito de preferência, na forma do art. 1.139 do Código Civil de 1916, norma reeditada, em termos, do art. 504 do atual Código Civil.

Não se cuida de matéria relativa a sucessão, e sim como se destaca do invocado artigo 1.139, a questão é relativa a contratos e, especificamente, a compra e venda.

Aliás, com respeito ao assunto, já pontificou o em. Des. Kildare Carvalho (Ap. Cív. nº 210.224-2/00, fls. 157):

"*Vê-se que, embora tenha ocorrido cessão de direitos hereditários..., estando em trâmite, ainda, dois processos de arrolamento, tais questões em*

nada influem no objeto central da lide, isto é, o exercício do direito de preferência, seja ele contra estranho ou contra condômino. O fato é que não se cuida de hipótese ligada à sucessão. Efetivamente, tal matéria apenas permeia os autos, sem se constituir em ponto sub judice, *vale dizer, a sucessão não vem aos autos como elemento central da lide, o qual não escapa, em momento algum, do mero direito de preferência, disciplinado pelo art. 1.139 do Código Civil*".

Outrossim, com pertinência e no mesmo diapasão, ponderou, com acuidade própria, o em. Des. Hyparco Immesi, ao propor a declinação de competência (fls. 135):

"*É de notar-se que o caso* sub judice, *conforme mencionado alhures, refere-se a direito de preferência, disciplinado pelo art. 1.139 do Código Civil. Não cuida de matéria cujo exame restou outorgado a este Tribunal. O fato de ter sido o imóvel (sobre o qual se discute o direito de preferência) adquirido por sucessão não tem o condão de fixar a competência para o processamento do recurso de apelação neste Tribunal, uma vez que ela (a sucessão) não é o elemento central da lide*".

Com essas observações e razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela competência do egrégio Tribunal de Alçada - Câmara suscitante -, para onde devem ser encaminhados os autos, com as cautelas de praxe e nossas homenagens.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi e Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - CONHECERAM E DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE (1ª CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AÇÃO PROPOSTA POR PREFEITO CONTRA VEREADOR - DEMANDA ENVOLVENDO APENAS PESSOAS FÍSICAS - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTE PÚBLICO - RECURSO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA - ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INAPLICABILIDADE

- Compete ao Tribunal de Alçada, e não ao Tribunal de Justiça, julgar recurso interposto em ação de indenização por danos morais ajuizada por prefeito contra vereador, uma vez que a demanda envolve apenas particulares, não havendo a participação de qualquer ente público na relação processual, pelo que inaplicável é a regra contida no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 331.850-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Ação de indenização - Danos morais - Prefeito e vereador - Pessoas físicas - Não-participação de algum ente público na relação processual - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DA DÚVIDA E DAR PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITADO (TAMG).

Belo Horizonte, 09 de abril de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de se determinar a competência recursal para conhecimento e julgamento da apelação interposta em ação de indenização por danos morais ajuizada por Carlos Alberto Barros contra Jorge Samuel Cavalcante.

Julgado improcedente o pedido, foram os autos encaminhados ao egrégio Tribunal de Alçada, onde, por despacho do em. Juiz Vice-Presidente, determinou-se a remessa para este Tribunal de Justiça, nos termos do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual (fls. 1.138).

Remetidos os autos para este Tribunal, a conspícua Segunda Câmara Cível, por sua vez, suscitou a presente dúvida de competência, em face da não-participação de algum ente público na relação processual (fls. 1.145/1.150), como consta do relatório.

Nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais:

"*Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: julgar, em grau de recurso - ação cível em que for autor, réu, assistente ou oponente o Estado, o Município e respectivas entidades da administração indireta*" (art. 106, II, *a*).

Ora, conforme restou explicitado na parte expositiva, o Município ou qualquer ente público não participam da relação processual.

O réu, como vereador, em pronunciamento feito na Câmara Municipal, teria ofendido a honra do autor, na condição de prefeito municipal.

Daí a presente ação, envolvendo apenas particulares.

Só e apenas, não se divisando interesse público algum.

Aliás, com pertinência, ponderou, com acuidade própria, o em. Des. Brandão Teixeira (fls. 1.147/1.148):

"In casu, *verifica-se que não se encontra relacionada nas hipóteses elencadas no art. 106, II, da Constituição Estadual a matéria vertida nos presentes autos.*

Em que pese o apelante ocupar o cargo de Prefeito do Município de Lima Duarte, não se discute nos autos a responsabiliade civil do Chefe do Executivo local, fruto de abuso ou excesso de poder e má gestão da coisa pública. Está em jogo, sim, pretensa ofensa à personalidade do apelante, que, em nome próprio, ajuizou a presente ação de indenização, em busca de ser ressarcido, por ato de vereador do Município de Lima Duarte. É um direito que lhe assiste, visto que a sua honra foi supostamente violada".

Com estas razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela competência do *egrégio Tribunal de Alçada*, Tribunal suscitado, para onde devem ser encaminhados os autos, com as cautelas de praxe.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi e Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - CONHECERAM DA DÚVIDA E DERAM PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITADO (TAMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - CEASA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DA UNIÃO - PARTICIPAÇÃO NA DEMANDA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DO ESTADO E DA UNIÃO NA CAUSA - RECURSO - PROCESSO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 106, II, *A*, E 108, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Não havendo interesse do Estado de Minas Gerais na causa, porque a Ceasa não é mais sociedade de economia mista estadual, e tendo a União manifestado, expressamente, desinteresse no feito (nos termos do art. 109, I, da CF), é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para conhecer e julgar recurso contra decisão proferida na ação em que haja participação das Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A.-Ceasa, sociedade de economia mista da União, a teor das normas contidas nos arts. 106, II, *a*, e 108, II, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 333.889-4/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Agravo de instrumento - Participação de sociedade de economia mista da União (Ceasa) - Ausência de interesse da União e do Estado - Competência do Tribunal de Alçada que se define - Inteligência dos arts. 106, II, *a*, e 108, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE (4ª CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

Belo Horizonte, 23 de abril de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de se determinar a competência recursal para conhecimento e julgamento do agravo de instrumento aviado contra interlocutória proferida em ajuizada ação de reintegração de posse proposta por Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A.-Ceasa contra Antônio Soares Filho.

Endereçou-se e protocolizou-se referido recurso neste Tribunal de Justiça, Quinta Câmara Cível, determinando o em. Des. José Francisco Bueno, em despacho monocrático, sua remessa ao eg. Tribunal de Alçada, ao fundamento de a Ceasa, hoje, ser uma empresa de economia mista controlada pela União.

Lá, ao entendimento de que, "*tratando-se os presentes autos de matéria originária de Vara de Fazenda Pública e encontrando-se presente o interesse do Estado, não compete a este Tribunal conhecer e julgar o recurso*", suscitou-se a presente dúvida de competência.

É de se verificar que a ação, inicialmente, foi proposta perante o Juízo da Comarca de Contagem, 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências, Concordatas e Registros Públicos, por ser, na oportunidade, a Ceasa sociedade de economia mista estadual (março de 1997).

Posteriormente, em face de contrato de compra e venda de ações do

capital social, a Ceasa passou para o controle acionário da União (janeiro/2000), como empresa de economia mista, provocando o envio dos autos à Justiça Federal.

Todavia, manifestado expresso desinteresse da União, retornaram os autos à Vara Estadual de origem, como consta do relatório.

Dispõe a Constituição Estadual:

"*Art. 106. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição (...)*

II - julgar, em grau de recurso:

a) ação cível em que for autor, réu, assistente ou oponente o Estado, o Município e respectivas entidades da administração indireta".

Sem dúvida, quando da propositura da ação de reintegração de posse, no ano de 1997, a Ceasa era uma empresa de economia mista, da administração indireta do Estado de Minas Gerais.

Assim, correta foi sua distribuição à Vara da Fazenda Pública de Contagem, a teor do então vigente art. 65 da Lei Complementar nº 38/95.

Algum recurso, naquela oportunidade, incontroversamente, seria da competência deste Tribunal de Justiça.

Todavia, como consta dos autos, em janeiro de 2000, o Estado de Minas Gerais, por contrato firmado com a União Federal, alienou-lhe a totalidade de suas ações, passando a Ceasa sediada em Contagem, a se constituir sociedade de economia mista da União.

Já havia sentença proferida e se encontrava em fase de execução. Mesmo assim, o MM. Juiz Estadual determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, em face de alteração do controle acionário da empresa.

Porque a União, expressamente, tenha manifestado desinteresse no feito, nos termos do art. 109, I, da CR, devolveram-se os autos à Vara Estadual de origem, onde se proferiu hostilizada interlocutória.

Sem adentrar as razões pelas quais o processo ainda esteja tramitando perante primitiva Vara de Fazenda, a realidade é uma só: a Ceasa não é mais sociedade de economia mista estadual.

Não há interesse algum do Estado de Minas Gerais.

As entidades da administração indireta referidas no citado art. 106, II, *a*, da Lei Maior local, são as vinculadas ao Estado ou a algum município do Estado de Minas Gerais.

Assim, a competência para conhecer e julgar aviado agravo de instrumento não pode ser do Tribunal de Justiça, aplicando-se, assim, o contido no art. 108, II, da mesma Constituição.

Com estas observações e razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela *competência da Câmara suscitante*, Quarta Câmara Cível do eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Francisco Figueiredo, Edelberto Santiago, Bady Curi e Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE (4ª CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

-:::-

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

SERVIDOR - PROMOÇÃO NA CARREIRA - VENCIMENTOS - PARCELAS VENCIDAS - INTERESSE DE AGIR - AÇÃO ORDINÁRIA CONTRA O ESTADO - INTERESSE PATRIMONIAL - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - ÔNUS DA PROVA

- A intervenção do Ministério Público nas causas contra o Estado só se faz obrigatória quando há interesse público de fato, e não quando ocorre um interesse meramente patrimonial.

- O servidor que, embora tendo reconhecido seu direito à promoção, na esfera administrativa, não recebe os vencimentos compatíveis com a nova situação funcional tem interesse para propor ação ordinária contra o Estado, visando ao recebimento das parcelas vencidas.

- Segundo o entendimento do art. 333 do CPC, à parte que alega cumpre provar o seu direito. Sem a prova do alegado, não há como se avaliar se ele reflete a verdade e não se pode reconhecer o direito pleiteado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 227.032-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Administrativo - Processual Civil - Ação contra o Estado - Intervenção do Ministério Público - Desnecessidade - Interesse meramente patrimonial. - "*A intervenção do Ministério Público nas causas contra a Administração Pública só se faz obrigatória quando há interesse público de fato, e não quando ocorre um interesse meramente patrimonial*".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2002. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Tratam os autos de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, requerendo a promoção do autor ao nível 4 e grau A, dentro do cargo de professor, com o pagamento da respectiva remuneração, parcelas vencidas e vincendas; integração à remuneração de mais duas gratificações de incentivo à docência, 2° e 3° biênios; imediata formalização junto à Secretaria de Educação e a contagem de tempo de serviço efetivada pelo INSS, para efeito de receber qüinqüênio, além do pagamento com integração à remuneração do 1° qüinqüênio vencido em 02/99.

A sentença julgou procedente a ação e submeteu a decisão ao reexame necessário.

Inconformado com a referida sentença, o Estado de Minas Gerais apelou alegando em preliminar que a intervenção do Ministério Público era indispensável, de acordo com os artigos 82, III, e 84 do CPC, invocando a nulidade do processo. No mérito, aduz que o Estado pode demorar no processamento das vantagens e benefícios, mas sempre paga os atrasados, que, em novembro de 99, o apelado já recebia o 2° biênio, além do que há falta de interesse de agir no tocante ao reconhecimento das verbas por ele reclamadas, posto que já havia conseguido sua pretensão na esfera administrativa.

Nas contra-razões, a apelada alega que o Ministério Público não está obrigado a intervir, segundo Súmula 189 do STJ, posto que se trata de interesse meramente patrimonial da Fazenda Pública, e o que enseja nulidade é a falta de intimação do Ministério Público, e não a falta de manifestação, além do que, em matéria de nulidades, esta deve ser alegada na primeira oportunidade que vier aos autos sob pena de preclusão. Além disso, no mérito, aduz que o Estado alega que pagou sem provar.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se no sentido de que é desnecessária a intervenção do Ministério Público, de acordo com Súmula 189 do STJ.

Recurso tempestivo, sob o pálio da justiça gratuita.

Este é o relatório.

Preliminares. Prescrição.

A preliminar argüida pelo apelante de nulidade pela ausência de intervenção do Ministério Público no processo não merece ser conhecida.

O Ministério Público deve, realmente, intervir em todas as causas onde existir o interesse público. Porém, quando esse interesse é meramente patrimonial, essa intervenção já não se faz mais necessária, uma vez que a Fazenda Pública possui inúmeras regalias, como prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (artigo 188 do CPC), duplo grau obrigatório de jurisdição (artigo 475 do CPC), dispensa de preparo (artigo 511, parágrafo 1°, do CPC), e inúmeras outras vantagens, além de contar com procuradores especializados para proteger seus interesses.

Realmente, ensejaria a nulidade a falta de intimação do Ministério Público para se manifestar nos autos, quando obrigatório, mas sua falta de manifestação não é causadora disso.

Artigo 82 do CPC. - "Compete ao Ministério Público intervir: *(...)*

III - nas ações que envolvam *litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há* interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

Artigo 84 do CPC. "Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, *a parte promover-lhe-á a* intimação sob pena de nulidade do processo" (grifo nosso).

Em causas onde se tem apenas o interesse público secundário, como o interesse patrimonial, segundo Súmula 189 do Superior Tribunal de Justiça, salvo hipóteses de mandado de segurança ou ação popular e quando há interesse de incapazes, não se justifica a intervenção do Ministério Público no feito.

Súmula 189 do STJ - "*É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais*".

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*REsp 137186/GO, Min. José Delgado, 1ª Turma*, DJ *data 10 de setembro de 2001, p. 274*, RT *v. 796, p. 207, decisão datada de 02 de agosto de 2001.*

Processual Civil. Interpretação do art. 82, III, do CPC. Ação contra Estado da Federação. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade.

- 1. O Ministério Público, em obediência ao disposto no art. 129, IX, parte final, está impedido de defender entes públicos.

- 2. Não caracteriza interesse público, para os fins previstos no art. 82, III, do CPC, o simples fato de entidade pública figurar no pólo passivo da demanda.

- 3. O conceito de interesse público posto no art. 82, III, do CPC, não tem identificação com o da Fazenda Pública quando demandada em juízo.

- 4. Precedentes pela não-obrigatoriedade da presença do Ministério

Público como fiscal da lei nas causas contra o Poder Público, conforme levantamento jurisprudencial apresentado por THEOTONIO NEGRÃO (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, *32ª ed., p. 187, Ed. Saraiva): STJ*-RT, *671/210;* RTJ, *93/226, 94/395, 94/899, 133/345; STF*-RP, *25/324;* RSTJ, *100/106; STJ*-RT, *761/210;* RJTJESP, *113/237,* JTJ, *174/262;* RSTJ, *14/448;* RSTJ, *76/157. Súmula nº 189 do STJ (em execuções fiscais).*

- 5. Recurso provido para afastar a decretação da nulidade da sentença, determinando-se o exame do mérito da demanda (remessa oficial e apelação)".

"REsp *126.438/PE, Min. Ari Pargendler, 2ª Turma,* DJ *data 09 de março de 1998, p. 64, decisão datada de 05 de fevereiro de 1998.*

Processo Civil. Ação proposta contra o Estado. Intervenção do Ministério Público. Hipótese em que não é obrigatória. - A intervenção do Ministério Público é obrigatória quando na causa há interesse público, que não se confunde com o interesse patrimonial do Estado. *Ação em que, tendo como objeto a indenização de danos resultantes de acidente de trânsito, não há interesse público que justifique a nulidade do processo em razão da ausência do Ministério Público no processo. Recurso especial não conhecido*" (grifos nossos).

Carência de ação.

A alegação de que falta ao apelado interesse de agir, uma vez que sua situação funcional já estaria regularizada, percebendo as vantagens pleiteadas, também não é correta.

A promoção do apelante ao cargo de professor nível 4, grau A, já foi reconhecida pelo Estado, antes mesmo da propositura desta ação. Contudo, apesar de essa promoção se ter dado em 22 de dezembro de 1997, somente a partir de novembro de 1999 foi efetivada, e só, então, o apelado passou a perceber os vencimentos correspondentes ao seu novo cargo.

As parcelas vencidas, relativas a este período, não foram pagas, demonstrando claramente o interesse de agir da parte.

Mérito.

Não procede também, no mérito, a alegação do apelante de ter pago as parcelas devidas e reclamadas pela parte, porém não faz prova do alegado. Sem provar sua alegação, não é possível auferir se é verdade, logo não há como se reconhecer seu direito.

O Código de Processo Civil é bem claro ao afirmar que cumpre à parte que alega provar seu direito. A simples alegação não faz prova nos autos, segundo artigo 333, inciso II, do referido dispositivo legal.

"*Art 333. O ônus da prova incumbe: (...)*

II. Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Pelo exposto, confirmo a sentença recorrida em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO - NOME - INSERÇÃO DO PATRONÍMICO MATERNO - REFERÊNCIA FAMILIAR - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - POSSIBILIDADE

- Admite-se a retificação do registro civil, para que se acrescente ao nome o patronímico materno, visto que, além de ser um direito em face da lei, garante a referência familiar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.187-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação de retificação de nomes - Inclusão do patronímico materno - Homenagem aos pais e avós - Uniformização de nomes - Ausência de vedação legal - Art. 57 da Lei 6.015/73 - Pedido julgado procedente - Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Conheço do recurso.

Trata-se de ação de retificação de nomes, pretendendo a inclusão dos sobrenomes Resende, nos registros do primeiro requerente, e Assis, no das

duas demais, sendo que para a última, ainda, a inclusão de Resende.

O MM. Juiz julgou procedente o pedido, determinando as providências necessárias para a retificação (fl. 31).

Não se conformando, o Ministério Público apelou. Aponta a nulidade da sentença (preliminar) e a extemporaneidade da ação, ausência de excepcionalidade e motivação do art. 57 da Lei 6.015/73 (fls. 34/38).

Preliminar de nulidade da sentença.

No meu entender, referida preliminar não procede, *data venia*:

É certo que a sentença de fl. 31 foi proferida de forma concisa, sem expor amplamente os fundamentos adotados, não sendo esta a melhor técnica. Entretanto, não vejo razão para considerá-la nula, pois, muito embora sucinta, não é ausente de fundamentação. Além do mais, a questão foi analisada à luz dos dispositivos da Lei de Registros Públicos, tão-somente, tendo o ilustre Julgador decidido amparado em referida lei, após a emenda da inicial.

Rejeito a preliminar.

No mérito, não vejo óbice à pretensão dos autores, principalmente após a emenda da inicial, aceita pelo ilustre Julgador (fl. 29-v.), quando os requerentes limitaram o pedido, para tão-somente adicionar ao nome deles os patronímicos Resende (ao nome do primeiro requerente), Assis (ao nome da requerente Lhana) e Resende (ao nome da requerente Letícia). A motivação do autor encontra-se disposta à fl. 3, qual seja, homenagear sua mãe, acrescentando o sobrenome dela (Resende) ao seu nome, e também uniformizar os nomes das filhas.

Invoco, como fundamento desta decisão, os entendimentos jurisprudenciais trazidos aos autos pela ilustre representante do Ministério Público, às fls. 53/54, no sentido da possibilidade do aditamento do patronímico materno, sem controvérsias.

Conforme bem mencionou a Promotora de Justiça, sendo o nome meio de individualização da pessoa, de referência familiar, a pretensão manifestada pelos autores é lícita.

O pedido foi julgado procedente pelo MM. Juiz, com base no art. 57 da Lei 6.015/73, que assim dispõe: "*Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa*".

Ressalte-se que não estão os requerentes suprimindo nomes, mas apenas acrescentando patronímicos, o que a lei permite. Há decisão nesse sentido: "*Admissível a retificação de registro civil para que se acrescente ao nome o patronímico materno, posto que se trata de um direito em face da lei, presente a circunstância do nascimento legítimo*" (*RT*, 662/72).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - OMISSÃO DE SOCORRO - AÇÃO PENAL - PROVEDOR DO HOSPITAL DA SANTA CASA - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - AUSÊNCIA DE LEITOS DISPONÍVEIS - FALECIMENTO DE PACIENTE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - INADMISSIBILIDADE

- Não se confunde a ação penal por crime de omissão de socorro proposta contra provedor do Hospital da Santa Casa com a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

- A obrigação de indenizar surge com a realização de ato lesivo e injusto causado à vítima por agente da Administração e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, nos termos do § 6º do art. 37 da CF. Assim, a não-internação de pacientes, em hospital, pela inexistência de leitos hospitalares disponíveis não enseja responsabilidade por danos morais e materiais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 244.431-3/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Indenização - Morte de filha menor - Leito hospitalar - Falta de vagas - Veracidade da informação - Ausência de prova contrária - Impossibilidade de internação - Ato lícito. - A obrigação de indenizar surge com a realização de ato lesivo e injusto causado à vítima por agente da Administração e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de

votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS E ADESIVO, REJEITANDO A PRELIMINAR.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2003. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do reexame necessário, na forma do inciso I do art. 475 do CPC. Conheço dos recursos voluntários, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de ação de reparação por danos materiais e morais, ajuizada por Israel Leandro Vieira e sua mulher, Kátia Aparecida Reis Vieira, em face do Município de Passos e Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Passos, em razão do falecimento de sua filha menor Tatiana Aparecida Vieira.

Por correto, adoto o relatório constante da sentença de fls. 243-251-TJ.

Acresço que o pedido de reparação foi julgado procedente para condenar as rés ao pagamento de 100 salários mínimos a título de danos morais e 50% do salário mínimo, por 9 anos, período correspondente à idade de 16 a 25 anos da menor falecida, por danos materiais.

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 475, II, CPC).

Inconformados, apelam os autores (fls. 253-262-TJ) e a segunda ré, Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos (fls. 263-287-TJ). Os autores requerem a fixação da indenização por danos materiais em 8 salários mínimos para cada um, e a de danos morais em R$432.000,00. A Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos argúi preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, nega omissão quanto ao pedido de internamento da filha dos autores, sendo a falta de vaga o motivo de sua não-internação.

O Município de Passos interpôs recurso adesivo, sustentando, em resumo, não ter ocorrido omissão de socorro (fls. 298-305-TJ).

Contra-razões, às fls. 294-297-TJ, batendo-se o Município de Passos pelo desprovimento dos recursos.

Parecer do Ministério Público às fls. 307-314-TJ.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou o parecer de fls. 322-328-TJ, pela reforma parcial da sentença, em reexame necessário, unicamente para que sejam fixados os danos patrimoniais em 1 (um) salário mínimo, em forma de pensão mensal, para ambos os autores, iniciando-se o pagamento quando a menor completaria 16 anos e reduzindo-se tal valor pela metade quando a mesma completaria 25 anos, cessando por completo a pensão quando a vítima atingisse 65 anos, caso haja sobrevida dos pais, restando incólume a sentença nos demais termos, prejudicados os recursos voluntários.

Assim relatados, passo à decisão:

Preliminar. Ilegitimidade passiva da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos.

A primeira apelante argúi, em sede de preliminar, sua ilegitimidade passiva.

A Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos é parte passiva legítima, pois a ação penal por crime de omissão de socorro proposta contra a pessoa de seu provedor não se confunde com a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6°, da Constituição da República. Ademais, a sua absolvição com base no inciso VI do art. 386 do CPP dá ensejo ao ajuizamento, na esfera cível, de ação de reparação de dano (*in Curso de Processo Penal*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 355).

Assim sendo, rejeito a preliminar.

Mérito.

Revela a inicial que os pais da menor Tatiana Aparecida Vieira, falecida em razão de septicemia, buscam o recebimento de compensação financeira por danos materiais e morais, atribuindo como causa do falecimento a negativa de internação por parte da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos. Aliás, dizem que a conduta negligente dos seus funcionários e prepostos, bem como a falta de vigilância do Município, importa no dever de indenizar.

A Constituição da República expressamente estendeu às pessoas de direito privado, prestadoras de serviço público, o regime de responsabilização agravada, ocorrente ato danoso a terceiro, oriundo de sua atuação (§ 6° do art. 37).

Na espécie, a não-internação da filha dos autores, por falta de leito nas dependências da ré, Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos, é o fato jurídico que se passa a analisar.

A prova produzida é a oral de fls. 198-209-TJ. Depois de examiná-la com muita atenção e pureza de espírito, não vejo a possibilidade de identificar qualquer ato culposo dos funcionários e prepostos da ré, Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos, que tenha contribuído ou mesmo que fosse determinante para o falecimento da filha dos autores.

O que a prova oral mostra é o estado clínico delicado da menor; a procura de leito hospitalar em mais de um hospital da Cidade de Passos, ou seja, Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos e Hospital São José; e que, mesmo avisado da falta de leito, a menor foi transportada até a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos, para depois retornar ao Pronto Socorro, local em que veio a falecer após ser medicada.

Não resta dúvida de que a saúde pública do País deixa a desejar, chega até ser enganosa, pois a disponibilidade dos serviços sempre está aquém da expectativa popular.

Contudo, a obrigação de indenizar só surge com a realização de ato lesivo e injusto causado à vítima por agente da Administração e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Assim, sem a prova de que existia leito hospitalar disponível na Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos e de que o mesmo não foi posto à disposição da filha dos autores, improcedente é a pretensão indenizatória formulada. Aliás, como o Hospital São José também informou a falta de leito no mesmo dia, se alguma indenização fosse devida pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos, por ele também seria, pois ambos, pelo que consta dos autos, são conveniados do Sistema Único de Saúde-SUS.

O que se revela importante destacar é que o Pronto Socorro buscou ofertar tratamento para a filha dos autores, como forma de suprir uma carência de leito hospitalar da cidade, e que mesmo assim o óbito veio a ocorrer. Isso denota que esforços no sentido de atender foram empreendidos, porém o momento era de carência de leitos para internação.

Se o quadro de carência de leitos contribuiu para a morte da filha dos autores, seguramente para ele a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Passos não contribuiu, pois todo hospital possui sua capacidade de atendimento, a qual deve ser respeitada, para que o mister da cura possa ser exercido com eficiência.

Não se pode confundir a existência de leito e sua não-ocupação por um fato discriminativo, *v. g.*, classe social, paciente de baixa renda etc., com a sua efetiva falta. Distinguir as situações é fundamental para a configuração do ato ilícito, ou seja, que importa no dever de indenizar.

Assim sendo, em reexame necessário, reformando a sentença, julgo improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais e morais dos autores, pelo que inverto os ônus da sucumbência. Prejudicados os recursos voluntários e adesivo.

O pagamento das custas e honorários de advogado está suspenso, porque litigam os autores sob o pálio da Lei nº 1.060/50.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS E ADESIVO, REJEITANDO A PRELIMINAR.

-:::-

FALÊNCIA - DEPÓSITO ELISIVO - BAIXA DO PEDIDO FALENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - REDISTRIBUIÇÃO COMO AÇÃO DE COBRANÇA - DESCABIMENTO

- O depósito elisivo não põe termo ao processo de falência, sendo incorreta a decisão que, diante de tal depósito, determina a redistribuição do feito como ação de cobrança. A dívida denunciada deverá ser discutida no próprio procedimento falimentar, arredando o fenômeno das vias ordinárias.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 244.901-5/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Recurso - Apelação interposta de decisão que determina redistribuição de pedido de falência como ação de cobrança, à vista do depósito elisivo - Descabimento - Não-conhecimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 05 de agosto de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - É o presente recurso interposto da decisão de fls. que, nos autos do pedido de falência requerido por Prenda S.A. contra João Cézar Bizinoto, determinou a baixa do pedido falencial e a redistribuição do feito como ação de cobrança, tendo em vista o depósito elisivo promovido pelo requerido para a discussão da legitimidade da dívida que lhe é imposta, que teve o efeito de descaracterizar a ação como inicialmente proposta, transmudando seu objeto.

Protesta o recorrente pela decretação de nulidade da decisão, no seu entender proferida *extra petita*, e, como conseqüência, manifeste-se o tribunal *ad quem* pela improcedência do pedido de falência, determinando a reversão do depósito a seu favor e a condenação da requerente nos consectários processuais, eis que provada nos autos a duplicidade de pagamento.

Com efeito, incorreu o Magistrado em equívoco ao determinar a redistribuição do processo a outra Vara Cível da Comarca. O depósito elisivo afastou o pedido de quebra e deslocou a discussão do feito para a legitimidade do crédito reclamado, mas a instrução necessária a provar as alegações do réu e a decisão sobre a quem caberá levantar o depósito se processa nos mesmos autos da ação originária, junto ao mesmo juízo. O processo de

falência, com o depósito elisivo, convola-se em processo de cobrança, eis que a lei falimentar não tranca o processo com o depósito da importância reclamada pelo credor.

Orienta MIRANDA VALVERDE que "*A sentença não denegará a falência, que já foi ilidida com o depósito, mas julgará a controvérsia sobre a relação de crédito, e, assim, ou concluirá pela procedência, no todo ou em parte, das alegações do réu, ou pela improcedência delas*" (*Comentários à Lei de Falências*, Forense, v. 1, p. 136).

Ante o exposto, provendo o recurso, casso mais uma vez a decisão de primeiro grau, retornando os autos à Comarca e Vara de origem para que nova decisão seja proferida de conformidade com a lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Diante da r. sentença que julgou elidida a falência de João César Bizinoto, requerida por Prenda S.A., determinando o órgão judicial a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Uberaba, aquele manifestou o presente recurso de apelação, argüindo, em preliminar, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, tendo a parte contrária ofertado suas contra-razões com o pleito de manutenção da r. decisão.

Com a subida dos autos a este segundo grau de jurisdição, colheu-se o pronunciamento da d. Procuradoria-Geral de Justiça que opinou pela reforma da sentença (fls. 135/138-TJ).

Breve exposição.

Decide-se.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos e condições de sua admissibilidade.

Ao que se vê dos autos, Prenda S.A. ajuizou o pedido de falência contra João César Bizinoto, sustentando ser credora da importância de R$ 347,27 (trezentos e quarenta e sete reais e vinte e sete centavos), representada por duplicata protestada, vencida e não paga.

O acórdão de fls. 71/74-TJ cassou a sentença anterior e determinou a devolução dos autos à Vara da Comarca de origem para a instrução do processo, tendo a d. Juíza singular determinado a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis daquela Comarca, como já sinalizado, por isso que se aviou a presente apelação.

O apelante efetuou o depósito do valor do título, ofertando defesa, enfatizando ter sido o crédito regularmente quitado.

Mesmo diante da cassação da sentença anterior por este Tribunal, a d. Sentenciante entendeu tratar-se o litígio de ação de cobrança, decisão que se me afigura equivocada, com a devida vênia.

Conquanto, na atual circunstância, não se viabiliza a decretação da aludida falência da empresa diante do depósito elisivo, o certo é que este não

põe termo ao procedimento falimentar, daí o equívoco da remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Uberaba.

A Lei de Falências, em seu art. 11, § 2º, faculta ao devedor efetuar o depósito do crédito reclamado, oportunizando, destarte, a discussão da legitimidade do mesmo.

A juridicidade do tema em apreço impõe que a dívida denunciada seja discutida no próprio procedimento falimentar, arredando o fenômeno para as vias ordinárias, como se decidiu na instância de origem, eis que, com a alteração da ação falimentar em cobrança, o feito não perde a sua natureza falimentar.

Com essas considerações, hei por bem cassar a r. sentença recorrida, determinando que o processo tenha regular procedimento falimentar e seja, a final, decidido pela d. Juíza da Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Uberaba, mesmo versando a espécie sobre ação de cobrança em face do sobredito depósito elisivo retromencionado.

Custas recursais, pela apelada.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

SERVIÇO FUNERÁRIO - PRESSUPOSTOS PARA AUTORIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA - SERVIÇO DE INTERESSE PÚBLICO - LICITAÇÃO - EXIGIBILIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Se legislação local determina que a autorização para funcionamento de outras funerárias somente ocorrerá no caso de a população ultrapassar quinze mil habitantes - pressuposto inexistente -, e, havendo necessidade de prévia licitação para se conceder ou permitir o serviço funerário, uma vez tratar-se de serviço de interesse público, não pode o autor de mandado de segurança exigir que a Administração o admita para a exploração da atividade funerária, sendo insubsistente a alegação de que a negativa da licença viola o princípio da livre concorrência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 244.918-9/00 - Comarca de Itaguara - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Administrativo - Mandado de segurança - Atividades funerárias - Decreto 12/82 - Município de Itaguara - Pressupostos para a autorização - Serviço público - Licitação - Exigibilidade - Direito líquido e certo - Denegação da segurança. - Mais precisamente em relação ao caso em estudo, não pode o autor de mandado de segurança

exigir que a Administração, ao argumento de se estar violando o princípio da livre concorrência, admita-o para a exploração da atividade funerária, no âmbito do município, na medida em que, além do fato de que a legislação local determina que outros serviços funerários só poderão ser autorizados, caso a população atinja o montante de 15 mil habitantes - pressuposto este inexistente -, há a necessidade de prévia licitação a que não poderá o Poder Público se furtar.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Trata-se de recurso de apelação, através do qual se insurge Marcelo Rodrigues da Silva, em face da r. sentença de fls. 62/66, que indeferiu o mandado de segurança por ele impetrado, contra ato do Prefeito Municipal de Itaguara.

Inconformado com a improcedência do pedido, sustenta o apelante que o monopólio do serviço funerário, concedido à firma Funerária de Itaguara, traz prejuízos à população do Município, por não existir a livre concorrência, batendo de frente, portanto, com o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4° e 5°, inciso X.

Aduz, ademais, que o próprio representante da Prefeitura Municipal de Itaguara admite a necessidade de um processo licitatório para conceder a exploração dos serviços funerários, o que, com maior razão, ampara o seu pedido exordial.

De outra forma, para rebater o argumento esposado pelo d. Juízo monocrático, alega-se que o direito brasileiro não admite ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo anterior à Constituição, haja vista o entendimento do STF, devendo, portanto, o MM. Juiz sentenciante ter revogado o Decreto 12/82 contra o qual se insurgiu.

Sustenta o apelante, ao final, que a atividade funerária não é considerada serviço público, de forma que a negativa da autoridade coatora em lhe conceder licença para funcionamento fere direito líquido e certo seu, consubstanciado no Código de Defesa do Consumidor, bem como no princípio constitucional da livre concorrência, razões essas por que pugnou pelo provimento do recurso (fls. 69/71).

Por sua vez, o apelado, às fls. 79/82, bate pela manutenção da sentença.

Manifestando-se às fls. 98/100, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer do ilustre Procurador, Dr. Antônio Joaquim Fernandes Neto, é pelo provimento do recurso.

Relatado, passa-se à sua análise.

Conheço do recurso, porque próprio e tempestivo, atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por Marcelo Rodrigues da Silva - ME, cujo nome fantasia é Funerária Nossa Senhora Aparecida, em face da negativa do Sr. Prefeito Municipal de Itaguara (fl. 12), de lhe conceder autorização para explorar a atividade funerária no âmbito do Município, tendo em vista a regulamentação aplicável.

Diante do contexto apresentado, tenho que a tese recursal não deve prosperar, tendo o d. Magistrado agido com acerto, no deslinde da questão.

O direito sobre o qual o apelante se funda reside, basicamente, no princípio constitucional da livre concorrência, sendo, a seu entender, necessária para qualquer serviço ou atividade comercial.

Todavia, a legislação do Município de Itaguara - que, aliás, detém legítima competência - disciplina o serviço funerário por meio do Decreto n° 12/82, segundo o qual determina a autorização de funcionamento de outras funerárias, além da única existente na cidade, somente, quando a população ultrapassar os quinze mil habitantes; daí a negativa do Sr. Prefeito Municipal de lhe conceder a autorização.

Nesse contexto, o que não se pode olvidar é que o apelante, para a autorização de funcionamento, depende rigorosamente de licitação, conforme expressa disposição do art. 115 da Lei n° 573/82 - Código de Posturas do Município, *in verbis*:

"*A permissão de serviço público, a título precário, será outorgada por Decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para a escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública*".

Ademais, há de se ter em mente que a peculiaridade da permissão reside no seu caráter precário, como se depreende da própria Lei n° 8.987/95 (art. 2°, IV), o que indica a plena possibilidade de, ao critério da Administração, ser extinta sem qualquer indenização.

Na verdade, tratando a atividade funerária de serviço, essencialmente, de interesse público, indiscutível a necessidade de licitação para a contratação de empresa especializada, em face do art. 175 da Constituição de 1988, sob o critério estabelecido na legislação de cada ente federativo, que, no caso dos autos, é disciplinada pelo Decreto Municipal n° 12/82, através do qual se condiciona a abertura de novas funerárias, apenas, quando a população da cidade ultrapassar os quinze mil habitantes, o que, por enquanto, não aconteceu.

Sob tais aspectos, transcrevo, por absoluta propriedade, o julgado trazido à fl. 59 dos autos, que, como luva, aplica-se ao presente caso:

"*Direito administrativo - Mandado de segurança - Prestação de serviço funerário - Serviço público - Necessidade de prévia licitação. - Configurando-se o serviço funerário como serviço público, imperativa a necessidade de prévia licitação para a concessão ou permissão do mesmo, nos termos do art. 175 da CF e segundo a Lei nº 8.666/93*" (TJDF, AC nº 433.369-6, Rel. Desª. Aparecida Fernandes, *DJU* de 18.05.98).

Diante de tais diretrizes, inconteste que o apelante não poderá exigir que a Administração, ao argumento de se estar violando o princípio da livre concorrência, admita-o para a exploração da atividade funerária, no âmbito do Município, na medida em que, além do fato de que a legislação local determina que outros serviços funerários só poderão ser autorizados, caso a população atinja o montante de 15 mil habitantes - pressuposto este inexistente -, há a necessidade de prévia licitação a que não poderá o Poder Público se furtar.

Do exposto, não havendo direito líquido e certo a amparar a pretensão do apelante, nego provimento ao recurso, mantendo-se a bem-lançada sentença.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTRATO - CLÁUSULA ABUSIVA E NULA DE PLENO DIREITO - ART. 51, IX, DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DISTRATO VERBAL - NÃO-CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - PERDAS E DANOS - INDENIZAÇÃO

- Nos termos do art. 51, IX, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é nula de pleno direito a cláusula contratual que dá ao fornecedor a opção exclusiva para, a seu talante, concluir ou não o contrato e que, ao mesmo tempo, obriga o consumidor a aceitar a opção do fornecedor. Assim, a cláusula existente no contrato de prestação de serviços, prevendo que a avença ficaria sujeita à confirmação do prestador, não pode servir de alegação para que este se exima da obrigação e faça o distrato verbal, eis que nula de pleno direito. Em tais casos, é devida a indenização por perdas e danos, em razão do não-cumprimento do contrato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.131-8/00 - Comarca de Itaguara - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Código de Defesa do Consumidor - Poder Público - Contrato abusivo e nulo de pleno direito - Artigo 51 da Lei nº 8.078/90 - Ausência de prestação de serviços - Distrato verbal - Descabimento - Multa contratual - Procedência. - Há de se acolher a ação judicial ajuizada pela municipalidade visando ao pagamento de multa contratual, se o prestador contratado se negou a realizar o serviço ajustado, não cabendo a alegação, nesta feita, de que a comunicação verbal o eximiria da responsabilidade. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Promoções Calisto Ltda., em face da r. sentença de fls. 66/71, que julgou procedente a denominada ação de indenização por perdas e danos por não-cumprimento de contrato movida contra ela pela Escola Estadual Alvim Rodrigues do Prado.

Não se conformando com a condenação imposta pela instância singular, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), sustenta a apelante que inexiste qualquer transgressão do contrato celebrado entre as partes com o Código de Defesa do Consumidor, conforme sustentado, haja vista a ausência de abuso e nulidade a macular as cláusulas contratuais ajustadas, sobretudo, alega-se, porque, para a consumação da prestação de serviços, era necessária a expressa confirmação do contrato, consoante disposto em sua cláusula XI, eis por que, em não havendo a manifestação por sua parte, inviável o pagamento de multa contratual, razão pela qual propugna pelo provimento do recurso (fls. 77/80).

Devidamente contra-arrazoado (fls. 85/87), a d. Procuradoria-Geral de Justiça recomendou o desprovimento do recurso - fls. 95/98.

É o necessário relatório. Segue-se ao seu exame.

O recurso há de ser conhecido, porque próprio e tempestivo, atendidos os demais pressupostos de sua admissibilidade.

Pretende a apelante dar trânsito ao seu inconformismo, diante da condenação a ela imposta, pela instância *a quo*, no sentido de pagar à apelada o

valor de R$2.000,00 (dois mil reais), a título de multa contratual, porquanto não satisfeito o serviço ajustado entre eles.

Bem analisada a matéria em apreço, pelo MM. Juiz singular, tenho que a tese recursal não deverá lograr êxito.

Trata-se de ação de perdas e danos aforada pela Escola Estadual Alvim Rodrigues do Prado, regularmente representada por sua diretora, em face da ausência da prestação de serviços que estava a cargo da empresa Promoções Calisto Ltda., já que esta, conforme contrato de fl. 09, deveria realizar um baile, com apresentação de banda musical, no dia 29 de maio de 1999, nas dependências de um ginásio da Prefeitura Municipal de Itaguara.

A multa cominada pela instância monocrática, conforme pugnada pela apelada, tem origem na cláusula VIII do contrato celebrado entre os litigantes, na qual dispõe que "*a não-realização do trabalho contratado decorrente do não-cumprimento de qualquer das cláusulas deste contrato sujeita o infrator ao pagamento das perdas e danos, desde já estipuladas em 80% (oitenta por cento) sobre o valor do contrato*", sendo que a alegação levada a efeito pela apelada, de sorte a legitimar a referida multa, foi a de que, somente uma semana antes da celebração do evento musical, foi comunicada pela apelante, de que ele não mais poderia realizar o show contratado.

E é aí que reside o ato, inquinado de abusivo e ilegal, a desfavor da apelante, porquanto, não obstante esta se valha do disposto na cláusula XI, segundo a qual prevê que "*o presente contrato fica sujeito à confirmação, de forma expressa*", indubitável, a meu ver, que tal determinação contratual não se encontra em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor, não podendo, pois, servir de alegação para se eximir da responsabilidade contratual a ela imposta.

Conforme bem observado pelo d. Magistrado, quando a cláusula XI do aludido contrato estipulou que a avença apenas seria confirmada, se houvesse expressa confirmação pela apelante, é de toda pertinência e clareza, a meu ver, que a única conclusão que dela decorre é que o contrato passou a surtir seus efeitos a partir do momento em que as partes o assinaram, sendo, rigorosamente, descabida a alegação da apelante de que ela - e somente ela - teria que, expressamente, confirmar se o evento musical se realizaria ou não.

A par do despropósito de tal raciocínio, impende ressaltar, ainda, que tal cláusula bate de frente com a Lei nº 8.078/90, em seu art. 51, inciso IX, ao dispor acerca da nulidade dos contratos abusivos. Veja-se:

"*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)*

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor".

Vem a calhar, a propósito, a doutrina de NELSON NERY JÚNIOR, comentando, na condição de co-autor da lei, a intenção de tal cláusula:

"*Não se permite a cláusula que dê ao fornecedor a opção exclusiva para, a seu talante, concluir ou não o contrato e que, ao mesmo tempo, obrigue o consumidor a aceitar a opção do fornecedor. Nesse, e em outros dispositivos do Código, vê-se que há preocupação da lei em dirigir o contrato de consumo para o ponto de equilíbrio ideal entre fornecedor e consumidor. A cláusula seria, ademais, potestativa, sendo proibida pelo art. 115 do Código Civil*" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense, 6ª ed., 1999, comentado, p. 517).

Dessa forma, inviável mesmo que subsista a alegação da apelante no sentido de que o contrato, para surtir efeitos, teria que ser expressamente confirmado por ela, eis que nula de pleno direito referida cláusula contratual sobre a qual ela se embasa.

De mais a mais, exsurge-se evidente a responsabilidade contratual, em desfavor da apelante, na medida em que o distrato, nos mesmos termos que o contrato, deveria ser realizado, também, por escrito, conforme determina o art. 1.093 do Código Civil, sendo descabida, assim, a alegação de que a mera comunicação verbal feita para a apelada seria válida.

A rigor, diviso que o princípio da boa-fé e da confiança, chamado também de transparência, intrínseco aos contratos de relação de consumo, não foi respeitado pela apelante, razão por que a bem-lançada sentença deve ser prestigiada.

Por tais considerações, nego provimento ao apelo.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR - REMOÇÃO - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - INTERESSE PÚBLICO - CONVENIÊNCIA DO SERVIÇO - POSSIBILIDADE

- Inexiste para o servidor público o direito à inamovibilidade, estando no âmbito do poder discricionário da Administração a possibilidade de remover seus servidores, de acordo com o interesse público, nada impedindo que o Chefe do Executivo transfira seus funcionários de local, segundo as conveniências do serviço, sem que isso constitua qualquer ilegalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.832-2/00 - Comarca de Patrocínio - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Não existe a garantia da inamovibilidade para o servidor público estadual, estando no âmbito do poder discricionário da Administração Pública a possibilidade de remover seus funcionários, de acordo com o interesse público, sem que isto constitua qualquer ilegalidade.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Bernardo Ribeiro Câmara.

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada por Sylvana dos Reis de Melo, contra r. sentença, fls. 159/162-TJ, que denegou a segurança por ela impetrada em razão de ato do Prefeito Municipal de Cruzeiro da Fortaleza e da Diretora do Departamento Municipal de Educação, consubstanciado na sua remoção da Escola Major Custódio Pereira, para a Escola Moisés Basílio de Camargos, esta situada na zona rural e Distrito de Brejo Bonito.

Inconformada, fls. 164/189-TJ, alega a recorrente que, "*tendo o gozo da estabilidade e não sendo benéfico ou não trazendo nenhum ganho ao serviço público, o mandatário do Executivo não pode transferir funcionários sem razão plausível e justificadora, usando da prerrogativa do cargo para satisfazer caprichos de ordem pessoal. Afinal, o* munus *por ele exercido não pode ser traduzido como uma forma de 'faculdade' a macular e até mesmo de espezinhar o funcionário subalterno*".

Data venia, a r. sentença não merece qualquer reparo.

Como se examina da espécie, Sylvana dos Reis de Melo, irresignada com o ato do Prefeito Municipal de Cruzeiro da Fortaleza, impetrou mandado de segurança pretendendo seja determinado à autoridade coatora que retorne com a servidora para a escola onde sempre lecionou.

Para tanto, sustentou que prestou concurso público para preenchimento do cargo de professora, exercendo sua função sempre naquela escola, sendo que fora removida daquele estabelecimento sem nenhuma razão fática, o que teria ofendido seu direito líquido e certo.

Ao contrário das alegações trazidas pela recorrente, inexistiu, no ato impugnado, qualquer ilegalidade ou arbitrariedade.

Como se sabe, inexiste para o servidor o direito à inamovibilidade, nada impedindo que o Chefe do Executivo possa transferir servidores públicos. Além disso, *a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público, nada existindo no sentido de ser vedada a sua transferência de local, segundo as conveniências do serviço, sem que se firam a sua efetividade e a estabilidade.*

Sobre o tema já me manifestei quando do julgamento da Apelação Cível nº 129.077-4, da Comarca de Belo Horizonte, onde concluí:

"*Não existe a garantia da inamovibilidade para o servidor público estadual, estando no âmbito do poder discricionário da Administração Pública a possibilidade de remover seus funcionários, de acordo com o interesse público, sem que isto constitua qualquer ilegalidade*".

Sempre oportuna a lição de HELY LOPES MEIRELLES, a seguir transcrita:

"*Por lei se instituem os cargos e funções; por decreto se movimentam os servidores, segundo as necessidades do serviço. A lotação e relotação constituem prerrogativas do Executivo, contra as quais não se podem opor os servidores, desde que feitas na forma estatutária. Na omissão da lei, entende-se amplo e discricionário o poder de movimentação dos servidores, por ato do Executivo, no interesse do serviço, dentro do quadro a que pertencem*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, 18ª ed., p. 362).

Além disso, não prevalecem as alegações de falta de motivação ou desvio de poder, pois a medida encontra-se dentre aquelas prerrogativas do Poder Público, e só a ele é dada a conveniência e a oportunidade de verificar o interesse público e a necessidade do serviço, inexistindo qualquer irregularidade na transferência ocorrida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - Sr. Presidente. Diante das ponderações feitas da tribuna pelo douto advogado, fiz a revisão deste processo e gostaria de fazer nova revisão para melhor analisar alguns aspectos; por isso peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Bernardo Ribeiro Câmara.

O Sr. Presidente (Des. Corrêa de Marins) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.02.2003, a pedido do Revisor, após votar o Relator negando provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carreira Machado - Sr. Presidente. Revi o processo e estou dizendo que a impetrante defende a tese de que houve perseguição política na sua remoção, acrescentando que esta somente poderia se dar depois de procedimento administrativo.

Data venia, não há provas de perseguição política, e, também, é vedada dilação probatória em mandado de segurança.

Também não vislumbrei a alegada necessidade de procedimento administrativo para essa remoção.

Com essas considerações, estou entendendo que somente poderíamos anular o ato se houvesse desvio de finalidade ou perseguição política.

Estou acompanhando, na íntegra, o voto proferido pelo em. Des. Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. A autora, ora apelada, propôs mandado de segurança em face de ato praticado pelo Prefeito Municipal de Cruzeiro da Fortaleza, consubstanciado na remoção da mesma da Escola Major Custódio Pereira, onde lecionava desde 1997, para a Escola Moisés Basílio de Camargos, localizada na zona rural do Município.

À análise dos autos extrai-se que o ato de remoção da apelante se deu com a simples expedição de ofício (fls. 24), convocando a mesma a comparecer na Escola Basílio de Camargos a partir do dia 05 de fevereiro "*para ocupar as vagas existentes e seu cargo efetivo (P1 e P2)*".

Se, efetivamente, a remoção houvesse sido consumada sem a mínima motivação, concederia a segurança.

O que há, entretanto, é que o ofício sem motivação apenas retrata atos administrativos anteriores, porque, intimado, o Prefeito Municipal prestou as informações de fls. 67/71, alegando que a impetrante prestou concurso para exercer as funções no Distrito de Brejo Bonito, tendo sido, posteriormente, em função do processo de municipalização, designada para prestar serviços no Município de Cruzeiro da Fortaleza. Conclui aduzindo que, "*em face do término das adjunções e do processo de municipalização do ensino, o Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social-Fundef, composto, inclusive por representante de professores e diretores das escolas municipais, elaborou critérios para lotação de pessoal do quadro de magistério das escolas municipais de Cruzeiro da Fortaleza, destacando-se o primeiro como a classificação em concurso (ano e localidade de opção). A impetrante, como fartamente demonstrado, em 1995, optou pela localidade de Brejo Bonito. Assim, foi convocada para lecionar na Escola Municipal Basílio de Camargo, daquele distrito*".

Assim, foi convocada para lecionar na Escola Municipal Basílio de Camargo, naquele distrito. Ora, está visto, portanto, que o que deseja a impetrante é a inamovibilidade, que é própria do juiz vitalício e não se estende ao servidor público.

Algum aspecto de erro formal que exista na efetivação não compromete a formação do ato administrativo motivado nos termos da lei.

Com esses fundamentos, estou de pleno acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - PROJETO DE LEI - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - VIA PROCESSUAL IMPRÓPRIA - ABERTURA DE CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS - EXERCÍCIO FINDO - REGULARIZAÇÃO POR DECRETO LEGISLATIVO

- O mandado de segurança não se presta para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos; a via própria é a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 118 da Constituição Estadual.

- Para a regularização de abertura de créditos especiais de exercício já findo, visando à aprovação das contas de ex-prefeito junto ao TCMG, não há necessidade de lei formal, sendo bastante um decreto legislativo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.963-5/00 - Comarca de Itamonte - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Projeto de lei - Veto rejeitado - Iminência de promulgação - Prefeito que se diz com direito lesado. - Finalidade legislativa alcançada mediante outro ato da edilidade, aprovando as contas de ex-prefeito. Impropriedade da ação mandamental, para declarar a invalidade de lei, por vício de inconstitucionalidade. Processo extinto no reexame necessário, com revogação da liminar, restando prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM EXTINGUIR O PROCESSO E REVOGAR A LIMINAR.

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator .

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado pelo Prefeito Municipal de Itamonte contra ato da Câmara que, rejeitando o veto por ele oposto ao projeto de Lei nº 14/99, de iniciativa parlamentar, contendo matéria orçamentária, submeteu-o ao prazo para sanção, sob pena de promulgação pelo Legislativo.

Deferiu-se a liminar, suspendendo-se o curso do prazo para promulgação.

Notificada, a Câmara, por seu Presidente, argúi, preliminarmente, a inépcia da inicial, dada a impropriedade da via eleita para desconstituir ato integrante do processo legislativo, além da ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora.

No mérito, enfatiza que, ao contrário do entendimento do impetrante, o projeto de lei visa apenas regularizar aberturas de créditos adicionais ao orçamento de 1994, já findo, apenas para atender exigência do Tribunal de Contas, não se havendo falar de seu conteúdo orçamentário ou financeiro, para sujeitá-lo à iniciativa do Executivo; inocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade na tramitação e, muito menos, direito líquido e certo do Prefeito, amparável na via do *writ*.

O Órgão do Ministério Público de primeiro grau opinou pela concessão da ordem.

Sobreveio a r. sentença de fls. 70-74, confirmando a liminar e deferindo a segurança, tendo seu digno Prolator submetido o feito ao duplo grau obrigatório.

Irresignado, avia o Presidente da Câmara o recurso voluntário, reeditando as razões expendidas nas informações e noticia a superveniente perda de objeto não apenas do *mandamus*, mas da própria lei pendente de promulgação por força da liminar, desde que, pela via do "decreto legislativo" a edilidade aprovou as contas do exercício de 1994, sepultando as incorreções técnicas na abertura dos créditos adicionais.

Intimado, o recorrido não oferece contrariedade.

O Dr. Promotor, fundamentadamente, se exime de emitir parecer recursal, ao argumento de constituir tarefa própria do órgão ministerial de segundo grau.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela confirmação da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Conheço da remessa oficial para reexame necessário e do recurso voluntário, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Percebe-se, nos autos, que a motivação determinante da autoria do projeto de lei, visando regularizar a abertura de créditos especiais de exercício já findo (1994) e de administração anterior, era a de respaldar a aprovação das contas do ex-Prefeito, evitando pendência junto ao TCMG.

A toda evidência, não havia necessidade de que referida aprovação se desse através de lei formal, tanto que, posteriormente, a edilidade deu solução adequada à questão, através de decreto legislativo, aprovando as contas daquele exercício de 1994, fls. 83, satisfazendo exigências do TCMG.

Entretanto, *data venia*, verifico que a via eleita não se presta à pretensão desde que o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos se faz por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) prevista no art. 118 da Constituição Estadual e regulada nos arts. 254 a 258 e seus parágrafos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Com isso, o questionado projeto de lei se não for promulgado pelo Chefe do Executivo, o será, decorrido o prazo, pelo Chefe do Legislativo municipal, ensejando a propositura da ADIN.

A propósito, colhe-se em nota de rodapé, por THEOTONIO NEGRÃO:

"Sem dúvida, não se pode, através do mandado de segurança, declarar em abstrato a invalidade de determinada lei ou decreto-lei, por vício de inconstitucionalidade, com menosprezo à ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (art. 119, inc. I, letra I, da Constituição da República). É oportuno ressaltar que ao ser aplicado o texto legal, surgindo uma situação concreta, poderá então ser levantada a argüição de inconstitucionalidade, incidenter tantum. *Outro raciocínio conduziria à substituição do remédio específico da apreciação da lei em tese pela especialíssima ação do mandado de segurança, que, inclusive, pressupõe lesão a direito subjetivo próprio, direito líquido e certo. Enfim, ato individualizado e não ato normativo (RDA 173/130)"* (*CPC e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 31ª ed., jan./2000, p. 1.576/1.577).

E o vício da inconstitucionalidade é que constituiu o móvel do veto do impetrante, fls. 16, bem assim da impetração.

Com essas razões de decidir, revogo a liminar e julgo extinto o processo, por não ser caso de mandado de segurança.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - EXTINGUIRAM O PROCESSO E REVOGARAM A LIMINAR.

-:::-

FIANÇA - PRESTAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - VEDAÇÃO - FUNDAÇÕES PÚBLICAS - GARANTIA PRESTADA - INEFICÁCIA

- Às pessoas jurídicas de direito público, inclusive autarquias, bem como entidades fundacionais, desde que públicas estas últimas, é vedado prestar fiança, a teor do art. 25 da Resolução 69/1995, do Senado Federal, que estabelece normas de crédito interno e externo aplicáveis a essas pessoas, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização. A vedação as impede de assumir diretamente com fornecedores, prestadores de serviço ou empreiteiras de obras, por intermédio de emissão ou aval de notas promissórias, aceite de duplicatas e outras operações similares. Em conseqüência, prestada fiança por qualquer das pessoas jurídicas elencadas, ineficaz é a garantia dela decorrente, tido em conta o óbice legal - a inafiançabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.257-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Fiança - Vedação à sua prestação - Pessoas jurídicas de direito público - Fundações públicas - Conseqüente ineficácia da garantia prestada por entidade fundacional. - Às pessoas jurídicas de direito público, inclusive autarquias, bem como entidades fundacionais, desde que públicas estas últimas, é vedado prestar fiança, a teor do art. 25 da Resolução 69/1995, do Senado Federal, que estabelece normas de crédito interno e externo aplicáveis a essas pessoas, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização. A vedação as impede de assumir diretamente com fornecedores, prestadores de serviço ou empreiteiras de obras, através de emissão ou aval de notas promissórias, aceite de duplicatas e outras operações similares. Em conseqüência, prestada fiança por qualquer das pessoas jurídicas elencadas, ineficaz é a garantia dela decorrente, tido em conta o óbice legal - a inafiançabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - A r. sentença objurgada (fls. 82 *usque* 85), da lavra da eficiente Magistrada Dra. Heloísa Helena de Ruiz Combat, julgou improcedentes os embargos à execução

opostos pela Fundação de Ensino de Contagem-Funed, condenando-a ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$3.000,00. A ação de execução que deu ensejo aos embargos foi ajuizada pelo ora apelado (Nilson Gonçalves) contra aquela autarquia municipal.

Inconformada, insurge-se a Funed contra o referido decisório, alegando, em resumo:

a) *em preliminar*, que "... *a citação contra a Fazenda Pública somente pode ocorrer nos termos do art. 730 do CPC...*" (fl. 89), sob pena de nulidade;

b) *ainda em preliminar*, que "... *incorreu em erro o douto Juízo* a quo, *ao deixar de submeter o julgado ao duplo grau de jurisdição*" (fl. 94);

c) *no mérito*, que, "... *como pessoa jurídica de direito público*, não estava autorizada por lei a prestar fiança *em contrato de locação*" (fl. 92, *in fine*);

d) que, representada a apelante no contrato de locação, por sua superintendente, à época, Maria de Lourdes Brandão de Matos, "... *ao prestar fiança em favor da Conterra, praticou ato nulo, pois que não existia autorização legal*" (fl. 04);

e) que "... *a fiança foi prestada ao arrepio da lei, não produzindo qualquer efeito jurídico, podendo a nulidade ser decretada em qualquer fase do processo*" (fl. 04);

f) que, quanto aos honorários, "... *tem como excessivo e imoderado o valor arbitrado, eis que sequer houve o exame do mérito da causa*" (fl. 94).

Almeja o provimento do apelo, "... *para o efeito de reformar a r. sentença, invertendo-se os ônus de sucumbência*" (fl. 95).

Conhece-se do recurso, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Das preliminares.

Da invocada ilegitimidade passiva.

A apelante é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, *tida em conta sua qualidade de fiadora da empresa Conterra*. Embora a fiança por ela prestada tenha sido anômala, impõe-se reconhecer sua legitimidade *ad causam* passiva, haja vista a inexorável responsabilidade do fiador, como cediço, pelo débito não quitado pelo devedor.

Rejeita-se, pois, a primeira preliminar.

Da alegada necessidade do duplo grau de jurisdição.

Traz-se à lembrança que, a partir da entrada em vigor do art. 475 do Estatuto Instrumentário Civil, com a redução que lhe foi dada pela Lei 10.352, de 26.12.2001, *não se aplica o reexame necessário*, se a sentença

condenatória do Poder Público, ou seja, proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, bem como as respectivas autarquias e fundações de direito público, for de valor certo não excedente de sessenta salários mínimos.

In haec specie, a condenação não foi além de três mil reais (fl. 84), valor muito inferior a 60 salários mínimos.

Rejeita-se, pois, também a segunda preliminar.

Do mérito.

Assinala-se que, às pessoas jurídicas de direito público, inclusive autarquias, bem como entidades fundacionais, desde que públicas estas últimas, é vedado prestar fiança, *ex vi* do disposto no art. 25 da Resolução 69/1995, do Senado Federal, que estabelece normas de crédito interno e externo aplicáveis a essas pessoas, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização. A vedação as impede de assumir diretamente com fornecedores, prestadores de serviços ou empreiteiras de obras, através de emissão ou aval de notas promissórias, aceite de duplicatas *e outras operações similares*. Em conseqüência, prestada fiança por qualquer das pessoas jurídicas elencadas, *ineficaz* é a garantia dela decorrente, tido em conta o óbice legal - a inafiançabilidade.

À luz do exposto, rejeitam-se, *em preliminar*, a invocada ilegitimidade passiva e a argüida necessidade de reexame necessário, e, *no mérito*, dá-se provimento ao apelo, invertidos os ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - REGISTRO - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO-CND - EXIGÊNCIA - EMPRESA - OBJETIVO SOCIAL QUE EXTRAPOLA A RESTRIÇÃO LEGAL - BENEFÍCIO LEGAL - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

- Para fins de transação imobiliária, o Cartório de Registro de Imóveis deve exigir a Certidão Negativa de Débito-CND de empresa cujo objetivo social não é explorar exclusivamente a atividade de compra de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda. Referida espécie de empresa não atende à exigência da regra da exceção ao art. 47 da Lei nº 8.212/91, contida na Ordem de Serviço nº 207/99, do INSS, pelo que não é destinatária do benefício da dispensa da apresentação de tal certidão.

- A interpretação de um benefício legal deve ser feita de forma restritiva, pois, se o legislador quisesse contemplar um número maior de pessoas, não restringiria o seu alcance.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 255.085-3/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Suscitação de dúvida - Benefício legal - Interpretação restritiva - Transação imobiliária - Obrigatoriedade de apresentação da Certidão Negativa de Débito-CND. - A interpretação de um benefício é restritiva, pois, se o legislador quisesse agraciar um maior número de pessoas, não procuraria restringir o alcance da norma. Comparados o texto da Lei nº 8.212/91 e de sua regra de exceção com o do objeto social da suscitante, sobressai a certeza de que ela não explora exclusivamente a "*compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda*", pelo que não atende à exigência de alcance do benefício da dispensa da apresentação de CND na transação imobiliária.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2003. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de dúvida suscitada pelo Oficial do Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Governador Valadares, em face de pedido expresso de Compasso-Construções e Participações Sociais Ltda., por não se conformar com a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito-CND, para que as escrituras de compra e venda outorgadas em favor de Flávio Leandro de Souza e Adalmário Dias Ferreira pudessem ser registradas.

A sentença julgou improcedente a dúvida, condenando a vendedora, Compasso-Construções e Participações Sociais Ltda., ao pagamento das custas processuais (fls. 30/32-TJ).

Inconformada, apela a vencida (fls. 34/39-TJ), sustentando, em síntese, que seu objeto social a isenta da apresentação da Certidão Negativa de Débito-CND.

Contra-razões, às fls. 42/44-TJ, batendo-se a apelada pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 54/57-TJ, opina pelo não-provimento do recurso.

Assim relatados, passo à decisão.

Não se conforma a apelante com a exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débito-CND para que as escrituras de compra e venda de fls. 21/22-TJ possam ser registradas, pelo que insiste na tese de que estaria isenta de apresentá-las.

Dispõe a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, no seu art. 47, que:

"*É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:*

I - da empresa:

(...)

b) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo".

O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, no âmbito de sua competência funcional, através da Ordem de Serviço nº 207, de 8 de abril de 1999, alterada, em parte, pela Ordem de Serviço nº 211, de 10 de junho de 1999, excepcionou a regra geral do art. 47 da Lei nº 8.212/91, prevendo:

"*A empresa que explora exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda fica dispensada da apresentação de CND na transação imobiliária (inciso I; letra* b *do item 5), decorrente de sua atividade econômica*".

A apelante, conforme o disposto no seu contrato social, tem por objetivo:

"*A sociedade tem por objetivo social a prestação de serviços de: a) construção civil em geral; b) construção e incorporação de empreendimentos imobiliários, inclusive condomínios; c) elaboração de projetos, laudos técnicos e especificações de obras; d) terraplenagem; e) pavimentação de estradas; f) administração de bens imobiliários; g) planejamento e execução de loteamentos e de parcelamento de bens urbanos ou rurais; h) planejamento e execução de instalações comerciais e industriais; i) a exploração de quaisquer outras atividades de prestação de serviços relacionadas direta ou indiretamente com os seus fins sociais*".

Comparados o texto da Lei nº 8.212/91 e de sua regra de exceção com o do objeto social da apelante, sobressai a certeza de que a apelante não explora exclusivamente a "*compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda*", pelo que não atende à exigência de alcance do benefício da dispensa da apresentação de CND na transação imobiliária.

A interpretação de um benefício é restritiva, pois, se o legislador quisesse agraciar um maior número de pessoas, não procuraria restringir o alcance da norma. Essa é a hipótese dos autos, pelo que não faz jus a apelante ao direito de não apresentar no ato da transação imobiliária a Certidão Negativa de Débito-CND para com o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS.

Assim sendo, louvando-me no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PARTILHA - CASAMENTO - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - PROVA DA AQUISIÇÃO DOS BENS DE FORMA ONEROSA NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - PARTILHA PROPORCIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 271 DO CÓDIGO CIVIL

- Em conformidade com o art. 271 do Código Civil, partilham-se proporcionalmente os bens adquiridos por título oneroso na constância do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, ainda que em nome de apenas um dos cônjuges.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 255.416-0/00 - Comarca de Campo Belo - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Ação ordinária de partilha - Casamento realizado pelo regime da comunhão parcial de bens - Prova da aquisição dos bens de forma onerosa na constância do casamento - Partilha proporcional. - Partilham-se proporcionalmente os bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada por W.S.M. contra r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, nos autos da ação ordinária de partilha de bens proposta por M.V.S., para determinar que se partilhassem entre as partes os bens descritos na inicial, proporcionalmente, porque adquiridos durante a constância da sociedade conjugal.

Inconformado, o recorrente pretende a reforma da decisão, a fim de que sejam excluídos da partilha imóveis descritos como comuns, mas adquiridos antes da sociedade conjugal, assim como aquele recebido por herança, não integrantes da comunhão de bens.

Conforme se extrai da espécie, após finda a sociedade conjugal entre W.S.M. e M.V.S., ajuizou-se ação ordinária, visando à partilha dos bens descritos às fls. 03 e 04.

A sociedade conjugal iniciou-se em 27 de janeiro de 1984 (fls. 11), tendo os cônjuges adotado o regime da comunhão parcial de bens, e findou-se em 08 de agosto de 1995, quando foi decretada a separação judicial consensual (fls. 12).

O regime da comunhão parcial de bens é regido pelos artigos 269 a 275 do CCB, sendo que o artigo 271 esclarece expressamente que integram a comunhão:

" *I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.*

II - Os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.

III - Os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 269, I).

IV - As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

V - Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos.

VI - Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos".

No deslinde da questão, essencial se torna analisar, em decorrência do dispositivo legal transcrito, a forma e a data da aquisição de cada um dos bens relacionados às fls. 03 e 04.

O primeiro item da relação de fls. 03 consta de um apartamento situado na Cidade de Campo Belo, cuja certidão de registro (fls.13) nos dá notícia de que foi transcrito no CRI em 21 de dezembro de 1984 e cuja aquisição foi

feita por escritura pública lavrada em 26 de abril de 1984, sendo ainda de se notar que da própria certidão do registro consta a qualificação do adquirente como "*casado pelo regime da comunhão parcial de bens*".

Por disposição do art. 530 do CCB, *verbis*:

"*Adquire-se a propriedade imóvel:*

I - Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel. (...)".

Da doutrina de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em suas *Instituições de Direito Civil*, v. IV, 17ª ed., p. 83/84, extraímos:

"*No sistema jurídico brasileiro, com efeito, a propriedade não se adquire* solo consensu, *isto é, pelo contrato exclusivamente (Clóvis Beviláqua, Espínola, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Philadelpho Azevedo). É certo que alguns autores, ou por desconhecerem as raízes históricas do fenômeno aquisitivo, ou pelo gosto de mera inovação, pretendem que o domínio das coisas possa adquirir-se pelo contrato, a símile do que se passa com o direito francês e com os sistemas filiados àquela corrente. Para o nosso direito o fenômeno aquisitivo, não obstante tais opiniões isoladas e inconsistentes, requer a ocorrência de um fato cuja materialidade determina a transmissão da propriedade. Neste passo, como em tantos outros, a tônica de nosso direito reside na inspiração romana, que informa o jogo dos princípios. Ali se dizia que pela tradição e pelo usucapião é que o domínio das coisas se transfere, não pelo contrato:* 'traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur'. *Também para nós não se efetua pelos pactos nus. E isto tanto para as coisas móveis quanto para as imóveis...*".

Mais adiante, na obra citada, fls. 87, completa:

"*No nosso direito, o contrato não opera a transferência do domínio. Gera tão-somente um direito de crédito, impropriamente denominado direito pessoal. Somente o registro cria o 'direito real'...*".

Não restam dúvidas portanto de que, tendo sido celebrado o casamento em 27 de janeiro de 1984, de acordo com os dispositivos legais transcritos, tal bem integra a comunhão, devendo ser submetido à partilha, no percentual de 50% para cada uma das partes.

Oferece o apelante contraprova, consubstanciada no documento de fls. 46, que trata de um compromisso de compra e venda celebrado em 13 de dezembro de 1983, do qual constam como promitentes-vendedores W.S.C. e sua mulher, E.R.C., ao argumento de que, apesar de haver lavrado a escritura e efetivado a respectiva transcrição após a celebração do casamento, de fato, teria adquirido o imóvel antes do casamento, pelo que seria de sua propriedade exclusiva, não integrando a comunhão decorrente do regime matrimonial.

No entanto, tal documento não possui qualquer registro público; sequer o reconhecimento de firma das assinaturas ali lançadas. Além do mais, o preço nele ajustado o foi em duas parcelas, cujos pagamentos não se provou terem sido efetuados antes do casamento, até porque a segunda parcela de pagamento já era prevista para época posterior ao pacto nupcial, não havendo sequer indício de prova de que tal pagamento houvesse sido antecipado. Ao contrário, a quitação do preço é dada no ato da escritura definitiva, repita-se, lavrada já após o matrimônio e em cujo registro o adquirente, ora apelante, já é identificado no estado civil de casado.

Ademais, em depoimento pessoal, a apelada informa haver sido contraído empréstimo pelo apelante, para quitação do preço convencionado, cujo valor foi pago na constância do casamento, fato este não negado pelo apelante, que acredita haver pago o empréstimo "*3 meses depois de casados*" (fls. 128).

Por qualquer ângulo que se olhe, portanto, a conclusão é única no sentido de que tal imóvel foi adquirido na constância do matrimônio, portanto integra a comunhão de bens, merecendo partilha proporcional.

Com relação ao bem imóvel descrito no item *b* à fl. 03, como não está a apelada a reivindicar a partilha da propriedade, mas apenas do usufruto vitalício, cuja instituição foi convencionada por ambos e transcrita na constância do casamento (03 de agosto de 1995 - fls. 16), perfeitamente viável, até porque não impugnado nas razões recursais.

Quanto ao bem descrito à fl. 03, como "*um apartamento em um prédio em construção, sito na Praça X e ainda 25% no andar térreo e vaga na garagem do mesmo edifício, sendo que o térreo se destina a clínicas médico e odontológica, e mais a fração ideal no respectivo terreno...*", verifica-se, pelo documento de fls. 22, que sobre o terreno mencionado na respectiva matrícula existia uma casa de morada, transmitida ao apelante por direito hereditário, cujo formal de partilha foi registrado em 19 de junho de 1987, em comum com irmãos e com a viúva meeira.

Em princípio, tal imóvel não integraria a comunhão de bens, em face do disposto na parte final do inciso I do art. 169 do CCB, *verbis*:

"*No regime da comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comuhão:*

I - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão".

No entanto, às fls. 41/45 existe um contrato particular de compromisso de compra e venda, realizado em 10 de agosto de 1993, portanto na constância do casamento, no qual apelante e apelado figuram como adquirentes. A casa descrita no registro deu lugar a um prédio em construção. É inegável, portanto, o

acréscimo patrimonial oneroso ocorrido na constância do casamento, eis que, por ocasião da separação, segundo informa a autora, em depoimento pessoal (fls.126), "*durante a construção do prédio houve a nossa separação; que quando nós nos separamos estava no esqueleto; que até hoje o prédio não foi terminado...*".

A informação da apelada é confirmada pelo apelante em seu depoimento pessoal (fls. 128): "*... que nós começamos a construção e logo depois minha mãe faleceu; que a construção começou em 94 e ela faleceu em 96; que quando me separei da autora havia apenas o esqueleto...*".

O ilustre Sentenciante decidiu com propriedade, que, se "*... quando da ruptura da sociedade conjugal, encontrava-se apenas no esqueleto, é de se convir e até mesmo por determinação legal (artigo 271, inc. IV, do Código Civil) que a comunhão far-se-á apenas com relação ao prédio inacabado e na proporção da parte cabível ao ex-marido*", não merecendo qualquer censura a decisão, pois atende aos ditames da lei. Ademais, a alegação das razões recursais de que "*o imóvel nem chegou a embrionar-se...*" cede diante das declarações do próprio apelante no depoimento pessoal supratranscrito.

Acresce ainda que, se a promitente-vendedora não providenciou a resolução do contrato que se alega descumprido, e se a construção realmente começou a ser efetivada, como o foi, já que confessado pelo próprio apelante, não há que se falar em resolução contratual, pois, ainda que prevista, os atos das partes revelam uma prorrogação tácita do pactuado.

Igualmente, quanto à destinação dos móveis arrolados, não merece repreenda a sentença recorrida, que determinou fossem partilhados proporcionalmente entre os cônjuges, até porque nenhuma menção se fez a eles nas razões recursais.

Por último, ressalte-se que os bens reclamados na inicial, tanto os móveis quanto os imóveis, foram arrolados como de propriedade comum, por ambos os cônjuges, consensualmente, por ocasião da separação judicial, que foi homologada judicialmente e transitada em julgado, presumindo-se portanto integrarem a comunhão, de acordo com o regime de bens adotado.

Sendo assim, não merece censura a r. decisão que determinou a partilha proporcional dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens.

Neste sentido:

"*Casamento sob o regime de comunhão parcial - Separação judicial - Partilha de bens. - No regime de comunhão parcial de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento. Da comunhão se excluem os 'adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação de bens particulares' (art. 269, II, do C. Civil). Não havendo prova dessa*

circunstância, a decretação da separação judicial importa na partilha, meio a meio, do patrimônio do casal" (TJMG- Ap. Cível nº 246.350-3/00, Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - *ASTREINTES* - FIXAÇÃO DE OFÍCIO - FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE

- O ato administrativo que objetiva o remanejamento de servidores, embora esteja inserido no poder discricionário da Administração, deve ser motivado, sob pena de ser invalidado.

- O juiz pode, de ofício, fixar *astreintes* para serem suportadas pelas pessoas jurídicas de direito público, caso não cumpram a obrigação de fazer no prazo fixado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.008-4/00 - Comarca de Monte Azul - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidores públicos municipais efetivos e estáveis - Remanejamento - Ato discricionário - Justificativa - Inexistência - Nulidade declarada. - Embora o servidor público municipal não goze da garantia da inamovibilidade, podendo ser remanejado em prol do interesse coletivo, através de ato discricionário da Administração Pública, não se mostra prescindível a justificativa do ato. Rejeitadas preliminares, em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de reexame necessário, bem como de apelação interposta contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Monte Azul, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Luciene Neres Lopes e outra em face do Prefeito Municipal, concedeu a segurança para anular o ato administrativo que remanejou as impetrantes para postos de trabalho distantes da sede da rede municipal, determinando a sua recondução aos mesmos postos em que laboravam ou em outros postos na área urbana do Município, em funções compatíveis com as dantes exercidas. Estipulou, ainda, multa diária no valor de R$300,00, para a hipótese de recalcitrância no cumprimento da ordem judicial, limitada a sessenta dias.

Argúi o apelante as preliminares de julgamento *extra petita* devido à cominação de multa diária na r. sentença, ao argumento de que esta não fora requerida, bem como de extemporaneidade na impetração do presente *mandamus*. No mérito, alega que não transferiu as apeladas por revanchismo político, mas sim para descobrir eventuais servidores que percebem dos cofres públicos sem comparecer ao local de trabalho. Afirma que o edital do concurso a que se submeteram as recorridas não lhes assegura o direito de permanecerem em postos de trabalho predeterminados. Aduz, ainda, que o Município não tem como remanejar todos os seus servidores para a zona urbana e que se insere no poder discricionário da Administração removê-los no interesse da Municipalidade.

Contra-razões às fls. 106/109, requerendo as apeladas, preliminarmente, o desentranhamento dos documentos trazidos aos autos junto à apelação.

Conheço da remessa oficial do processo, bem como da apelação interposta, presentes os pressupostos para sua admissão.

No que toca ao pedido de desentranhamento das peças acostadas pelo apelante, devo consignar que, de fato, mostra-se intempestiva a sua juntada. No entanto, por serem absolutamente irrelevantes para o deslinde da controvérsia, entendo por desnecessária a sua eliminação material dos autos, já que não serão observadas nesta oportunidade. Por celeridade processual, portanto, devem permanecer no processado.

Analiso, então, as preliminares suscitadas pelas partes.

No que toca à decadência do direito de impetração, carece de qualquer fundamento que a ampare, não tendo sido declinada qualquer razão que embase aludida prefacial.

De qualquer forma, vale aqui ressaltar que o presente *mandamus* fora impetrado dentro do prazo legal, já que, pelos elementos dos autos, as apeladas tomaram ciência do ato impugnado aos 12 de março de 2001 e impetraram o mandado de segurança em apreço aos 28 de junho de 2001. Portanto, dentro dos cento e vinte dias legais.

Rejeito a preliminar.

De igual modo, não há como prosperar a prefacial de julgamento *extra petita* devido à cominação de multa pelo descumprimento da decisão judicial, posto que "*as* astreintes *podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (Fazenda Estadual), que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado*" (STJ - REsp 201.378/SP).

Rejeito-a.

Quanto ao mérito, tenho que não está a merecer reforma a r. sentença.

Com efeito, consta dos autos que as apeladas são servidoras públicas municipais ocupantes de cargos de provimento efetivo desde 1994, tendo sido removidas dos seus anteriores postos de trabalho, localizados na zona urbana do Município de Monte Azul, para a zona rural daquela localidade.

Pode-se inferir, pelos documentos de fls. 8 e 16, que tal remanejamento foi efetivado sem que o ente público declinasse qualquer motivo para tanto, ensejando a presente impetração.

Em resposta a esta, compareceu aos autos o Prefeito Municipal de Monte Azul, aduzindo que as requerentes se dirigiam aos seus locais de trabalho apenas duas vezes por semana e lá permaneciam jogando cartas.

Logo, ao que se vê, a questão posta em debate concerne à ausência de justificativa do ato administrativo impugnado.

Com efeito, não resta dúvida de que a remoção das recorridas se deu sem qualquer motivação. Em juízo, o Prefeito Municipal de Monte Azul justificou o seu ato, consoante supra-explicitado, o que, em tese, poderia até mesmo ser cabível, sem embargo das discussões a respeito da eficácia da motivação posterior ao ato.

Na hipótese em comento, todavia, a justificativa apresentada processualmente não possui correlação com a providência administrativa que ora se impugna.

Isto porque o não-comparecimento ao serviço público ou o jogo de cartas durante o expediente, consoante alegado pelo apelante, gera a possibilidade da aplicação de penalidades, podendo culminar até mesmo com a demissão das servidoras, observado, é claro, o devido processo legal.

Além disso, inexiste qualquer embasamento fático que corrobore tal alegação.

Assim, de fato, carece de justificativa o ato impugnado, o que o macula do vício da ilegalidade, como acentua JOSÉ SANTOS CARVALHO FILHO:

"*A congruência entre as razões do ato e o objetivo a que se destina é tema que tem intrínseca aproximação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, se entre as razões e o objeto houver desajuste lógico, o ato estará inquinado de vício de legalidade e terá vulnerado os aludidos princípios. Em ambos, se exige que a conduta do administrador não refuja aos parâmetros lógicos adotados pelas pessoas em geral, nem que tenha como fundamentos dados desproporcionais ao fim colimado pela norma que dá suporte à conduta*" (*Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., *Lumen Juris*, p. 98/99).

Imperioso ressaltar que, embora a remoção do servidor público se insira no poder discricionário da Administração, por outro lado, não se pode perder de vista que o ato discricionário não se confunde com o arbitrário, devendo o ente público atender ao interesse da coletividade, motivando os atos que pratica.

A respeito, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"*A motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei o dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, pelo que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação*" (*Direito Administrativo Brasileiro* - 25ª ed., Malheiros, p. 143).

No caso em apreço, conforme explicitado alhures, ainda que se admita a motivação tardia do ato, a justificativa apresentada não tem correlação com a hipótese versada.

Assim e neste contexto, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Junior - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NÃO-TIPIFICAÇÃO - AUSÊNCIA DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU VANTAGEM INDEVIDA - ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA - REALIZAÇÃO DE OBRAS PREMENTES - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - DISPENSA - CONTRATAÇÃO - FALTA - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.429/92 - PROVA PERICIAL - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CITAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

- Se a produção de prova pericial em nada adiantaria para a solução do caso dos autos, é de se negar provimento ao agravo retido interposto argüindo cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento pelo juiz *a quo* daquela prova.

- Inexiste nulidade do processo por falta de citação do Governo do Estado, na pessoa do Sr. Governador, se a questão aventada diz respeito a ato discricionário que nada tem a ver com a decisão dessa autoridade, a quem coube apenas decretar o estado de calamidade pública.

- O estado de calamidade pública, que torna legítima a dispensa da licitação, aliado à ausência de prejuízo ao patrimônio público, ou enriquecimento ilícito ou vantagem indevida, pela não-contratação e realização de obras prementes, afasta a tipificação da figura da improbidade administrativa em qualquer dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.975-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Estado de calamidade pública - Realização de obras prementes - Inocorrência - Procedimento licitatório - Dispensa - Contratação - Inexistência - Ausência de lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito ou vantagem indevida - Atendo a princípio - Inocorrência - Improbidade administrativa - Não-tipificação - Inteligência da Lei nº 8.429/92. - O estado de calamidade pública, que torna legítima a dispensa da licitação, aliado à ausência de prejuízo ao patrimônio público, ou enriquecimento ilícito ou vantagem indevida, pela não-contratação e realização de obras prementes, afasta a tipificação da figura da improbidade administrativa em qualquer dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR. NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pelos apelantes, Antônio Erdes e Eugênio Botinha, os Drs. Eurico Bitencourt Neto e Gustavo Brígido de Alvarenga Pedras, respectivamente.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Ouvi, com atenção, as sustenções orais feitas pelo Dr. Eurico Bitencourt Neto, pelo primeiro apelante, e o Dr. Gustavo Brígido de Alvarenga Pedras, pelo segundo apelante.

Como Relator passo a proferir o meu voto no julgamento da apelação.

Conheço de ambas as apelações, recursos próprios, tempestivos e regularmente preparados.

Inicialmente, impõe a apreciação do agravo retido de fls. 209, que diz respeito a cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da produção de prova pericial pelo MM. Juiz *a quo*.

De nada serviria a produção de prova pericial requerida para a solução do caso dos autos.

Nego provimento, pois, ao agravo retido.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - A preliminar argüida por ambos apelantes, atinente à nulidade do processo por falta de citação do Governo do Estado de Minas Gerais, na pessoa do Sr. Governador não merece melhor sorte.

Trata-se de questão que diz respeito a ato discricionário que nada tem a ver com a decisão do Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, a quem coube decretar apenas o estado de calamidade pública na Região Sul do Estado.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra os agentes, ora apelantes, julgada procedente, com condenação do primeiro apelante, Antônio Erdes Bortoletti, por atos de improbidade administrativa, descritos no art. 11, I, da Lei 8.429/92, nas penas de suspensão dos direitos políticos por quatro anos e pagamento de uma multa equivalente a 50 vezes a

remuneração do cargo de Diretor-Geral do DER/MG. E do segundo apelante, Eugênio Botinha, na perda da função pública por ele exercida e multa equivalente a 50 vezes a sua remuneração. E nas custas e despesas processuais.

Diz a peça inicial que fizeram os apelantes contratações, em número de dezenove, com a finalidade de realizações das obras em 55 trechos de rodovias, da ordem de R$69.498.317,78, localizados nos Municípios de Varginha, Poços de Caldas e Itajubá, danificados pelas fortes chuvas que assolaram o sul do Estado. E fizeram tais contratações ao arrepio do inciso II do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, sem se preocuparem em individualizar as hipóteses, de verificarem a amplitude da empreitada e disponibilidade imediata de máquinas e equipamentos. E que, para os trechos em que houve a dispensa de licitação, apenas 65% deles que a comportavam.

Defenderam-se os réus alegando: a) a não-concretização das contratações, com início sequer dos serviços; b) a dispensa legal da licitação; c) falta de dispêndio financeiro destinado à recuperação das rodovias estragadas pelas fortes chuvas e enchentes. E, se não houve prejuízo ao erário público, se as contratações não chegaram a concretizar-se, não há como falar em improbidade administrativa.

A Lei nº 8.429/92, que trata da improbidade administrativa, contém atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública; enquanto, no art. 9º, os atos são causadores de enriquecimento ilícito ou vantagem indevida ao agente, no art. 10, causam lesão ao patrimônio público, no art. 11, o dano material não é elementar do tipo.

Argumenta a r. sentença recorrida que o artigo cuida de atos que atentam contra princípios, e que estes se interagem, formando um todo, não se podendo falar em ofensa ao princípio da legalidade, sem ofensa ao princípio da moralidade e vice-versa.

Do que se infere que, no seu entender, houve ofensa a todos os princípios pela ofensa ao princípio da legalidade.

Entretanto, por ocorrer circunstância em que se permitia a dispensa sem licitação, qual o estado de calamidade pública, que era notório e foi objeto, inclusive, de decreto governamental, não houve ilegalidade na licitação, que não foi seguida de contrato, como necessariamente deve ocorrer.

De acordo com o ensinamento de ALEXANDRE DE MORAES, na sua alentada obra *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, Ed. Atlas, em comentário à lei que trata da improbidade administrativa, "*a Lei nº 8.429/92 tipifica em três artigos os atos de improbidade administrativa, estabelecendo três espécies diferenciadas.*

Assim, no art. 9º estão tipificados os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.

No art. 10, a lei tipifica os atos que causam prejuízo ao erário.

Por fim, em seu art. 11, a lei descreve os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública" (p. 2.619).

Ao caso dos autos se aplicaria o art. 10 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992:

"*Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

I - (...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente".

Ora, o fim a que visa o ato do art. 11, inciso I, em que foram enquadrados os apelantes pela r. sentença condenatória, só pode ser outro que não a vantagem ilícita ou enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, porquanto é elemento da conduta descrita no art. 10, VIII, da referida lei, a lesão ao erário.

Logo, a dispensa de licitação sem lesão ao patrimônio público não se tipifica como ato de improbidade administrativa, uma vez que só há tipicidade prevista para a dispensa de licitação com lesão ao patrimônio público (art. 10, VIII).

Outrossim, não se coaduna a dispensa de licitação, sem vantagem pecuniária, no tipo descrito no art. 11, I, como, *data venia*, entendeu o culto Juiz sentenciante.

A dispensa da licitação, com o fim de auferir vantagem ilícita, não pode enquadrar-se no art. 11, I, da Lei 8.429/92, porque a lei afasta a hipótese como tipo ao tratar da matéria no art. 10, VIII.

O art. 11, I, trata de conduta comissiva ou omissiva que visa a fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto, na regra de competência. Cuida de ato lícito visando a fim ilícito - o que não é compatível com a conduta da dispensa da licitação visando a vantagem ilícita, em que o uso do meio - dispensa ilegal da licitação - já é ato ilícito.

Outrossim, é de se notar que a premência das circunstâncias - fortes chuvas a acarretar a decretação do estado de emergência-autorizava a dispensa de licitação (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93).

Assim, o estado de calamidade pública que torna legítima, de certo modo, a dispensa da licitação, aliada à ausência de prejuízo ao patrimônio público, ou enriquecimento ilícito ou

vantagem indevida, afasta a tipificação da figura da improbidade administrativa em qualquer dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Não havendo a satisfação dos reclamos da tipicidade, penso justo concluir com o autor do excelente memorial do escritório do Prof. Paulo Neves de Carvalho, em defesa do apelante Antônio Erdes Bortoletti:

"*No caso, o* fato fundamental *é este: não se celebrou contrato algum, não se fez dispêndio financeiro algum, não se executou qualquer obra ou serviço relacionado com as enchentes e a destruição que provocou.*

É claro que este fato *não gerou ilegalidade, nem atentou contra princípio*" (os grifos são do original).

Isto posto, dou provimento a ambas as apelações para, reformando a r. sentença recorrida, julgar improcedente o pedido.

Sem custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Quero registrar que ouvi com merecida atenção as palavras proferidas da tribuna e estou entendendo que todos os atos preparatórios exigidos pela lei foram cumpridos à epoca.

Dou minha inteira adesão ao voto do Relator.

O Sr. Des. Silas Vieira - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, DEPOIS DE REJEITADA A PRELIMINAR E DESPROVIDO O AGRAVO RETIDO POR UNANIMIDADE E DE VOTAREM O RELATOR E O REVISOR DANDO PROVIMENTO À APELAÇÃO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 16.12.2002, a pedido do Vogal, depois de rejeitada a preliminar e desprovido o agravo retido, por unanimidade, e de votarem os Desembargadores Relator e Revisor, dando provimento à apelação.

Com a palavra o Desembargador Silas Vieira.

O Sr. Des. Silas Vieira - Pedi vista dos autos na sessão de julgamento p. p. a fim de certificar da existência do ato do Governador que decretou o estado de calamidade pública no sul do Estado de Minas Gerais e, após analisar com a devida acuidade todos os elementos de informações constantes do processo, pude constatar que, de fato, o decreto se efetivou.

Em assim sendo, os atos preparatórios realizados pelos apelantes para contratar a realização de obras para a reparação de estradas, sem o devido procedimento de licitação, encontram fundamento de validade no ordenamento jurídico pátrio, notadamente, na Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

"*Art. 24. É dispensável a licitação:*

(...)

IV - nos caos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de ocasiões que possam ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas...".

De outro norte, não se verificou na espécie qualquer prejuízo ao erário, ou mesmo o enriquecimento sem justa causa ou outra vantagem indevida dos apelantes, motivo pelo qual acompanho o em. Desembargador Relator para, também, dar provimento aos recursos.

É como voto.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO.

-:::-

INVENTÁRIO - PARTILHA - AÇÃO DE NULIDADE - ADJUDICAÇÃO DE BENS AO ÚNICO HERDEIRO ENTÃO CONHECIDO E IRMÃO DO *DE CUJUS* - FALECIMENTO DESTE - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE QUANTO A ESTE JULGADA PROCEDENTE, ENQUANTO A ÚNICA HERDEIRA CONHECIDA, ATÉ AQUELE MOMENTO, EXERCIA A POSSE E A ADMINISTRAÇÃO DOS BENS - NOVA DEMANDA - DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO FALECIDO - PROCEDÊNCIA - PRELIMINARES - PRESCRIÇÃO - COISA JULGADA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - ILEGITIMIDADE DE PARTE - AUSÊNCIA DE ERRO NA ADJUDICAÇÃO DOS BENS - DECADÊNCIA DO DIREITO À PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA - OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO POR OCORRÊNCIA DE USUCAPIÃO - REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES

- A extinção do feito decorrente de desistência da ação (art. 267, VIII, CPC) não é fator impeditivo para nova demanda visando ao mesmo objetivo, exceto se o autor renunciar expressamente ao direito sobre que se funda a ação.

- Nos casos em que não interveio o herdeiro, com direito à sucessão, porque somente foi reconhecido como tal após o trânsito em julgado da partilha, o remédio próprio para invalidá-la é a ação ordinária de nulidade de partilha, com prescrição mínima vintenária. Assim é porque a coisa julgada não o alcançou, pois a sentença não produz esse efeito em relação a terceiros.

- Encontrando-se a partilha contaminada por nulidade absoluta que atinja toda a relação processual, como é o caso da falta de participação ou de citação de herdeiro necessário, a declaração de nulidade não depende de ação rescisória e pode ser obtida por simples ação ordinária em primeira instância.

- Quando se verifica a ocorrência de nulidade absoluta, não há que falar em ato jurídico perfeito, com efeito *ex tunc*.

- A lei não exige a cumulação da ação de investigação de paternidade com a de petição de herança, podendo a última ser proposta posteriormente, a critério daquele que teve sua filiação reconhecida, bastando que se obedeça aos dispositivos legais pertinentes.

- A teor do disposto no art. 619 do CC, se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião independentemente de título e boa-fé. Quanto aos imóveis, o lapso prescricional a ser verificado é o vintenário; se este não restar provado, não há como se reconhecer o usucapião.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.254-3/00 - Comarca de Carmo da Mata - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação de nulidade de partilha - Falecimento - Inventário - Adjudicação de bens ao único herdeiro então conhecido e irmão do *de cujus* - Falecimento deste - Ação investigatória de paternidade quanto a este último julgada procedente, estando a única herdeira, a desoras conhecida, na posse e administração dos bens - Propositura de nova demanda em que se busca a declaração de paternidade em relação ao primeiro falecido - Procedência do pedido - Alegação, em sede preliminar, de ocorrência de prescrição, coisa julgada, imprestabilidade de via eleita, ilegitimidade de parte, ausência de erro na adjudicação dos bens, decadência do direito à propositura de ação rescisória, ofensa ato jurídico perfeito e impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista a configuração de usucapião - Rejeição destas, com a conseqüente confirmação da decisão. Apelo improvido. - 1. A desistência da ação não importa renúncia ao direito, não impedindo o ajuizamento de nova demanda contra o réu, visando ao mesmo objetivo. - 2. Não tendo o herdeiro participado do inventário, a ação própria é a de nulidade, com prescrição mínima vintenária, não sendo hábil a rescisória, uma vez que a coisa julgada não o alcançou. - 3. Encontrando-se a partilha contaminada de nulidade absoluta que atinja toda a relação processual, como é o caso de falta de participação ou de citação de herdeiro necessário, a declaração de nulidade não depende de ação rescisória e pode ser obtida por simples ação ordinária em primeira instância. - 4. Verificando-se tratar de nulidade absoluta não há que se falar em ato jurídico perfeito, com efeito *ex tunc*. - 5. A teor do disposto no art. 619, se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião independentemente de título e boa-fé. - 6. Rejeição das preliminares e desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Paulo Nonato Passini.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuidam os autos de recurso de apelação cível interposto pelo espólio de Licínio Alves de Moura, representado pela inventariante Zelma Vieira Alves de Moura, em face da r. sentença de fls. 173/188-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Carmo da Mata, que, nos autos da ação de nulidade de partilha proposta por Maria da Conceição Neves, rejeitou as preliminares argüidas, exceto a preliminar de mérito por usucapião, que foi parcialmente acolhida para alcançar apenas os bens móveis deixados por Delfim Alves de Moura, e, no mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos para, extinguindo o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, declarar nula a partilha dos bens deixados pelo falecido Delfim Alves de Moura, que foram adjudicados por Licínio Alves de Moura, adjudicando-os para a requerente, ora apelada, ressalvando-se os que perecerem sem culpa posterior de Licínio Alves de Moura ou por Zelma Alves Vieira, além de ressalvar, a favor da última, os frutos colhidos desde o falecimento de Delfim até a citação para os termos do presente processo, devendo a nova partilha ser formalizada após o trânsito em julgado da decisão.

Incidentalmente, utilizando-se do poder geral de cautela, determinou-se a indisponibilidade dos bens imóveis até decisão final, com imediato registro nos CRI's correspondentes, determinando-se, ainda, a expedição de ofício ao Juízo do inventário de Licínio Alves de Moura, que corre perante a Comarca de Belo Horizonte, para que deixe de homologar qualquer partilha de bens ou expedir quaisquer cartas constitutivas de direitos sobre os bens recebidos pelo falecimento de Delfim Alves de Moura, até decisão final dos presentes autos.

Outrossim, determinou-se a expedição de mandados dirigidos aos competentes cartórios de imóveis, de tudo certificando-se a procuradora da requerente, devendo os notários lançar

o valor dos emolumentos para cobrança em conta final.

Custas à razão de 90% (noventa por cento) pelo Estado e 10% (dez por cento) para a requerente, deixando-se de arbitrar honorários advocatícios em favor da procuradora da requerente por tratar-se de Defensora Pública. Para o Sr. Procurador do espólio restou fixada a verba honorária em quantia equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, não impugnado.

Irresignado com a decisão na parte que lhe foi desfavorável, dela recorreu o espólio de Licínio Alves de Moura, representado por sua inventariante Zelma Alves Vieira, através das razões expendidas às fls. 189/198, TJ, oportunidade em que alega que a herdeira universal dos bens deixados pelo falecimento do Sr. Licínio Alves de Moura não foi citada para os termos da ação de investigação de paternidade proposta pela apelada em face do falecido Delfim Alves de Moura, a qual não foi cumulada com petição de herança, não lhe podendo ser imposta a decisão proferida na investigatória, faltando legitimidade à recorrente para reivindicar bens integrantes do espólio de Licínio Alves de Moura, inexistindo qualquer nulidade a ser sanada no inventário e na adjudicação relativa a Delfim Alves de Moura.

Aduz que o MM. Juiz contrariou o pedido inicial, vez que não foi alegada qualquer nulidade (absoluta) prevista no artigo 145 do Código Civil, ocorrendo, portanto, ato jurídico perfeito, não podendo ser este modificado nos termos do artigo 6° da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC.

Continua por dizer que prescreve em 01 (um) ano, nos termos do inciso V, do parágrafo 6.°, do artigo 178 do Código Civil, a partir do trânsito em julgado da sentença da partilha, o prazo para que seja proposta ação para sua anulação, bem como o artigo 1.029 do Código de Processo Civil.

Aduz que, consoante se infere das certidões trazidas aos autos, a transferência do bens deixados por Delfim para Licínio ocorreu em março de 1986, tendo este exercido a posse mansa e pacífica dos referidos imóveis, sendo cediço que a posse do usucapiende atual pode ser somada à de seu antecessor, conforme preceitua o art. 522 do Código Civil brasileiro, concretizando-se, assim, o usucapião.

Termina por pleitear a reforma da decisão para que seja mantida a adjudicação operada em favor de Licínio Alves de Moura, nos autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento de seu irmão Delfim Alves de Moura.

As contra-razões ao recurso encontram-se às fls. 213/214, TJ, pugnando pelo acerto da decisão hostilizada, negando-se provimento ao recurso interposto.

Subiram os autos.

Nesta instância, colheu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 238/240 - TJ).

É a síntese do necessário.

Decido.

Conheço do recurso, vez que interposto e processado a tempo e modo.

Diante da complexidade do quadro que se apresenta, passo a um breve relato dos fatos para melhor elucidação da questão.

Pelo que se infere dos autos, a apelada, Maria da Conceição Neves ingressou com ação ordinária de anulação de partilha em desfavor do espólio de Licínio Alves de Moura, representado por sua única herdeira Zelma Alves Vieira, à alegação de que, no inventário dos bens deixados por Delfim Alves de Moura, seu irmão, Licínio Alves de Moura adjudicou seus bens (Processo n° 1.226 - Inventário de Delfim Alves de Moura - julgado em Carmo da Mata) e que Zelma Alves Vieira, após se ver reconhecida como filha de Licínio Alves de Moura em ação de investigação de paternidade (Processo n° 024.92.877.528-7 - 7ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, confirmada em Apelação Cível n° 133.855-7 - 1ª Câmara Cível), está em curso de pleitear a adjudicação da integralidade dos bens deixados pelo também falecido Licínio Alves de Moura (Processo n° 024.92.852.497-4 - em curso perante a 1ª Vara de Sucessões da Comarca de Belo Horizonte), o qual se encontra apensado aos Autos de n° 024.92.868.904-1, consubstanciado em ação declaratória incidental de reconhecimento de sociedade de fato ocorrida entre Licínio Alves de Moura e Geralda Pereira da Silva.

Da decisão proferida nos autos da ação declaratória incidental, apelou Maria da Conceição Neves, recurso que neste eg. Tribunal recebeu o número 21.968-3, julgado pelo então Relator Des. Fernandes Filho e no qual foi aviado o REsp n° 40.791-6.

Posteriormente à morte de Delfim Alves de Moura, a ora apelada, Maria da Conceição Neves, ingressou com ação investigatória de paternidade (Processo n° 024.92.878.055-0 - julgado pela 5ª Vara de Família de Belo Horizonte) que foi extinta sem julgamento do mérito, vindo nova ação, que recebeu o n° 5.118, julgada pela 3.ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, tendo sido proposta ação rescisória (Processo n° 54.028-6), ajuizada por Geralda Pereira da Silva em face da ora apelada e extinta sem julgamento do mérito, pelo 1.° Grupo de Câmaras Cíveis deste eg. Tribunal.

É de salientar que também foram propostas duas outras ações, a primeira, que recebeu o n° 024.96.036.833-0, também de rescisão proposta por Maria da Conceição Neves em face de Geralda Pereira da Silva , julgada pela 30.ª Vara Cível de Belo Horizonte e, por fim a ação n° 1.251, proposta como anulatória de partilha na qual se pretendia a anulação da partilha, que atribuiu os bens de Licínio aos colaterais e à concubina - processo julgado em Carmo da Mata e extinto, sem julgamento do mérito, a pedido da ora apelada.

Tal esclarecimento se faz necessário devido ao excesso de informações trazidas aos autos e ao grande número de volumes e ações em que se debateram as partes.

Por fim, é de salientar que, em ambas as sucessões havidas, estas se deram, em princípio, a título universal, ou seja, adjudicação a apenas um sucessor.

Passando à análise dos presentes autos, neles foram argüidas várias preliminares, razão pela qual a elas procedo, prioritariamente ao mérito da demanda.

A primeira delas diz respeito à anterior propositura de ação com pretensão idêntica (Processo 1.251) julgada extinta, sem julgamento do mérito, a pedido da apelada, na Comarca de Carmo da Mata, encontrando-se os autos daquela ação apensados por determinação do Juízo (fl. 121-TJ).

Contudo, tal preliminar é de ser rejeitada.

Como cediço, a extinção do feito em face do artigo 267 do Código de Processo Civil não é fator impeditivo para nova demanda.

A este respeito a jurisprudência:

"*A desistência da ação não importa renúncia ao direito* (JTA, *106/80). Por isso, a sentença homologatória de desistência da ação não impede o ajuizamento de nova demanda contra o réu, visando ao mesmo objetivo* (RT, *490/59*, JTA, *89/281*, Bol. AASP, *1.520/27 - desistência de execução).*

Para evitar que isso aconteça, o réu pode exigir, a fim de concordar com a desistência, que o autor renuncie expressamente 'ao direito sobre que se funda a ação' (art. 269-V). Se houver renúncia a esse direito, e não simples desistência da ação, o réu não tem interesse em impugnar a sua homologação (JTA, *89/281), mesmo porque faz jus a honorários (art. 26). Se não houver, a desistência não deve ser homologada (RT, 702/81)*" - *in Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, THEOTONIO NEGRÃO, 30. ed., p. 325).

Rejeito, pois esta preliminar.

As demais preliminares suscitadas de ocorrência de prescrição, decisão distante do pedido dos autos, existência de ato jurídico perfeito, coisa julgada e prescrição de direito à propositura de ação rescisória, tida como meio hábil a tanto, também devem ser rejeitadas.

Conforme consta da parte expositiva, trata-se de recurso contra apelação que julgou parcialmente procedente ação de nulidade de partilha proposta por filha do falecido, que somente teve seus direitos resguardados após propositura de ação competente a tanto.

O item III do art. 1.030 do CPC é muito claro ao dizer que é rescindível a partilha se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

In casu, a partilha não preteriu herdeiro, nem incluiu quem não o seja, pelo simples fato de que, quando da adjudicação dos bens, a apelada ainda não era judicialmente reconhecida como filha do falecido Delfim Alves de Moura, vez que somente em 18.08.1994 teve confirmada a sentença que julgou procedente a ação por ela proposta.

É evidente que o art. 1.030, mencionado, somente aproveita àquele herdeiro legitimado a suceder ao tempo do julgamento da partilha. Aparecendo a capacidade para tal, após seu trânsito em julgado, e se não lhe foi reservado o quinhão, ainda que já tramitasse a ação ordinária, no curso do inventário, a partilha é inteiramente válida, não havendo falar-se em sua anulação ou rescisão.

Ora, está na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*Mesmo quando a partilha tenha sido judicial, mas se acha contaminada de nulidade absoluta que atinja toda a relação processual, como é o caso de falta de participação ou de citação de herdeiro necessário, a declaração de nulidade não depende de ação rescisória e pode ser obtida por simples ação ordinária em primeira instância*".

"*É que a ação rescisória do art. 485 do CPC pressupõe coisa julgada material, a qual, por seu turno, pressupõe relação processual validamente estabelecida entre as partes, que deverão sofrer os efeitos da sentença*".

"*Assim, é de jurisprudência que a ação rescisória do art. 1.030 do CPC não se aplica a herdeiro que não participou do inventário e para quem a decisão é* res inter alios acta, *cabendo-lhe propor a ação de nulidade de partilha - pressuposto da petição de herança e que prescreve em 20 (vinte) anos*".

"*Na mesma linha vem a jurisprudência do STF, para quem 'para anular a partilha, os herdeiros dela excluídos, que não participaram do inventário, devem utilizar-se da ação de nulidade ou de petição de herança vintenárias, e não da rescisória'* " (*Curso de Direito Processual Civil* - v. III - 17ª ed. - nº 1.416 - p. 301).

Dentro do mesmo raciocínio, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS:

"*Quando, na partilha, se preterir herdeiro que participou da formação do processo, ela será rescindível, por ação rescisória, mas, se o herdeiro não foi citado para o inventário nem dele participou, não está sujeito à eficácia da coisa julgada, conseqüentemente, poderá reclamar a herança através de ação comum, prescrevendo sua pretensão em vinte anos*" (*Manual de Direito Processual Civil* - v. 3 - Saraiva, 1996 - nº 1.759 - p. 115).

Nesse sentido a seguinte ementa:

"*Nulidade de partilha. - Sendo a partilha um ato material e formal, requer a observância de certos requisitos formais, podendo ser invalidado pelas mesmas causas que inquinam os*

negócios jurídicos, por meio de ação de nulidade, intentada dentro do prazo legal" (*RTJ*, 76/795 e 98/794).

Ora, não tendo o herdeiro participado do inventário, a ação própria é a de nulidade, com prescrição mínima vintenária, não sendo hábil a rescisória, uma vez que a coisa julgada não o alcançou.

Independentemente do *nomen iuris* dado à demanda, a autora demonstrou que a partilha impugnada se fez com omissão de herdeiro necessário. Portanto, trata-se de partilha contaminada de nulidade absoluta, não podendo se falar em sentença distante do pedido dos autos.

E o remédio processual de que dispõe o autor para invalidar partilha amigável nula não é outro senão a ação ordinária de nulidade, pressuposto, no caso, do pedido cumulado de herança.

A propósito, ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *verbis*:

"*... são casos de ação de nulidade de partilha amigável:*

- falta de intervenção de algum sucessor (...)" (*in* "Partilha: Nulidade, Anulabilidade e Rescindibilidade - *RJM* - Ano III, nº 32 - p. 19).

Conforme acima demonstrado, cuida-se de ação de nulidade.

Vale dizer, o ato de partilha é indigitado de nulidade (art. 145, CC), que não se confunde com anulabilidade (art. 147).

Via de conseqüência, à demanda não se aplica a prescrição ânua, prevista no art. 178, § 6º, do já citado Código Civil.

É que o inciso V do aludido dispositivo, não obstante a rubrica de "ação de nulidade de partilha", refere-se apenas aos casos de ação de anulação (das partilhas anuláveis de que tratam os art. 1.805, CC e 1.029, CPC).

Logo, não atinge a hipótese dos autos, que é ação declaratória de nulidade absoluta de partilha em que não interveio herdeiro com direito à sucessão.

Para essa ação, conforme pacífica jurisprudência e melhor doutrina, o lapso prescricional é o do art. 177.

Nesse sentido, jurisprudência pacífica do STJ, registrando-se REsp's nºs 33.858/SP, p. *DJ* em 05.02.96; 45.693/SP, p. *DJ* em 13.02.95; 68.644/BA, p. *DJ* em 22.04.97.

Esse último julgado com a ementa que abaixo se transcreve:

"*Anulação. Prescrição. Herdeiro não contemplado. - É de vinte anos o prazo de prescrição para que demande a nulidade da partilha o herdeiro que dela não participou*".

Por outro lado, verificando-se tratar de nulidade absoluta, não há que se falar em ato jurídico perfeito, com efeito *ex tunc*.

Assim, rejeito as preliminares suscitadas em bloco.

No que pertine à impossibilidade de se opor a sentença de investigação de paternidade à apelante, bem andou o MM. Juiz, tendo em vista que a ausência de pedido de cumulação de herança não lhe retira a força de coisa julgada, não sendo exigido por lei que os pedidos venham de forma cumulada.

Lado outro, quando intentada a ação de investigação de paternidade, os bens do falecido Delfim Alves de Moura já haviam sido adjudicados a seu irmão Licínio, também falecido, razão pela qual não poderia mesmo pleitear a recorrida, naquela oportunidade autora, ação de investigação de paternidade c/c petição de herança, sendo que os bens já não mais se encontravam em nome de seu finado pai.

Ademais, é a própria recorrente quem admitiu, por ocasião do processo que tramitou perante a Comarca de Divinópolis, a possibilidade de não ter sido chamada diante da falta de interesse patrimonial à época (fls. 169/170-TJ).

Assim é que, quando do julgamento da Ação Rescisória nº 54.028-6 (fls. 89/96), em que foi Relator o eminente Des. Fernandes Filho, restou facultado aos herdeiros que não foram incluídos no pólo passivo daquela demanda (ação declaratória de paternidade), mesmo que transitada em julgado, se opor ao pedido de quinhão hereditário quando este se lhes apresentasse, valendo-se, para tanto, do disposto no art. 472, *in fine*, do CPC, *verbis*:

"*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros*".

Assim é que:

"*Julgados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objeto apenas vê-la reconhecida expressamente. A execução da decisão de procedência proferida em autos de petição de herança faz-se, como regra, por meio de simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário*" (*RSTJ*, 74/204), in *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, THEOTONIO NEGRÃO, 30. ed., p. 458).

No que pertine à alegada ocorrência de usucapião dos bens adjudicados pelo também falecido Licínio Alves de Moura, tenho que muito bem andou o MM. Juiz.

Conforme entendimento jurisprudencial, a forma originária de aquisição do domínio através do usucapião, seja ordinário ou extraordinário, requer, além da posse mansa e pacífica

a título de dono e do lapso temporal previsto em lei, que o bem usucapiendo seja coisa hábil à prescrição aquisitiva.

O usucapião é modo de adquirir a propriedade de coisas móveis e imóveis, por via da qual o possuidor se torna proprietário, pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei.

Para ocorrer o usucapião, é necessário o concurso de certos requisitos, que dizem respeito às pessoas a quem interessa, às coisas em que pode recair e à forma por que se constitui.

Com efeito, exige-se a capacidade e qualidade do possuidor para adquirir a coisa, que o bem possa ser usucapido, e, por final, a posse, que deve ser com *animus domini*, mansa, pacífica, pública e continuada por certo lapso de tempo.

Dizem os arts. 618 e 619 do Código Civil que:

"*Art. 618. Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, sem interrupção, nem oposição, durante 03 anos.*

Parágrafo único. Não gera usucapião a posse, que não se firme em justo título, bem como a inquinada, original ou superveniente de má-fé.

Art. 619. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião independentemente de título e boa-fé.

Parágrafo único. As disposições dos arts. 552 e 553 são aplicáveis ao usucapião das coisas móveis".

A diversidade de prazos é estabelecida em função dos requisitos exigidos para a consumação do usucapião.

Abrevia-se o prazo quando o possuidor preenche os requisitos suplementares de justo título e boa-fé. O que influi na contagem do prazo é o modo por que se possui o teor da posse.

Assim, tendo em vista já possuir a apelante a posse mansa e pacífica dos bens móveis descritos nos itens *F*, *G* e *H* e indicados às fls. 12/13-TJ, devem estes ser incluídos da anulatória pretendida, a qual atingirá todo o universo imóvel patrimonial deixado pelo falecido Delfim, sendo reconhecida à apelante, neste aspecto, a ocorrência de usucapião extraordinário.

Contudo, tal não acontece em relação aos bens imóveis, cujo lapso prescricional é vintenário, não tendo logrado a recorrente comprová-lo, ante a ausência de demonstração da prática efetiva de atos materiais, caracterizadores da posse, nos termos da ementa que se segue:

"*Usucapião extraordinário. - São requisitos do usucapião extraordinário o efetivo exercício de uma posse pacífica, sem oposição e ininterrupta, praticada com* animus domini *pelo prazo de vinte anos. Assim, a posse hábil ao reconhecimento do domínio é, sem dúvida, a que se materializa através de atos e condutas que, concretamente, importem em se exteriorizar no uso, gozo e fruição da coisa, isto é, aquela que é exercida pública e ostensivamente com ânimo de dono. Apelação provida*" (TARS - 5ª CC, Apelação Cível nº 197023203, Rel. Juiz Márcio Borges Fortes, j. em 24.4.97).

Ora, tendo em vista a data de ocorrência dos óbitos, mormente que Delfim Alves de Moura faleceu em 13.12.1985, mesmo somando-se o lapso das duas posses havidas, ou seja, do também finado Licínio e da apelante, o prazo do usucapião somente se implementaria em 12.12.2005.

Frente ao exposto e deduzido nestes autos, rejeito as preliminares argüidas e nego provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a r. decisão.

Custas, pelo recorrente.

É o voto.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Consoante se apura do relatório de fls. 243/247-TJ, o qual adoto, da sentença (fls. 173/188-TJ), que julgou parcialmente procedente o pedido constante de ação de anulação de partilha proposta por Maria da Conceição Neves em face do espólio de Licínio Alves de Moura, representado pela inventariante Zelma Vieira Alves de Moura, para declarar nula a partilha dos bens deixados por Delfim Alves de Moura, que foram adjudicados por Licínio Alves de Moura, reconhecendo em favor do espólio o usucapião dos bens móveis, apelando o réu, argüindo, em preliminar, coisa julgada, inadequação da via eleita, ilegitimidade de parte, ausência de nulidade na adjudicação, ausência de citação de herdeiro para a ação de investigação de paternidade *post mortem* e ofensa a ato jurídico perfeito e, no mérito, sustentando a prescrição do direito de ação, a decadência do direito de propor rescisória e o reconhecimento de usucapião ordinário em seu favor, pugnando, por último, pelo provimento da irresignação e conseqüente reforma do *decisum*.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

As objeções não merecerem ser acolhidas, como consigna o julgado monocrático, a cujas razões me reporto, para rejeitá-las.

Circa meritum causae, também não há razão que socorra o recorrente.

Com efeito, ao detido exame dos autos, é dado verificar que nada há que se reparar na bem-lançada sentença fustigada, excelentemente fundamentada, que, aliás, muito recomenda seu ilustre Subscritor.

No que pertine à prescrição aquisitiva argüida em defesa, é de se esclarecer ao irresignante que não há falar na hipótese dos autos em usucapião ordinário, em face da ausência de justo título.

Ora, uma vez declarada a nulidade da adjudicação em virtude da preterição de herdeiro necessário, nulos também são todos os atos que lhe são posteriores, mais precisamente, a "carta de adjudicação".

É que, se o título é nulo, não se pode pensar em usucapião ordinário, pois, se é nulo aquele, por óbvio, não é justo.

Destarte, há que se ter em mira o prazo vintenário do usucapião extraordinário, que, por sua vez, dispensa o justo título.

Saliente-se que apenas era de se acolher, como o foi, o usucapião em relação aos bens móveis, por 13 (treze) anos.

Em conclusão:

a) Tendo sido a autora declarada filha do *de cujus*, nos autos de ação de investigação de paternidade, através de decisão transitada em julgado, ela se tornou herdeira necessária do falecido, tendo lídimo direito ao seu quinhão nos bens deixados por este, o que não foi observado na partilha levada a efeito, fulminando-se a mesma de nulidade absoluta.

b) Uma vez declarada a nulidade da adjudicação em virtude da preterição de herdeiro necessário, nulos também são todos os atos que lhe são posteriores, mais precisamente, a "carta de adjudicação".

c) Se o título é nulo, não se pode pensar em usucapião ordinário, pois, se é nulo o título, não é justo.

Ao impulso de tais considerações, também nego provimento à apelação interposta, acompanhando, por inteiro, o erudito voto do ilustre Relator, mantendo, em conseqüência, o *decisum* hostilizado, por seus próprios e jurídicos fundamentos, da lavra do culto e operoso Juiz Otávio Batista Lomônaco, cuja publicação, na íntegra, recomendo.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO.

SENTENÇA

Processo nº 2.759
Natureza: Anulação de partilha

Requerente: Maria da Conceição Neves
Requerido: espólio de Licínio Alves de Moura, representado por sua inventariante Zelma Alves Vieira

Vistos, etc.

Maria da Conceição Neves, qualificada nos autos, propôs ação ordinária de anulação de partilha em desfavor do espólio de Licínio Alves de Moura, representado pela herdeira única, Zelma Alves Vieira, igualmente qualificada, alegando, em síntese: a) que, no inventário dos bens deixados por Delfim Alves de Moura, seu irmão, Licínio Alves de Moura, adjudicou seus bens; b) que Zelma Alves Vieira, após se ver reconhecida *post mortem* como filha de Licínio, está em curso de pleitear a adjudicação da integralidade dos bens deixados por este em procedimento tramitando na Comarca de Belo Horizonte - e, conseqüentemente, a parte que lhe coube no inventário de Delfim; c) que, posteriormente à sua morte e ao reconhecimento da paternidade de Zelma, a requerente foi reconhecida, também *post mortem*, filha de Delfim Alves de Moura. Pede a anulação da adjudicação no inventário de Delfim para que lhe sejam atribuídos os bens de seu finado pai. Juntou documentos - fls. 2/4 e 6/31.

Citado o espólio, na pessoa de Zelma, este oferece contestação segundo a qual alega: a) que a requerente foi reconhecida filha de Delfim 9 (nove) anos após o falecimento do pai e 8 (oito) anos após o encerramento do inventário que adjudicou os bens para Licínio; b) que em 1995 ajuizou ação idêntica a esta, posteriormente extinta sem julgamento do mérito a pedido da própria autora; c) que a investigação de paternidade onde a requerente foi reconhecida filha de Delfim não a teve como parte, não se lhe podendo impor a sentença - conforme reconhecido pelo TJMG -, além de não ter sido cumulada com pedido de "petição de herança", não podendo, pois, ser prejudicada por decisão na qual não foi chamada a se defender; d) que não houve erro na adjudicação dos bens de Delfim a Licínio, pois quando de sua morte não havia outros herdeiros necessários aptos à sucessão - não se caracterizando, pois, quaisquer das hipóteses do art. 147 do CCB; e) com a adjudicação dos bens de Delfim para Licínio, houve ato jurídico perfeito, não se podendo falar em anulação da partilha; f) houve prescrição do art. 178, § 6º, V, do CCB; g) decorreu o prazo para a rescisória; h) Licínio, e agora a representante do espólio e potencial adjudicatária, adquiriram os bens de Delfim por justo título - carta de adjudicação - e boa-fé, tendo-se operado o usucapião. Juntou documentos - fls. 41/50 e 52/98.

Impugnação sustentando as mesmas teses originais - fls. 102/106.

Em parecer inaugural, o Ministério Público entendeu haver interesse a justificar sua participação no processo. Manifesta-se pela rejeição da preliminar de prescrição e, no mérito, pelo acolhimento do pedido - fls. 109/113.

Intimadas a especificar provas, o requerido pede o julgamento antecipado. A requerente pugna pela prova oral. O Ministério Público não especificou provas.

Determinei a juntada de documentos - fls. 122/136 -, ao que se seguiu audiência de tentativa de conciliação, onde quase celebraram acordo, posteriormente frustrado.

Infrutífera a tentativa de acordo, realizou-se AIJ, com dispensa da prova oral.

Este o relato. Analisados, fundamento e *decido*.

A questão dos autos não é singela, e o volume de informações juntadas chega a criar certa confusão. Não obstante, as provas até o momento carreadas e os argumentos apresentados, de lado a lado, admitem o julgamento, dispensada maior dilação probatória, pena de redundância. A matéria é de fato e de direito, havendo provas bastantes para a lavratura de decisão em seqüência à AIJ realizada.

Antes de sanear o processo e apreciar as teses levantadas, entendo, porém, necessário fazer uma retrospectiva.

Pelo que se infere das provas dos autos, a análise da questão *sub judice* foi antecedida pelos seguintes procedimentos judiciais, nos quais, em alguns deles, as partes ora litigaram entre si, ora contra sucessores colaterais mais afastados, na linha sucessória, dos dois irmãos falecidos. Descortina-se verdadeiro labirinto processual/judicial, que desaguou no presente litígio:

1) Processo nº 1.226 - Inventário de Delfim Alves de Moura - julgado em Carmo da Mata, adjudicando os bens do *de cujus* a seu irmão, Licínio Alves de Moura;

2) Processo nº 024.92.852.497-4 - Inventário de Licínio Alves de Moura - em curso na 1ª Vara de Sucessões de Belo Horizonte, que, após habilitação da concubina e colaterais, está em vias de adjudicar os bens do *de cujus* à sua filha reconhecida posteriormente, Zelma Alves Vieira;

2.1) Processo nº 024.92.868.904-1, em apenso ao inventário de Licínio - declaratória incidental de reconhecimento de sociedade de fato entre Geralda Pereira da Silva e Licínio Alves de Moura - julgado em Belo Horizonte. Dessa decisão, a ora requerente aviou apelação e embargos de declaração julgados pela 2ª C. Cível do TJMG sob o nº 21.968/3 e REsp nº 40.791-6, inadmitido;

3) Processo nº 024.92.877.528-7 - Investigação de paternidade de Zelma Alves Vieira para ver reconhecida a filiação de Licínio Alves de Moura - julgado pela 7ª Vara de Família de Belo Horizonte, declarando a paternidade. Dessa decisão, a ora requerente aviou apelação julgada pela 1ª C. Cível do TJMG sob o nº 133.855/7;

4) Processo nº 024.92.878.055-0 - Investigação de paternidade de Maria da Conceição Neves para ver reconhecida a filiação de Delfim Alves de Moura - julgado pela 5ª Vara de Família de Belo Horizonte, extinto sem julgamento do mérito;

5) Processo nº 024.96.036.833-0 - Rescisão - aviado por Maria da Conceição Neves contra Geralda Pereira da Silva - julgado pela 30ª Vara Cível de Belo Horizonte;

6) Processo nº 5.118 - Investigação de paternidade de Maria da Conceição Neves para ver reconhecida a filiação de Delfim Alves de Moura - julgado pela 3ª Vara Cível de Divinópolis, declarando a paternidade;

6.1) Processo nº 54.028/6 - Rescisória aviada por Geralda Pereira da Silva e outro, julgada extinta sem julgamento do mérito pelo 1º Grupo de Câmaras do TJMG;

7) Processo nº 1.251 - Anulatória de partilha na qual a ora requerente pretendia anular a partilha que atribuiu os bens de Licínio aos colaterais e à concubina - julgado em Carmo da Mata, extinto sem julgamento do mérito a pedido da ora requerente.

Feito isto, passo ao saneamento do processo.

Partes capazes, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais. Aqui, Zelma Alves Vieira integra o pólo passivo tanto para a argüição de nulidade absoluta feita para o inventário de Delfim como para o inventário de seu pai Licínio, sendo que em ambos a sucessão, em princípio, se deu a título universal - adjudicação para apenas um sucessor.

Ainda que erroneamente autuado o processo, no pólo passivo da ação consta o espólio de Licínio, e não a pessoa de Zelma - como pessoa natural. Esta a conclusão que se tira do item III da proemial. Não obstante a discrepância na autuação, o espólio contestou o pedido e não houve argüições relevantes acerca desta questão no decorrer do processo.

Citação válida. Contestação tempestiva. Instrução regular, sem nulidades. Por uma questão meramente didática, analiso as preliminares abaixo - mas em ordem diferente da que foi apresentada pelo espólio requerido, por imposição legal:

- Propositura anterior de ação com pretensão idêntica:

Diz o espólio requerido que, em 1995, a ora requerente ajuizou ação com pretensão idêntica a esta, posteriormente extinta sem julgamento do mérito a pedido da própria autora. O dito processo foi, inclusive, a este apensado, por decisão deste Juízo - fls. 121.

Deste fato não advém qualquer conseqüência jurídica. A extinção pelo art. 267 do CPC não interfere na posterior análise do mérito. Ademais, a ação não era sequer idêntica, pois não havia identidade de partes entre aquela e esta ação.

- Prescrição do art. 178, § 6º, V, do CCB:

Há que se reconhecer, por oportuno e essencial ao julgamento, que não se trata de anulação da partilha - *art. 147 do CCB* -, e sim nulidade desta - art. 145 do CCB. Diferença se faz para o ato visando desconstituir a partilha por nulidade relativa ou nulidade absoluta - *terminologia que adoto por ser de entendimento menos propício a discussões meramente acadêmicas.*

Felizmente, para sepultar definitivamente discussões inócuas em

juízo, e alcançando especial relevância para os autos, vem ganhando força o entendimento pelo qual o *nomen juris* da ação acaba sendo o de "nulidade de partilha", referindo-se igualmente aos casos de desconstituição por nulidade absoluta ou nulidade relativa:

"*Melhor seria considerar a anulação e a nulidade sob o mesmo nome - ação de nulidade -, eis que, em última instância, procura-se anular a partilha, seja qual for o fundamento*" (ARNALDO RIZZARDO. *Direito das Sucessões*. Vol. II, AIDE, Rio de Janeiro: 1996, p. 734).

No primeiro caso, o mencionado no art. 1.805 do CCB, e no qual se arrima a presente preliminar, a partilha somente admite a desconstituição por uma das hipóteses do art. 147 do CCB, respeitado o prazo prescricional do art. 178, § 6º, V, do CCB.

Já na segunda hipótese, a partilha nula teria fundamento no desrespeito a alguma formalidade prevista no art. 145 do CCB.

Sobre este tópico, noto que já em 1916 CLÓVIS BEVILÁQUA questionava a falta de critério do legislador ao confundir ambos os institutos jurídicos, *verbis*:

"... *evidentemente, há falta de rigor nos termos empregados, neste artigo. Cumpria attender a distincção entre acto* nullo *e acto* annullavel. *A prescripção de um anno somente á partilha annulavel póde referir-se. Para a partilha absolutamente nulla, é forçoso dilatar esse prazo ...*" (*sic*) (CLÓVIS BEVILÁQUA. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. VI, 8ª ed., atualizada, Ed. Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1953, p. 316) (original e grifos do autor).

Prosseguindo na redação deste excerto doutrinário, BEVILÁQUA remetia a parte excluída para o prazo decadencial de 5 (cinco) anos da rescisória, anteriormente previsto no próprio art. 178 do CCB. Neste aspecto, entretanto, hodiernamente este entendimento já não é o majoritário, mormente após os códigos processuais de 1939 e 1973 - *ver, mais abaixo, a citação acerca do RExt. nº 93.700-GO.* O prazo, *in casu*, é o vintenário:

"... *uma distinção, entretanto, é cientificamente correta: a ação anulatória a que a lei se refere é a que venha proposta por quem tenha sido parte no processo. É a ação de anular, intentada pelo herdeiro que foi representado no inventário. Não está sujeito à mesma preclusão o herdeiro à cuja revelia este se processou. A ela também não está adstrito o que teve a sua qualidade hereditária reconhecida ulteriormente. Não são destarte atingidos pelo prazo de decadência ânua o herdeiro tido por morto e que depois se verificar não estar; o que é conhecido depois; o filho reconhecido judicialmente. Nesses, e em outros casos análogos, prevalecerá o prazo de prescrição* longi temporis, *que é o de direito comum.*

Quando a causa annullationis *é de direito processual (nulidade do processo ou da sentença; ofensa à disposição literal de lei ou à coisa julgada) caberá ação rescisória (Código de Processo Civil, art. 485), que se extingue em dois anos*" (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil - Direito das Sucessões*. V. VI, 5ª ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 314/315).

Incabível, *prima facie*, a argüição de prescrição, pois esta somente se pode opor às hipóteses de nulidade relativa e contra os que foram parte no processo de inventário.

Destarte, como dito acima, aqui se discute a nulidade absoluta da partilha - *e não a nulidade relativa*. Ademais, não tendo, ainda, a capacidade de filha de Delfim, a requerente não poderia, como de fato não foi, ser reconhecida parte para figurar no inventário de Delfim - *ou mesmo em alguns dentre os diversos incidentes judiciais dos quais se tem notícia nos autos.*

- Ausência de erro na adjudicação de bens de Delfim a Licínio:

Como analisado acima, não se trata de nulidade relativa prevista no art. 147 do CCB, e sim de nulidade absoluta elencada no art. 145 do Código. Desta forma, o argumento de ausência de erro no momento da adjudicação dos bens de Delfim para Licínio não tem correspondência com a matéria dos autos.

Esta tese se deve ao fato de a requerente ter mencionado o vocábulo "erro" na peça proemial. Mas, aqui, atribui-se ao vocábulo o sentido coloquial correspondendo a "equívoco", e não tem relação com o instituto jurídico dos arts. 86 e segs. do CCB.

Ocorre, em verdade, que, na primeira adjudicação dos bens de Delfim para Licínio e no feito onde se pretende a adjudicação dos bens de Licínio para Zelma, os colaterais - *em relação a Delfim* - ocupam a categoria dos chamados "herdeiros aparentes". Esta situação ocorre quando se faz a atribuição do patrimônio a herdeiros outros, vindo-se, mais tarde, a descobrir um herdeiro com preferência na ordem da vocação sucessória, como um descendente (ARNALDO RIZZARDO, *Direito das Sucessões*. Vol. II, AIDE, Rio de Janeiro: 1996, p. 743).

Desta forma, o conflito encontra solução no art. 145 do CCB.

Ressalte-se que o rol do art. 145 não é exaustivo, e sim meramente exemplificativo.

- Decadência do direito de propor rescisória:

Alega, ainda, que já fluiu o prazo processual para a propositura da ação rescisória, não sendo, pois, admissível o conhecimento desta ação.

Não vejo como acolher esta tese. A ação rescisória tem curso diretamente no tribunal de apelação, *in casu*, o TJMG. Por outro lado, como no inventário de Delfim não houve decisão judicial

resolvendo litígio - pois a integralidade dos bens foi adjudicada para o único irmão, Licínio -, não há que se falar em ação rescisória. Veja- se:

"'... *Partilha. Herdeiro necessário excluído (art. 1.030, III, do CPC). - Para anular a partilha, os herdeiros dela excluídos, que não participaram do inventário, devem 'utilizar-se da ação de nulidade ou petição de herança vintenária, e não da rescisória...'. E trazendo o apoio na doutrina: COUTO E SILVA, ao comentar o art. 1.030 do CPC, assegura que quem não participou do procedimento do inventário não pode ser atingido pela sentença de partilha, devendo-se obedecer à disposição do art. 472 do CPC, segundo a qual a sentença não beneficia nem prejudica a terceiros, de modo que a eles não são aplicáveis as regras a respeito do prazo da rescisória da sentença*". (REext. nº 93.700-GO, 1ª Turma, j. em 1º.10.82, *in RTJ*, 108/217, *apud* RIZZARDO, *Direito das Sucessões*. Vol. II, AIDE, Rio de Janeiro: 1996, p. 734.)

Esta somente é admissível quando o magistrado atribui quinhões hereditários estando as partes litigando no inventário. Não havendo disputa, o inventário adquire verdadeira vestimenta de procedimento de jurisdição voluntária, como ocorreu em ambas as situações noticiadas.

- Existência de ato jurídico perfeito:

A nulidade que se questiona neste processo é absoluta. Desta forma, o ato atacado nem sequer chegou a gerar efeitos, a sentença que o reconhece tem eficácia *ex tunc* não admite sequer a ratificação.

Em sendo este o caso, não se lhe pode opor o princípio do ato jurídico perfeito, pois o que é "nulo" não pode ser "perfeito": *quod nullum est nullum effectum producit.*

Ademais, não paira dúvida de que a sentença em ações de paternidade é declaratória (ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA. *Investigação de Paternidade*, 2ª ed., revista e ampliada, Saraiva: São Paulo, 1947, p. 275, § 227). Este o entendimento da letra do art. 366 do CCB - *cujo teor foi parcialmente recepcionado pela nova ordem constitucional de 88.*

Em sendo assim, a declaração de paternidade tem força retroativa, atingindo mesmo os atos realizados antes deste reconhecimento. O fato novo reconhecido posteriormente ao inventário de Delfim, e sobre o qual não se tinha conhecimento por ocasião do processo - *não ocultado por dolo ou culpa à época* -, retira-lhe a vestimenta de "ato perfeito".

- Não ter sido parte na investigação de paternidade; não ter havido cumulação com petição de herança; e ter o TJMG admitido fosse novamente questionada a paternidade no momento da petição de herança:

Alega não se lhe poder opor a sentença da investigação de paternidade que tramitou em Divinópolis porque a ora requerente dolosamente ocultou conhecer todos os sucessores de Delfim, logrando êxito na citação editalícia. Diz que, se *excluída do pólo passivo da ação* que tramitou em Divinópolis, não se lhe pode impor a sentença de paternidade.

Ora, não se nega terem os sucessores sido citados por edital na ação que tramitou em Divinópolis - *Processo nº 5.118, da 3ª Vara Cível.* Mas, se houve dolo, cabia ao requerido demonstrar sua existência. A simples alegação não desconstitui a sentença transitada em julgado. Ademais, rediscutir esta questão processual fora daqueles autos ou em procedimento diverso da rescisória ofende a coisa julgada e a preclusão. Ademais, tem-se que à ação não faltou a natureza litigiosa alegada. Houve nomeação de curador à lide e seguiu-se o necessário contraditório.

Infere-se dos autos que alguns dos sucessores de Licínio, preteridos na sua sucessão após o reconhecimento da paternidade de Zelma Alves Vieira, intentaram ação rescisória perante o TJMG, mas o feito foi extinto sem julgamento do mérito. Todos os demais interessados, inclusive a ora representante do espólio, restaram inertes durante a fluência do prazo legal.

A ausência do pedido de *cumulação de herança* na investigação de paternidade não lhe retira a força de coisa julgada. A lei subjetiva não exige seja a ação de investigação de paternidade cumulada, *verbi gratia,* ou com petição de herança, ou com pedido de alimentos. A sentença deve-se limitar aos termos do pedido proemial.

Sobre este ponto, peço venia para colacionar excerto da lavra de ARNALDO RIZZARDO:

"*A petição de herança envolve, geralmente, uma dúplice declaração: a de herdeiro e a do quinhão atribuível ao pretendente. Resulta, daí, vir cumulado o pedido de herança com o de investigação de paternidade, o que não impede, entretanto, o ingresso da petição de herança quando já definida a situação de herdeiro, embora mais apropriada, como referido, a ação de nulidade ou anulação de partilha*" (ARNALDO RIZZARDO. *Direito das Sucessões.* Vol. II, AIDE, Rio de Janeiro: 1996, p. 738).

Aliás, entendo estar processualmente correto manejo da ação meramente de paternidade *post mortem* contra Delfim, quando da propositura da ação em Divinópolis. Afinal, já tendo sido adjudicados os bens deixados por Delfim, a ora requerente não poderia pleitear a paternidade contra Delfim e cumular petição de herança contra o espólio de Licínio na mesma lide - *já que, contra a sentença de adjudicação dos bens, seria o caso de pleitear a nulidade de partilha.*

A este propósito, verifico que a própria Zelma manejou a investigação de paternidade em desfavor de Licínio em uma das Varas de Família de Belo Horizonte para, somente então, pleitear

seu quinhão hereditário - *quando já estava em curso o inventário de Licínio.* A decisão juntada aos autos - fls. 130/136 - julgou o pedido parcialmente procedente, limitando-se a reconhecer a paternidade, mas não lhe atribuiu quaisquer bens, remetendo-a a juízo sucessório.

Neste aspecto processual, correta a decisão pela procedência parcial, pois, se desejasse cumular o pedido declaratório com petição de herança, deveria ter manejado a ação - *de caráter incidental e prejudicial ao julgamento do inventário* - perante a Vara de Sucessões onde tramitava o inventário de seu indigitado pai.

Finalmente, *aprecio a ressalva formulada pelo Exmo. Sr. Desembargador Fernandes Filho* - acompanhado por unanimidade no julgamento -, na qual se sustenta a contestação, exteriorizada por ocasião do julgamento da Ação Rescisória nº 54.028/6 - fls. 89/96.

Segundo o excerto transcrito, na íntegra, na contestação - fls. 42/43 - S. Exa. facultou aos herdeiros não incluídos no pólo passivo da ação declaratória de paternidade, mesmo que esta já transitara em julgado, se opor ao pedido de quinhão hereditário, quando este se propusesse. Para tanto, valheu-se do disposto no art. 472, *in fine*, do CPC.

Ora, a inicial deste processo pede a anulação da partilha e requer a adjudicação dos bens deixados pelo falecido Delfim.

Está, pois, pleiteando a parcela patrimonial mencionada por S. Exa.

É de se perguntar: se não agora, nestes autos, quando o espólio requerido poderia impugnar esta paternidade de Delfim em relação à requerente? De acordo com o voto proferido, é exatamente neste processo o momento de se insurgir contra a paternidade argüida - *pois a pretensão de quinhão hereditário se faz juntamente com o pedido de anulação da partilha.*

O espólio requerido, por sua representante Zelma, é o único que detém interesse e legitimidade para figurar na relação processual desta lide, pois foi o único adjudicatário dos bens deixados por Delfim, preterindo, inclusive, os outros colaterais que inicialmente aspiravam a partilhar a herança.

Entretanto, o requerido limitou-se a impugnar a pretensão patrimonial, mas em momento algum fez prova da falsidade ou impugnou a paternidade da ora requerente. Até pediu, inicialmente, o julgamento antecipado, dando-se por satisfeita com a prova dos autos e nem mesmo juntou aos autos as sentenças que reconheceram as respectivas paternidades da requerente e da representante do espólio requerido - *o que foi determinado por mim, retirando cópia dos documentos juntados no apenso.*

Ora, a representante do espólio de Licínio, nestes autos, admitiu até mesmo a possibilidade de não ter sido chamada ao processo que tramitou em

Divinópolis pela falta de interesse patrimonial à época - *fls. 169/170.* Tal fato reforça a necessidade de, nestes autos, fazer valer a ressalva de S. Exa. o Desembargador *Fernandes Filho* e impugnar a paternidade declarada alhures - *pois, agora, a sentença proferida em Divinópolis é requisito prévio para os efeitos patrimoniais pretendidos pela requerente.*

Desta forma, por falta de resistência, em momento oportuno, fundamentada quanto a esta paternidade que impugna, sem fazer prova, operou-se a preclusão, prevalecendo a declaração de paternidade reconhecida na Comarca de Divinópolis.

- Usucapião como matéria de defesa:

Não se cogita de negar validade ao direito de alegar usucapião em defesa de ações reais ou pessoais. A matéria é sumulada. Limito-me a lançar esta afirmação, sob pena de redundância na discussão.

Há de se acolher, mas apenas em parte, esta tese.

Quanto aos *bens móveis* adjudicados no inventário de Delfim, por Licínio e computando-se o tempo decorrido desde a morte de Licínio de fato operou-se o usucapião. Isto porque o prazo para a aquisição extraordinária - *sem justo título ou boa-fé* - opera-se em 5 (cinco) anos, *ex vi* do art. 619 do CCB.

Desta forma, a pretensão anulatória da requerente atingirá todo o universo patrimonial deixado por Delfim, mas reconhecer-se-á o usucapião em favor do espólio requerido quanto aos bens móveis, direitos e ações - *itens* F, G *e* H *indicados às fls. 12/13.*

Já quanto aos imóveis, temo não poder acolher esta preliminar de mérito. Isto porque o usucapião nestes casos é o extraordinário - *e não o ordinário, como pretende o espólio requerido.*

Ora, não há justo título, como alegado, pois a carta de adjudicação em favor de Licínio é conseqüência da inexistência de herdeiros necessários na linha direta ascendente ou descendente.

Mas, uma vez que, sendo nula a partilha/adjudicação - *nulidade absoluta, e não nulidade relativa* -, em face da descoberta posterior de um herdeiro não conhecido por ocasião do processamento dos inventários, a nulidade atinge todos os atos posteriores que se fundam no ato nulo. Novamente, trago à colação o brocardo latino, já mencionado alhures: *quod nullum est nullum effectum producit.*

Diretamente, atinge o auto de adjudicação em favor de Licínio e sua correspondente carta de adjudicação - *além de esvaziar, em parte, o monte a ser inventariado no processo de Belo Horizonte* -, tornando este documento imprestável, pois, para conferir o "justo título" para o prazo do usucapião ordinário.

Destarte, faltando o justo título, como dito acima, o prazo é o do usucapião extraordinário, vintenário, pois.

Este, pela data dos óbitos, não se implementou. Delfim faleceu em 13.12.1985. Mesmo somando-se o lapso das duas posses, o prazo do usucapião se implementaria somente em 12.12.2005.

E, ainda que se entendesse ser o prazo do usucapião ordinário, dificilmente este se teria implementado, pois a posse dos bens nunca foi mansa e pacífica, sem interrupção, tendo as partes se digladiado em outros foros judiciais desde há muito tempo - *bastando se fazer alusão ao histórico de procedimentos judiciais citado no início da fundamentação desta decisão.*

Finalmente, há que se considerar a hipótese de os bens ou parte deles terem perecido desde então. Nestes casos, a pretensão patrimonial da requerente será convertida em perdas e danos, em fase posterior.

Já quanto aos frutos colhidos desde a abertura da sucessão de Delfim, até a citação neste processo, permanecerão eles com o espólio, pois inegável sua boa-fé - *art. 510 do CCB.*

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, *julgo parcialmente procedentes* os pedidos para, extinguindo o processo com julgamento do mérito na forma do art. 269, I, do CPC:

- rejeitar as preliminares, exceto a preliminar de mérito fundada no usucapião, que foi acolhida parcialmente para alcançar apenas os bens móveis deixados por Delfim Alves de Moura;

- declarar nula a partilha dos bens deixados por Delfim Alves de Moura, que foram adjudicados por Licínio Alves de Moura;

- adjudicar os bens imóveis deixados por Delfim Alves de Moura para a requerente, ressalvando-se os que pereceram sem culpa posterior de Licínio ou de Zelma, além de ressalvar, em favor da última, os frutos colhidos desde o falecimento de Delfim até a citação para este processo.

A nova partilha será formalizada após o trânsito em julgado.

Incidentalmente, considerando o tempo decorrido deste a propositura da ação, e usando do meu poder geral de cautela, determino a *indisponibilidade destes bens imóveis* até decisão final, com imediato registro nos CRI's correspondentes. A experiência demonstra que tal medida é salutar para evitar a livre negociação do patrimônio *sub judice*, o que gera potencial e desnecessário perigo da propositura de inúmeros outros processos judiciais - *v. g., embargos de terceiros* -, além da indissociável discussão da boa-fé de eventuais adquirentes, nestes casos. *Da mesma forma,* determino seja oficiado o Juízo do inventário de Licínio, na Comarca de Belo Horizonte, para que deixe de homologar qualquer partilha de bens ou expedir quaisquer cartas constitutivas de direitos sobre os bens recebidos de Delfim até decisão final deste processo - *anexar fls. 12/14.*

Expeçam-se mandados dirigidos a cada um dos cartórios de imóveis

mencionados, que serão cumpridos após a aposição do "cumpra-se" dos juízos respectivos. Entregá-los à procuradora da requerente, mediante recibo, cabendo a ela diligenciar para o imediato cumprimento. Fazer a ressalva da gratuidade dos atos processuais, devendo os notários lançar o valor dos emolumentos para cobrança na conta final.

Custas, à razão de 90% pelo espólio e 10% para a requerente. Deixo de arbitrar honorários advocatícios em favor da procuradora da requerente por se tratar de Defensora Pública. A alteração de seu *status,* conforme noticiado nas alegações finais, não altera este benefício legal. Para o Sr. Procurador do espólio, arbitro honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à causa - *não impugnado.* Para a requerente, suspendo a cobrança na forma e prazo do art. 12 da Lei Ordinária Federal nº 1.060/50.

Transitada em julgado, venham-me conclusos para os atos necessários à formalização da nova partilha.

Antes do arquivamento, venha a conta de custas, intimando-se as partes para efetuar o pagamento em 10 (dez) dias, pena de certidão à PGE.

Se ainda não feito, cumprir a retificação de nome determinada à fl. 147, bem como retificar a distribuição e a autuação para regularizar o pólo passivo para espólio de Licínio Alves de Moura.

Publicada em audiência, ficando os presentes intimados e passando a fluir os prazos independentemente de intimações. Registre-se.

Carmo da Mata, 30 de abril de 2001. - *Otávio Batista Lomônaco* - Juiz de Direito.

-:::-

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL - ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - PROFESSOR - CONTRATOS SUCESSIVOS - EVENTUAIS INTERRUPÇÕES - ADMISSIBILIDADE

- Deve ser reconhecida a estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do ADCT da Constituição Federal/88 aos professores que mantiveram sucessivos contratos com o Estado durante o período compreendido entre 05.10.83 e 05.10.88, ainda que tenham ocorrido pequenas interrupções do vínculo contratual durante os períodos de férias escolares ou alguma outra situação anômala, que possa dar causa a desligamentos periódicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.890-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Estabilidade excepcional - Reconhecimento a servidoras públicas, integrantes do quadro do magistério, recontratadas sucessivamente

pela rede de ensino, após desligamento por pequenos períodos de tempo que não descaracterizam a continuidade a que alude o artigo 19 do ADCT.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Cuida-se de ação ordinária ajuizada por servidoras públicas, profissionais do magistério, objetivando o reconhecimento da estabilidade constitucional preconizada pelo art. 19 do ADCT, sob o fundamento de que desempenharam, continuadamente, sob o regime de designação, função na rede estadual de ensino no período compreendido entre outubro/83 e outubro/88.

Opõe-se o Estado de Minas Gerais ao pedido exordial, argumentando com a inexistência do direito à estabilidade perseguida pelas autoras, em face dos lapsos de tempo verificados na prestação dos serviços no qüinqüênio que antecedeu a promulgação da CF/88, descaracterizando o exercício continuado e ininterrupto da função, e ainda porque o pedido é formulado por integrantes de função pública, em caráter temporário, não enquadradas no rol dos servidores sujeitos aos benefícios do artigo 19 do ADCT.

A r. sentença de fls., conclusiva pelo atendimento integral da postulação das autoras, é submetida ao duplo grau de jurisdição e atacada por recurso voluntário do Estado de Minas Gerais, não merecendo, contudo, qualquer reparo, anotando-se, a propósito, inexistente o pedido cumulativo de aposentadoria que o apelante voluntário rebate em suas razões recursais. Limitaram-se as autoras a requerer a procedência da ação ordinária para se declarar a estabilidade reclamada "*e se determinar que o réu faça a devida anotação, com as conseqüências funcionais impostas pela Constituição Federal e pela legislação correlata*".

Acertadamente decidiu o Magistrado reconhecer o direito à estabilidade excepcional a tais profissionais do magistério, que provaram, pela farta documentação juntada, vínculo contínuo com a Administração Pública no período delimitado pela Carta Constitucional, e, tratando-se de professoras contratadas pela rede de ensino, os contratos, via de regra, obedecem ao calendário escolar, encerrando-se com o fim do semestre ou ano letivo e somente são renovados no semestre ou exercício seguinte; excluindo-se, neste caso, os períodos de férias escolares ou alguma outra situação anômala, que possam dar causa a desligamentos periódicos.

Todavia, os lapsos de tempo ocorridos entre o encerramento de um contrato e o início de outro não têm o condão de descaracterizar a relação de continuidade e provado restou que não deixaram elas de praticar as atividades docentes junto ao Estado por período de tempo que pudesse evidenciar rompimento do vínculo estabelecido com as contratações sucessivas por períodos anuais ininterruptos. Ainda que afastadas por pequenos períodos no curso do ano letivo, tiveram seus contratos renovados no mesmo exercício de forma a exercerem a atividade laboral, com freqüência confirmada, durante a maior parte do ano letivo, autorizando reconhecer-se o caráter continuado da relação de trabalho entre elas e a Administração Pública.

Não socorre o réu a dedução acerca da precariedade do vínculo mantido com o Estado, para os efeitos da exclusão prevista no § 2º do artigo 19 do ADCT, pois dirigida aos cargos e funções comissionados ou de confiança e àqueles que a lei declare de livre exoneração, integrando as autoras categoria diversa.

São, portanto, as autoras, destinatárias do amparo dado pelo art. 19 do ADCT/88, eis que se encontravam no serviço público estadual no período a que alude a Carta Constitucional.

Com tais razões de decidir, mantenho a sentença, julgando prejudicado o recurso voluntário, ficando as custas na forma da lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Do exame atento a que procedi dos autos, tenho que a r. sentença proferida pelo em. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Antônio Sérvulo dos Santos, não está a merecer qualquer reparo ou censura, com a devida vênia.

O tema deduzido nestes autos, conquanto se revista de certa complexidade, a meu sentir, está a conduzir ao acolhimento da pretensão da exordial.

E foi nesse sentido que decidiu o nobre Colega de primeiro grau, com sólidos e judiciosos fundamentos.

Vislumbro, na espécie, que assiste inteira razão aos apelados.

Pelas razões supra, no duplo grau de jurisdição, hei por bem confirmar a bem-lançada sentença, aos seus fundamentos.

Como corolário, julgo prejudicado o apelo voluntário.

Custas, na forma da lei.

É o voto.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - DESMATAMENTO - ADQUIRENTE DE ÁREA DESMATADA - RECUPERAÇÃO DA COBERTURA ARBÓREA - DESOBRIGATORIEDADE

- O adquirente de área já desmatada não pode ser compelido a recuperar a cobertura arbórea do terreno, consoante jurisprudência uniforme do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 259.402-6/00 - Comarca de Palma - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Ação civil pública - Recuperação de área desmatada. - Conforme jurisprudência uniforme do colendo STJ, quem adquire área desmatada não pode ser compelido a recuperar a cobertura arbórea da mesma. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, NEGANDO-O AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Trata-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público contra José Luiz da Silva, José Montes Duarte, Horácio Pompei e Telêmaco Coriolano Pompei.

Conforme a inicial, em 4 de dezembro de 1994, o réu fez um desmatamento em cerca de 4 ha da Fazenda Cachoeira, zona rural de Palma, sem autorização do IEF. Dias antes, em 21 de novembro de 1994, José Luiz da Silva desmatara cerca de 2 ha na mesma fazenda. Em 6 de dezembro do mesmo ano, outro desmatamento foi realizado por José Montes Duarte, com o corte de cerca de 5 hectares de mata nativa e capoeira, em área de preservação permanente, sem a necessária autorização.

O IEF fez uma vistoria no terreno, quando foi recomendado o plantio de 2.500 mudas de espécies nativas. José Luiz da Silva e José Montes Duarte eram arrendatários da área, sendo Horácio Pompei seu proprietário.

Ao ser realizado novo laudo, verificou-se que a área se estava regenerando naturalmente, com a brotação dos tocos. Foi recomendado o cercamento da área e o afastamento dos animais do local. Entretanto, foi feita uma roçada, seguida do uso de fogo, eliminando toda a regeneração natural anterior.

Foi juntado o inquérito civil realizado, com depoimento dos policiais florestais, que participaram das autuações.

O Magistrado proferiu sentença, entendendo que o caso não demandava provas em audiência. Condenou o réu Telêmaco Coriolano Pompei a implantar um projeto de reflorestamento, sob pena de multa diária de um salário mínimo. Os demais réus foram excluídos da condenação, porque o réu condenado é que tinha promovido a roçada, com uso de fogo, logo após.

Inconformado, manifestou apelo o réu vencido, alegando, em preliminar, cerceamento de defesa, por não ter sido realizada a prova oral e pericial, por ele requerida, para demonstrar a ausência de nexo de causalidade entre a roçada por ele realizada e o alegado dano ambiental.

No mérito, afirma que, quando da roçada, a única vegetação existente era rasteira sem qualquer aspecto de mata nativa. Assim, não contribuiu ele para o dano ambiental.

Por seu turno, o Ministério Público apela, objetivando incluir os demais réus na condenação.

Relatório circunstanciado já incluído nos autos.

Trata-se de ação civil pública, ajuizada com o fito de obrigar os suplicados a recuperar área desmatada, sem autorização dos órgãos competentes.

Como resultou do quadro probatório, ao tempo do desmatamento, efetuado na Fazenda da Cachoeira, José Luiz da Silva e José Montes Duarte eram arrendatários da fazenda, sendo proprietário Horácio Pompei. A fazenda foi adquirida posteriormente por Telêmaco Coriolano Pompei.

Tinha sido recomendado pelo engenheiro florestal do IEF que o terreno desmatado fosse cercado, afastando-se os animais, que poderiam impedir tal reconstituição.

A condenação se dirigia apenas contra Telêmaco Coriolano Pompei, que se tornou posteriormente proprietário do terreno.

Examinando a preliminar, rejeito-a, ao entendimento de que os autos já têm elementos suficientes para a solução da controvérsia, sem necessidade de provas em audiência.

No mérito, tenho que o primeiro apelante se acha revestido de razão, eis que já firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que quem adquire terreno já desmatado não pode ser compelido a restaurar a cobertura arbórea:

"Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada.

O art. 99 da Lei nº 8.171/91 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor a que faz referência.

O artigo 18 da Lei nº 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou

reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público.

Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

Recurso improvido" (REsp nº 218.120-PR, Rel. Min. Garcia Vieira).

No mesmo sentido foi decidido no REsp nº 156.899-PR, com o mesmo Relator.

Dessa forma, dou provimento ao primeiro apelo, para julgar improcedente a ação.

Quanto ao recurso do Ministério Público, não há como acolhê-lo, pois nenhum dos réus restantes é arrendatário ou proprietário do terreno, atualmente. Nego-lhe provimento.

Sem custas.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO AO 1º APELO. NEGARAM PROVIMENTO AO 2º APELO.

-:::-

UNIÃO - PARTE NO PROCESSO - JUSTIÇA FEDERAL - COMPETÊNCIA - ALVARÁ JUDICIAL - PERMISSÃO PARA MENOR EXERCER ATIVIDADE LABORAL REMUNERADA - RECURSO - TRIBUNAL COMPETENTE - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

- Figurando a União como parte em processo de competência da Justiça Federal (pedido de permissão para menor exercer atividade laboral remunerada), torna-se a Justiça Estadual incompetente para o julgamento do recurso, devendo-se remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, instância *ad quem* para o julgamento, em grau de recurso, das causas antes julgadas por juízes da Justiça comum nas comarcas em que não existe a Justiça Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.822-2/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Apelação - União - Parte - Justiça Federal - Competência. - Da Justiça Federal é a competência para julgar recurso, interposto contra sentença em que figura como parte a União, proferida por juiz da Justiça comum em comarca onde não existe a Justiça Federal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA O TRF 1ª REGIÃO.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Figurando a União como parte em processo de competência da Justiça Federal, torna-se a Justiça Estadual incompetente para o julgamento deste recurso.

Assim, determino a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, instância *ad quem* para o julgamento em grau de recurso das causas antes julgadas por juízes da Justiça comum nas comarcas em que não existe a Justiça Federal.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Cuidam os autos de apelação (fls. 21/28-TJ) contra r. sentença (fls. 16/18-TJ), que deferiu a expedição de alvará de autorização de trabalho movida pelo apelado.

O apelado, representado por sua mãe, requereu (fls. 02/03-TJ) perante o Juízo da Comarca de Cláudio, autorização para trabalhar na Fundição Santa Clara Ltda., sob o argumento de que é menor púbere (data de nascimento 09.03.85) e que a referida empresa só lhe assegurará o emprego com a autorização judicial.

Sustenta, ainda, que deseja trabalhar em lugar que não é nem insalubre e nem afeta os seus estudos, pois o horário de trabalho é compatível com o escolar. Alega que deseja ter seu próprio dinheiro para arcar com os estudos e gastos pessoais, além de ajudar no orçamento doméstico, pedindo, portanto, que a autorização seja encaminhada à empresa empregadora para que a mesma se resguarde de qualquer sanção legal.

A r. sentença, por sua vez, deferiu o alvará, determinando à DRT/Divinópolis que se abstivesse de aplicar qualquer sanção à empregadora pela admissão do ora apelado, no exercício de função não perigosa e insalubre, relacionando as condições mínimas para o desenvolvimento do seu trabalho, homologando a desistência do prazo recursal.

Inconformada, a União Federal apelou (fls. 21/28- TJ) do *decisum*, justificando que é de seu interesse a fiscalização das empresas no que concerne à atividade de menores, alegando legitimidade passiva e conseqüente incompetência do Juízo prolator da sentença, imperatividade da remessa dos autos à instância superior em reexame necessário, segundo o art. 212, § 2º, do ECA; e, no mérito, aduz que a decisão nega vigência ao art. 7º, inc. XXXIII, da nossa Carta Federal.

Contra-razões apresentadas pelo apelado (fls. 31/38-TJ), no sentido de se confirmar o acerto da decisão hostilizada.

O Ministério Público emitiu minucioso parecer (fls. 45/65-TJ), pugnando pelo não-conhecimento do recurso de apelação por falta de interesse recursal, ressalvando-se, entretanto, que, se conhecido, há de ser desprovido.

Juntamente com o parecer ministerial, foram juntados os documentos de fls. 66/77-TJ.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 80/81-TJ), foram à conclusão do Relator (fl. 82-TJ), que solicitou o parecer da i. Procuradoria-Geral de Justiça, que por sua vez (fls. 86/89-TJ) rejeitou as preliminares e opinou pelo improvimento do recurso.

Novamente concluso (fl. 90-TJ), foi incluído o relatório de fls. 91/92-TJ e remetido para revisão (fl. 93-TJ).

Assim é que, analisando os autos nesta instância recursal, verifico questão prejudicial ao julgamento do presente feito, qual seja, a necessidade do deslocamento da competência para a Justiça Federal, nos termos do art. 109, incs. I e VIII, da Constituição Federal, descabendo à Justiça comum decidir sobre a existência ou não de interesse e legitimidade da entidade federal para intervir na causa.

A União Federal compareceu, e isso basta para que se decline da competência para o eg. TRF da 1ª Região.

Neste sentido, dispõe a Súmula nº 150 do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas*".

A respeito do tema, THEOTONIO NEGRÃO observa:

"*Ainda no rumo da Súmula 150/STJ: só a Justiça Federal é que pode dizer se a União, suas autarquias e empresas públicas são ou não interessadas no feito (RJ, 164/359, com ementa bastante expressiva, RSTJ, 45/28; JTJ, 171/177); com a sua intervenção, desloca-se desde logo a competência para a Justiça Federal de primeiro grau, à qual caberá aceitá-la ou recusá-la*" (*RTJ*, 95/1.037,103/97,103/204,108/391,121/286, 134/843,163/1.114; *TFR-RTFR*, 105/8; *TFR-RF*, 290/224; *RT*, 541/278, 542/250; *RJTJESP*, 67/89) (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 1999, p. 48).

Neste sentido, é a posição deste eg. Tribunal de Justiça:

"*Alvará judicial - Permissão para menor exercer atividade laboral remunerada - Emenda Constitucional 20/98 - Emissão de CTPS - Competência do Juizo Federal. - Destinando-se provimento jurisdicional ao cumprimento por autoridade integrante do Ministério do Trabalho, capacitada para a emissão da CTPS, é fora de dúvida a incompetência do Juízo prolator da decisão, em virtude do evidente interesse da recorrente na causa, deslocando-se para a Justiça Federal a competência para conhecimento do pleito*" (TJMG - Apelação Cível nº 242.907- 4/00 - Comarca de Cláudio - Rel. Des. José Francisco Bueno - Publ. em 05.04.2002).

E, desta i. Oitava Câmara Cível, temos:

"*Competência - Intervenção da União - Justiça Federal. - Intervindo a União nos autos, com a interposição de recurso, desloca-se a competência de seu julgamento para a Justiça Federal - Autos remetidos ao TRF - Súmula 150, STJ*" (TJMG - Apelação Cível nº 270.963-2/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. Sérgio Braga - Publ. em 14.06.2002).

"*Autorização de atividade laborativa para menor - Alvará judicial - Competência - Inteligência do artigo 109, I e VIII, da CF/88 - Justiça Federal. - A presença da União no feito provoca o deslocamento de competência para a Justiça Federal, nos termos do artigo 109, incisos I e VIII, da Constituição Federal, descabendo à Justiça comum decidir sobre a existência ou não de legitimidade da entidade federal para intervir na causa*" (TJMG - Apelação Cível nº 270.955-8/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. Pedro Henriques - Publ. em 27.08.2002).

Mais precedentes: TJMG - Apelação Cível nº 259.036-2/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. Pedro Henriques - 8ª CC - Publ. em 17.09.2002; TJMG - Apelação Cível nº 260.564-0/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. Pedro Henriques - 8ª CC - Publ. em 17.09.2002.

Ante o exposto, no presente feito, o meu voto neste Colegiado é pelo declínio da competência, remetendo-se os autos à elevada apreciação do eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

Súmula - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA O TRF 1ª REGIÃO.

-:::-

FALÊNCIA - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - EX-ADMINISTRADORES - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - EXECUÇÃO - PROCESSAMENTO NO JUÍZO FALIMENTAR - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 49 DA LEI 6.024/74 - PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

- Em conformidade com o art. 49 da Lei 6.024/74, processa-se nos próprios autos da ação de responsabilidade civil a execução proveniente de sentença condenatória transitada em julgado que declarou a responsabilidade dos ex-administradores de instituição financeira, não cabendo ao juízo falimentar processá-la. Tal disposição vem ao encontro do princípio da celeridade processual, uma vez que a execução na falência, em se tratando de ação coletiva, envolve todos os bens da massa falida, o que resulta em um maior dispêndio de tempo, enquanto, na ação de responsabilidade civil, serão somente excutidos os bens particulares dos ex-administradores, na hipótese de a massa falida não comportar o passivo.

AGRAVO - Nº 262.110-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação de responsabilidade civil contra ex-administradores de instituição financeira. - Não cabe ao juízo falimentar processar ação de execução proveniente de sentença condenatória prolatada nos autos da ação de responsabilidade civil. Tal decisão deve ser executada nos próprios autos da ação de responsabilidade civil, a teor do artigo 49 da Lei nº 6.024/74.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela massa falida de América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., a Dra. Cecília E. Porto Moreno.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Os presentes autos versam sobre agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª (Terceira) Vara de Falências e Concordatas da Capital, que tornou sem efeito o despacho de fls. 2.044 e determinou o imediato recolhimento das cartas precatórias expedidas, nos autos da ação de responsabilidade civil proposta pelo Ministério Público estadual contra Lúcio Flávio Mota Valadares e outros.

O agravante argumentou que: foi decretada a liquidação extrajudicial da instituição financeira América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Limitada pelo Banco Central, sendo nomeado liquidante; em 29 de fevereiro de 1988, a pedido do liquidante, foi decretada a falência de América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Limitada; em 25 de maio de 1989, foi ajuizada pelo Ministério Público estadual ação de responsabilidade civil contra Lúcio Flávio Mota Valadares e Ricardo Luiz Maia Przewodows, ex-administradores da instituição financeira América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Limitada, em decorrência de fraudes e desvios constatados pelo Banco Central; em 24 de abril de 2001, foi prolatada sentença, em que foram condenados os sócios, Lúcio Flávio Mota Valadares e Ricardo Luiz Maia Przewodows, a responderem, solidariamente, pelo passivo descoberto da massa falida, corrigido monetariamente, acrescido de juros de mora, a ser efetivado em dinheiro ou em bens particulares dos sócios; após o trânsito em julgado da decisão, a sindicância requereu a expedição de cartas precatórias para as Comarcas do Rio de Janeiro, Cassimiro de Abreu e Resende, para fins de arrecadação e avaliação dos bens imóveis de Lúcio Flávio Mota Valadares e Ricardo Luiz Maia Przewodows, tendo o d. Juízo *a quo* deferido o pedido; em seis de agosto de 2001, o agravado requereu a revogação do ato judicial ofertado à fl. 2.044, tendo em vista que tal despacho afronta o artigo 49 da Lei nº 6.024/74, que determina a execução singular com a transformação do arresto em penhora, com o objetivo de que o executado tome ciência do valor exato da dívida, a extensão da penhora e de se defender de supostos excessos ou nulidades, através de embargos; o MM. Juiz *a quo* acolheu as súplicas do agravado e revogou o ato judicial, para determinar o recolhimento das cartas precatórias; foi correto o pedido pleiteado pela sindicância, para proceder à arrecadação e avaliação dos bens no Juízo falimentar, visto que tais bens se encontram em comarcas diversas e distantes de onde se processa a falência; existe diferença entre o ato de arrecadar e de penhorar bens, porque, apesar de ambos consistirem em um meio de expropriação do patrimônio excutido, o primeiro instituto se refere a execução coletiva e o segundo, a execução singular ou individual; a arrecadação de bens particulares de sócios é prevista no disposto do artigo 71 da Lei de Falências, visto que é necessário levar em consideração que a sentença prolatada acolheu a desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo a responsabilidade solidária entre a falida e os seus sócios, individualmente; ao se proceder à arrecadação, e não à penhora de bens, não está suprimindo o direito de defesa do agravado, já que no Juízo falimentar são permitidos os embargos de terceiros, e outra questão importante para que a execução da decisão condenatória se faça nos autos da falência é de ordem prática, porque o processamento em conjunto da execução coletiva da própria falência e dos sócios imprimirá maior celeridade ao feito. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso de agravo de instrumento, para que seja reformada a decisão interlocutória proferida.

Liminar recursal indeferida às fls. 48/49-TJMG.

O agravado apresentou contraminuta às fls. 52/58. Aduziu, preliminarmente, que o despacho agravado é de mero expediente, de sorte que a sua

reforma não desafia recurso de agravo de instrumento e que o Juízo da causa é uno e indivisível, motivo pelo qual o MM. Juiz de primeira instância poderia e deveria revogar o despacho de fls. 2.044. Já, no mérito, alegou que: os argumentos suscitados pelo agravante violam o artigo 49 da Lei nº 6.024/74 e o princípio constitucional do devido processo legal; somente o produto proveniente da alienação judicial dos bens penhorados é que será entregue à sindicância, para fins de rateio entre os credores, já que não se pode arrecadar bens que não pertençam à massa falida no processo falimentar; ao contrário do que sustentou o agravante, o instituto dos embargos de terceiros é medida processual excepcional e de alcance limitado, visto que tem como objetivo somente afastar a turbação e o esbulho na posse de quem não é parte no processo; o agravado somente poderá exercitar o seu direito somente em regular processo de execução em que seja realmente parte e discutir todas as matérias previstas nos artigos 741, 743 e 746 do Código de Processo Civil; o agravado e a síndica confundem em suas opiniões, porque, anteriormente, já haviam pleiteado o arresto/seqüestro bem como a indisponibilidade dos bens, nos autos da ação de responsabilidade civil; a pretensão do agravante esbarra na decisão proferida à fl. 2.013, em que ficou decidido que as questões afetas ao arresto/seqüestro e a indisponibilidade de bens seriam decididas nos autos da ação de responsabilidade civil, e o artigo 71 da Lei de Falência somente se aplica ao "sócio solidário", que não é a hipótese dos autos. Pleiteou a manutenção da decisão de primeira instância.

1ª Preliminar.

O agravante alegou que o despacho de fls. 2.044 não poderia ser atacado por pedido de reconsideração ou de revogação de despacho, mas sim através do competente recurso, visto que o MM. Juiz de primeira instância "*não está investido do poder de revisar decisões prolatadas por colegas da mesma instância*" e "*gerou conseqüências no mundo jurídico*" (fls. 09-TJMG).

Compulsando as peças dos autos, constata-se que o despacho agravado não é proveniente de pedido de reconsideração, instituto sem forma ou figura em Juízo, não previsto no Código de Processo Civil. Trata-se, na verdade, de novo pedido pleiteado pelo agravado (fls. 38/42-TJMG), em que foi promovida nova decisão interlocutória, passível de ser atacada através de agravo de instrumento. Tanto é assim que o Ministério Público estadual ofertou recurso, diante da carga de lesividade presente na nova decisão proferida.

Além do mais, a alegação do agravante no sentido de que o MM. Juiz *a quo* "*não está investido do poder de revisar decisões prolatadas por colegas da mesma instância*" está desprovida de razão. Como já dito *alhures*, o despacho agravado não é fruto de pedido de reconsideração, mas sim de novo pedido pleiteado pelo agravante. Dessa forma, cabe ao MM. Juiz *a quo*, dentro do seu poder jurisdicional, examinar todos os pedidos, para fins de esgotar a prestação jurisdicional.

Posto isso, rejeito a preliminar suscitada pelo agravante.

2ª Preliminar.

O agravado sustentou nas razões recursais que o despacho agravado seria de mero expediente, de sorte que a sua reforma não desafia recurso de agravo de instrumento.

Ao contrário do que sustentou o agravado, o MM. Juiz *a quo* não proferiu despacho de mero expediente. Decidiu questão incidental nos autos da ação de responsabilidade civil, o que torna o ato em exame uma interlocutória passível de agravo de instrumento, a teor do artigo 162, § 2º, do Código de Processo Civil.

Além do mais, o despacho agravado possui carga de lesividade, tanto é assim que o Ministério Público dele agravou.

Destarte, afasto a preliminar eriçada pelo agravado, motivo pelo qual conheço do recurso ofertado, porque presentes estão os seus requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Lúcio Flávio Mota Valadares, em que almeja a reforma da decisão interlocutória que tornou sem efeito o despacho de fls. 2.044 e determinou o imediato recolhimento das cartas precatórias.

Em que pesem os argumentos suscitados pelo agravante, razão não lhe assiste.

Ao contrário do que alegou o agravante, a solução da controvérsia posta nos autos está disposta no artigo 49 da Lei nº 6024/74, *in verbis*:

"*Art. 49. Passada em julgado a sentença que declarar a responsabilidade dos ex-administradores, o arresto e a indisponibilidade de bens se convolarão em penhora, seguindo-se o processo de execução.*

§ 1º. Apurados os bens penhorados e pagas as custas processuais, o líquido será entregue ao interventor, ao liquidante ou ao síndico, conforme o caso, para rateio entre os credores da instituição".

Ora, não cabe ao Juízo falimentar processar ação de execução proveniente de sentença condenatória prolatada nos autos da ação de responsabilidade civil. Como a sentença que declarou a responsabilidade dos ex-administradores da sociedade, América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., transitou em julgado, sem qualquer oposição das partes, a execução se processa nos próprios autos, a teor do citado artigo 49 da Lei nº 6.024/74. Após, os bens penhorados serão apurados, e as custas processuais

serão pagas. O saldo remanescente será entregue ao síndico e rateado entre os credores da instituição financeira.

A alegação do agravante no sentido de que o agravado poderia utilizar-se dos embargos de terceiro para fazer valer o seu direito não merece prevalecer. Cumpre esclarecer que existe grande diferença entre os embargos de devedor e os embargos de terceiro. Em que pesem os argumentos suscitados pelo agravante, o segundo instituto não é aplicável ao caso em tela, porque os ex-administradores são partes no processo, e não terceiros. Além do mais, o campo de atuação dos embargos de terceiro somente se limita a quem sofrer turbação e esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ao contrário do que alegou o agravante, não há como se aplicar o artigo 71 da Lei de Falência ao caso em tela. O citado artigo se refere a "*bens particulares dos sócios solidários*", o que, *data venia*, não é a hipótese dos autos.

Sócios solidários são aquelas pessoas que participam ou são membros de uma sociedade em que a responsabilidade é ilimitada e solidária. São solidários os sócios de uma sociedade em nome coletivo, os sócios comanditados de uma sociedade em comandita simples, os sócios capitalistas das sociedades de capital e indústria, os sócios ostensivos das sociedades em conta de participação e os administradores e diretores das sociedades em comandita por ações. Na espécie dos autos, trata-se de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, que não se confunde com as citadas sociedades.

A afirmativa utilizada pelo agravante no sentido de que, se a ação de execução for processada nos autos do Juízo falimentar, seria impulsionada com maior celeridade não tem como ser acolhida, ainda que verdadeira fosse. Isso porque a pretensão do agravante esbarra no artigo 49 da Lei nº 6.024/74. Além do mais, a execução na ação de responsabilidade civil é mais célere do que no Juízo falimentar, visto que, na falência, em se tratando de execução coletiva, envolve todos os bens da massa falida, o que resulta em um maior dispêndio de tempo, enquanto que, na ação de responsabilidade civil, serão somente excutidos os bens particulares dos ex-administradores, na hipótese da massa falida não comportar o passivo.

Por fim, registra-se que a controvérsia posta nos autos já se encontra solucionada no despacho carreado à fl. 62-TJMG, já transitado em julgado. Restou decidido pelo MM. Juiz *a quo* que as questões relacionadas com o arresto/seqüestro dos bens pertencentes aos ex-administradores da sociedade, América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., serão discutidas na ação de responsabilidade civil. A propósito, cumpre esclarecer que essa foi a mesma opinião adotada pelo ilustre representante do Ministério Público, conforme se vê da manifestação acostada à fl. 61-TJMG.

Diante de tais motivos, a decisão agravada merece permanecer incólume, negando-se provimento ao recurso, como opinado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, por via do r. parecer de fls. 65/66.

Conclusão.

À luz do exposto, rejeito as preliminares eriçadas e, no mérito, nego provimento ao agravo de instrumento interposto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO POPULAR - LEI DE EFEITOS CONCRETOS - LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - ADMISSIBILIDADE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - FISCALIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Os atos de efeitos concretos desprovidos de normatização ou de generalidade abstrata não estão sujeitos à fiscalização quanto à sua legitimidade constitucional.

- Cabe ação popular para invalidação da lei que produz efeitos concretos imediatos e específicos, lesivos ao patrimônio público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.147-2/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Ação popular - Ato configurado lei em sentido formal, entretanto, no seu conteúdo verifica-se o caráter administrativo - Lei que produz efeitos concretos, imediatos e específicos - Instrumento adequado para atacar ato materialmente administrativo, despojado de qualquer coeficiente de normalidade ou de generalidade abstrata - Em reexame necessário, sentença cassada para determinar a remessa dos autos à instância de origem, para o regular prosseguimento do feito, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CASSAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Conheço do recurso voluntário por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade, bem como do reexame necessário por força do art. 19 da Lei 4.717/65.

Cuida-se de reexame necessário da r. sentença exarada nos autos da ação popular manejada por Messias Oliveira Souza, contra o Município de Poços de Caldas, João Batista Ciofi e Gérsio Zingoni, sob a alegação de que, por ato do Presidente da Câmara, o segundo apelado, promulgou-se a Lei Municipal nº 6.800/98 em razão do silêncio do Prefeito, ficando autorizada a aprovação do projeto de regularização de construção de propriedade de Gérsio Zingoni, com intuito de favorecê-lo concedendo-lhe privilégios sem as restrições, condições e exigências legais municipais, em confronto à Lei Orgânica Municipal, Código de Obras, Posturas e Parcelamento, ocupação do solo, gerando prejuízos aos cofres municipais.

A r. sentença ora objurgada reconheceu a inépcia da inicial, em conseqüência, julgou extinto processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, I, c/c o art. 295, IV, do CPC.

Inconformado com o r. *decisum*, o recorrente alega em suas razões de apelação, que a promulgação da lei autorizativa pela Câmara Municipal de Poços de Caldas violou o princípio da impessoalidade administrativa vinculado ao da isonomia e que o fato de o administrador usar de suas atribuições para fins diversos daqueles conferidos por lei, implica uma violação direta ao princípio da moralidade.

Requer provimento ao presente recurso a fim de reformar a r. sentença para que seja determinado o prosseguimento do feito.

Parecer do ilustre RMP de origem às fls. 57/60 pelo provimento do presente recurso.

Reapreciação pelo douto Magistrado nos termos do art. 296 do CPC pela manutenção da r. decisão por seus próprios fundamentos.

Investe-se o postulante contra a promulgação, pela Câmara Municipal de Poços de Caldas, da Lei 6.800/98, pela qual ficou o Prefeito "*autorizado a aprovar o projeto de regularização de construção do imóvel de propriedade do Sr. Gérsio Zingoni*". A pretensão do autor-apelante é de ver declarada a nulidade da lei que menciona, ao fundamento de que o instituto ora atacado representa flagrante lesividade à moralidade e ao patrimônio público, possuindo como objetivo o favorecimento pessoal a seleto grupo de amigos de vereadores.

Em análise acurada dos elementos que compõem os presentes autos, vê-se que a ação popular ajuizada pelo autor se ampara juridicamente, pois que a lei promulgada tem conteúdo que vincula ato materialmente administrativo,

autorização de alvarás de construção que inatendem às regras estabelecidas pela legislação que regula ocupação e uso do solo urbano daquele Município, o que não se expõe ao controle por via de ação direta de inconstitucionalidade.

Tem-se que a lei que se prestou a autorizar a aprovação do projeto de regularização de construção de propriedade do Sr. Gérsio Zingoni favorece individualmente o destinatário da norma, com o único objetivo de burlar as restrições, impedimentos e condições específicas das exigências legais que a Lei Municipal de Uso e Ocupação do Solo e de Zoneamento Urbanos, além de outras que disciplinam a espécie na esfera municipal e que devem ser observadas pelo cidadão no trato dos acertamentos das construções.

Neste contexto, não há como negar que a regra hostilizada trouxe seus efeitos concretos imediatos, ao favorecer seu destinatário, especialmente nas hipóteses em que os projetos de obras estão em desacordo com as normas técnicas e a lei.

Como se infere de todo o processado, o teor do instrumento objurgado ressalta o desvirtuamento da norma quando destaca que "*autoriza a aprovação de construção de propriedade do Sr. Gérsio Zingoni*", assim, revela que longe de disciplinar jurídico-normativamente a espécie, tão-somente autoriza o projeto de construção irregular especificamente de um único proprietário, o Sr. Gérsio Zingoni.

Não obstante, o ato configure, em razão do critério subjetivo-orgânico, lei em sentido formal, o seu conteúdo veicula de modo inquestionável, típico ato de caráter administrativo. Os atos de efeitos concretos, já que despojados de qualquer coeficiente de normatização ou de generalidade abstrata, não são passíveis de fiscalização quanto à sua legitimidade constitucional.

Atos dessa natureza, adverte HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra *Mandado de Segurança - Ação Popular - Ação Civil Pública - Mandado de Injunção* - Habeas Data, p. 17, 12ª ed., "*... nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestidos de forma imprópria de lei ou de decreto, por exigência administrativa. Não contêm mandamento genérico, nem apresentam regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente, como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos*".

Nesta linha se orienta também a melhor doutrina, como se extrai do magistério do Ministro ALFREDO BUZAID (*Do Mandado de Segurança*, v. 1/129, item 67, 1989, Saraiva): "*As chamadas leis e os denominados decretos de efeitos concretos que vinculam o específico resultado pretendido, que lhes é ínsito - 'têm, na realidade, o corpo de lei, e a alma de ato administrativo'*".

Sendo de se destacar que a finalidade da ação popular consiste na obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou

subvencionadas pelo Poder Público, cabendo ao cidadão comum intervir na Administração, para invalidá-los, configura-se *in casu* o cabimento do instrumento utilizado, como meio de defesa do patrimônio público no controle da lei producente de efeitos imediatos e específicos, assim, lei apenas no sentido formal, sendo vedada apenas a impugnação de lei em tese, este é o entendimento de nossos tribunais como se vê:

"*toda vez que o ato administrativo, por sua natureza produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo*" (*RSTJ*, 27/212).

"*Não cabe ação popular contra lei em tese, a menos que esta já produza, por si só, efeitos concretos, lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas na Lei 4.717*" (*RSTJSP*, 103/169).

Pelo exposto, em reexame necessário, casso a sentença para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que tenha prosseguimento normal, com enfrentamento de mérito, estando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Com acesso aos autos, atinei para a mesma conclusão do Relator, com o realce de que a PGJ é pelo provimento do recurso para reformar a r. sentença.

Pelo exposto, no duplo grau de jurisdição, dou provimento ao recurso, para cassar a r. decisão, a fim de que, na instância singular, dê-se regular prosseguimento ao processo, até ulterior deliberação meritória.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CASSARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - BEM MÓVEL - MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA - POSSE POR MAIS DE CINCO ANOS - ADMISSIBILIDADE

- Não restando provada a má-fé do autor e comprovada a posse do bem móvel por mais de cinco anos, ininterruptos e sem oposição, deferir-se-lhe-á a sua aquisição por usucapião extraordinário, em conformidade com o art. 619 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.276-9/00 - Comarca de Patrocínio - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Ação de usucapião extraordinário de bem móvel - Posse ininterrupta e sem oposição por mais de cinco anos - Procedência - Recurso do Estado - Bem objeto de crime - Ausência de prova - Negaram provimento - Não conheceram do recurso adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, NÃO CONHECER DO RECURSO ADESIVO E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de ação de usucapião extraordinário de bem móvel, interposta por José Alcir Bernardes contra o Estado de Minas Gerais, objetivando a declaração do domínio do autor sobre o veículo VW/Fusca, placa GMJ-7204 - Patrocínio/MG, e a expedição do mandado ao órgão competente, para que seja renovado o registro ou recadastrado o veículo em nome do autor.

Na sentença de fls. 94/96, ambos os pedidos foram julgados procedentes.

Apela o Estado de Minas Gerais, razões às fls. 102/106, pleiteando a reforma da sentença, para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, em face da carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido ou para julgá-lo improcedente.

Contra-razões, às fls. 109/114, em que se requer, em preliminar, o não-conhecimento da apelação, por ausência de legítimo interesse do Estado "*para intervir na ação e interpor recurso*", e, no mérito, a confirmação da sentença.

À fl. 115, José Alcir Bernardes interpôs apelação adesiva ao recurso do Estado de Minas Gerais, apresentando razões às fls. 116/117, em que se limita a requerer o não-conhecimento do recurso principal e a exclusão do Estado da lide, por falta de interesse jurídico.

Não foram apresentadas contra-razões ao recurso adesivo.

O Ministério Público se absteve de emitir o parecer.

É o relatório.

A preliminar argüida, pelo Estado, de carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido, que recai sobre bem móvel fora do comércio, por ser objeto de crime, *não merece prosperar*.

Não há prova de que o bem móvel a ser usucapido seja objeto de crime ou tenha sido adquirido de má-fé por José Alcir Bernardes.

A preliminar levantada nas contra-razões ao recurso principal,

objetivando seu não-conhecimento, por ausência de legítimo interesse do Estado "*para intervir na ação e interpor recurso*", também, *não merece ser acatada.*

Ora, foi o próprio apelado que demandou contra o Estado, apontando-o como réu, na petição inicial. Não há óbice à interposição de recurso pela parte que sucumbiu, restando demonstrado seu interesse processual para tanto.

Com relação ao *recurso adesivo, deixo de conhecê-lo*, agora sim, por ausência de interesse processual, uma vez que versa apenas sobre matéria já alegada, em preliminar, nas contrarazões ao recurso principal.

Conheço da apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais.

No usucapião ordinário, exige-se comprovação de justo título e boa-fé pela parte que pretende usucapir, de acordo com o art. 618 do CC. Porém, na modalidade dos autos, ou seja, usucapião extraordinário, a boa-fé é presumida, e a má-fé tem que ser provada, conforme o art. 619 do CC.

Considerando a boa-fé do possuidor do VW/Fusca, posto que a má-fé não foi provada, e a posse do bem, desde 1992, prolongada por mais de 5 (cinco) anos, verifico que foram preenchidos todos os requisitos para a aquisição da propriedade do referido veículo, estando correta a decisão de primeiro grau.

Pelo exposto, *rejeitadas as preliminares, nego provimento ao recurso do Estado de Minas Gerais e, de ofício, não conheço do recurso adesivo.*

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

ISSQN - BASE DE CÁLCULO - DECRETO-LEI Nº 406/68 - ASSOCIAÇÃO DE PROFISSIONAIS LIBERAIS

- A base de cálculo do ISSQN é determinada pelo DL nº 406/68, não podendo ser alterada por lei complementar municipal.

- O ISSQN sobre sociedade de profissionais incide sobre cada profissional habilitado, e não sobre o faturamento da empresa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.734-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Tributário - ISS - Base de cálculo - Associação de profissionais liberais. - A base de cálculo de tributo é determinada pelo DL nº 406/68, não podendo ser alterada por lei complementar municipal. O ISS sobre sociedade de engenheiros incide sobre cada profissional habilitado, e não sobre o faturamento da empresa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls.., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA PARCIALMENTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Conheço da remessa oficial por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso manejado da r. sentença, fls. 169/174, que denegou a segurança pleiteada por Predial Construções e Reformas Ltda., onde pretendia ver reconhecido o seu direito de recolher o ISSQN na forma estabelecida pelo § 3º do art. 9º do Dec.-lei nº 406/68.

A r. decisão entendeu "*que a sociedade impetrante tem por objeto, a prestação de serviços que também não estão excepcionados pela regra do § 3º do já citado decreto-lei. Existem, portanto, elementos relevantes para detectar a sua atividade que deverá ser tributada na forma da legislação municipal vigente. Este fato, porém, constitui mero indicativo de que a impetrante desenvolve, ou está em condições de desenvolver atividade não excepcionada pela regra do § 3º do artigo 9º do Decreto-lei 406/68, não importando tal presunção afirmar que ela exerça tais atividades. Isto só será possível através de prova incontestável*". Concluindo, assim, pela impropriedade da via eleita, denegando a segurança, com as conseqüências de estilo.

Inconformada, recorre, a impetrante, buscando a inversão do julgado, ao argumento de que o douto Magistrado desconsiderou o contrato social da apelante, o qual prevê a prestação de serviços próprios e relativos à engenharia civil, tais como projetos, cálculos, estudos de viabilidade técnica, reformas de edifícios e congêneres, construções e outros serviços relativos ao setor de engenharia e construção civil, portanto, enquadrados no item 89 da lista de serviços tributáveis anexa ao Decreto-lei nº 406/68.

Afirma que os serviços por ela prestados, sujeitos à forma exceptiva pretendida, devido à própria natureza,

são prestados de forma pessoal por profissionais habilitados, sócios ou não, os quais são pessoalmente responsáveis por tais serviços, nos termos da legislação federal aplicável, no caso da apelante (Sociedade de Engenheiros), a Lei Federal nº 5.194/66 c/c a Lei Federal nº 6.496/77.

Razão assiste à recorrente.

Com relação ao não-cabimento do *writ* por tratar-se de matéria que demanda dilação probatória, tem-se que laborou em erro o Magistrado, pois cediço é que o direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, sendo que, no caso em tela, a impetrante demonstrou de forma satisfatória preencher os requisitos da lei complementar, em face dos serviços prestados.

Os documentos trazidos com a inicial demonstram que se trata de uma sociedade civil, composta por 02 sócios, sendo que ambos são engenheiros, cujo objeto é a prestação de serviços na área de engenharia civil, tais como projetos, cálculos, estudos de viabilidade técnica, reformas de edifícios e congêneres, construções e outros serviços relativos ao setor de engenharia e construção civil.

A existência de cláusulas no contrato social que possibilitem a participação na sociedade de sócios sem qualificação técnica (aquelas relativas a transferência de cotas e falecimento ou interdição de sócio), a meu ver, não a descaracteriza como sociedade uniprofissional, sujeita à tributação pelo regime exceptivo, conquanto se trata de uma mera possibilidade, e não da realidade atual da sociedade.

Dessa forma, estando os seus atuais participantes habilitados para o pleno exercício das atividades da sociedade, conforme se verifica da alteração contratual de fls. 28/37, encontra-se a mesma sob o alcance do regime exceptivo, não lhe sendo possível negar tal direito.

Ademais, uma vez patente que a apelante presta serviços de engenharia previstos no item 89 da lista de serviços tributáveis anexa ao Decreto-lei nº 406/68 e, sendo a responsabilidade dos profissionais pessoal, em virtude de lei federal expressa, a conclusão pelo reconhecimento do direito pleiteado se impõe.

Mesmo porque, como se sabe, o art. 146, III, da CF/88 preceitua que:

"*Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)*

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especificamente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes".

Donde se conclui que cabe à lei complementar definir a base de cálculo dos tributos. E esta lei complementar é o Código Tributário Nacional, cujos

artigos 71 a 73 foram revogados pelo DL nº 406, de 31.12.68, e recepcionado pela CF/88.

A base de cálculo do ISSQN encontra-se definida no art. 9º, § 1º, do referido decreto-lei, tratando-se de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, e igualando, a estes, aquelas sociedades civis, cujos serviços se encontram na lista como profissionais autônomos e cujo objeto é a prestação de serviços realizada como trabalho pessoal do contribuinte, só que, nesta hipótese, encontra-se associado a outro ou outros de mesma categoria profissional.

Não há, neste caso, que se falar em isenção ou tratamento diferenciado, pois o que fez o legislador foi basicamente igualar os iguais e desigualar os desiguais, pois não se pode considerar empresa aquela sociedade de prestação de serviço onde a reunião dos sócios existe apenas como forma de facilitar o exercício da mesma profissão liberal.

No dizer de Ruy Barbosa, a verdadeira igualdade consiste em se tratar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualam.

ALIOMAR BALEEIRO, *in Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*, RT, 1984, p. 546/547, destaca que:

"*As sociedades profissionais constituem órgãos de prestação de serviços a seus próprios integrantes, mas não a seus clientes, porquanto os sócios ficam com a responsabilidade perante as pessoas que atendem. (...)*

Os serviços prestados por certas sociedades profissionais, discriminadas no § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406, de 1968, devem ser tributados pelo mesmo critério que foi adotado para o 'trabalho pessoal do próprio contribuinte', mas levado em conta o número de profissionais habilitados".

Neste sentido a jurisprudência:

"*ISS - Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais - Tributação pelo regime fixo anual, por profissional. DL 406/68, art. 9º, § 3º - Sua recepção pela Constituição Federal de 1988. - O DL 406/68, art. 9º, § 3º, ao prever a tributação das sociedades profissionais pelo regime fixo por profissional habilitado, não contrariou a igualdade jurídica dos contribuintes. Esse tratamento é compatível com a isonomia que deve imperar entre os contribuintes. Possível ao legislador estabelecer categorias de contribuintes, atribuindo-lhes tratamentos diferenciados em razão das dessemelhanças. As isenções representam dispensa legal do pagamento do tributo. São exclusões do crédito tributário (CTN, art. 175, I). Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68 não configuram hipótese de isenção, nem benefício fiscal, e, portanto, não contrariam o disposto no art. 151, III, da Constituição. A tributação das sociedades profissionais dependeria de lei complementar e de lei ordinária municipal, em substituição ao DL 406/68, art. 9º,*

§§ 1º e 3º. Apelação provida para conceder o writ". (Acórdão unân. da 2ª Câmara Cível do TAPR, Ap. Cív. nº 48.487-1. Rel. Juiz Walter Borges Carneiro.)

"*Imposto sobre Serviços - Sociedades prestadoras de serviços profissionais - Tributação pelo regime fixo anual. - O DL 406/68, art. 9º, § 3º, ao prever a tributação das sociedades profissionais pelo regime fixo anual por profissional habilitado, não contrariou a igualdade jurídica dos contribuintes. Este tratamento é compatível com a isonomia que deve imperar entre os contribuintes. Possível ao legislador estabelecer categorias de contribuintes, atribuindo-lhes tratamentos diferenciados em razão das dessemelhanças. As isenções representam dispensa legal do pagamento do tributo. São exclusões do crédito tributário (CTN, art. 175, I). Os §§ 1º e 3º do DL 406/68 não configuram hipótese de isenção, nem de benefício fiscal e, portanto, não contrariam o disposto no art. 151, III, da Constituição*" (TA-PR, ac. unân., 1ª Câm. Cív. - Ap. nº 72.693-4, Rel. Juiz Cunha Ribas, de 13.6.95).

E mais:

"*Imposto sobre Serviços - Sociedades uniprofissionais - Incompetência legislativa do município. - Legislação municipal que submete sociedade de pessoas, organizada por profissionais habilitados ao exercício da advocacia, ao regime de recolhimento do ISSQN previsto para as demais sociedades prestadoras de serviços sem esse caráter, em contrariedade ao disposto no art. 9º e seus §§ 1º e 3º do Dec.-lei nº 406/68. Subsistência das normas de caráter geral do Dec.-lei nº 406 a respeito da base de cálculo desse tributo, mesmo diante do Sistema Tributário Nacional vigente a partir da Constituição de 1988. - Não pode lei municipal sobrepor-se a norma constante de lei complementar definidora de base de cálculo de tributo previsto na Constituição, ainda que anterior a esta, mas por ela recepcionada. Incompetência do município para legislar sobre normas gerais de direito tributário, mesmo a respeito dos impostos cuja instituição e cobrança lhe caibam, especialmente se a esse respeito existe legislação complementar oriunda da esfera legiferante da União. - Confirmação do julgado*" (TACiv RJ - Ac. unân. da 7ª Câm. - Ap. nº 887/95, Rel. Juiz Nascimento Póvoas - reg. em 26.6.95).

Este entendimento já foi esposado por este eg. Tribunal, conforme se verifica dos acórdãos proferidos nas Apelações n. 68.137-9, Rel. Des. Fernandes Filho ("*Jurisprudência Mineira*", 137/138, p. 262/264) e n. 77.063-6, Rel. Des. Paulo Tinôco ("*Jurisprudência Mineira*", 139/140, p. 239/242), dentre outros.

Ora, com se sabe, em matéria fiscal, a igualdade de todos perante a lei é entendida como igualdade para indivíduos da mesma categoria, dentro da qual a legislação não pode estabelecer diferenças de tratamento. Não se pode permitir que tal princípio tenha uma abrangência a que o constituinte

não quis dar, pois a própria Constituição Federal estatui em seu art. 145, § 1º, que sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

E nem há que se falar que a Emenda Constitucional nº 3 alterou o entendimento esposado na r. sentença. Isso porque, segundo dispõe o art. 150, § 6º, da CF/88 por ela alterado:

"*Qualquer subsídio ou isenção, redução na base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g*".

Como se vê, a emenda constitucional trata apenas de permitir que o município legisle relativamente aos benefícios a serem concedidos em relação aos tributos de sua competência, mas *nunca* de permissão para alteração da base de cálculo do imposto, pois tal matéria está dentro da competência da União, através de lei complementar, sendo vedado ao município legislar sobre as normas gerais que regulam a matéria (art. 146, III, *a*, da CF/88).

Quanto à compensação pretendida, tendo-se em vista os depósitos efetuados no curso desta ação, patente resta o direito à compensação dos mesmos, no importe da diferença entre o valor devido e o efetivamente depositado, tomando-se por base os respectivos comprovantes.

No que se refere a eventuais diferenças, anteriores à propositura desta ação, induvidosa a impropriedade da via eleita, devendo a parte valer-se de instrumento processual adequado, na busca de seu intento.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a r. sentença, para reconhecer o direito da apelante de calcular e recolher a exação em tela na forma do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, concedendo a segurança nesse aspecto, bem como no tocante à compensação dos valores recolhidos no curso do processo, nos termos supra, denegando-a, contudo, quanto à compensação dos demais, remetendo a parte, neste ponto, às vias ordinárias.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EDUCAÇÃO - ENSINO FUNDAMENTAL - INGRESSO - ALUNO MENOR DE SETE ANOS DE IDADE - ART. 87, § 3º, I, DA LEI Nº 8.437/92 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL - LDB)

- O inciso I do § 3º do art. 87 da Lei nº 8.437/92 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB) não pode ser interpretado literalmente, de forma a deixar fora da escola aquelas crianças que completam os sete anos de idade, após o período de matrícula ou cadastramento, sem que iniciem o ensino fundamental no ano em que completam a idade mínima. O entendimento correto deve ser aquele adotado pelos pedagogos, de que o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental deve dar-se no ano em que a criança completar sete anos de idade no primeiro semestre e, no ano seguinte, quando a idade for completada na segunda metade do ano. Tal critério evita o atraso no início dos estudos e possibilita a idade adequada, de forma, inclusive, a nivelar minimamente a faixa etária.

- Visando à pronta atuação do Poder Público na questão educacional, o inciso I do § 3º do art. 87 da Lei nº 8.437/92 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB) determina que cada município, e supletivamente o Estado e a União, deve matricular todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis anos, no ensino fundamental. Assim, na hipótese em que a criança tenha completado, satisfatoriamente, a primeira fase do ensino básico referente à educação infantil, na mesma escola em que pretendeu a matrícula, na seqüência dos estudos, não é razoável a interrupção, afastando-a da escola por um ano, o que, certamente, causaria significativo prejuízo em sua formação, mormente por completar a idade mínima alguns dias após o início do semestre letivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 264.056-3/00 - Comarca de Andradas - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Administrativo - Educação - Matrícula em escola pública - Idade mínima - LDB. - Visando à pronta atuação no Poder Público, na questão educacional, é determinado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que "*cada município, e supletivamente, o Estado e a União, deverá: I - matricular todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis anos, no ensino fundamental*" (art. 87, § 3º, I). - Tem-se que, na hipótese dos autos, a criança completou, satisfatoriamente, a primeira fase do ensino básico, a educação infantil, na mesma escola em que pretendeu a matrícula, na seqüência dos estudos, por isso que não seria razoável a interrupção, afastando-se a mesma da escola, por um ano, o que, certamente, causaria significativo prejuízo em sua formação, mormente por completar a idade mínima em 28 de fevereiro de 2002, dez dias após o início do semestre letivo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Andradas visando enfrentar a r. decisão da MMª. Juíza de Direito da Comarca de Andradas, que deferiu liminar requerida em ação civil pública aforada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através do Dr. Promotor de Justiça daquela Comarca, determinando ao Município, ora agravante, que promova a matrícula de J.R.S., na primeira série do ensino fundamental, na Escola Municipal São José, para o ano letivo de 2002.

Nas razões da insurgência, a alegação de que "*o Município não está obrigado a efetuar a matrícula de criança com menos de sete anos de idade no ensino fundamental*", nos termos do inciso I do § 3º do art. 87 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB). Sustenta, ainda, que a r. decisão ofende a vedação do § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, uma vez que esgota o objeto da ação civil pública proposta, além de interferir na discricionariedade do Executivo municipal, ferindo a independência e harmonia entre os Poderes.

O agravo foi recebido apenas em seu efeito devolutivo.

Sem apresentação de contraminuta.

Conheço do recurso, por presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A ação civil pública foi proposta visando assegurar à criança J.R.S., filho de I.J.S. e C.A.S., nascido em 28 de fevereiro de 1995, matrícula no 1º ano do ensino fundamental na Escola Municipal São José, no ano corrente de 2002, uma vez que havia concluído, na mesma escola, no ano anterior, a primeira etapa da educação básica, a educação infantil, ou, como denominou o *Parquet*, "o pré-primário municipal", com total aproveitamento, já estando alfabetizada.

O ponto central da questão está em saber se o município é, ou não, obrigado a matricular, no primeiro ano do ensino fundamental, as crianças que ainda não completaram sete anos de idade.

No primeiro caso, havendo a obrigatoriedade, tem-se o ato como

vinculado, possibilitando ao Judiciário determinar o cumprimento do mesmo.

Caso contrário, se facultativa a matrícula, tem-se a discricionariedade a orientar o ato, onde caberá ao Judiciário, tão-somente, a verificação da legalidade e formalidade do mesmo.

A Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que estabeleceu as novas Diretrizes e Bases da Educação Nacional, implantou novos conceitos às atividades educacionais, dinamizando-as e valorizando a participação de seus participantes, o educador, o educando e a família.

A ênfase dada à capacidade demonstrada pelo educando é patente, como se pode aferir dos arts. 2º; 3º, incisos I, II e X; 4º, incisos III, V, VIII; 22 e 24, inciso II, letra *c*, inciso V, letras *a*, *b* e *c*, dentre outros.

Ao educando são garantidos o acesso e a permanência na escola (art. 3º, I, da LDB), bem como o acesso aos níveis mais elevados do ensino, de acordo com sua avaliação individual (art. 4º, V, da LDB).

O art. 87 da lei em exame abre o Título das Disposições Transitórias e institui a década da educação, prevendo a elaboração do "Plano Nacional de Educação", com diretrizes e metas a serem atingidas no referido período.

Visando, pois, à pronta atuação no Poder Público na questão educacional, restou determinado que: "*Cada Município, e supletivamente o Estado e a União, deverá: I - matricular todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis anos, no ensino fundamental*" (art. 87, § 3º, I).

Tal determinação, no entanto, não pode ser interpretada literalmente, de forma a deixar que aquelas crianças que completam os sete anos de idade, após o período de matrícula ou cadastramento, fiquem fora da escola, deixando de iniciar o ensino fundamental no ano em que completam a idade mínima.

Tenho que o entendimento correto deva ser aquele adotado hoje pelos pedagogos, de que o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental deve dar-se no ano em que a criança completar os sete anos de idade no primeiro semestre e, no ano seguinte, quando a idade for completada na segunda metade do ano.

Tal critério evita o atraso no início dos estudos e possibilita que a criança ingresse na escola já, em regra, com a maturidade e idade adequada, de forma, inclusive, a nivelar, minimamente, a faixa etária.

Por outro lado, no caso dos autos, a criança, J.R.S., completou, satisfatoriamente, a primeira fase do ensino básico, a educação infantil, na mesma escola em que pretendeu a matrícula, na seqüência dos estudos.

Não seria razoável a interrupção, afastando-se a criança da escola, por um ano, o que, certamente, causaria significativo prejuízo em sua formação, mormente por completar a idade mínima em 28 de fevereiro de 2002, dez dias após o início do semestre letivo.

Por esses fundamentos, nego provimento ao agravo, mantendo a r. decisão hostilizada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Ernane Fidélis - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - PRENOME - ALTERAÇÃO - REQUISITOS DO ART. 58 DA LEI Nº 6.015/73 (LEI DE REGISTROS PÚBLICOS) - AUSÊNCIA - RETIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- O art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) autoriza a retificação do prenome apenas nos casos de evidente erro gráfico ou quando expõe seu portador ao ridículo ou a situações constrangedoras. Se o motivo alegado para a alteração do prenome é mera regularização perante instituto previdenciário, o remédio processual não é a retificação de registro público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 264.983-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Ação de retificação de registro civil - Pretensão à mudança de prenome - Ausência de erro gráfico - Prenome que não expõe a pessoa ao ridículo ou a situações constrangedoras - Impossibilidade de se proceder à alteração pretendida - Inteligência do art. 58 da LRP - Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Examina-se, no caso, recurso de apelação, interposto pelo i. Promotor de Justiça em face da sentença de primeiro grau, que julgou procedente o pedido de retificação de prenome e de data de nascimento na certidão de casamento de Antonino Barroso.

Aduz o i. RMP que os motivos elencados pelo apelado não são aptos a

ensejar a modificação do prenome, de acordo com o art. 58 da Lei de Registros Públicos.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ao exame das preliminares, tenho que não merecem acolhimento. A sentença tem fundamentação, o que pode ser concluído de sua leitura. Não se requer haja extensa fundamentação, mas uma justificação mínima, para satisfazer a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Quanto ao alegado julgamento *extra petita*, também não existe, pois a parte requerente concordou apenas com a parte do parecer do Promotor de Justiça, que se manifestou pela retificação do ano de nascimento, no registro de casamentos. Assim, não houve redução do pedido.

Passando ao exame do mérito, concluo que merecedora de beneplácito a pretensão recursal. À luz do parágrafo único do art. 58 da Lei 6.015/73, observa-se que o legislador consagrou taxativamente dois casos em que o prenome de uma pessoa pode ser modificado.

O primeiro destes casos é o "evidente erro gráfico", que obviamente não ocorre na hipótese.

O segundo caso ocorre quando o prenome escolhido e registrado expõe seu portador ao ridículo, o que permitiria a alteração ou troca do prenome por outro, que não exponha a pessoa ao escárnio público e a situações embaraçosas ou constrangedoras.

Este, no entanto, tampouco é o caso do apelado. De fato, o prenome "Antonino" nada tem de ridículo ou estranho, ou mesmo de incomum, sendo na verdade bastante utilizado e difundido no País.

Porém, observa-se que o próprio apelado invoca, na verdade, razões outras para tentar modificar seu prenome. Afirma, como se vê na inicial, que utiliza normalmente o prenome "Antônio" mais por razões práticas e de economia, uma vez que alguns de seus documentos foram emitidos com este prenome.

O problema é que a legislação brasileira sobre o tema não autoriza a troca do prenome neste caso, uma vez que o art. 58 da LRP não é exemplificativo, mas taxativo, não admitindo interpretação extensiva. A conduta do apelado, assim, deveria sempre ter sido no sentido de providenciar a retificação de seu prenome nos documentos que juntou com a inicial, ou seja, CTPS, CPF, etc. (observe-se que o certificado de reservista se encontra ilegível), e não adotar um prenome diverso do seu porque ele foi aposto erroneamente em um documento.

Frise-se também que, se a intenção do apelado é mudar seu registro (somente agora, sessenta e sete anos após seu nascimento) apenas pelo motivo de que esta confusão está a

causar entraves na obtenção de sua aposentadoria, a providência processual adequada para esclarecer a situação previdenciária do apelado é outra, e deve ser proposta em sede diversa.

Em outras palavras, o prenome é imutável se o motivo alegado é mera regularização perante instituto previdenciário. O remédio processual adequado, como já se disse, não é a retificação do registro civil.

Assim sendo, dou provimento ao recurso e reformo parcialmente a sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente no que diz respeito à alteração do prenome do apelado.

Custas, pelo apelado. Isento, entretanto, pois se encontra sob o manto da gratuidade judiciária.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À INICIATIVA PRIVADA - QÜINQÜÊNIOS - DIREITO ADQUIRIDO - EC 09/93

- A revogação de norma constitucional por meio de emenda opera efeitos *ex nunc*. Assim, em respeito ao direito adquirido, computar-se-á, para fins de pagamento de qüinqüênios, o tempo de serviço prestado na iniciativa privada pelo servidor que ingressou no serviço público estadual antes da promulgação da Emenda Constitucional 09/93.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 266.169-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Administrativo - Servidor público estadual - Contagem de tempo de serviço prestado à iniciativa privada - Adicionais - Direito adquirido - EC nº 09/93.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de ação ordinária de revisão

de proventos proposta por Odilon Dias da Silva contra o Estado de Minas Gerais, objetivando a averbação do tempo de serviço prestado à iniciativa privada, para efeito de incidência dos adicionais por tempo de serviço, retroagindo a 24.03.97.

Em sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente, reconhecendo o direito do autor de ser incluído na contagem de tempo de serviço, para efeito de adicionais, o período de três anos, três meses e quatorze dias, constante na certidão emitida pelo INSS, a partir de 24.03.97, ficando condenado o réu a pagar-lhe com juros, a partir da citação, e atualização monetária as diferenças já vencidas e vincendas, até efetiva incorporação, apuradas entre os valores pagos e os efetivamente devidos, além das diferenças resultantes de novo cálculo dos qüinqüênios, do adicional trintenário, férias-prêmio e de qualquer outra vantagem prevista em lei e integrante de seus vencimentos ou proventos, além dos honorários advocatícios de 5% sobre o apurável (fls.63/66).

Apelou o Estado, alegando que a Emenda Constitucional nº 09/93 passou a prever que somente para efeito de aposentadoria seria considerado o tempo de serviço prestado à iniciativa privada, não podendo o administrador agir diferentemente (fls. 67/71).

O autor apresentou contra-razões (fls. 77/80) e apelação adesiva, pugnando pela reforma parcial da sentença, para que seja também computado para fins de adicionais o tempo de serviço prestado à iniciativa privada de 16 anos, 4 meses e 21 dias, conforme certidão do INSS (fls. 73/76).

Houve contra-razões apresentadas pelo Estado (fls. 82/85).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença, prejudicadas as apelações (fls. 92/99).

É o relatório.

Conheço da espécie, pela remessa oficial e pelas regulares apelações.

Na espécie, a sentença reconheceu o direito de o servidor público estadual ter considerado, para fins de percepção de adicionais, o tempo de serviço prestado à atividade privada, com fundamento no que estabelecia o § 7º do art. 36 da Constituição do Estado, alterada pela Emenda nº 09/93.

A propósito, observou o Juiz que, "*no momento da edição da norma, o autor já tinha direito ao cômputo do tempo de serviço prestado à iniciativa privada, na forma delimitada pela antiga redação do art. 36, § 7º, o qual estava agregado ao seu patrimônio, não podendo o Estado negar-lhe a contagem, ante o argumento de que o exercício dele - direito - ter-se-ia dado após a modificação da regra*" (fls. 65).

De fato, é admissível que o direito do servidor, nos termos da referida norma constitucional, não foi atingido pela inovação trazida pela EC nº 09/03, que restringiu a contagem do tempo de serviço privado apenas para aposentadoria.

Tal entendimento estaria preso ao princípio basilar sobre a aplicação da lei no tempo, segundo o qual os efeitos da lei nova se projetam para o futuro, respeitados os direitos adquiridos, cuja proteção inserta no rol dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal é imprescindível para a segurança das relações jurídicas.

Em caso semelhante (Ap. nº 88.640-8/00), decidiu a Quarta Câmara Cível deste Tribunal, *verbis*:

"*Administrativo - Contagem de tempo de serviço - Atividade privada - Efeito de adicionais - Direito adquirido - Norma constitucional - Emenda posterior - Efeitos* ex nunc. *- Há de ser reconhecido o direito de o servidor contar o tempo de serviço na atividade privada para efeito de adicionais, desde que seu direito tenha sido adquirido antes do advento da Emenda Constitucional nº 9, que deu nova redação ao § 7º do art. 36 da Constituição do Estado de Minas Gerais. - A revogação de norma constitucional, por meio de emenda, opera efeitos* ex nunc, *não retroagindo, não tendo, pois, o condão de desfazer o direito adquirido*".

Por fim, razão assiste ao autor, em seu apelo adesivo, diante do patente equívoco, que pode ser corrigido nesta fase, com retificação da parte dispositiva da sentença em relação ao tempo de serviço privado prestado.

É que o pedido foi julgado inteiramente procedente, com base na certidão do INSS (fls.10/12), que faz menção ao período de 16 anos, 04 meses e 21 dias, diferentemente daquele apontado pelo Juiz.

Assim sendo, em reexame necessário, dou provimento à apelação adesiva e altero, nos termos assinalados, a parte dispositiva da sentença, que fica confirmada quanto ao mais, ficando prejudicado o recurso do Estado.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

FALÊNCIA - PEDIDO BASEADO NO ART. 2º, I, DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 - DÉBITO EM FASE DE EXECUÇÃO - DECRETAÇÃO DA QUEBRA - INVIABILIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - MEDIDA LEGAL E OPORTUNA

- Baseado o pedido de falência no art. 2º, inciso I, do Dec.-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) e estando o respectivo débito ainda em fase de execução judicial, inviável se torna a decretação da quebra. Ademais, por importar em desvio de sua função específica, o processo falencial não constitui meio de cobrança de dívida. Em conseqüência desse desvio, sua extinção (dele, processo), sem julgamento do mérito, por carência de ação, constitui medida, a um só tempo, legal e oportuna.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 267.712-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Falência - Pedido baseado no art. 2º, inciso I, do Dec.-lei 7.661/45 - Débito ainda em execução - Inviabilidade de decretação da quebra - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Legalidade e oportunidade. - Baseado o pedido de falência no art. 2º, inciso I, do Estatuto Falimentário, e estando o respectivo débito ainda em fase de execução judicial, inviável se torna a decretação da quebra. Ademais, por importar em desvio de sua função específica, o processo falencial não constitui meio de cobrança de dívida. Em conseqüência, sua extinção (dele, processo), sem julgamento do mérito, por carência de ação, constitui medida, a um só tempo, legal e oportuna.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi o pedido de falência ajuizado pela Editora Scipione Ltda. contra Ttele Book Livraria e Distribuidora Ltda., à alegação de ser credora da apelada da importância de R$15.441,07, representada por título executivo judicial. Argumenta que a devedora, devidamente citada na execução, não efetuou o pagamento nem ofereceu bens à penhora. Argumenta, finalmente, que o art. 2º, inciso I, da Lei de Falências, dispõe que se caracteriza a falência do comerciante que, executado, não paga, não deposita a importância nem nomeia bens à penhora.

Insurge-se a apelante (Editora Scipione Ltda.) contra a r. sentença (fls. 126/128), da lavra do eficiente Magistrado Dr. Antônio Armando dos Anjos, que julgou extinto o processo, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Seu apelo funda-se nos argumentos (fls. 129/133), a seguir aduzidos:

a) que "... *não adotou o procedimento falimentar com forma de cobrança da dívida, mesmo porque percorreu a via ordinária, convertida em execução*" (fl. 130);

b) que "... *o pedido está amparado no art. 2º, I, do Decreto-lei nº 7.661/45, qual seja, do comerciante que, citado em processo executivo, não paga o débito nem nomeia bens a penhora no prazo legal...*" (fl. 131);

c) que "... *a própria recorrida confessa sua insolvência e a inexistência de bens - fl. 109*" (fl. 132);

d) que, "... *além de apresentar a certidão expedida pelo Juízo Cível (fls. 38), certificando que a recorrida foi devidamente intimada no feito executivo, não tendo efetuado o pagamento ou nomeado bens a penhora, colacionou todas as peças do procedimento ordinário convertido em execução...*" (fl. 132);

e) que "... *a própria recorrida, em sua defesa e demais manifestações nos autos, confessa expressamente* não ter realizado qualquer nomeação à penhora, não obstante a certidão de fl. 38" (fl. 133).

Almeja o provimento do apelo, com a conseqüente reforma da r. sentença, para determinar a decretação da falência da apelada.

Nesta instância, o Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do experiente Procurador de Justiça Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, recomenda o prevalecimento do r. decisório verberado (fls. 144/148).

Em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Nulidades não foram argüidas, nem constatadas quando do exame dos autos.

O pedido de falência foi extinto *sem julgamento do mérito.*

A apelante aduz que este pedido de falência se lastreou nas disposições do art. 2º, I, do Dec.-lei nº 7.661/45, pois na execução por título extrajudicial oposta contra a apelada não houve pagamento nem penhora de bens, gerando o pedido de suspensão deste feito e proposto o presente pedido de falência.

Verifica-se, *in haec specie*, que não foram exauridos todos os meios destinados à satisfação do crédito, *já que o Oficial de Justiça não realizou o cumprimento integral do mandado de localização dos bens*, que não se encontravam no lugar da citação.

Além disso, a mercadoria descrita na notas fiscais (fl. 96) esteve à disposição da apelante no período de 26.10 a 26.12.2000, mas ela não quis recebê-la, à alegação de não ter interesse em receber mercadorias encalhadas. Segundo a r. sentença objurgada, "... *a requerida (ora apelada) disponibilizou à requerente as mercadorias adquiridas junto à mesma, numa tentativa de evitar as condições advindas do débito objeto da execução na 19ª Vara Cível*

da Capital, ficando a remessa dos bens a cargo da empresa Jamef Transportes. Ora, tal operação é o bastante para afastar o decreto de falência, uma vez elidida a presunção de insolvência da requerida *(devedora)*" - fl. 127.

De qualquer modo, o que se nota é a ausência de demonstração da insolvência, indispensável à decretação da quebra (e paralelamente, a intenção da apelada em elidir o débito).

De fato, ao cuidar da execução frustrada, autorizadora da falência, anota RUBENS REQUIÃO que "*o que caracteriza o estado de insolvência do empresário comercial, nessa hipótese, não é propriamente a sua impontualidade, mas a evidente insuficiência patrimonial para pagar o passivo*" (*Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1975, v. 1º/71).

A apelante ajuizou ação de execução contra a apelada. A referida ação se acha ainda em curso, e nela não houve penhora, por inércia do próprio credor. Deixando de ser demonstrada, naquele processo, a inexistência de outros bens para satisfação da dívida exeqüenda, mostra-se inviável a decretação da falência.

Em suma , não se justifica que o credor, no curso do processo de execução, sentindo o seu insucesso, abandone o processo executivo e, noutro juízo, requeira a falência do devedor comerciante. Ademais, por importar em desvio de sua função específica, o processo falencial não constitui meio de cobrança de dívida. Em conseqüência, sua extinção (dele, processo), sem julgamento do mérito, por carência de ação, constitui medida, a um só tempo, legal e oportuna.

À colação, coadunável mostra jurisprudencial:

"*Falência. Pedido formulado por entidade financeira credora com base no art. 2º, inciso I, da Lei de Falências. Extinção decretada por falta de interesse de agir. Hipótese em que a nomeação de bens à penhora, no curso da ação de execução por ela intentada, não foi aceita. Fato que não pressupõe a impossibilidade de pagamento do débito exeqüendo. Necessidade do exaurimento de todos os meios de satisfação do crédito. Decisão mantida*" (TJSP - 1ª Câm. Cív., Apel. 258.141-1, Rel. Des. Guimarães e Souza, j. 5.9.95, *Lex, JTJ*, v. 179, p. 46).

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO DE IMÓVEL - VENDA DE IMÓVEL - RESCISÃO JUDICIAL - CANCELAMENTO DO REGISTRO NO CARTÓRIO - TRANSCRIÇÕES POSTERIORES - CANCELAMENTO - ADQUIRENTES DE BOA-FÉ - DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO RESGUARDADO

- Rescindida judicialmente a venda de imóvel, mister se faz o cancelamento de seu registro no Cartório de Imóveis, assim como das transcrições posteriores que dele provieram, ficando ressalvado o direito de retenção e indenização dos adquirentes de boa-fé na cadeia sucessória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 268.375-3/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Anulação de registro civil - Possibilidade, ficando ressalvados os direitos dos adquirentes de boa-fé. - Anulada a transcrição principal, os posteriores que dela provieram não podem subsistir, diante do princípio da continuidade do registro - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da remessa para o necessário reexame, bem como dos recursos voluntários.

Tratam os autos de pedido de cancelamento de matrícula do imóvel cuja venda foi rescindida judicialmente, reintegrando-se os vendedores na posse do imóvel.

Preliminarmente, conheço do agravo retido de fl. 314, porém para negar-lhe provimento.

É que os temas nele relacionados, como a existência de coisa julgada, bem como prescrição, além de muito bem afastados no despacho saneador pelo Juízo monocrático, já foi objeto de pronunciamentos desfavoráveis por este egrégio TJMG, no julgamento de outros recursos relacionados ao assunto ora questionado (conforme Ap. Cível 21.473-4, conexa com a de nº 18.237-8, às fls. 195/202; fls. 203/209; fls. 536/542 e fls. 544/551) .

Com tais fundamentos, nego provimento ao agravo retido.

Restringe-se o mérito da causa em saber se procede ou não o pedido de cancelamento da matrícula do imóvel

objeto da lide, cuja venda já foi rescindida judicialmente, bem como a reintegração dos vendedores na posse do imóvel.

Como bem assinalado na sentença recorrida, o pretendido cancelamento das matrículas surge como conseqüência natural do decreto rescisório da primitiva alienação do imóvel, sem embargo da boa-fé do adquirente, em conformidade com o princípio da continuidade do registro imobiliário previsto no art. 195 da Lei nº 6.015/73.

"*Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro*".

Compulsando o processado, verifica-se que a posse transmitida originariamente a Amadeu José Mamud e s/m foi condicionada ao completo e efetivo pagamento do preço da compra e venda, não tendo sido honrada dita obrigação pelos compradores, redundando, assim, em anterior decreto judicial de nulidade da referida transmissão.

Sendo nula a primeira transmissão havida, mister a nulidade das operações de venda e compra que se sucederam, não gerando o ato nulo qualquer efeito na esfera jurídica.

Inegável a procedência do pretendido cancelamento das matrículas e a conseqüente reintegração dos autores na posse dos bens respectivos, bem como ressalvado o direito de retenção e indenização dos adquirentes de boa-fé, na cadeia sucessória, exatamente como apreciado na sentença monocrática.

Presente, ainda, a responsabilidade objetiva do Estado de Minas Gerais, denunciada nos autos, pela omissão flagrante do cartório imobiliário em fazer constar o pacto comissório expressamente instituído sobre as notas promissórias, quando da primitiva transação, e ao promover o registro da respectiva escritura, subtraindo dos protagonistas das transações subseqüentes o conhecimento da existência daquela cláusula resolutiva contratual.

Ao deduzido, e em reexame necessário, estou negando provimento ao agravo retido e mantendo a sentença monocrática em seus exatos termos, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

PRESCRIÇÃO - DIREITOS PATRIMONIAIS - CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ - INADMISSIBILIDADE - RÉU REVEL - CITAÇÃO POR CARTA - NOMEAÇÃO DE CURADOR - ART. 9º, II, DO CPC - INAPLICABILIDADE

- Havendo citação do executado por carta, inaplicável ao caso a disposição do art. 9º, II, do CPC, revelando-se irregular a nomeação, feita de ofício pelo juiz, de defensor público como curador de revel fora dos casos previstos na lei.

- A prescrição de direitos patrimoniais não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, tendo em vista o disposto no art. 166 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 268.417-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A prescrição de direitos patrimoniais não pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, fls. 34/51, à sentença proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Municipal, fls. 28/33, que, nos autos da execução fiscal movida pelo apelante contra Inácio de Andrade Mello, julgou procedente a pretensão do devedor e impôs a prescrição intercorrente dos créditos tributários executados, extinguindo o processo de execução, nos termos do art. 794, II, do CPC.

A apelante argúi, preliminarmente, que a prescrição do crédito somente pode ser acolhida em sede de embargos; que é indevida a nomeação do defensor público para o executado porque não há prova de que seja carente. No mérito, sustenta inexistir a prescrição intercorrente, insurgindo-se também contra a condenação e a fixação em verbas honorárias de sucumbência.

Sem reexame necessário, nos termos da nova redação do artigo 475, § 2º, do CPC.

Citado por carta com AR, fl. 07, o réu permaneceu revel. O MM. Juiz determinou a intervenção de defensor

público em virtude de o executado não estar representado nos autos.

O art. 9º, II, do CPC, dispõe que o juiz dê curador especial ao réu *revel citado por edital ou com hora certa.*

Contudo, tal dispositivo não se aplica ao caso destes autos, porque aqui houve citação do executado-apelado por carta, revelando-se irregular a nomeação, feita de ofício pelo Juiz, de defensor público como curador de revel fora dos casos previstos na lei.

Dispõe o art. 166 do Código Civil que:

"*Art. 166. O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*".

A prescrição não poderia ter sido conhecida pelo Juiz, uma vez que o defensor público não é parte deste processo.

Assevero que a ausência da demonstração por documento hábil da informação de que o executado teria falecido, fl. 10-v., não inviabiliza o julgamento deste recurso porque, conforme acima exposto, a sua solução cinge-se à questão processual.

Ante o exposto, acolho a preliminar e casso a sentença para que prossiga a execução.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR PARA CASSAR A SENTENÇA.

-:::-

ATO ADMINISTRATIVO - CONTRARIEDADE AO ORDENAMENTO JURÍDICO - CONCESSÃO DE QÜINQÜÊNIO - INVALIDAÇÃO - PODER PÚBLICO - LIMITAÇÃO TEMPORAL - PRAZO EXTINTIVO DE CINCO ANOS - DECADÊNCIA - LEI FEDERAL Nº 9.784/99 E LEI ESTADUAL Nº 14.184/02 - PRECEDENTES DO STJ

- Em decorrência da autotutela, pode a própria Administração Pública invalidar os atos administrativos que se revelarem contrários ao ordenamento jurídico. Mas essa prerrogativa não se tem configurada eternamente, estando o Poder Público sujeito a prazo extintivo, cujo implemento, somado à inércia, importa em obstáculo à revisão, de modo que eventual nulidade, acaso existente, não pode mais ser declarada. Conforme previsto na Lei Federal nº 9.784/99 (art. 54, §§ 1º e 2º) e na Lei Estadual nº 14.184/02 (art. 65, §§ 1º e 2º), esse prazo é de cinco anos e é de decadência, não admitindo, em razão desta natureza, interrupção, suspensão ou renúncia.

- Decorridos, no caso concreto, mais de cinco anos entre a concessão do qüinqüênio e a invalidação do mesmo, o Poder Público decai do direito de anular o referido benefício, não lhe restando outra alternativa senão manter o pagamento, uma vez que a Administração está subordinada a limite temporal, no que diz respeito à atuação sobre os atos que entenda inválidos. A incidência daquele prazo se opera inclusive quanto às situações de invalidade, que se iniciaram antes da entrada em vigor da Lei Federal nº 9.784/99 e da Lei Estadual nº 14.184/02, consoante precedentes do STJ e boa parte da doutrina.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 269.313-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Administrativo - Poder Público - Autotutela - Limitação temporal - Decadência. - Em decorrência da autotutela, pode a própria Administração Pública invalidar os atos administrativos que se revelarem contrários ao ordenamento jurídico. Mas essa prerrogativa não se tem configurada eternamente, estando o Poder Público sujeito a prazo extintivo, cujo implemento, somado à inércia, importa em obstáculo à revisão, de modo que eventual nulidade, acaso existente, não pode mais ser declarada. Prazo de decadência, que não admite suspensão, interrupção ou renúncia.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Não se pode negar à Administração Pública o poder de rever os seus atos, não, tão-somente, para revogar os que acabam por se distanciar do propósito de conveniência ou oportunidade, como ainda para anular os que careçam de amparo no ordenamento jurídico pátrio, sem que se faça necessário socorrer-se ao Poder Judiciário para que promova o seu desfazimento.

Mas essa prerrogativa não se tem configurada eternamente, estando a Administração Pública, no controle dos próprios atos, sujeita a prazo extintivo, cujo implemento, somado à inércia, importa em obstáculo à revisão, de modo que eventual nulidade, acaso existente, não pode mais ser declarada, permanecendo eficaz o comportamento administrativo.

Esse prazo é de cinco anos e está previsto na Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que sobre o tema, no art. 54, dispõe:

"*Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que forem praticados, salvo comprovada má-fé.*

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato".

Igual disciplina está compreendida na Lei Estadual nº 14.184, de 31 de janeiro de 2002, no art. 65, coincidindo inclusive o prazo extintivo:

"*Art. 65. O dever da administração de anular ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em cinco anos contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé.*

§ 1º. Considera-se exercido o dever de anular ato sempre que a Administração adotar medida que importe discordância dele.

§ 2º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência será contado da percepção do primeiro pagamento".

Como a Administração está subordinada a limite temporal, portanto, no que diz respeito à atuação sobre os atos que entenda inválidos, decorridos, no caso concreto, mais de cinco anos entre a outorga, à impetrante, de benefício, envolvendo o pagamento de qüinqüênio em razão do tempo de trabalho na iniciativa privada, e a invalidação do mesmo, já havia o Poder Público decaído do direito de anular o benefício, não lhe restando outra alternativa senão manter o pagamento.

Sobre o prazo, a sua incidência se opera, inclusive, quanto às situações de invalidade, que se iniciaram antes da entrada em vigor das leis federal e estadual.

A propósito, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

"*Administrativo - Mandado de segurança - Servidora pública - Processo administrativo-disciplinar - Aposentadoria cassada - Impossibilidade - Decadência administrativa - Art. 54, parág. 1º, da Lei 9.784/99 - Ordem concedida.*

- 1 - Pode a Administração utilizar de seu poder de autotutela, que possibilita a esta anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira de culta doutrina e consoante o art. 54, parág. 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento. No mesmo sentido, precedentes desta Corte (MS nºs 7.773/DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU *de 04.03.2002, e 6.566/DF, Rel. p/ acórdão Ministro Peçanha Martins,* DJU *de 15.05.2000).*

- 2 - No caso sub judice, *tendo a impetrante se aposentado em 10.10.1992 e o benefício sido cassado após a conclusão do Processo Administrativo Disciplinar nº 35.301.010672/97-56, instaurado em 09.07.1998, verifica-se a extrapolação do prazo de cinco anos entre a concessão da aposentação e a instauração do procedimento. Desta forma, nula é a Portaria nº 6.637/2000, já que a Administração Pública não poderia revisar tal ato em razão da prescritibilidade dos seus atos.*

- 3 - Eventuais valores atrasados são devidos à impetrante, nos termos das Súmulas 269 e 271, ambas do colendo Supremo Tribunal Federal, a partir do ajuizamento deste writ.

- 4 - Segurança concedida para tornar sem efeito a Portaria 6.637, de 19.06.2000, que cassou a aposentadoria da impetrante, retroagindo os efeitos financeiros à data da impetração. Custas, ex lege. *Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas 512/STF e 105/STJ*" (Terceira Seção, MS 7.226/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 28.10.02, p. 216).

Observe-se que a hipótese ventilada no julgado compreende direito concedido a servidora federal, ainda em 1992, que foi cancelado pela Administração em 1998, quando não havia sido publicada a lei da União que dispôs sobre o tema no âmbito do processo administrativo federal.

Antes mesmo da disciplina específica, boa parte da doutrina já defendia o prazo extintivo para a Administração Pública.

A propósito, esclarece MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

"*Pela mesma razão, no silêncio da lei, o prazo para que a Administração reveja os próprios atos, com o objetivo de corrigi-los ou invalidá-los, é o mesmo em que se dá a prescrição judicial. Reconhecemos que a matéria é controvertida, no que diz respeito a esse prazo.*

Interessante é a colocação feita por Régis Fernandes de Oliveira (1978:122); segundo seu modo de ver, não há, com relação ao Poder Público, prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável; para ele, 'ao administrador sempre cabe reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público'. Será diante do caso concreto que a Administração deve decidir se a anulação do ato, apesar do decurso do tempo, deve ou não ser feita; a decisão se pautará pelo que seja melhor para o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:285) discorda desse entendimento porque a 'prescrição prevista nos vários ramos do direito e estabelecida para as ações contra a Fazenda, é um princípio acolhido no direito positivo brasileiro. Então, parece-nos que à falta de regra expressa, cabe preencher esta lacuna segundo

critério dominante no direito privado, pois as razões, no caso, são de mesma ordem: prazos curtos para a oposição aos atos anuláveis e longos para a impugnação dos nulos. Como o prazo prescricional mais longo no Código Civil é de 20 anos, este será o tempo para a prescrição do direito de impugnar os atos nulos. Quanto aos anuláveis, os prazos têm que ser decididos por analogia. Serve de referência, no caso de vícios de vontade, o prazo de 4 anos previsto no Código Civil'.

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (1996:589) entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos de direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência.

Desse modo, prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante provocação, sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas" (*Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 597-598).

Como expresso, tanto na lei federal quanto na lei estadual, o prazo é de decadência, não admitindo, em razão desta natureza, interrupção, suspensão ou renúncia.

Isto posto, concedo a ordem.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Concedo a segurança nos termos do voto do eminente Des. Relator e, pelo caráter didático deste voto, proponho a sua publicação.

Os Srs. Desembargadores Alvim Soares, Antônio Carlos Cruvinel, Fernando Bráulio, Pedro Henriques, Edivaldo George, Silas Vieira, Wander Marotta e Sérgio Braga - De acordo com o Relator.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PROVA - ELEMENTOS CIRCUNSTANCIAIS E INDICIÁRIOS - PROVA TESTEMUNHAL - RELAÇÕES SEXUAIS ENTRE A MÃE DO INVESTIGANTE E O INVESTIGADO - COINCIDÊNCIA COM A ÉPOCA DA CONCEPÇÃO - COMPROVAÇÃO - CONDUTA IRREGULAR DA MÃE DO INVESTIGANTE - AUSÊNCIA DE PROVA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - CERTIDÕES EXPEDIDAS POR OFICIAIS DE REGISTRO - AUTENTICIDADE

- Em ação de investigação de paternidade, não se exige prova direta do relacionamento sexual, eis que tal fato acontece em caráter íntimo e reservado. Destarte, admite-se a realização de prova indireta baseada em elementos circunstanciais e indiciários, pelo que se deve dar crédito aos depoimentos de testemunhas, caso bastem para a formação da convicção do julgador.

- Provada a coincidência das relações sexuais entre a mãe do investigante e o investigado à época da concepção e não havendo comprovação da conduta irregular da genitora, é de se dar pela procedência do pedido de investigação de paternidade.

- Presumem-se autênticas as certidões extraídas de registros, autos, livros de notas e outros documentos públicos pelos escrivães, tabeliães e oficiais de registro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.277-6/00 - Comarca de Patrocínio - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança - Prova testemunhal. - São circunstâncias autorizadoras da procedência do pedido da investigação de paternidade o conjunto de provas a demonstrar a contemporaneidade das relações sexuais à época da concepção e a falta de comprovação da conduta irregular da mãe do investigante.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2003. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de recurso de apelação (fls. 117/126-TJ), em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio (fls. 112/115-TJ), que julgou procedente o pedido formulado na ação de investigação de paternidade c/c petição de herança formulada por G.H.M., menor impúbere representado por sua mãe E.Q.M.

Adotando o relatório da decisão objurgada, acresce-se que o d. Magistrado *a quo*, naquela oportunidade (fls. 112/115-TJ), rejeita a preliminar argüida de carência de ação, pontificando em relação ao mérito que ficou amplamente comprovado o relacionamento sexual entre W.S.F. e a mãe do autor, na época em que a mesma engravidou, argüindo que a requerida contestou a paternidade, entretanto que

caberia à mesma o ônus de tal prova, daí que julga procedente referida ação, declarando G.H.M. como filho daquele, e determinando sua inclusão como herdeiro na partilha de bens deixados pelo falecido pai.

Inconformada, a apelante recorre (fls. 117/126-TJ), aduzindo em preliminar a carência da ação e, no mérito, que não há nenhuma prova substancial nos autos da paternidade alegada, razão pela qual roga pela reforma da r. sentença.

Em contra-razões (fls. 130/135-TJ), o apelado pugna pela manutenção do v. *decisum* sob o argumento de que as alegações da apelante são totalmente infundadas e desprovidas de provas.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 140/141-TJ) vieram à conclusão do Relator (fl. 142-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 144/152-TJ) manifestou-se pelo conhecimento do recurso, com a rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do mesmo.

Redistribuição dos autos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 155/156-TJ), vieram conclusos ao novo Relator (fl. 157-TJ).

Analisando os autos nesta instância recursal, verifica-se o acerto do i. Juiz *a quo*, uma vez que ficaram amplamente demonstradas, nos autos, a coerência das provas realizadas com os fatos narrados pela mãe do apelado e a falta de comprovação de sua conduta irregular.

Preliminarmente, insurgiu-se a apelante, alegando carência de ação por falta de documentos necessários.

Deve-se considerar que razão não está a socorrer a apelante, haja vista certidões extraídas de registros, autos, livros de notas e outros documentos públicos, pelos escrivães, tabeliães e oficiais de registro terão por si a presunção de autenticidade.

Sendo assim, a alegação da apelante de que a certidão se trata de documento feito mediante orientação exclusiva da genitora do autor não deve prosperar.

Dessa forma, rejeita-se a preliminar.

Em seu mérito, a apelante contesta a paternidade, e afirma que a mãe do investigante possui comportamento imoral, por ter se relacionado com outros homens.

É sabido que, em tais casos, a prova de paternidade não é direta, mas deve ser segura e suficientemente esclarecedora para o convencimento do julgador. Os elementos probatórios produzidos no decorrer do processo são suficientemente seguros para se chegar à conclusão da r. sentença recorrida.

Deve-se ressaltar que a prova, em ações de investigação de paternidade,

via de regra, é composta por depoimentos de testemunhas, aos quais se deve dar crédito, caso bastem para a formação da convicção do julgador. No presente caso, restou possível a realização da prova indireta, baseada em elementos circunstanciais, uma vez que o relacionamento sexual é um ato íntimo e discreto.

SÍLVIO RODRIGUES, oportunamente, esclarece:

"*As relações sexuais por natureza são de difícil prova, pois representam fatos que as partes procuram ocultar*" (*Curso de Direito de Família*, v. 6, Saraiva, 16ª ed., p. 333).

É de destacar que este eg. Tribunal há muito tem trilhado com o seguinte entendimento:

"*Não se exige prova direta do relacionamento sexual em ações versando sobre investigação de paternidade, considerando que fatos dessa natureza acontecem geralmente em caráter íntimo e reservado. A solução para a desse tipo deve basear-se em elementos circunstanciais e indiciários*".

No caso dos autos, deve-se concluir a partir das provas testemunhais que, de fato, havia um relacionamento amoroso entre o suposto pai e a mãe do investigante e que a concepção do investigante coincidiu com a época deste relacionamento.

De outro lado, em momento algum demonstrou a apelante algo significativo e suficiente capaz de denegrir a conduta da mãe do investigante.

Nesse sentido, é de se registrar jurisprudência:

"*A* exceptio plurium concubentium *constitui defesa cabível para afastar a paternidade, vez que o relacionamento promíscuo, a toda evidência, impossibilita atribuir estado de pai a quem seja apontado como tal. Todavia, a comprovação é exigida por parte de quem a alega. Não tendo o réu provado qualquer increpação à mãe das menores, esse ponto ficou realçado pelos elementos constantes dos autos*" (TJSP - Apelação Cível nº 176.899-1 - Comarca de Santo André - Rel. Des. Silvério Ribeiro).

Sobre o tema, posiciona-se este eg. Tribunal de Justiça:

"*Investigação de paternidade cominada com alimentos - Prova testemunhal - Fixação de alimentos. - A orientação da jurisprudência é de ser comprovada, mediante prova testemunhal de que a genitora do investigante, à época de sua concepção, mantinha relacionamento íntimo com o investigado, bem como a mesma levava vida recatada; deve acolher o pedido declaratório de paternidade. Nega-se provimento ao recurso*" (TJMG - Apelação Cível nº 226.556-9/00 - Comarca de Montes Claros - Des. Almeida Melo - publ. em 20.12.2001).

"*Investigação de paternidade cumulada com alimentos - Prova testemunhal coerente - Paternidade declarada - Pensão - Atendimento ao binômio necessidade/possibilidade -*

Sentença mantida" (TJMG - Apelação Cível nº 218.168-3 - Comarca de Nova Lima - Rel. Des. Kildare Carvalho - Publ. em 30.11.2001).

Dessa forma, censura alguma merece a r. sentença objurgada, que concluiu pela declaração da paternidade, com fulcro nas provas constantes dos autos, suficientes a embasar a pretensão da apelada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, ressalvando-se que, enquanto fizer jus ao benefício da gratuidade judiciária, permanecerá suspensa a exigibilidade de sua condenação.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

TOMBAMENTO - MUNICÍPIO - LIMITAÇÃO DO POTENCIAL CONSTRUTIVO - REDUÇÃO DO VALOR VENAL DO IMÓVEL - COMPROVAÇÃO POR PROVA PERICIAL - INDENIZAÇÃO - OBRIGATORIEDADE

- Comprovado por prova pericial que o ato de tombamento acarretou uma perda do potencial construtivo do terreno onde se encontra situado o imóvel tombado, ocasionando, assim, a redução de seu valor venal, impõe-se ao município a obrigação de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.919-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Tombamento. Comprovação por prova pericial que o ato de tombamento acarretou uma perda no potencial construtivo do terreno, onde situado o imóvel em questão, havendo, sim, uma perda no valor venal do bem. Impõe-se, portanto, ao Município de Belo Horizonte a obrigação de indenizar os autores. Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 05 de dezembro de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço do processo, em reexame necessário, bem como do recurso voluntário.

Cuida-se de ação ordinária de indenização julgada procedente, quanto ao seu pedido, na instância singela para condenar o Município de Belo Horizonte a indenizar os autores, na importância de R$50.500,00 (cinqüenta mil e quinhentos reais), correspondentes a 50% (cinqüenta por cento) da depreciação total do imóvel tombado, na proporção da quota-parte de cada um, corrigidos, monetariamente, desde a data da citação, incidindo juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da condenação, bem como no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

De início, cumpre salientar que o agravo de instrumento interposto pelo Município de Belo Horizonte, contra a decisão que saneou o processo, foi parcialmente provido, neste egrégio Sodalício, para afastar as postulações referentes à desapropriação e revogação do ato de tombamento.

De resto, ou seja, quanto à rejeição das preliminares argüidas pela Municipalidade, aquela decisão restou, integralmente, mantida. Houve manifestação de recurso especial pela Municipalidade, que foi inadmitido pelo eminente 1º Vice-Presidente desta Casa de Justiça. Desta inadmissão, agravou o Município, recurso este que ainda não foi julgado, no colendo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, embora não transitada em julgado a decisão proferida, no agravo de instrumento, certo é que não poderá esta Corte reapreciar tais preambulares, como quer o Município de Belo Horizonte, posto que estas questões já foram objeto de julgamento.

Meritoriamente, nenhuma censura está por merecer a respeitável sentença monocrática.

Acerca da matéria em apreço, pontifica o insuperável HELY LOPES MEIRELLES:

"*Tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos; e, assim sendo, não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento*" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª edição, Malheiros Editores, p. 494).

In casu, evidente é a obrigação do Município de indenizar os autores, na medida em que comprovado, pela prova pericial, que o ato de tombamento acarretou uma perda no potencial construtivo do terreno, onde situado o imóvel em comento, havendo, sim, uma perda do valor venal do bem.

No mais, não há que se falar que tendencioso é o laudo pericial, mesmo porque, "*caso o réu quisesse, poderia ter indicado assistente e, assim, apresentar fundamento técnico para infirmar as conclusões a que chegou o Sr. Perito, ou mesmo valer-se do procedimento previsto no art. 423 do CPC, no momento processual oportuno, se dúvidas tivesse sobre a imparcialidade desse perito, não se admitindo que agora, após verificar que o laudo pericial não lhe favorece, venha acusá-lo de tendencioso*", consoante, escorreitamente, posto no *decisum*.

Frente ao deduzido, em reexame necessário, confirmo, na inteireza, o singular veredicto. Prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO POPULAR - DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIO PÚBLICO - HOMENAGEM A PESSOA VIVA - PROMOÇÃO PESSOAL - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, *CAPUT* E § 1°, DA CF/88 - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA PUBLICIDADE - ATO LESIVO - DESCONSTITUIÇÃO - ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO

- A utilização do nome de pessoa viva para denominar próprio público, mormente quando se trata de pessoa política, caracteriza indevida promoção pessoal e por isso constituí afronta aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade, violando o art. 37, *caput* e § 1°, da CF/88, sendo a ação popular instrumento hábil para a desconstituição do ato lesivo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 272.624-8/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Ação popular - Terminal central de ônibus urbanos - Nome - Homenagem a pessoa viva - Ato ilegal - Violação ao artigo 37, *caput* e § 1°, da Constituição Federal e artigos 9°, I, e 18 da Lei Municipal n° 5.626/92 - Ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2003. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Os presentes autos versam sobre recurso voluntário de sentença que, na ação popular proposta por Carlos Andrade de Oliveira Júnior contra Paulo Ferolla da Silva, Antônio Carlos Carrijo, Hélio Ferraz e Adalberto Duarte da Silva, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva, para excluir da lide Antônio Carlos Carrijo, Hélio Ferraz e Adalberto Duarte da Silva, e julgou procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade do ato que denominou o prédio do Terminal Central de Ônibus Urbano de Uberlândia, de "Paulo Ferolla da Silva". O réu, Paulo Ferolla da Silva, foi condenado ao pagamento das despesas judiciais e extrajudiciais pertinentes à ação e dos honorários advocatícios, estes fixados, por eqüidade, em R$1.000,00 (mil reais), a teor do artigo 20, § 4°, do Código de Processo Civil (fls. 104/109).

Inconformado, Paulo Ferolla da Silva ofertou apelação às fls. 111/119. Aduziu que: a Câmara Municipal de Uberlândia votou o projeto que deu origem à Lei n° 6.514/96 no final de seu mandato e esta somente veio entrar em vigor no mandato do novo Prefeito, que se iniciou em 1996; cabe à Câmara Municipal "*homenagear quem bem entender*" (fls. 115); é empresário bem-sucedido; nasceu e percorreu por todas as instâncias da Administração Pública Municipal de Uberlândia, motivo pelo qual "*não precisa de tais homenagens, nem as busca - toda glória que almejou foi alcançada*" (fls. 116); não há empecilhos para homenagear personalidades de destaque na política; o Município de Uberlândia regulamentou a denominação de próprios públicos através da Lei n° 5.626, de 13.08.1992; a respeitável sentença de primeira instância deu caráter extensivo ao artigo 18 da Lei n° 5.626/92, ao reconhecer que o terminal central de transporte coletivo é um próprio público, e não via pública, e a "*denominação dada ao terminal central de transporte coletivo é legal, não ferindo de qualquer forma a Constituição Federal*" (fls. 119). Diante de tais motivos, pugnou pelo provimento do recurso voluntário, para que seja reformada a decisão hostilizada.

O autor apresentou contra-razões de recurso de apelação às fls. 124/125. Refutou os pontos suscitados pelo apelante; ao final, requereu o desprovimento do recurso ofertado.

Parecer ministerial às fls. 132/137-TJMG. A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Derivaldo Paula de Assunção, opinou pela manutenção da decisão recorrida.

Conheço do recurso voluntário, porque presentes os requisitos de

admissibilidade previstos no Código de Processo Civil.

Não existem preliminares a serem enfrentadas, motivo pelo qual se adentra o exame de mérito.

Mérito.

Versam os autos sobre ação popular proposta por Carlos Andrade de Oliveira Júnior contra Paulo Ferolla da Silva, Antônio Carlos Carrijo, Hélio Ferraz e Adalberto Duarte da Silva.

O apelante pretende a reforma da decisão de primeira instância que declarou nulo o ato administrativo que intitulou o prédio do Terminal Central de Ônibus Urbanos do Município de Uberlândia de "Paulo Ferolla da Silva".

Em que pesem os argumentos suscitados pelo apelante, razão não lhe assiste.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, ação popular é:

"*o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados - ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com direitos públicos*" (*in Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Malheiros Editores, 14ª ed., atualizada por Arnoldo Wald, 1992, São Paulo, p. 87).

Os requisitos da ação popular são dois: 1) subjetivo - condição de eleitor, isto é, que o autor seja cidadão brasileiro, no gozo de seus direitos cívicos e políticos; 2) objetivo - pertinente à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado e deve ser lesivo ao erário ou prejudicar a Administração, ou ofender bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade, seja por ilegalidade, seja por imoralidade.

O objetivo da ação popular é a obtenção da correção dos atos administrativos ou das atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Se, antes, só competia aos órgãos estatais superiores controlar a atividade governamental, hoje, pela ação popular, cabe também ao cidadão intervir na Administração Pública, para invalidar os atos que lesarem os patrimônios econômico, administrativo, artístico, ambiental, ou histórico da comunidade.

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação popular preserva "*em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa*" (*RTJ*, 96/1.370).

Estabelece o artigo 37, *caput* e § 1°, da Constituição Federal:

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

§ 1°. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

Sobre o tema, ALEXANDRE DE MORAIS leciona:

"*O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de símbolos ou imagens que possam de qualquer forma estabelecer alguma conexão pessoal entre estes e o próprio objeto divulgado.*

Ressalta-se que o móvel para essa determinação constitucional foi a exorbitância de verbas públicas gastas com publicidade indevida.

Nota-se, portanto, que a publicidade não está vedada constitucionalmente, pois o princípio da publicidade dos atos estatais, e mais restritamente dos atos da Administração, inserido no caput *do art. 37, é indispensável para imprimir e dar um aspecto de moralidade à administração pública ou à atuação administrativa, visando ao referido princípio, essencialmente, proteger tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos.*

Está condicionada, porém, à plena satisfação dos requisitos constitucionais, que lhe imprimem determinados fins: caráter educativo, informativo, ou de orientação social; e ausência de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" (*in Constituição do Brasil Comentada e Legislação Constitucional*, Editora Atlas, p. 889/890).

Por sua vez, prescrevem os artigos 9°, I, e 18 da Lei Municipal n° 5.626/92, que dispõem sobre a denominação de próprios públicos do Município de Uberlândia:

"*Art. 9°. É vedado denominar as vias públicas:*

I - com nome de pessoa viva".

"*Art. 18. Aplica-se à denominação dos demais próprios públicos o que se previu para as vias públicas naquilo que lhes for compatível*".

Na hipótese dos autos, vislumbra-se a ilegalidade administrativa no ato legislativo (Lei n° 6.514, de 15 de janeiro de 1996 - v. fls. 07), que denominou o Terminal Central de Ônibus Urbanos da Comarca de Uberlândia de "Paulo Ferolla da Silva".

A Lei Municipal nº 6.514/1996, ao homenagear cidadão vivo que ocupava cargo político à época, violou, flagrantemente, o artigo 37, *caput* e § 1º, da Constituição Federal e os artigos 9º, I, e 18 da Lei Municipal nº 5.626/92. Essa conduta desviada das normas legais pertinentes concede ao agente político homenageado vantagens pessoais indevidas, angariando publicidade para sua pessoa, envolvida em militância na política local.

Ao contrário do que sustentou o apelante, a alegação de que foi dada interpretação extensiva ao artigo 18 da Lei Municipal nº 5.626/92 está desprovida de razão. O artigo 9º, I, da mencionada lei veda a utilização de nome de pessoas vivas em vias públicas. Por sua vez, o artigo 18 da mesma lei determina a aplicação das mesmas disposições para próprios públicos. Houve, sim, subsunção da espécie fática à norma legal expressa que a regulava.

Assim sendo, não há que se falar em interpretação extensiva ao artigo 18 da Lei nº 5.626/92. Ora, se o artigo 9º da citada lei proíbe que se dê nome de pessoa viva às vias públicas, tal disposto também alcança próprio público, que é o caso do Terminal Central de Ônibus Urbanos, por força de disposições expressas previstas no artigo 18 da Lei nº 5.626/92.

Por outro lado, o mencionado ato legislativo infringiu os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, ao homenagear o ex-prefeito da Cidade de Uberlândia, Paulo Ferolla da Silva.

Em que pesem os entendimentos contrários, o uso de nome de pessoa viva em prédio público é fator de promoção pessoal, principalmente quando se trata de pessoa política. A homenagem foi realizada no prédio do Terminal de Ônibus Urbanos da Comarca de Uberlândia, onde transitam, diariamente, milhares de pessoas.

Dessa forma, data vênia, seria ingenuidade pensar de forma diversa, já que o nome do homenageado está exposto em um dos lugares mais movimentados da Cidade de Uberlândia. Convém não olvidar que o ato atacado resulta em maior prestígio pessoal e político não somente para o homenageado, mas também para a sua facção política.

Resta, portanto, patente a publicidade pessoal do indivíduo homenageado.

A propósito, o ilustre representante do Ministério Público, em seu parecer, assim se manifestou (fls. 101):

"*... considerando que Paulo Ferolla da Silva é vivo e ainda ocupa cargo político não é difícil antever que o ato administrativo tratou a questão de forma pessoal, subjetiva e não impessoal e objetiva*".

Por outro lado, na hipótese de alguém, homenageado dessa forma, já haver falecido, tal ato não violaria o princípio da impessoalidade, porque o homenageado não obteria mais qualquer vantagem política ou promoção pessoal.

Desse modo, não resta dúvida de que o ato legislativo que originou a Lei nº 6.514, de 15 de janeiro de 1996, está eivado de vício e evidente que se está diante de um ato lesivo à moralidade administrativa.

Alinhando-se a esse entendimento, colacionam-se arestos, dando solução à controvérsia posta nos autos:

"*Ação popular - Ato lesivo ao patrimônio municipal - Inserção de publicidade pessoal do administrador em viaturas oficiais, bancos de praças e placas indicativas de obras da municipalidade - Princípio da impessoabilidade violado - Desconstituição do ato, retirada das inscrições e indenização dos custos determinadas - Aplicação dos arts. 37, § 1º, da CF de 1988 e 14 da Lei nº 4.717/65. - O administrador que insere publicidade pessoal em viaturas, bancos e placas indicativas de obras da municipalidade pratica ato lesivo ao patrimônio municipal e violador do princípio da impessoalidade, constante do art. 37, § 1º, da CF de 1988. Nesta hipótese, a ação popular deve ser deferida para a desconstituição do ato, retirando-se as inscrições e determinando-se a indenização dos custos*" (*RT*, 671/94).

"*Ação popular - Fórum - Nome - Homenagem a pessoa viva - Placa - Confecção - Custeamento - Erário municipal - Ofensa ao princípio da impessoalidade - Art. 37,* caput *e § 1º, da Lei Maior - A nova ordem jurídica inaugurada com o advento da Constituição Federal de 1988 não se coaduna com homenagens a pessoas públicas ainda vivas, caracterizadoras de indevida promoção pessoal e por isso ofensivas ao princípio constitucional da impessoalidade*". (Apelação Cível nº 152.056-8/00 - Comarca de Capinópolis - Apelante(s): 1º) O Juízo - 2º) Anildo Fábio de Araújo - Apelado(s): 1º) Cândido Antônio Vaz - 2º) Município de Capinopólis - Relator: Exmo. Sr. Des. Páris Peixoto Pena, *DJ* de 03.09.1999.)

Assim, a presente ação popular é de toda consentânea, já que o apelante aviltou o preceito constitucional disposto no artigo 37, *caput* e § 1º, e os artigos 9º, I, e 18 da Lei Municipal nº 5.626/92. E assim o fez ao estampar o seu nome no prédio do Terminal Central de Ônibus Urbanos de Uberlândia.

Dessa forma, tal ato pode ser atacado por via da ação popular, independentemente de causar ou não prejuízo ao erário público. Até porque não restou provado nos autos a quantia gasta pelo Município de Uberlândia para a aquisição de placas ou letreiros metálicos utilizados na denominação do prédio do Terminal Central, conforme se vê do documento de fls. 14. E isto é irrelevante para o desate da lide porque o "*atual texto constitucional ampliou o campo de incidência da ação popular, para abranger também aqueles atos que causem tão-somente lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio público*" (TJSP, Apelação Cível nº 213.273-1, *JTJ*, 166/09).

Destarte, ainda que o homenageado mereça outras homenagens, não deve ser homenageado com infração à lei, e, por isso, a sentença hostilizada não se mostra passível de crítica ou censura, motivo pelo qual deve ser mantida.

Conclusão.

À luz do exposto, *nego provimento* ao recurso voluntário, mantendo a bem-lançada decisão de primeira instância, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MEDICAMENTOS - DISTRIBUIDORA - CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO - OBRIGATORIEDADE - PREVISÃO LEGAL - MP Nº 2.190-34/01 - ATO ADMINISTRATIVO - EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ CONDICIONADA À CONTRATAÇÃO DE FARMACÊUTICO - LEGALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA - PERDA DE EFICÁCIA - REEDIÇÃO - REINÍCIO DO PRAZO

- A teor do art. 11 da MP nº 2.190-34/01, as distribuidoras de medicamentos estão obrigadas a contratar responsável técnico (farmacêutico). Assim, não se vislumbra ilegalidade ou abusividade na exigência da autoridade municipal de vigilância sanitária que impõe a contratação de tais profissionais como condição para a expedição de alvará.

- As medidas provisórias perdem sua eficácia caso não sejam convertidas em lei no prazo de 60 dias. No entanto, se elas forem reeditadas, o prazo para a perda da eficácia voltará a correr a partir de cada reedição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 273.202-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Distribuidora de medicamentos - Obrigatoriedade da contratação de responsável técnico (farmacêutico) - Previsão legal - MP nº 2.190-34/01 - Art. 15 da Lei nº 5.911/73 - Legalidade do ato administrativo que exige das distribuidoras tal contratação, como condição para expedição de alvará - Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls.,

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2003. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da apelação.

Cuida-se de mandado de segurança, denegado na instância singela, oportunidade em que cassada restou a liminar, anteriormente deferida, posto concluir o ilustre Sentenciante não ter o impetrante qualquer direito de faltar com a obrigação legal de contratação de assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, para o funcionamento da distribuidora.

Contra este respeitável pronunciamento judicial, insurge-se a apelante, ao meu aviso, desprovida de qualquer razão, *venia data*.

In casu, a sua pretensão consiste em afastar exigência da autoridade municipal de vigilância sanitária, consubstanciada na contratação, por parte da recorrente, de responsável técnico (farmacêutico), imposição esta que, ao seu entender, deveria ser feita tão-somente a drogarias e farmácias, nas quais se manipulam drogas e se vendem remédios a consumidores, o que inocorre, em sede das distribuidoras.

É de sabença que:

"*A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37,* caput), *significa que o administrador público está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso*" (HELY LOPES MEIRELLES, na obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., Malheiros Editores, p. 82).

Certo é que a Medida Provisória nº 2.190-34/01 exige a contratação de responsável técnico pelas empresas distribuidoras de medicamentos, consoante verificável de seu artigo 11, *in verbis*:

"*Art. 11. Às distribuidoras de medicamentos aplica-se o disposto no art. 15 da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973*".

Ao seu turno, dispõe o artigo 15 da Lei nº 5.911/73:

"*Art. 15. A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei*".

Sendo assim, inidentifico qualquer ilegalidade ou abusividade no ato administrativo que exige das distribuidoras de medicamentos que contratem responsável técnico, como condição para expedição de alvará, eis que existente previsão legal para tanto, como demonstrado.

Lado outro, improcede a argumentação da apelante no sentido de que a medida provisória, já referida, perdeu sua eficácia, pelo fato de que não convertida em lei, no prazo de 60 dias, prazo este que entende fluir a partir da edição original da medida, e não de sua reedição.

Sobre a questão, faço minhas as palavras do eminente Procurador de Justiça, Dr. Ricardo Emanuel de Souza Mazzoni, a saber:

"*A Constituição Federal, em seu art. 62, § 3°, com a redação dada pela EC 32/2001, estabelece que as medidas provisórias perderão sua eficácia se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, contado da sua edição.*

Ora, a edição se refere ao momento em que se deu a origem da medida provisória. Logo, sendo ela reeditada, ainda que várias vezes, o referido prazo voltará a correr a partir de cada reedição da medida provisória".

Portanto, não vislumbro qualquer direito líquido e certo a ser tutelado, na presente ação mandamental.

Frente ao deduzido, nego provimento ao apelo, confirmando, por conseguinte, o respeitável trabalho decisório primevo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO - CELEBRAÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.692/93 - PRESTAÇÕES - RECÁLCULO COM BASE NO ART. 6º, *E*, DA LEI Nº 4.380/64 - INADMISSIBILIDADE - INDEXADOR - REAJUSTE DADO À CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL - INPC - TR - TABELA *PRICE* - SERVIÇOS BANCÁRIOS - FORNECIMENTO DE CRÉDITO - SUBMISSÃO À LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

- Os bancos devem submeter-se às disposições da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), uma vez que prestam os serviços especificados no § 2º do artigo 3º da referida lei. Se o crédito bancário é fornecido mediante remuneração, não há como excluí-lo do referido dispositivo legal.

- Ante a inexistência de previsão no contrato de financiamento habitacional celebrado pelo mutuário, o pedido para se adotar como indexador o índice de reajuste de sua categoria profissional deve ser rejeitado.

- As prestações de contrato habitacional, celebrado na vigência da Lei nº 8.692/93, não podem sofrer recálculo com base no art. 6º, *e*, da Lei nº 4.380/64, em razão do disposto no artigo 33 da Lei nº 8.692/93.

- O pedido de adoção do INPC para substituir a TR, nos contratos regidos pelo SFH, não pode prosperar. Isso porque o STF não afastou, de maneira genérica, a aplicação da TR, quando do julgamento da ADIN 493-0/DF. O que ele decidiu foi que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177, de 1º.03.91.

- A utilização da Tabela *Price* para amortização de saldo devedor, nos contratos de financiamento imobiliário, além de não ter previsão legal específica, sendo disciplinada por resolução do Banco Central, importa excessiva oneração do contrato para o mutuário. O uso dessa tabela pode ser afastado com base nos artigos 6º, V, e 47 da Lei nº 8.078/90. Além disso, a adoção da Tabela *Price*, quando não detalhada a sua sistemática no contrato, não deve ser aceita, pois viola o artigo 5º, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 273.590-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: SFH - TR - CDC - Serviços bancários - Tabela *Price*. - Os bancos, por serem prestadores de serviços especificados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. Se o crédito bancário é fornecido mediante remuneração, não há como não incluí-lo na abrangência do CDC. A incidência da TR nos contratos regidos pelo SFH não foi afastada pelo STF. O que o Supremo Tribunal decidiu, na ADIN 493-0/DF, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 1º.03.91. A utilização da chamada Tabela *Price* para amortização de saldo devedor nos contratos de financiamento imobiliário, além de não ter previsão específica em lei, mas apenas em resolução do Banco Central, importa em oneração excessiva do contrato para o mutuário, podendo ser afastada pelas regras dos artigos 6º, V, e 47 do CDC. Além disso, adoção da Tabela *Price*, quando não detalhada sua sistemática no contrato, deve ser afastada, pois viola o artigo 54, § 3º, do CDC.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2002. - Roney Oliveira - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Conheço da remessa oficial e dos recursos voluntários.

Trata-se de ação ordinária, ajuizada por Aluísio Braga Ribeiro Junior e outra em desfavor do Bradesco S.A., com a citação do Estado de Minas Gerais em razão de litisconsórcio necessário.

A sentença de primeiro grau decidiu pela ilegitimidade do Bradesco S.A., julgando parcialmente procedente o pedido inicial, apenas para modificar a forma de amortização do débito, negando provimento aos demais pedidos formulados pelo autor.

Ambas as partes apelaram, verificando-se, entretanto, que a sentença merece ser mantida, vez que acertada a sua conclusão, embora em alguns pontos apresente fundamentação diversa, como se verá.

De início, contrariamente ao que se afirmou na sentença recorrida, há que ser aplicado ao caso em análise o Código de Defesa do Consumidor.

Mesmo estando hoje no pólo passivo da ação o Estado de Minas Gerais, o contrato questionado foi celebrado entre o apelado e uma instituição financeira, o que autoriza a aplicação do CDC.

O parágrafo 2° do artigo 3° da Lei 8.078/90 tem como regra que:

"*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*".

Esse dispositivo é claro ao incluir os serviços bancários no rol dos que são alcançados pelas normas do CDC, sendo insubsistentes as alegações de que a atividade bancária de fornecimento de crédito não pode ser considerada um serviço. Se o crédito é fornecido mediante remuneração, não há como não incluí-lo no dispositivo legal transcrito.

É entendimento corrente no STJ que:

"*Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3°, § 2°, da Lei n° 8.078/90, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor*". - Agravo Regimental No Recurso Especial 253.953/RS - Rel. Min. Nancy Andrighi - *DJ* do dia 19.11.2001, p. 262.

"*Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3°, § 2°, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição*". - REsp 190.860/MG - Rel. Min. Waldemar Zveiter - *DJ* do dia 18.12.2000, p. 183.

Assim, assiste razão aos autores em sua defesa da aplicação do CDC ao contrato por eles firmado.

Da análise dos autos, verifica-se que o pedido inicial foi desdobrado em cinco tópicos, que serão analisados à luz da sentença e dos recursos de apelação, com a adoção, se for o caso, das regras contidas no CDC, inclusive as que disciplinam a abusividade de cláusulas contratuais e asseguram ao consumidor a modificação dessas cláusulas.

No item 5.1 foi pedido para que se adotasse "*como indexador único e exclusivo o índice da categoria profissional dos servidores do Tribunal de Contas de Minas Gerais*".

O pedido foi rejeitado pela sentença ao argumento de que inexistiu qualquer fato extraordinário, imprevisto ou imprevisível que justificasse a pretendida revisão contratual.

Com efeito, o contrato celebrado pelo apelado não prevê como indexadores os índices de reajuste de sua categoria profissional. A previsão é de que a prestação mensal reajustada não poderá ultrapassar o percentual máximo de comprometimento da renda bruta do devedor estabelecido em 30% (trinta por cento) dessa renda. O reajuste está disciplinado na cláusula quinta do contrato, estando, na cláusula sexta, o limite definido para a prestação. Assim, o pedido contido no item 5.1 da inicial deve ser rejeitado, sendo ressaltado que o limite da prestação deve obedecer à Cláusula Sexta do contrato.

O pedido do item 5.2 consiste em recálculo da primeira prestação, "*adotando como juros nominais 9,5689% (nove inteiros e cinco mil seiscentos e oitenta e nove decimais) e juros efetivos de 10% (dez por cento), obedecendo ao que determina a letra e do artigo 6° da Lei 4.380/64*".

Na decisão recorrida esse item foi decidido conjuntamente com o 5.4, que se referia à amortização de pagamentos.

De todo modo, o pedido, nesse aspecto, também não deve ser acatado. O apelado sustenta seu pleito na letra *e* do artigo 6° da Lei 4.380/64, que, conjuntamente com seu artigo 5°, regulou a matéria. Vejamos o texto dos dispositivos invocados:

"*Art. 5°. Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento*

das prestações mensais de amortização e juros, com a conseqüente correção do valor monetário da dívida toda vez que o salário mínimo legal for alterado".

"*Art. 6º. O disposto no artigo anterior somente se aplicará aos contratos de venda, cessão ou promessa de cessão, ou empréstimo que satisfaçam às seguintes condições*": (...)

e) os juros convencionais não excedam de 10% ao ano".

De início, cabe ressaltar que o STF, já em 1986, entendeu como inaplicável a regra do artigo 5º e seus parágrafos da Lei 4.380/64, em face da edição do Decreto-lei 19/66. No julgamento da Representação 1.288/DF entendeu o Tribunal que:

"*1. O sentido dos parágrafos do art. 5º da Lei 4.380/64 não é o de estabelecer o salário mínimo como critério de reajustamento das prestações da casa própria, mas, de um lado, o de estabelecer, em cláusula contratual, uma proporcionalidade entre a prestação e o salário mínimo a ser observada, como referência-limite, nos reajustes subseqüentes e, de outro lado, fazer de sua decretação um marco temporal para a data do reajustamento da prestação. 2. O Decreto-lei n. 19/66 instituiu novo e completo sistema de reajustamento das prestações: a) tornando-a obrigatória e mediante o índice de correção com base na variação das obrigações reajustáveis do tesouro; e b) atribuindo competência ao BNH para baixar instruções sobre a aplicação dos índices referidos. 3. Não mais prevalecem, a partir do Decreto-lei 19/66, e com relação ao SFH, as normas dos parágrafos do art. 5º da Lei 4.380/64, com ele incompatíveis, mesmo porque o decreto-lei, editado com base no Ato Institucional nº 2/65, tem efeito de lei, inclusive revogando anteriores normas antagônicas, mesmo que tenham o caráter de lei formal*". Relator Ministro Rafael Mayer - *DJ* de 07.11.86, p. 21.556.

Por seu turno, o artigo 33 da Lei 8.692/93 retira o derradeiro sustentáculo do pleito do apelado, ao estabelecer que:

"*Admitida a ressalva do art. 27 desta Lei, para os contratos realizados a partir de sua publicação não se aplicam os dispositivos legais vigentes que a contrariam, relativos à indexação dos saldos devedores e reajustes de encargos dos financiamentos, especialmente aqueles constantes da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, do Decreto-lei nº 19, de 30 de agosto de 1966, do Decreto-lei nº 2.164, de 19 de setembro de 1984, da Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990, e da Lei nº 8.100, de 05 de dezembro de 1990*".

Esse artigo afasta, especificamente, dispositivos que contrariem a nova sistemática adotada pela lei, inclusive os contidos na Lei 4.380/64, valendo ressaltar que o contrato questionado foi celebrado já na vigência da Lei 8.692/93.

Passemos ao exame do pedido contido no item 5.3, consistente na

adoção do INPC como indexador, em substituição à TR.

Novamente aqui, sem razão os autores apelantes.

O STF não afastou, de maneira genérica, a aplicação da TR, quando do julgamento da ADIN 493-0/DF. O próprio Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário 175.678/MG, esclareceu:

"*I. - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADINs 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sidney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADINs, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 1º.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. CF, art. 5º, XXXVI. II. - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR. III. - RE não conhecido*". Relator Min. Carlos Velloso - *DJ* de 04.08.95 - p. 22.549.

Em consonância com esse entendimento, o STJ vem decidindo que:

"*A Taxa Referencial-TR não foi excluída para indexação afeita à atualização monetária (ADIN 493, 768 e 959 - STF). Corrigidos pela TR os recursos captados para a poupança, quando emprestados, positiva-se como índice. A correção pelo IPC ou INPC afetaria o equilíbrio da equação financeira*". REsp 172.165/BA - Relator Min. Milton Luiz Pereira - *DJ* de 21.06.1999 - p. 79.

O próprio contrato prevê, em sua cláusula nona, e a Lei 8.692/93 em seu artigo 15, II, autoriza a sistemática de reajuste questionado.

Por esses motivos, não há como prosperar o pleiteado no item 5.3 da inicial.

Finalmente, merece análise o pedido constante do item 5.4 da exordial. Nesse item, sem razão o Estado, sendo correta a acolhida da pretensão na sentença, que determinou que deve ser revisto o "*contrato de financiamento mantido com a autora, desde a primeira prestação mensal, no sentido de decotar o valor relativo à prestação paga no mês antes de reajustar o valor do saldo devedor, fazendo a devida compensação pelo que tiver sido apurado a maior em virtude de tal procedimento*".

Assim decidindo, agiu com acerto o Sentenciante, posto que a sistemática, defendida pelo apelante, inviabiliza ao mutuário a amortização de seu débito de forma correta, criando desequilíbrio no contrato e impondo-lhe prestações desproporcionais

diante do constante e exagerado acréscimo do saldo devedor do financiamento.

Por outro lado, não há definição clara no contrato, de como seria reajustado o saldo devedor. Mesmo reconhecendo que, no item 28 do Quadro Resumo, há referência à Tabela *Price*, como sendo sistema de amortização, o contrato, em sua cláusula nona, quando fala da atualização do saldo devedor e do encargo, nenhum esclarecimento relevante presta quanto à amortização.

Não se pode olvidar também que a Lei 8.692/93 não disciplina o sistema de amortização defendido pelo apelante, que se vale apenas da Resolução 1.980/93 do Banco Central para justificar a adoção da Tabela *Price*. Aliás, diga-se, o artigo 20 dessa resolução, transcrito à fl. 419, não se refere a essa tabela. Assim, a inserção de mera referência à Tabela *Price*, no Quadro Resumo do contrato, sem qualquer outro esclarecimento, ofende o parágrafo 3° do artigo 54 do CDC, pois, em se tratando de contrato de adesão, não se admite cláusula que não seja redigida em termos claros.

Sobre a referida tabela, transcrevo, por derradeiro, o seguinte julgado:

"*Equivocada a decisão que determina que a prestação obedeça à Tabela* Price, *por ser a mesma uma forma de cálculo de juros, e não de prestação. Precedente*". AG 96.01.54859-9/BA - Relator Juiz Cândido Ribeiro - *DJ* de 12 .06.1998 - p. 64.

Ora, ao adotar o sistema de amortização indicado, o contrato sujeita a prestação à Tabela *Price*, que não deixa de estar vinculada ao saldo.

Pelo exposto, confirmo a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

PRESTAÇÃO DE CONTAS - PREFEITO - REJEIÇÃO PELA CÂMARA - JUDICIÁRIO - CONTROLE DA LEGALIDADE DO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - OFENSA - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO - NECESSIDADE - SUSPENSÃO DO FEITO - IMPOSSIBILIDADE - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA

- O pedido de suspensão do feito, formulado pelas partes, deve ser indeferido quando o juízo *a quo* verificar a existência de indiscutível questão de ordem pública, sobre a qual não se admite nenhum tipo de transação.

- Ao Judiciário não cabe adentrar o mérito de julgamento de contas do Executivo, que tramitou perante a câmara municipal, mas há a possibilidade de controle da legalidade do processo se não foi dada oportunidade de defesa ao ex-prefeito.

- Constatada a ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, cabe a anulação do julgamento das contas do ex-prefeito, a fim de que sejam novamente julgadas pelo Legislativo municipal.

APELAÇÃO CÍVEL N° 274.171-8/00 - Comarca de Mesquita - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Prestação de contas - Prefeito - Rejeição pela câmara de vereadores. - Ao Judiciário não cabe adentrar o mérito do julgamento, mas há possibilidade de controle da legalidade do processo que tramitou perante a Câmara, sem oportunidade de defesa do ex-Prefeito. Ofensa ao contraditório e ampla defesa que levam à nulidade do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2002. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cumpre inicialmente conhecer do agravo retido de fl. 117, interposto contra decisão de fl. 95-v. que indeferiu pedido de suspensão do feito formulado pelas partes, posto que vislumbrou o ilustre Juízo *a quo* interesse público impeditivo do deferimento da pretensão das partes, decisão esta que não merece censura, haja vista que, tratando-se de indiscutível questão de ordem pública, sobre ela não se admite qualquer tipo de transação.

Nego, pois, provimento ao agravo retido.

Cuida-se de apelação ajuizada contra r. decisão de fls. 138/142, que julgou improcedente ação desconstitutiva do julgamento das contas do Município de Mesquita, exercício de 1989, cumulada com pedido de antecipação de tutela jurisdicional ajuizada contra a Câmara Municipal de Mesquita, condenando o autor, Raimundo Anício Botelho, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados, além de aplicar-lhe multa de 1% do valor da causa, pela interposição de embargos de declaração, reconhecendo o Julgador "*o*

desejo do embargante de eternizar o processo, afrontando a dignidade da Justiça".

Irresignado, fls. 162/170, pretende a reforma da decisão, aduzindo, no mérito, a possibilidade de controle das contas públicas pelo Poder Judiciário, ilegalidade do julgamento das contas pelo Legislativo, que se limitou a reproduzir decisão do Tribunal de Contas, eivada de vício, em face da inexistência de contraditório, ampla defesa e ausência de motivação no julgamento. Aduz, mais, que, estando em curso processo judicial, no qual questiona a rejeição das contas, não enseja a inelegibilidade. Que a decisão recorrida incorre em erro ao julgar pela improcedência da ação, quando a hipótese ensejaria a extinção do processo sem julgamento do mérito. Que a rejeição dos embargos com imposição de multa é injusta e que a decisão recorrida importa em negativa de prestação jurisdicional.

Na espécie, o apelante ajuizou ação desconstitutiva do julgamento das contas do Município de Mesquita relativas ao exercício de 1989, alegando desobediência, pela respectiva Câmara Municipal, do devido processo legal, que lhe cerceou o direito de defesa, vez que não fora sequer intimado do parecer do Tribunal do Contas do Estado de Minas Gerais sobre as contas públicas do exercício de 1989, sendo, portanto, privado de produzir provas em contrário ao referido parecer.

O ilustre Juízo *a quo* concluiu pela improcedência da ação, posicionando-se no sentido de que "*ao Judiciário veda-se examinar o mérito da deliberação legislativa que julga as contas do Executivo. O contrário, certamente agredira o princípio constitucional da separação dos Poderes. Correr-se-ia o absurdo de o Judiciário substituir o Legislativo, na tarefa constitucional do julgamento das contas, posto que, todas as vezes em que ocorresse a rejeição, o Executivo buscaria o Judiciário para, em última análise, apreciá-las, subtraindo-se a função constitucional do Legislativo*".

Ressaltou ainda o *decisum* objurgado que "*não há que se falar em garantia do contraditório e da ampla defesa quando da apreciação das contas do Prefeito pela Edilidade, uma vez que tal não configura processo administrativo, inexistindo, portanto, litigantes ou acusado, com aplicação do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República*".

Assiste razão ao apelante.

É da competência do Legislativo o julgamento das contas do Executivo, conforme inclusive prevê o Regimento Interno da Câmara Municipal de Mesquita, art. 5º, VIII, sendo defeso ao Judiciário ingressar no mérito dessa questão, analisando o acerto ou desacerto de tais contas.

Ao Tribunal de Contas do Estado, conforme art. 31 da CF, cabe a análise das contas, emitindo parecer que será submetido ao julgamento pela Câmara Municipal, podendo inclusive culminar com sua desaprovação pelos edis.

Todavia, como corolário do princípio estatuído no art. 5º, LV da Constituição Federal, temos que:

"*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Dessa forma, ainda que seja vedado ao Judiciário ingressar no mérito do julgamento administrativo pela Câmara municipal, a legalidade do processo não pode ser excluída da apreciação pelo Judiciário, ainda mais quando se alega a desobediência a princípio constitucional que a todos assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa.

In casu, conforme salientou o culto Procurador de Justiça em seu parecer, não se pode negar que a hipótese se traduz "*em verdadeiro processo administrativo, cujo resultado, inclusive, pode assumir caráter punitivo, qual seja, a inelegibilidade pelo período de cinco anos*".

Na espécie, não existem nos autos provas de que tenha a Câmara Municipal dado oportunidade ao recorrente de conhecer das contas e efetivar sua defesa, antes do julgamento, pelo que não há como se deixar de reconhecer a desobediência ao devido processo legal.

Acerca do tema já se pronunciou o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em voto relatado pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro, no REsp nº 80.419/MG, quando restou assim decidido:

"*Prestação de contas. Prefeito. Rejeição pela Câmara de vereadores por falta de quórum. Ação anulatória prevista no art. 1, inciso I, letra g, da Lei Complementar nº 64, de 1990. Cabimento. Âmbito.*

- I. A ação anulatória referida no citado preceito legal complementar é cabível contra a decisão da Câmara de Vereadores, incluindo-se no seu âmbito, as questões relativas a regularidade do processo e a existência dos motivos atinentes ao ato de rejeição das contas.

- II. Recurso especial conhecido e provido".

Há ainda que se ressaltar que as contas, objeto do questionamento, foram apreciadas pelo Tribunal de Contas antes de entrar em vigor a Lei Complementar nº 33/1994, que determina, no art. 53, § 5º, c/c o art. 52, a intimação do interessado a prestar esclarecimentos no prazo de 20 (vinte) dias, o que reforça a constatação de que nenhuma oportunidade de defesa foi dada ao apelante.

Nesse sentido a decisão do STJ no ROMS 8.416/MG, que teve como Relator o Min. José Delgado, assim ementado:

"*Constitucional. Direito de defesa. Parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado. Possibilidade de*

defesa só após o advento da Lei Complementar 34.

- 1. Inexiste, in casu, *ofensa a direito de defesa do recorrente, visto que a este foi facultado fazê-lo diante da Câmara Municipal, o que não fez, preferindo silenciar.*

- 2. Só com o advento da LC 34 é que o parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado se converteu em procedimento administrativo, passando então a exigir a ampla defesa e o contraditório.

- 3. Recurso improvido".

No caso presente, *a contrario sensu*, não havendo a Câmara dado oportunidade de defesa ao apelante, restou caracterizada a ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para tornar insubsistente a multa aplicada por ocasião dos embargos declaratórios e reformar a decisão recorrida, anulando o julgamento das contas do ex-Prefeito, no exercício de 1989, a fim de que seja submetido a novo julgamento pela Câmara de vereadores local, invertidos os ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR - QÜINQÜÊNIO - NATUREZA ALIMENTAR - SUPRESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98

- Os adicionais por tempo de serviço, como qualquer verba que integra a remuneração dos servidores públicos, têm natureza alimentar, e a sua supressão total ou parcial prejudica a subsistência dos seus beneficiários. Portanto, ainda que com respaldo em norma constitucional superveniente ao início da contagem do tempo necessário à obtenção da vantagem, não se admite a surpresa da redução automática, sem uma criteriosa avaliação sobre a aplicabilidade da inovação normativa, especialmente em obséquio dos princípios da segurança das relações jurídicas, do devido processo legal e do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 274.326-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Servidor público - Qüinqüênio - Emenda Constitucional nº 19/98. - Os adicionais por tempo de serviço, como qualquer verba

que integra a remuneração dos servidores públicos, têm natureza alimentar, e a sua supressão total ou parcial prejudica a subsistência dos seus beneficiários. Portanto, ainda que com respaldo em norma constitucional superveniente ao início da contagem do tempo necessário à obtenção da vantagem, não se há admitir a surpresa da redução automática, sem uma criteriosa avaliação sobre a aplicabilidade da inovação normativa, especialmente em obséquio dos princípios da segurança das relações jurídicas, do devido processo legal e do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Confirma-se a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço da remessa oficial, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 86/90-TJ, que concedeu parcialmente a segurança postulada, para declarar a nulidade do ato que reduziu o valor do adicional por tempo de serviço percebido pelo impetrante.

Os recorrentes sustentam, em síntese, que os pagamentos dos qüinqüênios, a partir de fevereiro de 2000, foram efetuados indevidamente, sem a observância da nova redação do art. 37, XIV, da Constituição Federal, inserida pela Emenda nº 19. Dizem que a Lei Municipal nº 7.169/96 passou a conflitar com o novo comando da Constituição e que, por isso, não pode ser aplicada, devendo o qüinqüênio ser calculado sobre o vencimento do apelado. Aduzem que, verificado que é ilegal o ato da Administração, esta deve, de pronto, proceder à sua anulação, independentemente de processo administrativo prévio. Salientam que o apelado percebia os qüinqüênios calculados sobre o vencimento e o adicional por tempo de serviço, mas que, por força da Lei Municipal nº 8.053/2000, o *quantum* devido ao pagamento da vantagem "jornada complementar" passou a integrar a Gratificação de Estímulo à Cobrança da Dívida Ativa-GCDA, tendo o apelado voltado à sua jornada normal de trabalho, de seis horas diárias. Sustentam que, suprimida a jornada complementar, a Administração adaptou o pagamento dos qüinqüênios, os quais não podem ser calculados sobre a referida verba (fls. 92/105-TJ).

Contra-razões às fls. 118/128-TJ, nas quais o apelado pugna, em

preliminar, pelo não-conhecimento da apelação manifestada pelo Secretário Municipal e, no mérito, pela manutenção da sentença.

Rejeito a preliminar suscitada nas contra-razões, por ensejar discussão inútil, uma vez que, além do Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos, figura como recorrente, na mesma petição (fls. 92-TJ e seguintes), o Município de Belo Horizonte, razão pela qual conheço do recurso voluntário.

Os fundamentos da impetração são relevantes e o fato de o direito aos qüinqüênios ter-se concretizado somente após a edição da Emenda Constitucional nº 19/98 não é determinante para se negar a postulação.

Os adicionais por tempo de serviço, como qualquer verba que integra a remuneração dos servidores públicos, têm natureza alimentar, e a sua supressão total ou parcial prejudica a subsistência dos seus beneficiários.

Portanto, ainda que com respaldo em norma constitucional superveniente ao início da contagem do tempo necessário à obtenção da vantagem, não se há admitir a surpresa da redução automática, sem uma criteriosa avaliação sobre a aplicabilidade da inovação normativa, especialmente em obséquio do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

De outro lado, a teor dos elementos trazidos para os autos, não há prova de que a legislação municipal invocada pelos apelantes foi modificada para adaptar a forma de pagamento do adicional por tempo de serviço ao disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal.

Até prova em contrário, continua em vigor o art. 135 da Lei Municipal nº 7.169/96, que, a cada período de cinco anos de efetivo exercício, assegura ao servidor o direito ao adicional de 10% (dez por cento) sobre sua remuneração.

É certo que a incompatibilidade entre o disposto na lei municipal e na Constituição, se existente, resolver-se-ia em favor desta. No entanto, o confronto não se faz ao critério exclusivo e discricionário da Municipalidade, de modo a autorizá-la a ditar nova base de cálculo para os adicionais, sem o devido processo legislativo.

Os documentos trasladados às fls. 14/18-TJ demonstram que os qüinqüênios eram pagos sobre a remuneração do apelado e que, somente a partir de julho de 2000, foram reduzidos, com adoção do vencimento como base de cálculo.

Logo, se ao apelado foi reconhecido o direito com fundamento no regramento anterior, ainda que o termo para o seu exercício tenha finalizado após a edição da referida emenda, vislumbra-se, em tese, a sua aquisição, uma vez que, além da inexistência de lei municipal modificando a forma de cálculo da vantagem, esta integrou o

patrimônio do servidor e não podia ser parcialmente suprimida sem o devido processo legal.

Como destacado pelo eminente Desembargador Páris Peixoto Pena, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 233.832-5, "*não obstante ser a adoção da referida vantagem exercício do poder discricionário da Administração, cujos critérios de valoração se devem adequar às possibilidades regionais do orçamento de cada uma delas, podendo, inclusive, alterá-la a qualquer tempo, deve fazê-lo por lei e respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas em relação aos servidores, posto que os adicionais por tempo de serviço são resultantes de serviço já prestado,* pro labore facto. *A meu modesto entendimento, o art. 37, inciso XIV, da CF, modificado pela Emenda nº 19 não é auto-aplicável. Por isso, a determinação de que sejam excluídos do cálculo do qüinqüênio o próprio adicional ou outras vantagens concedidas, depende de regulamentação,* in casu, *de lei municipal*".

Assim, imperiosa a concessão da segurança, por se tratar de caso especial, em que se verifica dano ao servidor e abuso de poder da Administração, em prejuízo de garantias previstas na Constituição Federal.

Há se preservar, também, a segurança das relações jurídicas, que, em tese, não pode ser anulada por norma contrária à incorporação de bens e direitos no patrimônio do servidor.

Destaco, ainda, que, a teor dos demonstrativos de pagamento que instruem a inicial, para a apuração do adicional por tempo de serviço não é considerado como base o valor referente à "*gratificação por jornada complementar*" ou "*gratificação de estímulo à cobrança da dívida ativa - GCDA*", bastando a realização de simples cálculos para se chegar a essa conclusão.

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO - NOME - INCLUSÃO DE PATRONÍMICO DE AVÓ MATERNA - HOMENAGEM FAMILIAR - AQUISIÇÃO DE DUPLA CIDADANIA - ADMISSIBILIDADE

- O pedido de acréscimo de nomes familiares ao registro, mesmo com fins de obtenção de dupla cidadania, não é vedado em nossa legislação, exigindo-se apenas a necessária fundamentação do pleito e a base documental a demonstrar o direito invocado, tudo redundando em convincente e mesmo louvável homenagem aos ancestrais e compatibilidade não só com a Lei de Registros Públicos, mas também com o art. 1.109 do CPC.

- V.v.: - O simples fato de requerer a inclusão do patronímico da avó materna para obtenção de dupla nacionalidade não se constitui nos motivos elencados na Lei nº 6.015/73. Se o requerente não trouxe prova de que possui nome semelhante ao de outra pessoa (homonímia); que ocorre qualquer prejuízo à sua correta identificação através de seu nome, bem como não trouxe qualquer prova no sentido de que se constitui em nome vexatório ou com erro de ortografia, não se justifica a inclusão do patronímico solicitada. *(Des. Silas Vieira)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 276.392-8/00 - Comarca de Carangola - Relator para o acórdão: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Retificação de registro - Dupla cidadania - Homenagem familiar. - O pedido de acréscimo de nomes familiares ao registro, mesmo com fins de obtenção de dupla cidadania, não é vedado em nossa legislação, exigindo-se apenas a necessária fundamentação do pleito e a base documental a demonstrar o direito invocado, tudo redundando em convincente e mesmo louvável homenagem aos ancestrais e compatibilidade não só com a Lei de Registro Públicos mas também com o art. 1.109 do CPC.

- V.v.: Retificação de registro civil - Inclusão de patronímico - Inocorrência de motivo que justifique - Ação improcedente. - A simples alegação da necessidade de inclusão de patronímico de avó materna para fins de aquisição de dupla nacionalidade não é motivo suficiente a ensejar a procedência do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator para o acórdão. - *Silas Vieira* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de retificação de registro civil ajuizada por Gabriela Mendes Torres buscando seja acrescido ao seu nome o patronímico familiar *Peron* a fim de obter dupla nacionalidade (brasileira e italiana).

O MM. Juiz *a quo* indeferiu o pedido inicial ao fundamento de que a pretensão não busca a retificação por erro de grafia ou exposição a ridículo, mas tão-somente para fins de obtenção de dupla nacionalidade, o que não é contemplado por lei, e, não bastasse isso, o seu direito já se encontra fulminado pela prescrição em face do disposto no art. 56 da Lei de Registros Públicos, extinguindo o processo com base no art. 269, IV, do CPC.

Irresignada, ofertou o apelo de fls. 13/16, pugnando, em síntese, pela reforma da sentença de primeiro grau para que seja alterado o seu nome de família.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 29/34, manifestando-se pelo provimento do recurso.

É o relato.

Após análise do processo, tenho que o presente apelo não merece prosperar.

Segundo consta dos autos, a autora ingressou em juízo buscando seja acrescido ao seu nome o patronímico familiar *Peron* ao fundamento de que tal se faz necessário para obtenção da dupla cidadania.

O Ministério Público se manifestou pela improcedência do pedido, eis que a pretensão se encontra prescrita, bem como por não se justificar a inclusão de patronímico para obtenção da dupla nacionalidade.

O pedido foi indeferido por entender o Juiz de primeiro grau estar prescrito o seu direito em face do que dispõe o art. 56 da Lei dos Registros Públicos e, além disso, não contemplar a lei essa pretensão pelo fato de não estar firmada em erro de grafia ou apelido que exponha o seu nome a ridículo, mas tão-somente para fins de aquisição da cidadania italiana.

Inconformada, aviou o recurso conforme razões expendidas às fls. 14/16.

A Lei de Registros Públicos prevê, em seus arts. 56 e 57, dois procedimentos para que se possa alterar o nome. O referido art. 56 prescreve o prazo, de até um ano após completada a maioridade civil, para que o interessado proceda à alteração extrajudicialmente. Por sua vez, o art. 57 admite que a parte interessada busque o Poder Judiciário para modificação do nome, o que será possível excepcional e motivadamente, ouvido o representante do Ministério Público.

Quanto à previsão do art. 56 da Lei nº 6.015/73, é cediço que a doutrina tem adotado entendimento no sentido de que se aplica aludido dispositivo legal, quando se tratar de procedimento de natureza administrativa, ou seja, extrajudicial, o que não ocorre com os autos.

Conforme ensinamento de WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA:

"*Não há necessidade de interferência judicial, bastando simples requerimento do interessado, ou procurador especial. Naturalmente, se houver dúvida, poderá suscitá-la o oficial, a fim de que se pronuncie o juízo competente*" (*Comentários à Lei de Registros Públicos*, p. 132).

Sem razão o Juiz monocrático, quando diz que ocorre a prescrição do direito de ingressar em juízo, pois não se trata, *in casu*, do procedimento extrajudicial previsto no art. 56 da Lei de Registros Públicos, mas de pedido dirigido ao Judiciário, aplicando-se, portanto, a hipótese do art. 57 do mencionado diploma legal.

Afastada a prescrição pronunciada em primeira instância, tem-se que, de conformidade com o disposto no art. 57 da Lei de Registros Públicos, não há limite temporal para ingressar em juízo, mas devem ser atendidos os requisitos da excepcionalidade e motivação.

A alegação de que se faz necessária a inclusão do patronímico da avó materna para obtenção da dupla cidadania não se coaduna com a realidade, pois, conforme bem salientou a DD. Promotora de Justiça à fl. 10: "*O motivo declarado pela requerente para alterar o seu nome (obtenção de nacionalidade italiana) não é o bastante para justificar a medida de exceção, pois a dita nacionalidade poderá ser obtida, quer me parecer, pelas vias próprias, desde que comprove a interessada ser filha ou neta de italianos*".

Muito embora seja o princípio da inalterabilidade do nome de ordem pública, mas, podendo sofrer exceções, o simples fato de se requerer a inclusão do patronímico da avó materna para obtenção da nacionalidade italiana não se constitui nos motivos elencados na Lei nº 6.015/73, ou seja, a apelante não trouxe prova de que possui nome semelhante ao de outra pessoa (homonímia); que ocorre qualquer prejuízo à sua correta identificação através de seu nome, bem como não trouxe qualquer prova no sentido de que se constitui em nome vexatório ou com erro de ortografia, razão pela qual não se justifica, portanto, a inclusão do patronímico *Peron*.

Nesse norte, o seguinte precedente:

"*Alteração de registro civil. Motivos legais. Inocorrência. Pedido julgado improcedente. - Não estando configurados os requisitos básicos para a alteração de registro civil, seja pela ausência de comprovação de que o prenome expõe ao ridículo o seu portador, seja porque inexistentes razões para a inclusão do patronímico dos avós maternos, é de se manter a sentença que julgou improcedente o pedido inicial. Recurso a que se nega provimento*" (Apelação Cível nº 221.088-8, Desembargador Kildare Carvalho, *DJ* de 14.12.2001).

Ademais, a nacionalidade, no caso dos italianos, se adquire pelo critério do *ius sanguinis*, ou seja, da origem sangüínea, conferida pelo vínculo de sangue e reputando-se nacionais os descendentes de nacionais, podendo ser obtida sem que haja necessidade da inclusão do patronímico da avó materna.

Finalmente, hei por bem consignar que, apesar de afastada a prescrição, deixei de determinar a remessa dos autos à instância de origem para que o Magistrado singular se pronunciasse sobre a questão de fundo, porquanto o mesmo já o fez, hipótese em que o Tribunal fica autorizado a avaliar o mérito, sem que, com isso, incorra em supressão de um grau de jurisdição.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, modificando, contudo, a parte dispositiva da sentença, para julgar improcedente o pedido inicial, com base no art. 269, I, do CPC.

Custas, pela apelante, cuja exigibilidade fica suspensa, a teor do art. 12 da Lei nº 1.060/50, por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Gabriela Mendes Torres pleiteou o acréscimo do nome familiar de sua avó materna, *Peron*, que é de origem italiana, ao seu próprio nome.

O pedido se justificaria porque a apelante pretende pleitear a cidadania italiana e o nome familiar *Peron* lhe possibilitaria tal direito.

Em primeiro grau, a decisão negou a pretensão, ao argumento de que teria sido feita além do prazo previsto no art. 56 da Lei de Registros Públicos.

O ilustre Relator está negando provimento ao apelo, ao argumento de que o interesse em se adquirir nova nacionalidade não seria motivo suficiente.

Ouso discordar.

Em primeiro lugar, ninguém pode ser punido, na legislação brasileira, quando pretende pleitear uma nova nacionalidade. O máximo que poderia ocorrer seria a perda da nacionalidade brasileira, mas isso não pode deixar de ser visto dentro de um conceito mais amplo sobre o exercício da liberdade individual.

Assim, o motivo não pode ser considerado ilegal e fere mesmo o direito de liberdade, que é o mais amplo em nossa Constituição.

Em segundo lugar, no mundo globalizado em que vivemos, no qual a oferta de trabalho tem sido reduzida e onde as chances dos jovens conseguirem uma colocação tem sido drasticamente reduzidas, não se pode fechar os olhos ou deixar de ver um dos mais graves problemas que assola a Europa, que é o dos índices de natalidade decrescentes, sendo que a Itália é um dos países que apresenta um dos piores quadros neste cenário.

Com isso, morrendo mais do que se nasce na Itália, este país adotou uma política de valorização dos descendentes de seus emigrantes,

distribuindo largos favores e atenções para as colônias que se estabeleceram em países como o Brasil.

Tal fato é de conhecimento comum e freqüenta constantemente as páginas dos principais jornais e revistas brasileiros.

Esses descendentes são considerados como uma mão-de-obra qualificada para a reposição das necessidades italianas quando não se encontra, no próprio país, quem possa assumir o desempenho de várias funções. O país estaria preferindo se socorrer dessa mão-de-obra, ao contrário de abrir suas fronteiras para outros imigrantes, que não teriam qualquer lastro em sua cultura.

E aqui não se está falando de subemprego ou tarefas menores. São inúmeros os relatos de brasileiros que têm conseguido ótimas colocações no mercado de trabalho italiano, recebendo bolsas de estudos, incentivos e condições de vida acima da média.

Colocada assim a questão, com base numa realidade que não pode deixar de ser vista sob pena de se fecharem os olhos a problemas palpitantes da geografia humana nos dias de hoje, vamos ver que a pretensão da apelante tem bases sólidas e interesse plenamente justificado.

É que, para a comprovação perante a Itália, da origem familiar ligada aos imigrantes italianos que vieram para o Brasil e aqui enriqueceram consideravelmente nossa cultura, ali se exige que, no registro de nascimento desses filhos de imigrantes, se constate a origem familiar italiana exatamente a partir dos nomes da família que para cá emigrou.

Só para ilustrar o alcance de tais fatos, o ilustre Des. Luiz Carlos Biasutti, que honra nosso Tribunal como um dos mais cultos dos seus Membros, é um dos mais conhecidos historiadores do País na área de resgate e estudo sobre essas famílias italianas que imigraram para o Brasil. Seus trabalhos buscam localizar o local de saída de cada família da Itália, a área onde se instalou no Brasil e as ramificações que aqui acabaram por se estabelecer. Veja-se, por exemplo, seu último trabalho publicado, *São Roque do Canaã - uma História de Fé, Trabalho e Vitórias*, Ed. O Lutador, 1999.

Só a título de curiosidade, destaco ainda que, nesse livro escrito na companhia de outro historiador, Arlindo Loss, os dois investigaram as famílias que se localizaram no Município de São Roque do Canaã e, entre essa famílias, estava a dos *Peron* ou Peronio, que é exatamente a da avó materna da apelante.

Em terceiro lugar, como se sabe, a Lei de Registros Públicos, ao criar o sistema de retificação de nomes, acabou sendo enquadrada dentro do rito ditado para os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, ditado pelos arts. 1.103 e seguintes do CPC, onde os mesmos não contundem com os próprios dispositivos da Lei 6.015/73.

Ora, colocada assim a questão dos autos, vamos ver que o parecer do ilustre Procurador de Justiça que atuou no feito foi de grande felicidade ao mostrar o quanto seria importante o deferimento do pleito.

Ali se destacou que, além do art. 56 da Lei 6.015/73, que prevê o prazo de um ano após a maioridade civil, para o exercício do pedido de retificação do nome, existe também o art. 57, que permite, excepcionalmente, qualquer alteração posterior do nome, desde que se proceda a uma justificação adequada.

O parecer merece ser transcrito pela sua riqueza humana e legal:

"*Nos tempos atuais, em que as grandes distâncias são reduzidas pelos meios de locomoção, cada vez mais rápidos, e pela comunhão de interesses que une países e povos, tenho como perfeitamente compreensível que uma pessoa possa pretender alterar o seu nome, para a inclusão de patronímico, visando possibilitar, ou facilitar, a obtenção de dupla nacionalidade.*

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sobre o assunto, decidiu:

'27003898 - Embargos infringentes - Retificação de nome. - Não há qualquer prejuízo para terceiros na retificação de registro que visa apenas acrescer apelidos familiares omitidos no registro e que visam possibilitar a aquisição de dupla cidadania. Acresce o fato de processar-se, tal retificação, numa mesma cadeia familiar em que todos são beneficiados. O registro deve adequar-se à realidade da vida, e não a vida ao registro. Tendência liberal a permitir tais alterações. Embargos acolhidos na forma do voto minoritário (TJRS - EI 598526838 - RS - 4° G. C. Cív. - Rel. Des. Eliseu Gomes Torres - j. em 12.03.1999)'.

De mais a mais, como bem observou a apelante, em suas razões recursais, a pretensão da apelante tem, ainda, o salutar efeito de perpetuar o sobrenome de sua família, unificando-os.

Mais uma vez, assim decidiu o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

'27025120 - Civil - Registros públicos - Retificação do nome - Inclusão do nome dos avós - Admissibilidade. - Admissível se apresenta a pretensão para, em homenagem à união familiar, incluir os nomes dos avós maternos. Inexistência de qualquer vedação legal a respeito. Retificação que não desfigura o nome dos requerentes e nem dificulta a identificação imediata da origem dos respectivos titulares. Sentença modificada. Apelação provida. Voto vencido' (TJRS - AC 597209972 - RS - 3ª C. Cív. - Rel. Des. Tael João Selistre - j. em 02.04.1998)".

Não vejo como discordar do lúcido e atualizado entendimento abraçado pelo Procurador Ricardo Emanuel de Souza Mazzoni.

Como se vê, o pedido está amplamente justificado, o pleito não é ilegal, o requerido busca não só inserir a apelante no contexto globalizado em que vivemos, mas também faz uma justa e elogiável homenagem à família dos ancestrais da apelante, que são imigrantes vindo da Itália e, além disso, enquadra-se perfeitamente dentro do sadio princípio ditado pelo art. 1.109 do CPC, que permite ao juiz, quando não vê qualquer impossibilidade no seu deferimento ou algo que não recomende tal assentimento, que até possa decidir sem que se veja "*obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna*".

Com tais considerações, peço vênia ao ilustre Relator para dele discordar e dar provimento ao apelo.

Observo, entretanto, que a grafia *Peron*, constante do documento de folhas 7, deve ser lavrada sem acento, como ali está.

Assim sendo, *dou provimento ao apelo*, tal como acima explicitado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR, NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO E O REVISOR, PROVENDO-O.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11.11.02, a meu pedido, após votarem o Relator, negando provimento ao recurso, e o Revisor, provendo-o.

Meu voto é o seguinte:

Pedi vista em face das divergências instaladas nos votos do Relator e do Revisor.

Pedindo vênia ao eminente Relator, não só acompanho, mas tomo a liberdade de recomendar o voto do Revisor à publicação.

A questão é deveras relevante, porque, além de implicar o direito de a apelante adicionar a seu nome o patronímico de origem italiana, também lhe assegura o direito à dupla nacionalidade, brasileira e italiana, o que será impossível se não houver tal adição, negada pelo Sentenciante e pelo eminente Relator.

Entendo que o posicionamento do Revisor se afigura mais justo e, por isso, o acompanho.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

VENCIMENTOS OU PROVENTOS - LIMITE CONSTITUCIONAL - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 - SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS - EXEGESE DO ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

- As regras aplicáveis ao teto remuneratório continuam a ser aquelas existentes antes da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, tendo em vista entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de não serem auto-aplicáveis as prescrições contidas no inciso XI do art. 37 e no § 4º do art. 39, ambos da Magna Carta.

- As vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, e não podem ser sumariamente decotadas, a pretexto de atender a teto remuneratório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 276.836-4/00 (em conexão com o Agravo nº 255.543-1/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Limite constitucional para vencimentos ou proventos - Emenda Constitucional nº 19/96 - Segurança das relações jurídicas - Exegese do artigo 37, inciso XI, da Constituição da República. - As regras aplicáveis ao teto remuneratório continuam a ser aquelas existentes antes da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, tendo em vista entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de não serem auto-aplicáveis as prescrições contidas no inciso XI do art. 37 e no § 4º do art. 39, ambos da Magna Carta.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 08 de outubro de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Trata-se de ação ordinária aforada por Luiz Antônio Ribeiro e outros, todos fiscais de tributos estaduais, em face do Estado de Minas Gerais, visando os autores a que se declare inconstitucional e ilegal a incidência do chamado teto remuneratório sobre as vantagens pessoais que auferem de GEPI/Apostila e Gratificação de Comissionamento.

A sentença revisanda acolheu o pedido e determinou que o Estado de Minas Gerais não efetue o corte no pagamento das vantagens pessoais dos autores, pagando-lhes, ainda, os valores descontados, devidamente corrigidos, desde a data em que deveriam ter sido pagos, impondo ao requerido, outrossim, os encargos sucumbenciais.

No caso e, na mesma ótica da conclusão sentencial, também entendo que as regras aplicáveis ao teto remuneratório continuam a ser aquelas existentes antes da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, tendo em vista entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de não serem auto-aplicáveis as prescrições contidas no inciso XI do art. 37 e no § 4º do art. 39, ambos da Magna Carta.

Aliás, sobreleva dizer que as vantagens adquiridas pelos servidores, antes da Emenda Constitucional nº 19, estão preservadas por duas ordens de razões jurídicas: os direitos adquiridos estão imunes às novas disposições constitucionais, produzidas pela competência de emendar a Constituição, usualmente chamado de Poder Constituinte Derivado e porque, segundo a decisão administrativa do STF, de 24 de junho de 1999, a eficácia do art. 29 da Emenda nº 19 ainda não se desencadeou, ou seja, não há aquela lei, de iniciativa conjunta, para fixar o subsídio do Ministro do STF, que será o limite, e que não se confunde com a sistemática tradicional de remuneração.

No mesmo impulso, não existindo lei formal que regulamente o teto dos vencimentos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, não é auto-aplicável o inciso XI do artigo 37 da Carta Magna.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 111.648, Rel. Desembargador Nívio Gonçalves, publicado no *DJU* de 05.05.1999, p. 23, assim decidiu:

"*Constitucional e processual civil. (...) Teto remuneratório (art. 37, XI, CF). Inclusão das vantagens pessoais. Decreto nº 17.128/96. Inconstitucionalidade. Segurança concedida.*

(...) VI - As retribuições pecuniárias devidas ao servidor público, em razão de circunstâncias de ordem pessoal ou de caráter funcional, não se incluem no cômputo geral da remuneração para efeito de incidência do teto constitucional, eis que traduzem benefícios resultantes da situação funcional particular de cada servidor. Nem mesmo através de lei poderá o Distrito Federal, sem ferir a Constituição, fixar, para efeito de teto constitucional, um valor global que também abranja, para efeito do seu cômputo, vantagens de ordem meramente individual. (...) VIII - Para efeito do denominado 'teto salarial' dos servidores públicos do DF, enquanto não for editada a lei regulamentadora dos arts. 3º e 5º da Emenda Constitucional nº 19/98, deverá ser observada a regra estabelecida no art. 37, inciso XI, c/c o art. 39, § 1º, ambos da Constituição Federal, em sua redação original, incluídas no cálculo as parcelas de caráter pessoal recebidas pelos Secretários de Estado, nos termos da Lei nº 237/92, bem resguardado o direito adquirido concernente às vantagens pessoais devidamente incorporadas. Maioria".

Se não bastasse, restou assentado pelo excelso Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIN nº 14-4/DF, de 03.09.89, que são imunes ao teto as vantagens pecuniárias de natureza pessoal, tendo o eminente Relator, Ministro Célio Borja, ressaltado o seguinte, *ipsis litteris:*

"*(...) na norma disposta no inciso XI do artigo 37, antes referido, está implícita a regra da equivalência dos vencimentos-teto que modulam e comprimem a retribuição dos servidores dos três Poderes, sob pena de frustrar-se a isonomia de vencimentos entre os respectivos cargos de atribuições idênticas ou assemelhadas (art. 39, § 1º, Constituição).*

Lembrou, então, o Supremo Tribunal que a ressalva constante desse último dispositivo - art. 39, § 1º, Constituição - ao prescrever a isonomia de vencimentos - exclui, expressamente, as vantagens pessoais e as relativas à natureza e ao local de trabalho. Estas não integram os vencimentos dos cargos - objeto exclusivo da regra isonômica - mas são atributo e apanágio do servidor. (...)

A regra constitucional, na sua expressão literal, sujeita a tal limite, apenas, os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Judiciário, não as vantagens pessoais".

No mesmo sentido, decisão mais recente da Suprema Corte, ao deferir cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.550-8, Relator o Ministro Maurício Corrêa:

"*Ementa: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Inclusão de vantagens de natureza pessoal no teto remuneratório e conseqüente redução dos vencimentos da magistratura, em particular, e do funcionalismo público em geral: inciso II do art. 49 da Constituição alagoana, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 02.12.96 (eficácia a partir de 01.01.97).*

- 1. As vantagens de natureza individual, como os adicionais por tempo de serviço, entre outras, estão excluídas do teto remuneratório do funcionalismo público (CF, arts. 37, XI, e 39, § 1º, in fine*).*

- 2. A Constituição Federal consagra o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados (art. 95, III), e bem assim os dos funcionários públicos em geral (arts. 7º, VI, e 39, § 2º).

- 3. Pedido cautelar em ação direta de inconstitucionalidade deferido, em parte, para suspender a eficácia da expressão 'inclusive as vantagens de caráter individual' contida no inciso II do art. 49 da Constituição alagoana, com a redação dada pela Emenda

Constitucional nº 15, de 02.12.96, até o julgamento final da ação".

Não se vislumbra que, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, a orientação do Pretório Excelso restou esmaecida, na medida em que, ainda que editada norma constitucional traçando novos parâmetros para a fixação da remuneração dos servidores públicos, hão de se respeitar, em princípio, as situações constituídas segundo o regramento anterior.

A propósito, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"*Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. Administrativo. Teto remuneratório. Exclusão de verbas de caráter pessoal. Publicação da Emenda Constitucional nº 19. Dispositivo que não é auto-aplicável. Jurisprudência pacificada nas duas Cortes Superiores.*

- A decisão, ainda que prolatada posteriormente à vigência da referida emenda constitucional, não há que ser alterada, pois a jurisprudência das Cortes Superiores continua firme no sentido de se excluir do teto remuneratório máximo as verbas de caráter pessoal, até porque tal dispositivo, conforme deliberação administrativa do eg. STF, não é auto-aplicável.

- Inexistência de qualquer omissão, muito menos obscuridade.

- Embargos rejeitados" (EDROMS 9.731/RJ, Quinta Turma, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 02.04.2001, p. 310).

E ainda:

"*Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual inativo. Vantagens pessoais. Vencimentos. Teto remuneratório. Aplicação de redutor. Impossibilidade. Direito líquido e certo violado.*

- 1. As vantagens correspondentes à situação pessoal do servidor não estão sujeitas a qualquer redução e não compõem o somatório de vencimentos do teto constitucional limite da remuneração do funcionalismo público (art. 37, XI, da CF).

- 2. Precedentes do STF (ADIN nº 14, RE nºs 160.860/PR e 185.842/PE) e do STJ (REsp nº 144.308/CE e 143.490/SE).

- 3. As alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, consoante deliberação administrativa do Pretório Excelso, em 28.06.1998, não são auto-aplicáveis, devendo a matéria ser disciplinada por lei em sentido formal, mediante projeto de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e daquela Corte.

- 4. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder-se a ordem, conforme formulada no pedido inicial.

- 5. Custas, ex lege. *Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ*" (ROMS 9.175/RJ, Quinta Turma, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, *DJ* de 05.06.2000, p. 182).

O Pretório Excelso, mesmo após a edição da mencionada Emenda Constitucional nº 19/98, vem mantendo esse posicionamento, servindo-nos de exemplo a ementa a seguir reproduzida, quando do julgamento da Ação Ordinária nº 524/PA, Rel. Ministro Nelson Jobim, publicado no *DJ* de 20.04.2001, p. 105, *verbis*:

"*Ementa: Constitucional. Aposentadoria de servidor público. Aplicação de redutor constitucional sobre o benefício previdenciário por resolução do Presidente do Tribunal. Impossibilidade. Somente Lei poderá estabelecer o teto constitucional - art. 37, inciso XI, da CF, com redação da EC/19.*

- Ausente a lei, vigente o sistema original da CF, que exclui do limite as vantagens de caráter pessoal.

- Precedentes. Segurança deferida em parte".

Enfim, sem dúvida alguma que as vantagens por tempo de serviço se integram automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei e não podem ser sumariamente decotadas, a pretexto de atender a teto remuneratório.

Com o presente julgamento, tenho como prejudicado o agravo de instrumento conexo.

Nesta conformidade, em reexame necessário, *confirmo* a r. sentença em sua literalidade, tendo como prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SAÚDE - SUS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RECEITUÁRIO FORNECIDO POR MÉDICO PARTICULAR - POSSIBILIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - ALEGAÇÃO DO SECRETÁRIO ESTADUAL DA SAÚDE - PRELIMINAR REJEITADA

- A saúde é um direito constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, extensivo a toda a população - e constitui dever do Estado. Quando se defende o direito à saúde, protege-se, conseqüentemente, a principal objetividade jurídica do nosso ordenamento - a vida humana.

Imprescindível, pois, o fornecimento da medicação indicada pelo profissional do impetrante para que possa ter melhores chances de evolução do quadro clínico, independentemente de problemas orçamentários que a Administração diz ter.

- A lei não veda a apresentação de receituário fornecido por médico particular para fornecimento de medicamentos através do SUS.

- Na condição de gestor do sistema, o Secretário Estadual da Saúde é o responsável imediato pelo fornecimento do medicamento, qualquer que seja a qualificação, não havendo, portanto, ilegitimidade passiva ***ad causam.***

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 276.955-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Mandado de segurança - SUS - Fornecimento de medicamentos - Receituário fornecido por médico particular - Possibilidade. - Na hipótese de o medicamento de que necessita o paciente do SUS não ser adquirido com a presteza e a rapidez necessárias, a possibilidade de conservação e recuperação de sua vida estará em risco de sério e efetivo dano, e, com a devida vênia, não é razoável sacrificar a vida e a saúde de membro da coletividade em face da obediência estrita a procedimentos orçamentários.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo Estado de Minas Gerais, o Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva.

O Sr. Des. Wander Marotta - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Aloísio Carvalho Lamego contra ato do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais, objetivando o impetrante a concessão da segurança para que lhe seja garantido o fornecimento dos medicamentos Interferon Peguilado, Marevan, Digoxina, Maleato de Enalapril e Lazix, bem como de outros "*... também indicados ao seu tratamento, e que lhe venham a ser prescritos por seu médico, tudo por prazo indeterminado e até quando deles necessitar; ou quando deles necessitar, sempre nas quantidades que forem as prescritas pelo profissional médico que o assiste*" (fls. 13).

Relata o impetrante, em síntese, que é portador de hepatite crônica pelo vírus C da hepatite, com replicação viral (RNA positivo) e atividade inflamatória com dano histológico, tendo-lhe sido determinado, por seu médico, a utilização do medicamento Interferon Peguilado como única forma de evitar-se o agravamento da doença da qual padece. Além disso, afirma ser portador de doenças coronárias, possuindo "*... em seu organismo válvula aórtica mecânica, três pontes de safena e marca-passo cardíaco*", necessitando de diversos medicamentos, tais como Marevan, Digoxina, Maleato de Enalapril e Lazix, possuindo estado de saúde delicado, sendo imprescindível o uso do Interferon Peguilado para evitar o agravamento de suas moléstias. Ressalta não ter condições de arcar com o custeio do tratamento, tendo a Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais se recusado a fornecer-lhe este último medicamento. Enfatiza que a responsabilidade do Estado, quanto ao fornecimento da medicação, está expressa nos arts. 6º, I, letra *d*, e artigo 7º, II, da Lei nº 8.080/90, tendo ele direito à saúde e à vida, tal como se verifica da leitura dos artigos 5º, 6º, 196 e 198 da CF/88, cabendo ao Estado prestar assistência integral aos cidadãos, inclusive farmacêutica. Além disso, a própria Administração reconheceu sua responsabilidade para com os portadores da hepatite C no texto da Portaria nº 639, de 29 de junho de 2000, fazendo o impetrante jus ao fornecimento gratuito do Interferon Peguilado.

O presente *mandamus* versa sobre a imperatividade - ou não - do fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento da hepatite tipo C, doença de que sofre o requerente.

Preliminarmente, bate-se a autoridade coatora pela sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que o medicamento Interferon Peguilado ainda não foi padronizado pelo Ministério da Saúde, cabendo a este órgão indicar os remédios a serem fornecidos gratuitamente pelo SUS, ressalvando que a competência normatizante relativa ao Sistema Único de Saúde é da União, cabendo ao Estado de Minas Gerais tão-somente a gestão do sistema em nível estadual, dentro, contudo, das normas federais estabelecidas, tal como disposto na Portaria nº 341/01.

Com a devida vênia, não merece acolhida a prefacial.

O usuário do SUS tem direito a atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada, independentemente dos problemas orçamentários que a Administração diz ter, ou estará ferido o direito à vida e os princípios da isonomia e da igualdade de condições.

A Lei 8.080/90 dispõe sobre o SUS e promove a descentralização e municipalização no que diz respeito ao dever de garantir a saúde da população:

"*Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo*

com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios".

Assim, nos termos da lei, a administração dos recursos destinados à saúde pública é da competência do impetrado:

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

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente".

"*Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:*

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde".

Não prevalece, por isso, a tese da ilegitimidade passiva, conforme precedentes deste Tribunal:

"*Constitucional - Sistema Único de Saúde - Unidade municipal - Gestão plena do sistema local - Responsabilidade pelo pronto fornecimento de medicamento necessário a paciente portador do vírus HIV, ainda que os custos financeiros e compra do medicamento sejam também atribuídos ao Estado e à União - MS concedido em primeiro grau - Sentença confirmada, em reexame*". (Número do processo: 216.413-5/00 (1) - Relator: Aloysio Nogueira.)

A separação de Poderes prevê a autonomia e a independência do Executivo, Legislativo e Judiciário, mas de forma que a esfera de cada Poder seja interligada com os demais, para evitar ingerências como a que ocorre neste caso. Ao Judiciário não deve ser negada a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, mesmo que quem a pratique seja o próprio Poder Executivo.

Sobre o tema, do voto do Des. Almeida Melo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 198.548-0, também oriunda desta Capital, faço oportunamente a transcrição:

"*O art. 196 da Constituição Federal dispõe que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação'.*

Em seqüência ao dispositivo transcrito o art. 198, II, prevê que as ações e serviços públicos de saúde do sistema único têm como diretriz o atendimento integral.

O Município é competente para a prestação do atendimento à saúde da população (Constituição da República, art. 30, VII), detendo a descentralização dos serviços (Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, art. 7º, IX).

A repartição das competências constitucionais sobre a saúde pública deve ser entendida assim: a União e os Estados cooperam técnica e financeiramente, e os Municípios, mediante descentralização, executam os serviços.

Compete aos Municípios obterem o ressarcimento das despesas que, nos termos da lei, devem ser objeto do apoio financeiro da União e dos Estados, mas este direito não livra os Municípios do atendimento direto e imediato, por se tratar do direito à vida e à integridade física, componente da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos princípios fundamentais da Constituição (art. 1º, III)".

Na condição de gestor do sistema, o Secretário Estadual da Saúde é o responsável imediato pelo fornecimento do medicamento, qualquer que seja a qualificação, não havendo, portanto, ilegitimidade passiva *ad causam*.

O Estado-Administração não pode erguer barreiras burocráticas ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado ao cidadão carente, notadamente na hipótese destes autos, em que o requerente é o portador de moléstia gravíssima e, sem o uso do medicamento indicado por seu médico, vê-se acometido de crises graves e freqüentes.

Na real verdade, a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução mais justa, não podendo seu intérprete e aplicador olvidar que o rigorismo na hermenêutica de seus textos pode conduzir à injustiça e ao sofrimento.

Os doentes não podem ficar à mercê da solução de problemas de ordem administrativa. Trata-se de necessidade urgente, para que se evite mal irreparável provocado pela inércia do setor público.

Assim, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Sr. Presidente. Tenho o mesmo entendimento do Relator no tocante à preliminar que acompanho.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Também rejeito.

Os Senhores Desembargadores Alvim Soares, Antônio Carlos Cruvinel, Fernando Bráulio e Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - Sr. Presidente. Também rejeito a preliminar e, como os demais membros deste Grupo de Câmaras, também tive acesso ao voto do Relator, o qual achei de excelente qualidade e gostaria de pedir a V.Exª., se possível, a sua publicação, na integralidade.

De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - Passo à análise de mérito.

O requerente provou ser portador de hepatite crônica C (fls. 15 e 42/50, e, segundo o Dr. João G. Filho, "*... submeteu-se a tratamento prévio com Interferon RFA + Ribavirina sem sucesso*", sendo imprescindível o tratamento com Interferon Perguilado associado à Ribavirina (fls. 15/16).

O remédio custa cerca de R$ 800,00 cada frasco, e o impetrante possui renda mensal de cerca de R$ 2.600,00, não tendo, portanto, condições de arcar com o tratamento, sendo imprescindível que o mesmo seja custeado pelo SUS. O fornecimento, indicado pelo médico do autor, está contido no conceito de assistência à saúde, previsto no artigo 186 da Constituição Estadual, tanto que o próprio impetrado afirma possuir medicamentos para controle da hepatite C, mas que não estão sendo eficazes no caso em apreciação.

Importante ressaltar, ainda, que apenas o médico que acompanha o paciente durante todo o tratamento é capaz de saber, com certa margem de acerto, qual a medicação adequada para permitir-lhe a evolução do estado clínico. *In casu*, o profissional que atende o impetrante afirma ser-lhe imprescindível o tratamento com Interferon Peguilado associado à Ribavirina.

Na hipótese de os medicamentos não serem adquiridos com a presteza e rapidez necessárias, é certo que a possibilidade de conservação e recuperação da vida do impetrante estará em risco de sério e efetivo dano, e, com a devida permissão, não é razoável sacrificar a vida e a saúde do membro da coletividade em face da obediência estrita a procedimentos orçamentários.

O direito líquido e certo do impetrante está demonstrado pelo atestado médico e exames anexados aos autos.

A saúde é um direito constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da CF, extensivo a toda a população, e constitui dever do Estado. Tais dispositivos não podem ser entendidos como normas programáticas, ou de "*mera orientação ao legislador*", como dizia a doutrina clássica, sob o risco de se deixar de tutelar bem considerado pela ordem jurídica pátria como de essencial relevância.

Com efeito, quando se defende o direito à saúde, protege-se, por conseqüência, a principal objetividade jurídica do nosso ordenamento - a vida humana.

Sobre a saúde, leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"*... E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais*" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, 6ª ed., p. 271).

Imprescindível, pois, o fornecimento da medicação indicada pelo profissional do impetrante para que possa ter melhores chances de evolução do quadro clínico.

E nem se há de cogitar, aqui, da aplicação da lei de responsabilidade fiscal, que não proíbe sejam fornecidos medicamentos a pessoas impossibilitadas de custeá-los. A autoridade coatora irá cumprir uma decisão judicial, não havendo, neste cumprimento, violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por outro lado, é importante ressalvar que em 21 de junho de 2000 o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 639/00, na qual reconhece a "*... prevalência da hepatite viral crônica tipo C na população brasileira e a gravidade de sua evolução clínica*", ressaltando a necessidade de o tratamento ser custeado pelo Poder Público.

O art. 1º desta norma, inclusive, é expresso no sentido de:

"*Aprovar o protocolo clínico de diretrizes terapêuticas hepatite viral crônica tipo C* Interferon + Ribavirina, *apresentado na forma de texto do anexo I desta Portaria, e disponibilizando, na forma esquemática, no* site www.saude.gov.br/mweb/homesas.htm, *medicamentos excepcionais*".

O impetrante já foi submetido ao tratamento de Interferon + Ribavirina, não tendo sido bem sucedido, pelo que seu médico recomenda a administração de Interferon Peguilado + Ribavirina, como forma única de evitar-se a evolução e agravamento do quadro clínico da doença que o acomete.

Em face do exposto, concedo a segurança para determinar que a autoridade coatora forneça ao impetrante os medicamentos necessários ao tratamento da hepatite tipo C, de que é portador, especificamente o denominado Interferon Peguilado, na dosagem recomendada e enquanto durar o tratamento, cumprindo-se, integralmente, o que recomenda a Portaria 639, de 21.06.2000, do Ministério da Saúde.

O medicamento deverá ser fornecido ante a apresentação de receituário pelo impetrante, ainda que fornecido pelo seu médico particular, e não por serviço médico oficial, fato não vedado pela lei.

Custas, pelo impetrado.

Sem honorários.

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - Sobre o mérito, a segurança está sendo concedida pelo Relator.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Tive acesso aos autos e pude verificar que a matéria não é nova nesta Casa e vem dando margem a dezenas e dezenas de ações semelhantes, sempre com um desfecho favorável a quem, brandindo

com questões de saúde, busca amparo legal para seus tratamentos.

Assim, não vejo como discentir do Relator, acompanhando na totalidade de sua manifestação.

O Sr. Des. Roney Oliveira - No mérito, também acompanho o Relator na concessão da segurança.

Os Srs. Desembargadores Alvim Soares, Antônio Carlos Cruvinel, Fernando Bráulio e Pedro Henriques - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Edivaldo George - Também acompanho o Relator e reitero meu pedido de publicação do voto.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

FALÊNCIA - IMPONTUALIDADE DO DEVEDOR - TÍTULO EXECUTIVO PROTESTADO - AUSÊNCIA - CARÊNCIA DA AÇÃO

- A impontualidade do devedor para fins de decretação da falência é marcada pela conjunção de diversos fatores, que são a falta de pagamento no vencimento, sem razão juridicamente escusável, de obrigação líquida, materializada em título executivo, devidamente protestado. Logo, o simples trânsito em julgado da sentença em processo trabalhista, por si só, é insuficiente para caracterizar a impontualidade do devedor, tornando inviável acolher o pedido de decretação de quebra.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 277.319-0/00 - Comarca de Matozinhos - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Falência - Sentença judicial - Protesto - Necessidade - Ausência - Carência de ação. - A impontualidade é marcada pela conjugação de diversos fatores, que são a falta de pagamento no vencimento, sem razão juridicamente escusável, de obrigação líquida, materializada em título executivo, devidamente protestado. Logo, o simples trânsito em julgado da sentença em processo trabalhista, por si só, é insuficiente para caracterizar a impontualidade do devedor, tornando inviável acolher o pedido de decretação de quebra. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à

unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Versa este sobre recurso de apelação interposto por Arnaldo de Araújo Costa, em face da r. sentença de fls. 54/55-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Matozinhos, que, nos autos da ação falimentar promovida pelo ora apelante contra Galmeta Ltda., julgou improcedente o pedido de decretação da quebra, em virtude da ausência do regular protesto do título, caracterizando a impontualidade do devedor.

Aviados embargos declaratórios à fl. 68-TJ contra a r. sentença, os mesmos foram acolhidos, porém, somente para conceder ao requerente os benefícios da assistência judiciária, ficando sem efeito provisoriamente a condenação em custas e honorários advocatícios.

Em sede de razões recursais de fls. 76/78-TJ, o apelante, primeiramente, requer a aplicação dos efeitos da revelia, consoante os termos dos arts. 319 e 330, II, do pergaminho processual civil. Acrescenta que a apelada não cumpriu o comando insculpido nos arts. 300 e 331 do mencionado *codex*.

Sustenta que o pedido de quebra é motivado por sentença judicial em processo trabalhista, sendo este um ato público hábil a comprovar a impontualidade do devedor, suprindo a previsão legal.

Por derradeiro, assevera que o reconhecimento da necessidade do protesto implica extinção do processo, sem o julgamento do mérito.

Transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento de contra-razões, consoante os termos da certidão de fl. 84-TJ.

O Ministério Público manifestou-se à fl. 85-TJ, deixando de oferecer o competente parecer nesta fase processual.

Subiram os autos.

Apelo dispensado do preparo, pelo fato de o requerente estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça o fez às fls. 92/97-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Conheço, mas para improvê-lo, o que faço com as razões que passo a alinhavar.

Prefacialmente, insta registrar que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da revelia do réu é relativa, podendo o juiz monocrático observar quaisquer circunstâncias nos autos, pelo princípio

do livre convencimento, independentemente de provocação das partes, ressalvadas as matérias em que o juiz não pode conhecer de ofício.

Com efeito, entendo que a manifestação do réu, às fls. 24/25-TJ, combatendo as assertivas do autor, antes do julgamento, exclui a incidência do art. 330, II, do CPC. Ademais, o art. 320, III, do CPC preconiza que não induz o efeito da revelia quando a inicial estiver desacobertada de instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato.

Verifica-se que o pedido falencial se efetivou com arrimo no disposto no art. 1° do Decreto-lei n° 7.661/45, circunstância esta que implica a necessidade de caracterização da impontualidade do devedor, mediante regular protesto.

Verifica-se também que o título de crédito que instrui a inicial constitui em certidão extraída de um processo trabalhista, oriundo da 1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas (fl. 05-TJ), portanto, sujeita a protesto comum a que se refere a lei de regência, em seu art. 11.

Nesses termos, vislumbro que somente o protesto faz prova definitiva de impontualidade, de modo a ensejar a decretação da falência, por ausente pressuposto indispensável de constituição válida e regular do processo, assim como entendido pelo douto Magistrado *a quo*.

Ora, a impontualidade é marcada pela conjugação de diversos fatores, que são a falta de pagamento no vencimento, sem razão juridicamente escusável, de obrigação líquida, materializada em título executivo, devidamente protestado. Logo, o simples trânsito em julgado da sentença trabalhista, por si só, é insuficiente para caracterizar a impontualidade do devedor, tornando inviável acolher o pedido de decretação de quebra.

A toda evidência, o rigorismo formal das exigências legais no processo falencial se justifica para configurar, de forma indiscutível, a insolvência e a impontualidade do devedor, bem como para caracterização do título executivo falencial, especialmente se consideradas as nefastas conseqüências advindas com a declaração de quebra, de amplas repercussões, inclusive de caráter social.

Por conseqüência, diante da falha apontada, por falta da condição especial para o legítimo exercício do processo falimentar, a carência de ação se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo-se incólume a decisão hostilizada, nos exatos termos em que foi proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO POR ADMINISTRADOR OU EX-ADMINISTRADOR - RESSARCIMENTO - VIA PROCESSUAL ADEQUADA - ORIGEM DAS VERBAS - IRRELEVÂNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL - COMPETÊNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA

- A ação civil pública é a via processual adequada para buscar o ressarcimento do prejuízo causado por administrador ou ex-administrador por malversação de verbas públicas, sejam elas orçamentárias ou oriundas de convênios ou acordos firmados com as administrações diretas ou indiretas, estaduais ou federais.

- Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação referente à restituição de verba ao erário municipal ou estadual, ainda que a verba em discussão se tenha originado de convênio ou dotação orçamentária federal.

- Uma vez existente o interesse do município, consubstanciado pela expectativa de devolução de verbas aos seus cofres, o Ministério Público estadual detém legitimidade para propor a competente ação civil pública.

AGRAVO N° 277.484-2/00 - Comarca de Lima Duarte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação civil pública - Inconformismo com a decisão que rejeitou as preliminares de inadequação do meio processual, ilegitimidade do MP de Minas Gerais e incompetência da Justiça estadual - Ausência de base legal - Recurso a que se nega provimento. - 1. A ação civil pública é adequada para se tentar o ressarcimento aos cofres públicos, contra administrador ou ex-administrador supostamente envolvido em malversação de verbas públicas, mesmo que tais verbas se tenham originado do Tesouro Federal. - 2. A Justiça estadual é competente para processar e julgar ações civis públicas referentes ao ressarcimento do erário público municipal ou estadual, ainda que a verba em discussão se tenha originado de convênio ou dotação orçamentária federal. - 3. Nesta mesma hipótese, o Ministério Público estadual possui legitimidade para o ajuizamento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - O agravante, na qualidade de Chefe do Executivo do Município de Lima Duarte, vem manifestar inconformismo com a decisão, proferida em audiência, que rejeitou as preliminares suscitadas na peça de defesa manejada na ação civil pública, que por sua vez foi ajuizada em face do agravante pela i. Promotora de Justiça da Comarca de Lima Duarte.

Alega o agravante, na minuta de recurso, que a ação civil pública em questão não é sede processual adequada à discussão da matéria suscitada pela i. RMP, uma vez que tal matéria seria de competência do Tribunal de Contas da União, pois a questão versa sobre aplicação de verbas oriundas do Governo Federal. Também afirma que o MP estadual não tem legitimidade para ajuizar a ação em tela, e que ausentes estariam as outras condições da ação.

A Promotora de Justiça agravada respondeu defendendo a ocorrência de todas as condições da ação, afirmando ser competente a Justiça estadual, além de legítimo o MP estadual. Sustentou ainda a presença do interesse de agir.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Com relação à adequação da ação civil pública para os fins colimados pela Promotora de Justiça da Comarca de Lima Duarte, há muito o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu essa questão.

De fato, aquele colendo Tribunal posicionou-se definitivamente no sentido da regularidade do manejo da ação civil pública, com o escopo de ressarcir aos cofres públicos o prejuízo causado pela má utilização de verbas públicas, sejam elas orçamentárias ou oriundas de convênios ou acordos firmados com as Administrações diretas ou indiretas, estaduais ou federais. No caso de serem as verbas originadas de repasses efetuados pelo Governo Federal - através de algum de seus entes administrativos -, foi inclusive pacificada a jurisprudência do eg. STJ, no sentido de admitir a competência da Justiça estadual para processar e julgar tais ações.

Fundamentando este posicionamento, o eg. STJ aduziu que, embora a verba tenha sido oriunda dos cofres federais, o interesse em sua aplicação é do ente responsável pelo recebimento e aplicação da verba.

Observem-se os arestos abaixo colacionados, que se referem a casos bastante parecidos e podem perfeitamente se aplicar à questão ora analisada:

"*Processual Civil. Conflito de competência. Ação de ressarcimento contra ex-prefeito municipal, por suposta malversação. Recursos originários do Tesouro federal. Não manifestado interesse da União em ingressar no feito. Competência da Justiça estadual. - Em ação de ressarcimento movida contra ex-prefeito municipal, visando reaver recursos supostamente malversados e que teriam origem em convênio firmado com a União, não havendo esta manifestado interesse em ingressar no feito, remanescendo apenas como partes o Município autor e o ex-titular da Prefeitura, a competência,* ratione personae, *é do Juízo Estadual*" (STJ, CC 22.022/PB, Primeira Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 06.11.98).

"*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação indenizatória movida por município contra ex-prefeito. Repasse de verbas federais. União Federal. Manifestação de desinteresse na lide. Justiça estadual. - I. Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória movida por município contra ex-prefeito, pela não-aplicação de verbas federais repassadas por força de convênio, objetivando a estruturação de estabelecimento de ensino da municipalidade*" (STJ, CC 23.721/CE, Primeira Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 09.12.98).

Essa orientação não foi adotada só pelo Tribunal de Justiça de nosso Estado. Os outros tribunais estaduais, em sua quase-totalidade, também firmaram posição majoritária neste sentido, como se infere pelo seguinte julgado:

"*Agravo de instrumento. Ação civil pública. Competência. Indisponibilidade de bens. - I - A competência para processar e julgar ação civil pública movida em decorrência do desvio de verbas federais oriundas de convênio é da Justiça estadual. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça*" (Tribunal de Justiça de Rondônia, Proc. nº 99.001439-8, Rel. Des. Gabriel M. de Carvalho).

Com tais razões, despiciendas maiores delongas, restando patente a admissibilidade da ação civil pública, ante a presença de interesse do Município, patente também a competência da Justiça estadual.

No que tange à legitimidade do Ministério Público estadual para propor a ação, não vejo como dar guarida ao argumento do agravante, que afirma não possuir o *Parquet* do Estado de Minas Gerais a necessária legitimação para integrar o pólo ativo do feito.

Ao contrário do entendimento do agravante, considero que - como já foi alhures determinado -, uma vez existente o interesse do município, consubstanciado pela expectativa de ressarcimento aos cofres municipais, o Ministério Público estadual possui perfeita legitimidade ativa, de acordo com o entendimento da Lei 7.347/85.

Quanto a este aspecto, considero oportuna a transcrição de parte do voto proferido pelo douto Desembargador Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, em questão análoga (Proc. nº 226.567-6), onde o eminente Relator daquela apelação expõe claramente sua posição a respeito, *verbis*:

"Portanto, resulta que o objeto da presente ação se insere na hipótese preconizada no incisivo IV do art. 1º da referenciada legislação, por tratar-se da defesa do patrimônio coletivo, espelhado na tentativa de se recompor o alegado decréscimo do erário do Município de Campo Florido, em face de eventual prática de improbidade administrativa dos seus agentes políticos, conforme noticiado na peça de ingresso. E, entendendo-se que estes fatos podem ser deslindados na via da ação civil pública, por óbvio, presente é a possibilidade jurídica do pleito nela contido.

De outra face, como supra-enfocado, a Constituição da República de 1988 deu primazia à defesa do patrimônio público e, para isso, estendeu-a à ação civil pública (art. 129, III), que passou a adentrar na seara da ação popular, tornando-se via concorrente à finalidade de proteção aos bens públicos, razão por que facultado está ao Ministério Público o uso da ação civil pública, a tanto, sem que se retire legitimidade dos cidadãos ao manejo da ação popular à mesma finalidade.

A propósito, leciona ÉDIS MILARÉ, v.g.:

'Ora, passando a ação civil pública a ter por objeto também a proteção do patrimônio público, que sempre foi o cerne e a razão de ser da ação popular constitucional, a conclusão inelutável a que se chega é que esses instrumentos processuais têm finalidade comum, pois que, até certo ponto, visam a tutela de idêntico bem jurídico - o patrimônio público, e que, por isso, deve ser uniformemente conceituado (observe-se a correspondência de terminologia empregada pela Constituição ao tratar dos dois institutos nos arts. 5º, LXX, e 129, III). Aliás, não é por outra razão que, de um ponto de vista amplo, a ação popular é também considerada uma ação civil pública, apenas com rótulos e agentes diferentes, na medida em que, como esta, tem em mira, precipuamente, a defesa de um interesse público, e não a satisfação de um direito subjetivo próprio'" (*Ação Civil Pública*, Editora RT, 1ª ed., p. 23/24).

Dessa forma, sendo o caso de ação civil pública, e já estabelecida a competência da Justiça estadual, perfeita é a legitimação do Ministério Público de Minas Gerais para o ajuizamento do feito em questão. Da mesma forma já entendeu o egrégio STJ:

"- 1. O MP é parte legítima para propor ação civil pública contendo pretensão do erário público ser ressarcido por danos sofridos pela malversação de verbas destinadas a atendimento de necessidades da sociedade.

- 2. Interpretação das Leis 7.347/1985, art. 1º, IV; 8.078/1990, art. 110; 8.429/1992, arts. 5º e 17, e Lei 8.625/1993 (LONMP), art. 25, IV, b.

- 3. Evidencia-se que a sistemática adotada pelos diplomas legais supramencionados compreende permissibilidade para o MP agir no sentido de proteger o patrimônio público. Essa função, além de se apresentar prevista na Carta Magna, figura, de modo expressivo, nos dispositivos infraconstitucionais quando faz referência a outros interesses difusos ou coletivos que o MP deve proteger" (REsp 132.107/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 13.11.97).

Com essas considerações, também resta demonstrado o interesse de agir do Ministério Público estadual.

Assim, e de acordo com as razões retro-expendidas, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - A matéria tratada no presente agravo está a exigir do julgador de primeiro grau redobrada atenção.

É de reiterada jurisprudência que, sem que haja prestação de contas pelo município, perante a entidade federal, fornecedora da verba, que se diz mal-aplicada, não há como ser acionada a ação civil pública, eis que ainda não caracterizado o prejuízo a ser ressarcido.

Tal matéria, entretanto, haverá de ser examinada nos autos principais, e não em simples agravo de outros objetivos.

Com tais reservas é que acompanho os votos que me precederam.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - FILHO FALECIDO - LEGITIMIDADE DA MÃE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO - PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E DOS ARTS. 1º, III, E 5º, X, DA CF/88

- À luz do princípio da operabilidade da prestação jurisdicional contido no novo Código Civil Brasileiro e diante das disposições do art. 12 do mesmo Código e dos arts. 1º, III, e 5º, X, da CF/88, a mãe possui legitimidade ativa para propor ação de investigação de paternidade, visando operacionalizar o direito de ver a dicção da Justiça acerca da paternidade de seu finado filho, haja vista que a filiação diz respeito a garantias asseguradas expressamente pela Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade de sua intimidade, de sua vida privada, de sua honra e de sua imagem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 277.681-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Mãe autora - Legitimidade ativa *ad causam* -

Princípio da operabilidade - Inteligência dos arts. 1°, III, e 5°, X, da CR; art. 12 do novo CCB. - A ação de investigação de paternidade pode ser proposta pela mãe, à luz do princípio da operabilidade e segundo a inteligência dos arts. 1°, III, e 5°, X, da CR; art. 12 do Código Civil de 2002. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, a Drª. Viviane Tompe Souza.

O Sr. Des. Nilson Reis - Ouvi com muita atenção a ilustre advogada e vou pedir vista dos autos.

Súmula - PEDIU, O RELATOR, VISTA DOS AUTOS, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL DA ADVOGADA DA APELANTE.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Francisco Figueiredo) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11.03.2003, a pedido do Relator, após sustentação oral da advogada da apelante.

Com a palavra o Des. Nilson Reis.

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de ação de investigação de paternidade póstuma, ajuizada por A.A.R., em face de P.E.S.

Por correto, adoto o relatório constante da sentença de fls. 34/35-TJ.

Acresço que o processo foi extinto, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam* e impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 363 do Código Civil, c/c art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Inconformada, apela a vencida (fls. 36/42-TJ), atacando o mérito da decisão objurgada.

Sem contra-razões.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 53/55-TJ, opina pela manutenção da sentença.

Assim relatados, passo à decisão.

Narra a apelante que manteve um relacionamento amoroso como o apelado, do qual resultou o nascimento de P.F.R. Não tendo o apelado assumido a paternidade, criou o filho sem ajuda, numa favela, valendo-se da

prostituição. O meio no qual estava sendo criado P.F.R., segundo a apelante, fez com que ele se envolvesse com o tráfico de entorpecentes, vindo a falecer aos dezessete (17) anos de idade, vítima de tocaia, com um tiro na cabeça.

Alegando falta de recursos para quitar as despesas assumidas com o funeral do filho, vale-se a apelante desta ação de investigação de paternidade, com o fito de obter o reconhecimento da paternidade e, logo em seguida, exigir do reconhecido pai que arque com as mesmas, ante a sua carência de recursos.

Sob a égide do Código Civil de 1916, a ação de investigação de paternidade, dada a sua natureza personalíssima, somente poderia ser intentada pelo próprio filho; sendo este menor, por seu representante legal, normalmente a mãe, que ajuizava a ação em nome do filho, e não em nome próprio.

MARIA HELENA DINIZ, na sua obra *Código Civil Anotado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 329-330, observava:

"*O filho, ou representante legal, se incapaz, qualquer que seja a origem de sua filiação, poderá pleitear judicialmente seu reconhecimento* (RT, *710:60, 625:172, 604:201, 674:232, 672:92, 541:102, 594:102, 596:101, 539:190, 530:202, 529:99, 589:194, 544:193, 534:111 e 201 e 551:108;* AJ, *107:373;* Ciência Jurídica, *62:163, 61:82, 31:14 e 89, 32:86, 45:299 e 162 e 20:128;* JB, *160:321, 158:247, 156:209, 163:196 e 237, 165:304; 162:316 e 167:288;* RTJ, *128:1268;* RJTJRS, *67:207) mediante ação ordinária* (RT, *542:260). Se, porventura, o investigante vier a falecer na pendência da lide, seus herdeiros poderão continuar a ação; porém, se vier a morrer antes de tê-la ajuizado, na opinião de alguns autores, faltará aos seus sucessores* legitimatio ad causam (RT, *265:261) para movê-la*".

Na espécie, ausente estaria a terceira condição que se identifica como legitimidade para agir (*legitimatio ad causam*), melhor dizendo, legitimidade ativa para a causa, requisito de identificação da titularidade da ação, pelo fato de que cabe ao filho, e não à mãe, ajuizar ação de investigação de paternidade, o ilustre Sentenciante sentenciou decretando a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com supedâneo no art. 363 do CC, c/c art. 267, inciso VI, do CPC.

Ocorre que o filho da autora-apelante morreu, como já dito, aos 17 (dezessete) anos de idade.

Muito embora a ação tenha sido proposta em 05.07.2001, portanto sob a égide do Código Civil de 1916, sendo a sentença prolatada em 27 de novembro daquele mesmo ano, por tratar-se a paternidade de direito da personalidade, constitucionalmente protegido, aplica-se, com vênia, ao caso *sub judice*, a norma insculpida no art. 12 do novo Código Civil.

A Constituição da República, em seu art. 1°, inciso III, protege o

direito à dignidade humana. E em seu art. 5º, X, tutela a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ora, um dos princípios fundamentais do novo Código Civil é o da operabilidade, que visa justamente operacionalizar, possibilitar, viabilizar a prestação jurisdicional.

MIGUEL REALE, em artigo intitulado *O Novo Código Civil Brasileiro*, publicado pela *Revista da Academia Paulista de Magistrados*, São Paulo, dezembro de 2001, nº 1, doutrina:

"*São previstos, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de 'indeterminação do preceito', cuja aplicação* in concreto *caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes...*

Somente assim se realiza o direito em sua concretude, *sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de jurisconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.*

Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, *ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma*".

Eis a disposição do art. 12 e seu parágrafo único:

"*Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau".

A filiação diz respeito à dignidade da pessoa humana, à sua intimidade, sua vida privada, sua honra. Tem importância capital para o desenvolvimento psicológico e emocional da pessoa. Daí a Constituição protegê-la.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA, em sua obra de peso *Direito Civil: Direito de Família*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, v. 6, p. 265-266, doutrina:

"*Todo ser humano tem pai e mãe. (...) Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.*

(...)

A filiação é, destarte, um estado, um status familiae, *tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado. O termo* filiação *exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram (...)*".

Destarte, a aplicação do mencionado art. 12 do novo CCB dá-se tão-somente porque a autora-apelante, tendo constitucionalmente assegurado o direito à dignidade de seu finado filho, bem como o direito à inviolabilidade de sua intimidade, de sua vida privada, de sua honra e de sua imagem, agora, sob a égide do novo Código Civil, pode operacionalizar seu direito de ver a dicção da Justiça acerca de sua paternidade.

Assim sendo, a despeito do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao apelo para cassar a sentença hostilizada, determinando que haja o regular desenvolvimento processual, admitindo-se a legitimidade ativa da autora-apelante.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - CUMULAÇÃO COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE PLEITEADA - ALTERAÇÃO DO NOME DO INVESTIGANTE - INCLUSÃO DO NOME DO PAI BIOLÓGICO - CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA INAFASTÁVEL - EVENTUAIS TRANSTORNOS EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DO NOME - COMPETÊNCIA DO INVESTIGANTE PARA SUPRIMI-LOS

- Na ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, uma vez comprovado, por intermédio de exame de DNA, que o pai biológico do investigante não é aquele que o registrou, a conseqüência jurídica é a anulação do registro civil, com a alteração do nome do investigante, excluindo o nome do pai que o havia registrado e incluindo o nome do seu verdadeiro pai.

- Compete ao investigante diligenciar à sociedade para dizer de sua nova realidade, a fim de evitar eventuais transtornos decorrentes da alteração do nome pelo qual é conhecido no meio social.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 278.213-4/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Investigação de paternidade c/c anulação de registro civil - Reconhecimento da paternidade pleiteada - Alteração do nome do investigante - Inclusão do nome do pai biológico - Conseqüência jurídica inafastável. - Na ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, uma vez comprovado, através de exame de DNA, que o pai biológico do investigante não é aquele que o registrou, a conseqüência jurídica é a anulação do registro civil, com a alteração do nome do investigante, excluindo o nome do pai que o havia registrado e incluindo o nome do seu verdadeiro pai. - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2003. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Otaviano José da Silveira.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de ação de investigação de paternidade c/c anulação de registro civil ajuizada por D.P. em face de J.R.M., que é o investigado, e D.P., que registrou o apelado como se fosse seu filho.

O ilustre Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, para reconhecer o erro no registro de nascimento do apelado quanto ao nome do seu pai e avós paternos, determinando a retificação do registro civil, a fim de que o apelado passe a se chamar D.R.M., filho de J.R.M., tendo como avós paternos J.R.S. e B.M.S. (fls. 87/88).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, representado pelo ilustre Promotor de Justiça, Dr. José Acácio Arruda, interpôs o presente recurso, pretendendo que o nome pelo qual o apelado é conhecido no meio social - D.P. - seja mantido, sem, contudo, impedir-lhe de adotar o nome de família paterno - M. -, passando a se chamar D.P.M.

Regularmente intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 93/105).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Carlos Eduardo Mafra Cavalcanti, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 116/118).

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

No caso dos autos, restou comprovado que o verdadeiro pai biológico do apelado é J.R.M., e não D.P., que havia registrado o apelado como seu filho.

Dessa forma, reconhecendo-se a paternidade de J.R.M., a conseqüência jurídica é a anulação do registro civil, não mais se discutindo acerca do direito de o apelado alterar o seu nome de família.

Ora, se restou excluída a paternidade de D.P., que havia registrado o apelado como seu filho, não há razão alguma para o apelado manter o nome de uma pessoa com quem não guarda qualquer vínculo de parentesco.

Não se trata aqui de alteração do nome requerida pelo interessado e prevista no artigo 56 da Lei de Registros Públicos, mas de conseqüência jurídica do direito conferido ao apelado de ostentar o nome de família do seu verdadeiro pai biológico.

Sobre o tema, peço vênia ao apelado para transcrever a jurisprudência deste eg. TJMG citada nas suas contra-razões recursais:

"*Apelação Cível nº 214.005-1 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): S.C. - Apelado(s): L.M.S. - Relator: Exmo. Sr. Des. José Francisco Bueno.*

Ementa: Impugnação à paternidade constante de registro. Pretensão ajuizada pelo filho cumulada com investigatória dirigida contra o pai biológico. Reconhecimento do pedido em audiência, após exame de DNA. Sentença que determina a retificação no registro civil, alterando o patronímico de família paterna do registrado. Conseqüência jurídica do reconhecimento e direito do filho de ostentar os apelidos da família paterna. Inocorrência de decisão ultra petita. *Apelação improvida*" (fl. 100).

Ressalte-se que o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Carlos Eduardo Mafra Cavalcanti, opinou pelo desprovimento do recurso interposto pelo Ministério Público, sob a alegação de que "*é direito inquestionável do apelado ter os apelidos da família do seu verdadeiro pai e, não obstante a preocupação do Dr. Promotor em querer facilitar a vida do Apelado, neste aspecto, cabe somente a ele, apelado, diligenciar junto à sociedade para dizer de sua nova realidade*" (fl. 118).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - AÇÃO PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS CONTRIBUINTES DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS EM FACE DO IPSEMG - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS DOS SERVIDORES - ASSOCIAÇÃO E SINDICATO - COEXISTÊNCIA - POSSIBILIDADE

- A Associação de Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais tem legitimidade ativa *ad causam* para, na defesa dos interesses de seus associados, propor ação de exibição de documentos em face do Ipsemg. O direito à obtenção de informações e documentos é garantido por norma da Constituição Federal e pelo próprio estatuto do Ipsemg.

- A existência do Sindicato dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais não constitui empecilho para que esses servidores criem uma associação para defesa de seus interesses e direitos em face do Estado ou do Ipsemg.

- O fato de a Associação não haver realizado assembléia específica para obter autorização para pleitear em juízo direito de seus filiados nem apresentar relação dos associados interessados não lhe retira a legitimidade, se o faz amparada em cláusula específica constante do respectivo estatuto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 279.815-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Ação de exibição de documentos - Articulação por associação - Procedência parcial - Recurso de apelação - Confirmação da sentença, no reexame necessário. - Na defesa dos interesses de seus associados, a autora maneja direito a informações e documentos, garantido por norma constitucional e pelo próprio estatuto do Ipsemg.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, APÓS REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2003. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação aviada contra a r. sentença que, após rejeitar preliminares, julgou parcialmente procedente pedido de exibição de documentos, determinando

ao réu apresentar, em original ou por cópias, aqueles relativos ao cumprimento do termo de negociação de dívida entre o Estado de Minas Gerais e o Ipsemg, além daqueles que demonstrem o valor dos recolhimentos das contribuições previdenciárias e dos repasses feitos.

Em suas razões, após requerer fosse atribuído o efeito suspensivo ao recurso, o apelante alega, em resumo:

- a ilegitimidade ativa, não havendo autorização legal ou extraordinária para a autora estar em juízo, além do que existente outra entidade representante dos direitos dos servidores estaduais;

- ausência de individuação dos documentos, tendo a sentença extrapolado a pretensão, determinando o que não se pediu;

- não se ter indicado a finalidade da prova, sequer se mencionando a ação a ser proposta, nos termos dos artigos 356, inciso II, 844 e 845 do CPC.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Fica rejeitada a preliminar de deserção da apelação: se não bastasse motivar a aplicação da pena apenas a falta de preparo ou a irregularidade deste, o procurador da autarquia tem poderes conferidos por lei, constituindo mera irregularidade a ausência de instrumento de delegação.

O recebimento do presente recurso em ambos os efeitos fora desafiado por agravo de instrumento, de que fui Relator, registrado sob o nº 265.905-0.

Evidentemente, a questão foi nele examinada, sendo aqui descabida nova apreciação.

A apelada, já que não obtivera administrativamente as informações e documentos, ajuizou a presente ação de exibição, que disse fundada nos interesses e direitos de seus associados, pretendendo saber do apelante, estando preocupada com alterações do sistema previdenciário:

- o montante atual da reserva técnica do fundo de previdência, bem como se existente um projeto de planejamento da aplicação dos recursos;

- se o Governo do Estado estaria repassando mensalmente os valores de contribuição dos servidores, bem como as de empregador e quais os valores repassados mensalmente;

- se, ainda, estaria ele quitando as parcelas relativas ao débito dos anos de 1985 a 1998.

O pedido mereceu parcial acolhimento:

"para determinar que o Ipsemg exiba, em Juízo, em original ou por cópias, os documentos relativos ao cumprimento do termo de negociação de dívida (fls. 75/77), bem como os que

demonstrem o valor dos recolhimentos das contribuições previdenciárias e dos repasses feitos, de acordo com o pedido, no prazo de cinco dias".

Por óbvio, não há que se falar em qualquer extrapolação de julgamento.

Como bem demonstrado em primeiro grau, o direito de obtenção de informações e documentos decorre da Constituição da República e do próprio Estatuto do Ipsemg, deste valendo a transcrição do seu art. 283:

"*O Ipsemg se submeterá aos princípios éticos que resguardem a probidade, a credibilidade, a moralidade administrativa e o respeito aos direitos dos seus beneficiários, dando acesso a informações sobre seus atos administrativos, necessariamente publicados no órgão oficial, aos interessados diretos, à comunidade e aos veículos de comunicação*".

Aliás, também se adotando os mesmos fundamentos de sentenciar, tal direito fora articulado por entidade a representar, através de seu Diretor-Presidente, legitimamente os interesses de seus associados, por isso mesmo descabida era a alegação de ilegitimidade ativa, do r. *decisum* cabendo também a extração:

"*Então, ainda que se entenda não ser mais necessário o registro no Ministério do Trabalho, mas apenas no Registro das Pessoas Jurídicas, não pode haver duas ou mais organizações sindicais da mesma categoria profissional ou econômica na mesma base territorial (art. 8°, inciso II/CF).*

Fiz essa digressão, para examinar a legitimidade ativa da autora, pois também funciona o Sindicato dos Servidores do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais-SISIPSEMG (veja-se Processo n° 02401.548.013-0), que tem mais ou menos a mesma finalidade da Associação autora.

No entanto, nada impede que os servidores possam criar associação de defesa de seus interesses, como a autora.

(...)

Por isso, a finalidade essencial da associação, em princípio, segundo os seus estatutos, é defender os interesses dos seus associados perante o Estado de Minas Gerais e o Ipsemg.

O fato de a autora não haver realizado assembléia específica para obter autorização para o ingresso da presente ação nem apresentar relação de todos os seus associados interessados não lhe retira a legitimidade.

A jurisprudência é toda no sentido de que:

"*Constitucional. Processual civil. Entidades sindicais. Defesa dos direitos individuais dos associados. Lei 8.073/90. Legitimidade* ad causam. *Substituto processual. Entendimento consagrado pela carta magna de 1988, art. 5°, XXI. Recurso especial. Pressupostos.*

- A Lei n° 8.073/90 conferiu às entidades sindicais e associações de classe nela mencionadas legitimidade ad causam *para representar em Juízo seus associados, confirmando o entendimento proclamado pela nova Carta Magna, que expressamente conferiu aos sindicatos e às entidades de classe legitimidade para a defesa judicial dos direitos de seus filiados, quando expressamente autorizados (CF, art. 5°, XXV).*

- Estando o sindicato regularmente constituído e em normal funcionamento, tem o mesmo legitimidade para, na qualidade de substituto processual, postular em Juízo em prol dos direitos da categoria, independentemente de autorização em assembléia geral, sendo suficiente a cláusula específica constante do respectivo estatuto.

- Recurso Especial conhecido e provido. (REsp 204.449/RJ; Recurso Especial (1999/0015474-6) Fonte: *DJ* data: 07.06.1999. p. 146, Relator Min. Vicente Leal (1103), data da decisão 18.05.1999. Órgão julgador: T6 - Sexta Turma)".

Não as comportando, nem se diga que tais informações podiam ser conseguidas por balanços contábeis publicados no *Diário Oficial*, como quis o apelante.

Por fim, não se negue dirigida a articulação à obtenção de dados por interessados diretos, pouco importando se se falou no ajuizamento ou não de ação principal, cuja propositura possa mesmo depender do exame da documentação requerida.

Com estes fundamentos, no reexame necessário, *confirmo a sentença*, tendo por prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, APÓS REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

-:::-

ARROLAMENTO DE BENS - DIVÓRCIO LITIGIOSO - CASAMENTO - REGIME - COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - INFORMAÇÕES SOBRE SALDO EM CONTA-CORRENTE - INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO SIGILO BANCÁRIO - REQUISIÇÃO JUDICIAL - DEFERIMENTO DO PEDIDO - POSSIBILIDADE

- Em ação cautelar de arrolamento de bens decorrente de divórcio litigioso, deve deferir-se o pedido de informação sobre o saldo bancário existente, pois as instituições financeiras, em razão do sigilo bancário, não fornecem informações sobre contas bancárias, sua titularidade e o montante de seus saldos.

No caso, o deferimento de tal pedido não macula a garantia constitucional do sigilo bancário, porquanto referido saldo pertence também ao cônjuge casado em regime de comunhão universal de bens. Assim, para que não seja prejudicado numa futura partilha, é de direito que saiba o acervo de bens que pertence ao casal. E, para que isso efetivamente ocorra, é necessário que se lhe garanta o acesso a informações sobre a existência de eventuais contas bancárias, o que se obtém por meio de requisição judicial.

AGRAVO Nº 279.963-3/00 - Comarca de Governador Valadares - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Arrolamento de bens - Divórcio litigioso - Comunhão universal de bens - Pedido de informações sobre saldo bancário - Inocorrência de ofensa ao sigilo bancário. - O pedido de informações sobre saldo bancário eventualmente existente deve ser acolhido, porquanto é sabido que as instituições financeiras, em razão do sigilo bancário, não fornecem informações sobre a existência de contas bancárias, sua titularidade e o montante de seus saldos. No caso, o deferimento do pedido de informações não macula a garantia constitucional do sigilo bancário, porquanto o saldo bancário, eventualmente existente, pertence também à agravante, já que, por ser casada em regime de comunhão universal de bens, tem ela direito à metade de tudo que pertence ao agravado. Assim, para que ela não seja prejudicada numa futura partilha, é de direito que ela saiba qual o acervo de bens que pertence ao casal. E, na espécie, para que isso, efetivamente, ocorra, é necessário que se lhe garanta o acesso a informações sobre a existência de eventuais contas bancárias, o que se obtém por meio de requisição judicial.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto por O.O.C. contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares que, nos autos de uma ação cautelar de arrolamento de bens proposta pela agravante em face de J.R.C., ora parte apelada, indeferiu os pedidos da agravante de solicitação de informações para o Banco do Brasil e para os Cartórios de Registros de Imóveis de Conselheiro Pena e Galiléia e de impedir o agravado de realização de negócios.

Em razões recursais de fls. 02/06-TJ, a agravante alega que: a) os saldos bancários não são informados a terceiros, porquanto protegidos pelo sigilo que os cerca. Todavia, tal óbice é superado pela requisição judicial que, no caso em tela, deve ser deferida, visto que se protege a meação da agravante; b) a verificação nos Cartórios de Registros de Imóveis das Comarcas de Conselheiro Pena e Galiléia, embora se possa admitir que tais documentos possuem caráter público e assim qualquer do povo, desde que interessado, poderia conhecê-los; no caso dos autos, a obtenção de tais informações se torna difícil, já que o agravado, por ser pessoa influente e poderosa em toda a região, poderia impedir o acesso aos dados dos Cartórios; c) o impedimento de a Receita Estadual emitir guia para venda de gado pertencente ao agravado, se justifica pelo fato de o patrimônio do casal estar sendo dilapidado. Pede, por tais motivos, o provimento do recurso.

Decisão de fl. 26-TJ admitindo o recurso e indeferindo o pedido de efeito ativo ao recurso.

Recurso contra-arrazoado, às fls. 48/50-TJ, sendo pugnando o seu não-provimento.

Parecer do douto Procurador de Justiça Nelson Rosenvald, às fls. 116/119-TJ, opinando pelo não-provimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

São três os pedidos que a agravante pretende sejam acolhidos por este Tribunal: a) informações sobre os saldos bancários, eventualmente, existentes nas agências do Banco do Brasil das Cidades de Galiléia e Conselheiro Pena; b) informações sobre a existência de bens nos Cartórios de Registros de Imóveis das Comarcas de Conselheiro Pena e Galiléia; c) impedimento de a Receita Estadual emitir guia para venda de gado pertencente ao agravado.

O pedido de informações sobre saldo bancário eventualmente existente nas agências do Banco do Brasil de Galiléia e Conselheiro Pena deve ser acolhido, porquanto é sabido que as instituições financeiras, em razão do sigilo bancário, não fornecem informações sobre a existência de contas bancárias, a titularidade dessas contas e o montante de seus saldos.

No caso, o deferimento do pedido supramencionado não macula a garantia constitucional do sigilo bancário, porquanto o saldo bancário, eventualmente existente, pertence também à agravante, já que, por ser casada em regime de comunhão universal de bens, tem ela direito à metade de tudo que pertence ao agravado. Assim, para que ela não seja prejudicada numa futura partilha, é de direito que ela saiba qual o acervo de bens que pertence ao casal. E, na espécie, para que isso, efetivamente, ocorra, é necessário que se lhe garanta o acesso a informações sobre a existência de eventuais contas bancárias, o que se obtém por meio de requisição judicial.

O segundo pedido deve ser indeferido, visto que, conforme reconhecido pela própria agravante em suas razões recursais, as informações sobre a existência de bens imóveis são de caráter público, bastando a recorrente requerê-las nos Cartórios de Registros de Imóveis das Comarcas de Conselheiro Pena e Galiléia.

O argumento de que a obtenção de tais informações se torna difícil, já que o agravado, por ser pessoa influente e poderosa em toda a região, poderia impedir o acesso aos dados dos cartórios, além de restar incomprovado, não me parece plausível, devendo, pois, ser ignorado.

Por fim, o pedido à Receita Estadual para que não emita guia para venda de gado pertencente ao agravado não deve ser acolhido, pois o arrolamento deve ser aplicado, como medida mais branda do que o seqüestro, de modo que não se deve impedir ou restringir o exercício de atos normais de administração. Lado outro, tal pedido parece-me não possuir efeitos práticos, tendo em vista que os bens arrolados ficarão depositados judicialmente. Assim, qualquer tentativa de venda de bens deverá ser sempre precedida de autorização judicial, do contrário, sofrerá o depositário as conseqüências legais de seu ato de disposição do bem.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, para deferir a requisição judicial de informações acerca dos saldos bancários eventualmente existentes nas agências bancárias do Banco do Brasil em Galiléia e Conselheiro Pena.

Custas recursais, na proporção de cinqüenta por cento para cada parte. Por litigar sob o pálio da justiça gratuita, fica a agravante delas isenta.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula : DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - BUEIRO ABERTO EM VIA PÚBLICA - ACIDENTE DE VEÍCULO - AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DO MOTORISTA - DANOS MATERIAIS - INDENIZAÇÃO - ADMISSIBILIDADE

- Não comprovada a culpa exclusiva ou concorrente do motorista, o município, em face de sua responsabilidade objetiva, tem a obrigação de reparar os danos materiais decorrentes de acidente envolvendo veículo que cai em bueiro aberto no meio de via pública desprovida de sinalização adequada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.257-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Direito Civil - Responsabilidade civil do município - Bueiro aberto em via pública - Acidente de motocicleta - Teoria da culpa objetiva - Indenização devida - Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de sentença sujeita ao duplo grau obrigatório e à apelação (fls. 57/61) interposta pelo Município de Belo Horizonte contra a sentença (fls. 50/55) que julgou procedente o pedido de ação ordinária de indenização por danos materiais ajuizada por Valdevino Ferrari, condenando o réu ao ressarcimento dos prejuízos, nos termos do "menor orçamento" no valor de R$402,20, corrigido monetariamente a partir da citação, além das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$100,00.

Sustenta o apelante que o acidente ocorreu por culpa do condutor da motocicleta e que o boletim de ocorrência policial levou em conta as declarações da própria vítima.

Não houve contra-razões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença (fls. 69/70).

Tendo em vista a data da sentença, que é anterior à alteração havida no art. 475 do CPC com a Lei nº 10.352, de 26.12.01, conheço da remessa oficial, tanto quanto da apelação.

Discute-se, nos autos, a questão da responsabilidade civil decorrente de omissão imputada ao Município, que é responsável pela manutenção e recuperação das vias públicas.

É de se ver que, nos dias atuais, impera a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco, em que o Poder Público deve indenizar, independentemente de culpa do agente causador do dano, exigindo-se, apenas, o nexo de causalidade entre a ocorrência do fato e o dever de atuação positiva ou negativa da entidade pública.

Na espécie, o ora apelado, na condução de sua motocicleta, caiu dentro de um bueiro, que estava sem tampa, vindo a sofrer danos corporais

leves e consideráveis danos materiais em seu veículo.

Com efeito, a ocorrência lavrada no boletim policial (fls. 06/09) foi corroborada pelo depoimento de testemunha (fls. 47/48), que afirmou ter presenciado o momento em que o "*autor retirava a sua motocicleta de um bueiro aberto no meio da Avenida Antônio Carlos*", e que "*realmente o bueiro estava destampado e não havia no local qualquer sinalização a respeito*".

Por sua vez, possível culpa exclusiva ou concorrente do autor não restou evidenciada, nem que tenha agido com imperícia ou que, por imprudência, desenvolvesse, então, velocidade incompatível com o local.

Ora, tranqüila jurisprudência orienta no sentido de que o Poder Público municipal tem obrigação de reparar, em função da teoria do risco, os prejuízos causados em acidente ocorrido em via urbana que esteja em má condição para o tráfego e sem sinalização adequada.

É como está, por exemplo, no seguinte acórdão:

"*Responsabilidade civil do Estado - Bueiro aberto em via pública - Acidente de veículo - Indenização devida. - Em face da teoria da culpa objetiva do Estado, é devida indenização ao proprietário de veículo que, trafegando em via pública, cai em bueiro aberto, sofrendo o veículo várias avarias*" (Apelação Cível nº 76.065/2 - Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago).

Assim sendo, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicada apelação.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

LIXO HOSPITALAR - COLETA - SUSPENSÃO - INADMISSIBILIDADE - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - SUPERINTENDÊNCIA DE LIMPEZA URBANA-SLU

- Cabendo à Superintendência de Limpeza Urbana-SLU, autarquia do Município de Belo Horizonte, a exploração exclusiva de coleta de lixo, que é serviço público e de interesse de toda a coletividade, não pode aquela suspender a coleta de lixo hospitalar, sob o pretexto de que esse serviço é especial, custeado por preço público estabelecido em contrato, cujo descumprimento, por parte do usuário, legitimaria a suspensão da coleta de lixo pelo prestador do serviço.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 281.283-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Município de Belo Horizonte - SLU - Coleta de lixo hospitalar. - Cabendo à Superintendência de Limpeza Urbana-SLU, autarquia do Município de Belo Horizonte, a exploração exclusiva de coleta de lixo, que é serviço público e de interesse de toda a coletividade, não pode aquela suspender a coleta de lixo hospitalar, sob o pretexto de que esse serviço é especial, custeado por preço público estabelecido em contrato, cujo descumprimento, por parte do usuário, legitimaria a suspensão da coleta de lixo pelo prestador do serviço.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2003. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - A MMª. Juíza em exercício na 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte concedeu a segurança impetrada pela Fundação Educacional Lucas Machado, Feluma, mantenedora da Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais e administradora do Ambulatório Afonso Silviano Brandão e do Hospital Universitário São José, para determinar à autoridade coatora, titular da Superintendência de Limpeza Urbana do Município, que "*não suspenda o serviço de coleta de resíduos*" produzidos nos estabelecimentos da impetrante, pois se trata de serviço da saúde, imprescindível e de interesse de toda a população.

Sem prejuízo da remessa oficial, para o reexame necessário, apelou da sentença a autarquia municipal, alegando que a douta Juíza de primeiro grau confundiu preço público com tributo, atribuindo esta última qualificação jurídica ao preço que a recorrente cobra, com base em contrato de direito privado, para a prestação de serviço especial de coleta de lixo hospitalar.

Tratando-se de uma relação puramente contratual, regida unicamente pela lei civil, não se lhe afigura possível exigir de um dos contratantes o cumprimento de sua obrigação se o outro não cumpre a parte que lhe cabe no ajuste, qual seja, o pagamento do serviço.

Ressaltando, finalmente, que lhe assiste o direito de deixar de prestar o serviço especial, pois a apelada não vem cumprindo a sua obrigação de pagar o preço pactuado, pede a reforma da sentença e a denegação da ordem impetrada.

Não há contra-razões.

Em substancioso parecer, o douto Procurador de Justiça opina pelo conhecimento de ambos os recursos e pela confirmação da sentença.

Conheço da remessa oficial e da apelação voluntária.

Independentemente da questão levantada nas razões recursais, sobre ser preço público, e não taxa, a remuneração pela coleta diferenciada de lixo hospitalar, a sentença deixou bem claro que o serviço de coleta e disposição de lixo, sobretudo de lixo hospitalar, tem grande relevância para a saúde de toda a população, sendo serviço essencial, cuja prestação não pode sofrer, em hipótese alguma, solução de continuidade.

No caso dos autos, e relativamente ao Município de Belo Horizonte, a prestação desse serviço é atribuição exclusiva da SLU, entidade autárquica especificamente criada para essa finalidade (Leis 2.220/73, 2.968/78, 6.290/92 - fls. 39/76).

Entretanto, sob o pretexto de que a Feluma não vinha pagando pelo serviço de coleta especial de lixo, a autarquia municipal ameaçou suspender tal atividade, como meio de forçá-la a assinar termo de compromisso, comprometendo-se "a quitar o seu débito existente junto à SLU..." (fl. 14).

Com todo acerto pontuou a ilustrada Juíza sentenciante:

"*Por essas razões, conclui-se que é ilegal a ameaça de interrupção de coleta de resíduos pelo órgão público em face do contribuinte inadimplente, restando à Municipalidade buscar nas vias judiciais a cobrança do tributo...*" (fl. 121).

Trata-se de conclusão inteiramente procedente, com base na qual foi concedida a segurança impetrada, que outro objetivo não tinha, senão a continuação do serviço pela autarquia que deve prestá-lo.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença por seus próprios e bem-lançados fundamentos, ao mesmo tempo em que julgo prejudicada a apelação da autarquia.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE - SUPRESSÃO - AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - ILEGALIDADE

- O dever imposto à Administração Pública de anular os atos ilegais não a exime de demonstrar essa nulidade por intermédio do devido processo legal, com todos os seus consectários. Assim, considerar-se-á ilegal a supressão do pagamento de gratificação de produtividade, que era paga regularmente a servidor municipal, sem que lhe seja permitido ampla defesa em regular processo administrativo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 281.519-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Servidor municipal - Gratificação de produtividade - Supressão unilateral - Devido processo legal - Natureza alimentar da verba - Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição e atacada por regular recurso (fls. 320-328), por ter, afastando a argüição preliminar de inexistência de direito líquido e certo, concedido o mandado de segurança impetrado por Margarida Maria de Lourdes Cardoso Ribeiro e outros ex-servidores contra ato do Secretário Municipal de Coordenação e Administração de Recursos Humanos de Belo Horizonte, que determinou o pagamento proporcional da gratificação de produtividade fiscal fazendária (GAFF), antes paga integralmente, sem que lhes fosse assegurado o contraditório (fls. 310-315).

Em seu apelo, sustenta o Município que os apelados não têm direito à manutenção da gratificação integral, sendo que, tratando-se de atos nulos, seria dispensável a instauração de procedimento específico, além de que os atos administrativos podem ser revistos e invalidados pela Administração (fls. 320-328).

Houve contra-razões, e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença.

Conheço da espécie, por ambos os motivos da subida dos autos.

A alegação de inexistência de direito líquido e certo é questão que se confunde com o próprio mérito da segurança, devendo, como tal, ser analisada.

Quanto ao mérito, conforme se colhe dos autos, os impetrantes, todos ex-servidores da administração fazendária municipal aposentados proporcionalmente, vinham sendo contemplados com a gratificação integral de produtividade fiscal fazendária prevista na Lei nº 2.165/73, até janeiro de 1999, quando foram surpreendidos com ato da autoridade coatora que reduziu o seu pagamento, em razão de decisão proferida em processo administrativo em desfavor de Ângelo Augusto Flores de Carvalho, sem que lhes fosse aberta prévia oportunidade de defesa, lembrando ainda, que, posteriormente, sentença confirmada por esta Quinta Câmara Cível anulou aquela decisão administrativa, restabelecendo o pagamento integral da gratificação de produtividade (fls. 214-219).

Constou do acórdão relatado pelo Des. Francisco Bueno:

"*O corte da gratificação integralmente concedida aos impetrantes, através de ato da autoridade impetrada, induvidosamente lesiona direito líquido e certo deles, a ser amparado pela ação mandamental, considerando que a Lei Maior Federal assegura a todos o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV).*

Na espécie, como esclarecido na sentença, a redução operada decorreu de ato administrativo unilateral e estranho à vigilância dos impetrantes, que somente tomaram ciência da decisão restritiva de seu direito depois de praticados, logo, outro não poderia ser o posicionamento da Sentenciante senão o de conceder a segurança" (fls. 218).

Na hipótese dos autos, o próprio Município noticiou que os ex-servidores recebiam a integralidade da gratificação de produtividade e que em janeiro de 1999 este pagamento passou a ser proporcional, com a previsão de futura abertura de procedimento administrativo (fls. 124-127).

E a farta documentação constante dos autos mostra que a autoridade coatora não garantiu, então, o mínimo de defesa aos impetrantes.

Ora, conquanto possa a Administração Pública invalidar seus atos ilegais, tal faculdade não pode prescindir da necessária garantia do devido processo legal, com todos os seus consectários.

Ademais, com mais razão, em caso de supressão de vantagem incorporada ao vencimento, de caráter alimentar, impõe-se a observância da garantia constitucional.

Em hipótese similar, a propósito de supressão da gratificação de incentivo à docência, decidiu este Tribunal:

"*Servidor público - Gratificação - Supressão. - É ilegal tanto a supressão do benefício sem o devido processo legal quanto o desconto em folha sem a concordância do servidor*". (Apelação Cível nº 197.356-9, Rel. Des. Garcia Leão)

Por fim, a propósito da prescrição qüinqüenal que é privilégio deferido à Administração Pública, ao contrário da visão dos autores-apelados, bem ponderou HELY LOPES MEIRELLES que não há prazo determinado para a invalidação do ato ilegal, salvo quando norma legal assim o fixar expressamente (cf. *Direito Municipal Brasileiro*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 190).

Assim sendo, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicada a apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - AJUIZAMENTO PELO MUNICÍPIO - PARTICULAR - CONSTRUÇÃO EM VIA PÚBLICA - ESBULHO CONFIGURADO - LAUDO TÉCNICO CONCLUSIVO - OITIVA DE TESTEMUNHAS - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO DO PROPRIETÁRIO AO RESSARCIMENTO DAS PERDAS E DANOS - IMPOSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - HONORÁRIOS DE PERITO - PAGAMENTO - CONDENAÇÃO - SUSPENSÃO DA EXIGÊNCIA - PETIÇÃO RECURSAL - INÉPCIA - INEXISTÊNCIA

- A inépcia da petição recursal não pode ser reconhecida, porque tal figura inexiste no direito brasileiro.

- Em ação de reintegração de posse, quando o laudo técnico é conclusivo e demonstra que a construção foi feita sobre a via pública, pode-se dispensar a oitiva de testemunhas sem que isso configure cerceamento de defesa.

- A simples e vaga alegação de que o povo ficou impossibilitado de utilizar a via pública devido à construção de imóvel particular naquele local não é suficiente para justificar a condenação do proprietário da construção a ressarcimento de perdas e danos ao município.

- Litigando sob o pálio da gratuidade de justiça, a parte vencida poderá ser condenada ao pagamento dos honorários periciais, todavia essa exigência ficará suspensa, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 283.344-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Ação de reintegração de posse - Ajuizamento pelo município - Configuração do esbulho - Via pública - Acolhimento da pretensão - Recursos de apelação e adesivo - Desprovimento daquele, provimento parcial deste. - Sendo suficientes, as provas revelam construção sobre via pública, não tendo que se falar em cerceamento de defesa. Vencida, cabe a condenação da requerida ao pagamento de despesas processuais, observados os limites da assistência judiciária concedida. Sendo lícito ao autor cumular, nada impede a cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2003. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação aviada contra a r. sentença que acolheu a pretensão articulada, para reintegrar o autor na posse de via pública.

Em suas razões, a apelante sustenta, em resumo:

- primeiro, na ocorrência de cerceamento de defesa, desde que não realizada a requerida e deferida prova testemunhal, através do que demonstraria a posse mansa e pacífica desde a aquisição da área, para tanto não podendo ter serventia apenas a pericial, que teria até disposto indevidamente sobre questão não proposta;

- depois, na nulidade da r. decisão, tendo sido proferida fora do pedido formulado;

- finalmente, na ausência de prova dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, no que tange a turbação ou esbulho.

O apelado apresentou contra-razões, nelas argüindo preliminar de intempestividade do recurso e de inépcia da petição recursal e, ainda, pugnando pela manutenção do r. *decisum* .

Na mesma oportunidade, o apelado também apresentou recurso adesivo, fundado:

- a uma, na não-concessão das perdas e danos pleiteados, posto que as pessoas teriam ficado impossibilitadas de usar a via, apurando-se o valor da indenização por liquidação da sentença;

- a duas, na ausência de cominação de pena em caso de novo esbulho, por força e determinação do art. 921, inciso II, do CPC;

- a três, na falta de condenação da parte adversa na restituição dos honorários periciais que adiantou.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso principal e provimento parcial do adesivo, para se condenar a ré ao pagamento dos honorários periciais, ficando suspensa tal obrigação, nos termos da Lei de Assistência Judiciária.

Conheço da apelação, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Rejeito a preliminar de intempestividade.

O recurso fora interposto no último dia do prazo (14.02.2002), já que, intimada a recorrente em 27.12.2001, a contagem iniciou-se no dia seguinte e se suspendeu em 1º.01.2002. Reiniciada a contagem em 1º.02.2002, o prazo terminava em 10.02.2002, sábado de carnaval, pelo que se prorrogou, então, até a quinta-feira, dia 14.02.2002.

Por inteiramente descabida, também rejeito a preliminar de "*inépcia da petição recursal*", à inexistência da figura apontada.

Conheço também do recurso adesivo, presentes seus pressupostos.

Com base nas provas produzidas, em especial a pericial, o digno Magistrado acolheu a pretensão posta em ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de Belo Horizonte em desfavor de Anderlúcia Martins da Silva, fundada na ocorrência de esbulho e invasão de bem público.

Do cerceamento de defesa.

As provas indicadas dão conta do esbulho havido, revelando a construção de casa pela requerida sobre logradouro público.

Criterioso, o laudo foi conclusivo: "*a construção foi edificada no meio de uma via pública, ficando impedido assim o uso da coletividade*".

Por isso mesmo dispensável agora a oitiva de testemunhas, mesmo para se provar o exercício de posse mansa e pacífica desde a aquisição, mais valendo tendo-se como objeto bem público.

Não havia que se falar, pois, em cerceamento de defesa, pelo que rejeito a preliminar.

Porque atendera a pretensão à reintegração, nem houve julgamento fora do pedido, *data venia*.

Aliás, embora tenha apresentado dispositivo de procedência do pedido, o *decisum* acolheu apenas um dos pedidos formulados.

E descabia mesmo a articulação para condenar a requerida em perdas e danos, não sendo bastante a simples e vaga alegação de que impossibilitado o povo de utilizar a via pública.

De outro lado, era lícito ao autor cumular o pedido de "*cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho*" (art. 921, inciso II, do CPC).

Bem como cumpria ao Magistrado condenar a requerida ao pagamento das despesas contraídas pelo requerente com o pagamento dos honorários periciais, nos termos do art. 20 do CPC, *in verbis*:

"*A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria*".

Com tais considerações, nego provimento ao recurso principal e dou provimento parcial ao recurso adesivo, para:

- primeiro, cominar pena diária de R$ 50,00 (cinqüenta reais) até o limite do valor atribuído pelo Sr. Perito às "apontadas benfeitorias", devendo incidir a partir da intimação descumprida da requerida para a desocupação da área;

- segundo, condenar a requerida a restituir ao autor os valores despendidos com os honorários periciais, para tanto ficando suspensa a exigência, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060, de 05.01.50, à concessão da assistência judiciária.

Sem custas.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula: REJEITARAM AS PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO ADESIVO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - ADMISSÃO SOB O REGIME CELETISTA - REINTEGRAÇÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL

- Os conflitos relativos à ação de reintegração funcional devem ser dirimidos pela Justiça comum estadual não obstante tenha sido o servidor admitido sob a égide do regime celetista.

AGRAVO Nº 284.892-7/00 - Comarca de Mariana - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA.

Ementa oficial: Ação de reintegração funcional - Cobrança - Competência: Justiça do Trabalho - Recurso. - É de ser

reformada decisão que, em ação de reintegração funcional, com cumulação de cobrança, entende ser de competência da especializada do Trabalho, quando tal competência é mesmo da Justiça comum, embora tenha sido o servidor admitido pela CLT. - Decisão reformada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Os fundamentos de fato e de direito, colocados no recurso e retratados no relatório, que fica fazendo parte integrante do presente voto, estão a autorizar o provimento do presente recurso.

Com efeito, o que se vê dos autos é que os agravantes propuseram contra o Município de Mariana uma ação de reintegração funcional, cumulada com cobrança, ao fundamento de que foram admitidos, mediante concurso público, pelo regime celetista e foram exonerados no período do estágio probatório, sem o devido processo legal e o direito de ampla defesa.

O agravado, defendendo-se na ação, levantou a preliminar de que competente para o julgamento da referida causa era a Justiça Especializada do Trabalho, e não a Justiça comum, tese que foi acolhida pelo douto Magistrado de primeiro grau e, com isso, remeteu os autos para a Comarca de Ouro Preto.

Daí decorrente o presente recurso, em que os agravantes sustentam a tese de que a competência é mesmo da Justiça comum, e não da Justiça do Trabalho.

Assiste-lhe razão.

Não importa que tenham sido eles admitidos pelo regime celetista no serviço público municipal e que, por época de sua nomeação, já existisse no Município o denominado regime jurídico único.

Assim, celetistas ou estatutários, competente para julgar a ação que eles propuseram contra o Município é a Justiça Comum, e não a Especializada do Trabalho, como tem entendido este egrégio Tribunal de Justiça, assim:

"*Compete à Justiça Comum Estadual, e não à Justiça do Trabalho, dirimir os conflitos relativos à legalidade ou não da dispensa de servidor público regido pela CLT, que, à época da Constituição Federal de 1988,*

contava com mais de cinco anos de prestação de serviço à Administração Pública" ("*Jurisprudência Mineira*" - v. 119/119).

"*A partir da Constituição de 1988, que determina a adoção do Regime Jurídico Único, qualquer relação de trabalho com a União, Estados e Municípios é estatutária, e os conflitos dela decorrentes deverão ser julgados pela Justiça Comum, à luz dos princípios de Direito Administrativo*" ("*Jurisprudência Mineira*" - v. 141 - p. 119).

Entendimento idêntico foi adotado no colendo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 449-2; na ADIN 492-1; e, ainda, neste egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 92.631-1, também da Comarca de Mariana.

Dentro dessa linha, o meu entendimento em decisão anterior, como se vê da Apelação Cível n. 223.530-7/00, da Comarca de Manga, da qual fui Relator.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, para, reformando a decisão agravada, declarar competente, para o julgamento da causa, a Justiça Comum da Comarca de Mariana.

Custas, pelo agravado.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM - ESSENCIALIDADE - TÍTULO DE CRÉDITO - PRINCÍPIO DA ABSTRAÇÃO - NÃO-PREVALÊNCIA

- O princípio da abstração, próprio dos títulos de crédito, não prevalece para fins de falência, devendo o credor sempre demonstrar a origem dos mesmos, ou seja, o negócio subjacente. Não restando demonstrada a origem dos títulos, deve a habilitação ser julgada improcedente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 285.318-2/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito - Demonstração da origem - Essencialidade - Título de crédito - Princípio da abstração - Não-prevalência. - O princípio da abstração, próprio dos títulos de crédito, não prevalece para fins de falência, devendo o credor sempre demonstrar a origem dos mesmos, ou seja, o negócio subjacente. Não restando demonstrada a origem dos títulos, deve a habilitação ser julgada improcedente. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls. 39/41-TJ, que julgou improcedente o pedido de habilitação de crédito formulado por Fortunato de Pinho Tavares, nos autos da falência de Frigoarnaldo Ind. e Com. Ltda.

As razões das partes e o parecer da Procuradoria de Justiça foram objeto de sucinta reportagem no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de pedido de habilitação de crédito, materializado por um cheque, ínsito à fl. 04-TJ.

Precipuamente, insta frisar não prevalecer, em relação à falência, o princípio da abstração, consistente na impossibilidade de discussão da *causa debendi* dos títulos de crédito, como é o caso do cheque, pois, para fins de habilitação de crédito em falência, além dos requisitos da inicial, do art. 282 do CPC, incumbe ao credor expor e comprovar os requisitos do art. 82 da Lei 7.661/45, dentre os quais ressai a demonstração da origem do crédito, que diz respeito à exposição da causa subjacente ao título, ou seja, da prova do negócio jurídico realizado.

Sobre o tema dispõe TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE:

"*Por origem se entende, em princípio, o negócio, o fato ou as circunstâncias de que provém a obrigação do falido. É a causa eficiente* (causa efficiens)*, a causa certa, como diz o art. 129, III, do Cód. Com., da qual deriva a obrigação. Daí ser necessário, ainda mesmo para aqueles créditos que se materializam nos documentos, que lhe servem de forma legal (letra de câmbio e nota promissória), a denúncia da causa que provocou seu nascimento*" (*Comentários à Lei de Falência*, 1999, RJ, Editora Revista dos Tribunais).

Portanto, deveria ter o habilitante comprovado devidamente a origem de seu crédito, o que não se constatou neste feito.

Conclui-se deste modo, porque, além de o título não estar registrado

nos livros, nem na documentação do falido, consoante prova pericial às fls. 30/32-TJ, a prova trazida aos autos, às fls. 24/26-TJ, mostra-se confusa, sendo que não se constata o *quantum* da mercadoria, nem a ligação com o crédito objeto da presente lide.

Alegou o apelante ter o perito realizado sua busca nos livros comerciais e documentação da empresa em data errônea, qual seja, 21 de setembro de 1998, pois como está escrito no cheque "*bom para 21.09.1998*", presume-se que foi ele emitido anteriormente, devendo a busca ser realizada em outra data.

Entretanto, deve-se salientar que os débitos são registrados nos livros e documentos na data do pagamento, o que nos força a concluir que estaria inscrito na data constante na perícia. Ademais, constata-se à fl. 04-TJ ser a data do cheque a mesma da perícia, ou seja, 21 de setembro de 1998.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MULTA DE TRÂNSITO - APARELHO DE MEDIÇÃO - REGISTROS CLAROS - VALOR DEVIDO

- Se a multa de trânsito foi aplicada após apuração da infração por aparelho de medição que traz registros claros e inquestionáveis, em obediência à Resolução nº 23/1998, do Contran, seu valor é devido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 286.385-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Multa de trânsito - Aparelho de medição - Registros claros - Valor devido. - Se a multa de trânsito foi aplicada após apuração da infração por aparelho de medição que traz registros claros e inquestionáveis, em obediência à Resolução nº 23/1998, do Contran, seu valor é devido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, em causa própria, o Dr. Marcus Vinicius Fernandes Vieira.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos da ação anulatória de multa por infração administrativa das leis de trânsito, formulada por Marcus Vinícius Fernandes Vieira contra a BHTrans, cujo pedido foi julgado improcedente e condenado o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Insurge-se o vencido contra a sentença, pretendendo a sua modificação com a procedência do pedido ao argumento, em resumo, de que se trata de multa nula por ofensa ao princípio da ampla defesa na esfera administrativa.

Aduz o apelante que inúmeras são as pessoas vítimas de registros equivocados de radares, sendo certo que comprovou, através de testemunhas, não haver ultrapassado a velocidade permitida para o local.

Por fim, acrescentou que a Resolução 136, de 02.04.2002, do Contran, alterou o valor das multas, dada a extinção da UFIR, daí mais uma razão para anular o valor da multa aposto no auto e que o valor dos honorários fixados é elevado, correspondendo a quase metade do valor atribuído à multa, devendo ser reduzido.

De plano, ao exame dos autos, vê-se que o apelante/autor foi devidamente notificado pela autoridade de trânsito responsável, por transitar em velocidade superior a mais de 20% da máxima permitida para o local em vias de trânsito rápido e vias arteriais, infração codificada com o nº 6.220, consoante art. 218, I, *b*, do Código Nacional de Trânsito (fls. 10).

Conforme se observa da mencionada notificação de infração, o autor/recorrente teria transgredido a legislação de trânsito, na Av. dos Andradas, sentido Centro-Bairro, altura do número 4.020, em 13.11.2000, às 22h28m, em velocidade apontada de 80 km/h, no veículo placa JXZ-8540, quando o limite permitido para o local seria de apenas 60 km/h.

Do mesmo auto se extrai a informação de que tais constatações teriam sido registradas pelo equipamento Brascontrol BRI 4000, modelo BRI0023B certificado no Inmetro sob o nº 8363394.

Consoante Resolução 23/1998, do Contran, o aparelho de medição de velocidade de operação autônoma deve ser capaz de registrar, de forma clara e inquestionável, a identificação do veículo, sendo esta composta de requisitos essenciais como: a placa, o modelo e a marca do veículo.

Com efeito, é o que consta da referida Resolução nº 23, de 22.05.1998, que define e estabelece os requisitos mínimos necessários para autorização e instalação de instrumentos eletrônicos de medição de velocidade de operação autônoma, conforme o § 2º do art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro.

"*Art. 1º. Definir que Instrumento de Medição de Velocidade de Operação Autônoma é aquele que registra e disponibiliza as informações de forma adequada, dispensando a presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito no local da infração, viabilizando a comprovação da infração.*

Art. 2º. Os requisitos básicos necessários para a instalação dos Instrumentos de Medição de Velocidade de Operação Autônoma são:

I - estar aprovado e certificado pelo Inmetro-Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualificação ou entidade por ele credenciada, atendendo aos requisitos técnicos estabelecidos pelo Contran e legislação metrológica em vigor;

II - passar por verificação anual do Inmetro ou entidade por ele credenciada, ou quando for observada alguma irregularidade no seu funcionamento ou após sofrer manutenção;

III - estar dotado de dispositivo que registre, de forma clara e inequívoca, as seguintes informações:

a) identificação do equipamento;

b) data, local e hora da infração;

c) identificação do veículo:

1. placa;

2. marca/modelo;

d) a velocidade regulamentada e a velocidade do veículo.

Art. 3º. A autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via disporá sobre a instalação e operação dos instrumentos...".

Trata-se, pois, de requisitos essenciais e indispensáveis para serem capazes de dar segurança tanto ao Estado como ao proprietário do veículo, quanto à regularidade, legalidade e legitimidade da aplicação da pena ao infrator das normas regulamentares de trânsito.

Pois bem, ao exame da notificação encaminhada/recebida regularmente pelo recorrente (fls. 68), que foram atendidas as exigências legais e, embora não tenha vindo naquela notificação as fotografias e a prova de que o aparelho de medição estivesse certificado e aferido pelo Inmetro, vê-se que estas provas vieram aos autos com a defesa (fls. 66 e 69-70).

Das referidas fotografias apresentadas vê-se a perfeita identificação do veículo de propriedade da recorrente.

Certo que também veio aos autos o laudo de verificação metrológica expedido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial-Inmetro (fls. 71), onde se observa uma pequena diferença nas medições feitas, entre a velocidade do padrão (P) em km/h e o Instrumento (I), km/h, que chegou a 1,70 km/h, aprovado porque dentro do erro máximo admitido para a espécie/marca/modelo do medidor fixo, de mais ou menos 3 km/h até 100 km/h ou mais ou menos 3% acima de 100 km/h.

Na hipótese dos autos, a velocidade do automóvel conduzido pelo apelante naquele momento da medição era de 80 km/h, e a velocidade permitida para o local era de 60 km/h; considerando a possibilidade de erro/variação na apuração da velocidade apontada pelo dito radar, esta seria aquela atestada pelo Inmetro, ou seja, mais ou menos 3 km/h, que, na hipótese, ainda que considerada, não afastaria a ocorrência efetiva da transgressão à legislação de trânsito, pois que superior ainda em 20% àquela permitida para o local e que se elevaria a 63 km/h e estaria superior a 75,6 km/h [60+3+12,6 (20%) = 75,6 km/h].

Por fim, como bem salientou o ilustre Sentenciante, de ser anotado, que o autor/apelante não conseguiu demonstrar por prova inconteste e concreta, a irregularidade na aplicação da penalidade, sendo certo que, ainda que não tivesse tido essa oportunidade na esfera administrativa, poderia tê-lo feito agora, perante o Judiciário; prevalece, por conseqüência, a prova documental e técnica já referida.

Daí por que a constatação, na hipótese específica, de que se trata de autuação legal, pois presentes os requisitos essenciais e indispensáveis à caracterização da infração disposta no art. 218, I, *b*, do CTB.

No que tange à pretensão do apelante de aplicação da Resolução nº 136, de 02.04.2002, que teria alterado o valor das multas, com base em medida provisória de 26.10.2000, de ser anotado que referida disposição não tem efeito retroativo e não se aplica às penalidades anteriores à sua vigência, como é a hipótese dos autos.

Por fim, quanto à pretensão do apelante de redução dos honorários advocatícios, a hipótese era mesmo de aplicação do § 4º do art. 20 do CPC, desde que se trata de causa de pequeno valor e cujos honorários devem ser estabelecidos consoante apreciação eqüitativa do julgador, considerando os critérios objetivos constantes das letras *a*, *b* e *c* do § 3º, do mesmo artigo, nada obstando, entretanto, que seja fixado em percentual sobre o valor atribuído à causa.

Nas circunstâncias, considerando os referidos critérios, o valor perseguido e a menor complexidade da matéria, justo e razoável seja reduzido o valor dos honorários, fixando-os em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa, não impugnado.

Com tais razões, *dá-se parcial provimento à apelação,* apenas, para reduzir o valor estabelecido para os

honorários advocatícios, a ser apurado, na forma acima.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - ICMS - CONTRIBUINTE EM SITUAÇÃO IRREGULAR - INSCRIÇÃO ESTADUAL BLOQUEADA - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 28 DA LEI ESTADUAL Nº 14.062/01

- Somente aos contribuintes que estiverem em situação regular perante o Fisco é concedido o direito de usufruir os benefícios contidos no art. 28 da Lei Estadual nº 14.062/01. Assim, àquele que se encontra com a inscrição estadual bloqueada é vedado o aproveitamento de quaisquer créditos, inclusive de ICMS, já que sua situação perante o Fisco é irregular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 287.381-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Lei Estadual nº 14.062/01. - Somente aos contribuintes que estiverem com regular situação perante o Fisco, de modo a poder aproveitar regularmente créditos de ICMS, é concedido o direito de usufruir os benefícios contidos no artigo 28 da Lei Estadual nº 14.062/01.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Conheço do recurso.

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por VL Comercial Ltda., contra ato apontado como ilegal e abusivo, de lavra do Procurador Regional da Fazenda Pública Estadual, consubstanciado no indeferimento de sua pretensão de efetuar pagamento de crédito tributário com os favores instituídos pelo artigo 28 da Lei Estadual nº 14.062, de 20 de novembro de 2001.

À fl. 14 foi deferida a liminar.

Informações da autoridade coatora à fl. 17, defendendo o ato hostilizado.

Pela sentença de fls. 31 foi denegada a segurança e revogada a liminar anteriormente concedida.

Inconformada, a impetrante oferta o recurso de fls. 41, sustentando a ilegalidade do ato e requerendo a reforma da decisão.

O apelo foi contrariado à fl. 50.

Parecer da PGJ à fl. 64 opinando pelo não-provimento do recurso.

O deslinde do *writ* para correta análise do artigo 28 da Lei Estadual nº 14.062/01, de onde se colhe:

"*Nos casos em que o pagamento do crédito tributário ensejar a apropriação do imposto, fica dispensado o pagamento deste, desde que recolhidas as multas e os juros respectivos, nos termos a na forma desta lei*".

A orientação do artigo é a de que, se o pagamento do crédito tributário gerar crédito escritural ao contribuinte, como resultado desse pagamento, ele fica dispensado.

À fl. 11 o Fisco esclarece que "*os PTAs em epígrafe se referem à falta de pagamento e/ou pagamento a menor de ICMS na importação de mercadoria do exterior. Em tese, a quitação dos créditos tributários ensejaria direito à apropriação do valor do ICMS como crédito*".

Dos autos conclui-se que à apelante, que se encontra com sua inscrição estadual bloqueada, é vedado o aproveitamento de quaisquer créditos, já que sua situação perante o Fisco é irregular. Estando a inscrição estadual bloqueada, a escrituração de débitos e créditos perante o Fisco não ocorre, impedindo a acolhida de suas pretensões.

A intenção do legislador com o dispositivo legal em evidência é dispensar um pagamento que gerasse um crédito subseqüente. Se o crédito não pode ser utilizado, o pagamento não está dispensado.

Finalmente, não se acolhe a premissa inserta nas razões recursais de que a apelante, por ter aproveitado o crédito, não agora, mas por ocasião da ocorrência do fato gerador, a importação, poderia se beneficiar da lei.

Em primeiro lugar, não comprovou a apelante o aproveitamento do crédito nas condições indicadas. Em segundo, agasalhar o pleito seria suprimir imposto devido pela apelante, que já teria aproveitado o crédito, mas não recolhido o imposto, nem agora, nem à época do fato gerador. O que a lei busca é dispensar o pagamento que enseje aproveitamento de crédito. Por óbvio, ao dispensar o pagamento, a lei não autoriza o aproveitamento do crédito. Se esse já ocorreu, a situação igualmente foge ao alcance da lei.

O artigo 28 da Lei Estadual nº 14.062/01 tem em seu campo de abrangência apenas contribuintes em situação fiscal regular, contra os quais tenha sido constituído crédito tributário, cujo pagamento geraria crédito de ICMS. Além de dispensar o pagamento do imposto nessa hipótese, a lei autorizou redução de multa e juros.

Com o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - MERCADORIA APREENDIDA PELO IEF - CARVÃO DE ORIGEM NATIVA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - LIDE TEMERÁRIA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO

- Diante da comprovação de que o impetrante transportava carvão de origem nativa e de que os documentos utilizados para o transporte do produto eram pertinentes ao transporte de floresta plantada, bem como já haviam sido anteriormente utilizados em outro transporte, caracterizado está o delito que legitima o ato administrativo de apreensão de mercadoria, a resultar na denegação da ordem impetrada.

- Demonstrado que o ajuizamento da ação mandamental precedeu à audiência e decisão em Juizado Especial, não há que se imputar à impetrante a responsabilidade de litigância de má-fé por lide temerária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 288.675-2/00 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Mercadoria apreendida pelo IEF - Carvão de origem nativa - Ausência de direito líquido e certo - Diante da comprovação de que o impetrante transportava carvão de origem nativa e de que os documentos utilizados para o transporte do produto eram pertinentes ao transporte de floresta plantada, bem como já haviam sido anteriormente utilizados em outro transporte, caracterizado está o delito que legitima o ato administrativo de apreensão de mercadoria, a resultar na denegação da ordem impetrada. - Litigância de má-fé - Lide temerária - Não-caracterização. - Demonstrado

que o ajuizamento da ação mandamental precedeu à audiência e decisão em Juizado Especial, não há que se imputar à impetrante a responsabilidade de litigância de má-fé por lide temerária.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2003. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Antônio Luiz Vieira em face do Chefe do Escritório do IEF-Instituto Estadual de Florestas, objetivando a liberação de carga de carvão vegetal, dita por ele apreendida e sob seu depósito. Afirma o impetrante que a mercadoria era transportada regularmente, eis que presentes os documentos fiscais necessários, quais sejam, nota fiscal avulsa de produtor e guia de controle ambiental-GCA. Pede a concessão de liminar, para suspender os efeitos do ato impugnado, liberando, a seu favor, a mercadoria apreendida. Ao final, pugna pela concessão definitiva da segurança.

À fl. 26, o douto Juiz monocrático defere a liminar pleiteada.

Em suas informações de fls. 38/47, a autoridade impetrada aduz, preliminarmente, carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, eis que o ato de apreensão da mercadoria se apresenta legal. Diz, ainda, da ilegitimidade passiva, porquanto a apreensão da mercadoria se deu por ato da Polícia Militar, em patrulhamento rodoviário, sendo a autoridade impetrada apenas depositária da carga apreendida. Defende a regularidade e legitimidade da apreensão procedida, eis que os documentos que acobertavam a mercadoria já haviam sido utilizados anteriormente, em outro transporte, tendo sido, inclusive, visados pelo agente fiscalizador. Pede a penalização do impetrante como "litigante de má-fé" e, ao final, a denegação da ordem.

Em manifestação de fls. 85, a ilustre RMP noticia a aceitação pela impetrante de transação penal sobre os fatos, realizada em audiência em Juizado Especial, pelo que requer a remessa de cópia do processado à OAB e à Depol, para as providências cabíveis. Segue parecer de fls. 86/88, em que opina pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e pela denegação da segurança.

Em sentença de fls. 90/92, o MM. Juiz singular, reconhecendo a ilegitimidade passiva da impetrada e a viabilidade legal da apreensão, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 10.561/91, declara o processo extinto, sem julgamento

de mérito, ao fundamento do artigo 267, VI, do CPC, revogando a liminar anteriormente deferida. Reputa ao impetrante a prática de litigância de má-fé, posto que já celebrara transação judicial a respeito dos mesmos fatos, versando sobre a aludida nota fiscal, reutilizada, imputando-lhe, por assim ser, a multa de R$12,00 (doze reais). Determina, ainda, que a OAB-MG e o Depol de Conselheiro Lafaiete sejam oficiados, com a cópia integral do processo.

Inconformado, o apelante interpõe o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, sob as seguintes alegações: que o produto apreendido foi depositado no IEF, ficando este órgão, na pessoa do Chefe do Escritório, responsável pela mercadoria apreendida; que o apelante estava munido de documentação necessária para o transporte do produto, ou seja, nota fiscal avulsa de produtor e guia de controle ambiental; que inexiste nos autos a prova de que o carvão fosse de origem inativa; que o apelante, ao aceitar a transação no Juizado Especial, sob os fatos ora versados, não assumiu a sua culpa; que do acordo realizado no Juizado Especial constou apenas a condenação do apelante em prestação de serviços; e que dois dias após a realização do acordo, o ilustre Promotor de Justiça do Juizado Especial Criminal, Dr. Joaquim José Miranda, requereu que a mercadoria apreendida fosse destinada a uma instituição, mas sem que o apelante tomasse conhecimento do pedido.

Regularmente intimado, o apelado deixou de apresentar contra-razões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-conhecimento do recurso, por intempestividade e, no mérito, pelo desprovimento do mesmo (fls. 137/142).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Entendo não se fazer presente, *in casu*, a ilegitimidade passiva do apelado.

É que, embora não tenha sido por ele praticado o ato de apreensão combatido, o Chefe do Escritório do IEF o endossou e se fez representar nos autos, prestando informações, nas quais *defende o ato impugnado, afirmando ser o mesmo regular.* Ao assim agir, tornou-se parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação mandamental, conforme pacífica orientação de nossos Pretórios:

"*De qualquer modo, porém, se a pessoa jurídica de direito público intervém no processo e defende o ato impugnado, fica regularizada a situação, não cabendo a declaração de extinção do processo* (RJTJESP, *88/177, 103/165, 108/174, bem fundamentado, 109/151,* RTJE, *164/260)*" (nota ao art. 1° da Lei MS - *CPC Comentado*, THEOTONIO NEGRÃO - Saraiva, 4ª ed., 1999).

Passo a analisar o *meritum causae.*

Infere-se dos autos que o apelante, na condição de motorista de caminhão, transportava carga de carvão, do Município de Lamim para o Município de Alfredo Vasconcelos, ambos situados no Estado de Minas Gerais, quando teve a mercadoria apreendida por Policial Militar, na zona rural de Conselheiro Lafaiete, com base no artigo 25, I e II, da Lei Estadual n° 10.561/91 (fls. 14).

Conforme termo circunstanciado de ocorrência lavrado pela Polícia Militar de Minas Gerais, a mercadoria apreendida foi depositada no Instituto Estadual de Florestas-IEF (fls. 75).

Observa-se que restou comprovado nos autos, através do Boletim de Ocorrência n° 1.736/01, lavrado pela Polícia Militar de Minas Gerais (fls. 74), gozando, portanto, de presunção legal de veracidade, que, no momento da fiscalização da mercadoria, o apelante apresentou ao policial militar nota fiscal, guia de controle ambiental e selo ambiental anteriormente já apresentados, quando transportava mercadoria idêntica, no veículo Ford Cargo, placa GKO-4009. Constatada a reutilização do documento fiscal pela ora impetrante, o policial militar deu voz de prisão em flagrante delito ao mesmo, procedendo, em seguida, à apreensão do veículo e da carga irregularmente transportada, aplicando-lhe, ainda, multa no valor de R$10.422,00 (fls. 74).

Ressalte-se, ainda, que, conforme laudo técnico elaborado pelo IEF, que também goza de presunção legal de veracidade, constata-se que o carvão apreendido é de origem nativa, sendo que os documentos utilizados para o transporte do produto eram pertinentes a floresta plantada (eucalipto) - fls. 76.

Ora, diante de tais considerações, dúvidas não existem quanto à configuração de delito contra o meio ambiente e quanto à legalidade e regularidade da apreensão procedida, ato este que encontra amparo no art. 25, inciso II, da Lei Estadual n° 10.561/91, *verbis*:

"*Art. 25. As ações ou omissões contrárias às disposições desta lei sujeitam os infratores às penalidades constantes no anexo, sem prejuízo da reparação do dano ambiental e de outras sanções legais cabíveis, tendo como referência os seguintes parâmetros, conforme regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo:*

(...)

II - apreensão".

Quanto à imputação ao apelante da prática de litigância de má-fé, entendo, porém, deva ser revista a decisão.

Certo que consta dos autos que os fatos ora em discussão também foram levados ao Juizado Especial da Comarca de Conselheiro Lafaiete e que a audiência ali realizada ocorreu no dia 20.11.2001 (fls. 109), quando então se proferiu decisão judicial, com aplicação a ela, ora impetrante, de pena de prestação de serviço à comunidade, pelo prazo de 1 (um) mês. Entretanto, a ação mandamental já havia sido, então, distribuída em 19.01.01 (fls. 25). De se

convir que, em face da solução judicial nessa acordada, recomendável seria que a impetrante se tivesse diligenciado, no sentido de desistir da ação, e não insistir no seu intento de obter solução que se lhe apresentasse mais vantajosa. Tal procedimento, entretanto, não pode ser visto com os rigores que caracterizam a litigância de má-fé, muito menos por lide temerária, a resultar na aplicação de penalidade e na severa conduta de ordem judicial para expedição de ofício à OAB-Ordem dos Advogados do Brasil contra a advogada que representa a impetrante no feito.

Por assim entender, confirmo a sentença, na parte que denegou a segurança impetrada, reformando-a apenas em parte, para dela decotar a condenação da impetrante, pela prática de litigância de má-fé, bem como a ordem judicial, que dela decorreria, de comunicação à OAB.

Com essas considerações, *dou parcial provimento* ao recurso.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL - ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - PROFESSOR - DISPENSA AO TÉRMINO DO ANO LETIVO - RECONTRATAÇÃO NO INÍCIO DAS AULAS - TEMPO DE SERVIÇO - CARÁTER CONTINUADO

- Deve ser reconhecida a estabilidade do art. 19 do ADCT da Constituição Federal/88 ao professor que era "dispensado" ao término do ano letivo e recontratado tão logo iniciadas as aulas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 290.016-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Deve ser reconhecida a estabilidade do artigo 19 do ADCT da Constituição Federal ao professor que era "dispensado" ao término do ano letivo e recontratado tão logo iniciadas as aulas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso interposto porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria José Dias, fls. 192/195, à sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, fls. 185/187, que julgou improcedente o pedido em ação ordinária que buscava a declaração da estabilidade constitucional da autora, prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal Brasileira.

Aduz a apelante que as funções de magistério têm natureza perene, sendo a educação dever do Estado, que necessita de quadro de pessoal permanente junto às escolas estaduais. Dessa forma, sustenta seu direito à estabilidade constitucional, nos termos do artigo 19 do ADCT, não inviabilizando a sua pretensão pequenos lapsos temporais decorrentes da burocracia estatal que não descaracterizam a continuidade dos serviços por ela prestados à Administração Pública Estadual.

Revendo a posição que esposei anteriormente para adequá-la ao entendimento do STF, entendo assistir razão à apelante.

No julgamento do Recurso Extraordinário 158.448-MG, o STF assim se posicionou:

"*Estabilidade - Servidores não concursados - Tempo de serviço - Caráter continuado - Alcance do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. - Descabe ter como conflitante com o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 provimento judicial em que se reconhece a estabilidade em hipótese na qual professor, ao término do ano letivo, era 'dispensado' e recontratado tão logo iniciadas as aulas. Os princípios da continuidade, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé obstaculizam defesa do Estado em torno das interrupções e, portanto, da ausência de prestação de serviços por cinco anos continuados de modo a impedir a aquisição da estabilidade*" (RE - 158.448/MG - Relator: Min. Marco Aurélio - j. 29.06.1998).

Peço vênia para transcrever parte do voto do Relator do recurso, Ministro Marco Aurélio:

"*As ora Recorridas foram contratadas, de forma sucessiva, para ministrar aulas. É que o Estado, tendo em conta os términos dos anos letivos, deu ensejo a desligamentos periódicos e a novas contratações, isso relativamente aos anos de 1976 a 1989, relativamente a Geralda Dias Pontes, e de 1977 a 1988, quanto a Maria das Graças Osório Gomes. Em última análise, no campo da economia, olvidando*

o princípio da continuidade da prestação dos serviços, bem como as peculiaridades da atuação dos professores, o Estado procedeu a desligamentos, ignorando a realidade, ou seja, a necessidade de ter que contar com a mão-de-obra no ano letivo subseqüente, tanto assim que, ao depois, promovia contratações. É certo que o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao prever relativamente àqueles que foram admitidos sem concurso público a estabilidade, trouxe à balha preceito revelador da impossibilidade de desligamento no tocante aos que, à época da promulgação da Carta de 1988, contavam com cinco anos continuados de serviços. Indaga-se: a norma constitucional exclui a possibilidade de se concluir pela estabilidade em hipóteses como a dos autos? A resposta é desenganadamente negativa. As contratações sucessivas, desprezando-se situação peculiar, implicou inegável prejuízo para as Recorridas. Mais do que isso: tenho-as como verdadeira simulação, porquanto o objetivo do Estado jamais foi dispensar mão-de-obra. Buscou, mediante procedimento dos mais criticáveis, obter vantagem, não remunerando as Recorridas no espaço de tempo em que desnecessárias as aulas em face das férias escolares. O preceito do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao prever o tempo de cinco anos continuados de serviços, para concluir-se pela estabilidade, afasta, tão-somente, aquelas hipóteses em que houve a cessação da relação jurídica e, passado um certo período, o restabelecimento, pressupondo-se situação de absoluta normalidade, o que não ocorreu no caso dos autos. Em síntese, não se pode vislumbrar ofensa, no caso, ao artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no que se homenageou a realidade, ou seja, afastou-se do cenário jurídico conseqüência de ato condenável do próprio Estado, no que, visando à economia no campo das despesas como o pessoal, procedeu a verdadeiras rupturas fictícias".

Este o entendimento da Suprema Corte também no AGRAG 218.323-SP:

"*Serviço público - Estabilidade - Tempo de serviço - Contratações e dispensas simultâneas - Artigo 19 do ADCT/88 - Alcance - Professores do Estado de São Paulo. - Longe fica de vulnerar o artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988 preceito de diploma maior local a encerrar a consideração, como contínuo, de tempo de serviço prestado por professores que, ao término de cada ano letivo, eram 'dispensados', para contratação imediata no início do ano letivo seguinte. Entre as interpretações possíveis, deve ser rechaçada aquela discrepante da realização do trinômio Lei-Direito-Justiça*" (AGRAG 218.323/SP - Relator: Min. Marco Aurélio - j.em 11.12.1998).

Em seu voto, concluiu o Ministro Relator Marco Aurélio:

"*Conforme ressaltado pela Corte, a controvérsia possui peculiaridades que levaram o próprio legislador constituinte estadual a criar ficção jurídica. Consignou- se que, no Estado de São Paulo, os professores contratados segundo os ditames da Lei nº 500/74 eram 'dispensados' em cada encerramento do ano letivo e recontratados no início do ano letivo seguinte. Ora, não se pode ver, no somatório dos períodos para efeito de concluir-se pela existência, ou não, da estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias, erronia na aplicação do preceito nele contido. Evidentemente, a exigibilidade da prestação dos serviços de forma contínua objetivou afastar aqueles casos em que realmente ocorreram relações jurídicas distintas. O preceito não pode servir de base à conclusão que encerre verdadeira injustiça, deixando-se, assim, de alcançar o objetivo maior do próprio Direito, o fim da norma jurídica*".

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, declarar a estabilidade constitucional da autora, nos termos do artigo 19 do ADCT da Constituição Federal, invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DECLARAÇÃO DE POBREZA - PROCURADOR COM PODERES ESPECIAIS - POSSIBILIDADE

- Para obtenção da assistência judiciária, pode a declaração de pobreza ser feita por procurador com poderes especiais para tanto.

AGRAVO Nº 290.179-1/00 - Comarca de Vazante - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Assistência judiciária - Declaração de pobreza - Procurador com poderes especiais - Indeferimento - Recurso. - A declaração de pobreza, para obtenção de assistência judiciária, pode conter a assinatura do próprio necessitado ou de procurador seu, com poderes especiais. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Os fundamentos de fato e de direito, colocados no leito do recurso e retratados no relatório, que fica fazendo parte integrante do presente voto, estão a justificar o provimento do presente recurso.

Com efeito, o que se vê dos autos é que o douto Magistrado de primeiro grau entendeu que a declaração de pobreza, para efeito de concessão de assistência judiciária, deve ser assinada pessoalmente pelo próprio necessitado da assistência, e não por procurador, ainda que tenha ele poderes especiais para tanto, decorrendo daí o recurso do agravante, que está a merecer, assim, o devido provimento.

Dispõe o art. 4° da Lei n° 1.060/50, que "*a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família*".

Ora, vê-se, na petição de conversão de separação judicial litigiosa em divórcio litigioso, que o agravante, por seu patrono, pediu "*liminarmente requer lhes* (sic) *sejam concedidos os benefícios da Justiça Gratuita, por ser pobre no sentido legal, não podendo custear as despesas do processo, sem prejuízos ao próprio sustento e ao de sua família*".

Atendido ficou, pois, o art. 4° da Lei 1.060/50.

Por outro lado, não procede o entendimento do douto Magistrado de primeiro grau no sentido de que a declaração de pobreza deve ser assinada pessoalmente pelo próprio necessitado, quando o referido art. 4° fala que basta a afirmação, na própria inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, quando, de modo geral, quem assina a petição é o advogado do necessitado, e não o próprio necessitado, a não ser quando o necessitado litiga em causa própria, o que não é o caso dos autos.

Além do mais, a jurisprudência tem admitido que os benefícios da assistência judiciária sejam requeridos por advogado, com poderes especiais, para declarar o próprio estado de pobreza.

"*O requerimento pode ser feito por procurador, desde que ateste a pobreza do interessado, sob as penas da lei*" (*JTA*, 117/135; *Lex-JTA*, 149/238).

"*A declaração de pobreza pode ser feita por procurador com poderes para o foro em geral, por não exigir o ato poderes especiais*" (*RJTE*, 167/114).

Na verdade, o art. 1° da Lei n. 7.115, de 29.8.83, não deixa a menor dúvida:

"*A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelos próprios interessados ou por procurador bastante, sob as penas da lei, presume-se verdadeira*".

Aliás, no julgamento da Apelação Cível 197.624, de 24.5.2001, deixei claro que "*a jurisprudência é no sentido de que o disposto no art. 4° da Lei n. 1.060/50 não colide como art. 5°, LXXIV, da Constituição Federal (RTJ, 105/367; STF-RT, 740/233; RSTJ, 57/412; RT, 708/88; JTJ, 200/214 e 201/236). Por outro lado, dispõe o art. 1° da Lei 7.115, de 29.8.83, que 'a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou procurador bastante com poderes especiais, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira'. Além do mais, para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário*" (*RSTJ*, 7/414; STF - *RT*, 755/183; STJ - *RF*, 329/236, 344/322; *JTA*, 169/15; *JTAEERGS*, 91/194).

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, para revogar a decisão agravada e declarar válida a declaração de pobreza firmada pelo procurador, com poderes especiais (fls. 9-TJ).

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

BEM PENHORADO - IMÓVEL - ADJUDICAÇÃO PARCIAL - INADMISSIBILIDADE - AVALIAÇÃO - VALOR SUPERIOR AO CRÉDITO - ADJUDICAÇÃO - DEPÓSITO DA DIFERENÇA - NECESSIDADE

- O art. 714 do CPC não permite a adjudicação parcial do bem, e sim a adjudicação da integralidade dele. O ordenamento processual não prevê hipótese de adjudicação de parte ideal do bem, proporcionalmente ao valor devido. Pode o credor adjudicar o bem se o valor da avaliação for superior ao seu crédito, mas deve depositar a diferença entre o valor deste e o do bem penhorado.

AGRAVO N° 290.548-7/00 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação de alimentos - Bem penhorado - Adjudicação parcial do imóvel - Inadimissibilidade.

- "*O artigo 714 do CPC permite a adjudicação do bem apenas em sua integralidade. Se for requerida sua adjudicação parcial, esta só será possível mediante depósito da diferença entre o valor do crédito e o do bem penhorado*".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2002. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Tratam os autos de ação de execução de pensão alimentícia, em que a agravante requereu a adjudicação parcial, indeferida pelo Juiz, no valor correspondente ao seu crédito, de terreno rural de 01.21.00 hectares, já que o agravado fez acordo em audiência mas não o cumpriu.

O prazo de resposta decorreu sem que houvesse manifestação da parte.

O Juiz monocrático alega, nas informações, que não é possível adjudicação parcial, pois deve ser depositada a diferença entre o valor de seu crédito e o do bem penhorado.

A Procuradoria de Justiça é pelo conhecimento e improvimento do recurso aviado, mantendo-se a decisão agravada.

Este é o relatório.

Conheço do recurso aviado, posto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O artigo 714 do Código de Processo Civil estabelece que, após a praça, é lícito ao credor, oferecendo preço equivalente ao constante do edital, requerer a adjudicação do bem penhorado; senão vejamos:

"*Artigo 714 CPC - Finda a praça sem lançador, é lícito ao credor, oferecendo preço não inferior ao que consta do edital, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados*".

A lei não permite a adjudicação parcial do bem, e sim a adjudicação da integralidade dele. O ordenamento processual não prevê hipótese de adjudicação de parte ideal do bem, proporcionalmente ao valor devido.

Poderá a agravante adjudicar o bem se o valor da avaliação for maior que o crédito, porém deve depositar a diferença.

Correta a alegação do Exmo. Juiz monocrático de que o Código de Processo Civil prevê outras formas para a obtenção do crédito devido.

Outrossim, deverá ainda ser verificado o módulo rural da região para verificação da possibilidade de desmembramento.

Diante do exposto, nego provimento.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

LICITAÇÃO - RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA A INABILITAÇÃO - AUSÊNCIA - INVIABILIZAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DO LICITANTE NAS FASES SEGUINTES DA LICITAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - INADMISSIBILIDADE

- O recurso administrativo contra inabilitação do licitante tem, necessariamente, efeito suspensivo, nos termos do art. 105, I, *a*, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). Não tendo o licitante exercido tempestivamente o seu direito de interpor o recurso expressamente previsto na lei, torna-se inviável sua participação nas fases seguintes da licitação, não o socorrendo a estreita via do mandado de segurança, que também possui condições para o seu manejo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 290.616-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: O recurso contra a inabilitação tem, necessariamente, efeito suspensivo, conforme previsão expressa da Lei de Licitações. O licitante, não exercendo tempestivamente seu direito de interpor o recurso expressamente previsto na lei, inviabiliza a sua participação nas fases seguintes da licitação, não o socorrendo a estreita via do mandado de segurança, que também possui condições para o seu manejo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Concreta Assessoria Empresarial Ltda., fls. 108/112, à sentença proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Municipal, fls. 105/107, que, em mandado de

segurança impetrado pela apelante contra ato do Secretário Municipal de Saúde de Belo Horizonte, indeferiu a inicial.

O apelante sustenta que, apesar de não ter interposto recurso administrativo da decisão que o desclassificou da licitação, possui o direito de ver o mandado de segurança que impetrou julgado no mérito.

Prevê o artigo 5º, inciso I, da Lei 1.533/51:

"*Não se dará mandado de segurança quando se tratar:*

I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução".

O recurso contra a inabilitação tem, necessariamente, efeito suspensivo, conforme previsão expressa da Lei de Licitações:

"*Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

(omissis)

§ 2º. O recurso previsto nas alíneas a *e* b *do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos*".

O apelante, não exercendo tempestivamente seu direito de interpor o recurso expressamente previsto na lei, inviabilizou a sua participação nas fases seguintes da licitação, não o socorrendo a estreita via do mandado de segurança, que também possui condições para o seu manejo.

Ressalto que a Súmula 429 do STF não se aplica ao caso, porque somente admite a impetração da segurança quando existente procedimento omissivo da autoridade, o que, *data venia*, não é o caso dos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

VEREADORES - REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS DE DESPESAS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - OMISSÃO DO PREFEITO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE ATIVA DOS EDIS

- O Poder Legislativo possui não só o direito, mas também o dever de fiscalizar e controlar os atos do Executivo. Assim, afigura-se ilegal e abusivo o ato de prefeito municipal que nega o fornecimento de documentos à edilidade, por violar o princípio da publicidade dos atos da Administração.

- Os vereadores possuem legitimidade para impetrar mandado de segurança contra ato omissivo de prefeito referente a pedido de documentos relativos às despesas da Administração Municipal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 292.230-0/00 - Comarca de Espera Feliz - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Administrativo - Vereadores - Legitimidade ativa - Requisição de documentos - Omissão do prefeito - Violação do princípio da publicidade dos atos da Administração. - Os vereadores possuem legitimidade para impetrar mandado de segurança contra ato omissivo de prefeito referente a pedido de documentos relativos às despesas do município. Afigura-se ilegal e abusivo o ato de prefeito municipal que nega o fornecimento de documentos aos vereadores, por violar o princípio da publicidade dos atos da Administração. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de reexame necessário da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Espera Feliz que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Benedito Eller, Dionésio Werner e Valdeci Custódio Gomes contra ato do Prefeito Municipal de Alto do Caparaó, concedeu a segurança pleiteada, para determinar ao impetrado que forneça aos impetrantes cópias de todos os documentos que lhe foram solicitados, conforme expedientes de fls. 11/12 e 19/27, bem como todos os demais documentos a eles pertinentes, no prazo de 24 (vinte quatro) horas, sob pena de desobediência.

Conheço da remessa oficial, porque presentes os requisitos para sua admissão.

Alegam os impetrantes serem vereadores do Município de Alto Caparaó, tendo-lhes sido negado pela Municipalidade o pedido de apresentação dos documentos descritos nas fls. 11/12 e 19/27-TJ.

Asseveram que a pretensão se baseia na Lei Orgânica do Município, cuja desobediência se enquadra no disposto no inciso III do artigo 4° do Decreto-lei n° 201/67.

Em suas informações o impetrado aduziu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* dos impetrantes, por entender que os mesmos não se apresentam como vereadores, asseverando, no mérito, a ausência do direito líquido e certo consubstanciada na necessidade de deliberação do plenário da Câmara Municipal para o fornecimento dos documentos requeridos.

No tocante à preliminar de ilegitimidade ativa dos impetrantes, ao contrário das alegações do impetrado, verifica-se nos autos que os requerimentos ora em análise foram efetuados pelos requerentes na qualidade de vereadores, conforme comprovam os documentos de fls. 11/12 e 19/27-TJ. Por isso, foi a prefacial bem rejeitada pelo Juiz.

Assim, rejeito a prefacial.

No mérito, conforme dispõe o inciso XXXIII do artigo 5° da Constituição Federal:

"*XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*".

Ademais, o Poder Legislativo, como cediço, possui não só o direito, mas também o dever de fiscalizar e controlar os atos do Executivo. Por outro lado, cabe ao prefeito prestar informações à edilidade, quando solicitado, como confirma, HELY LOPES MEIRELLES em sua obra *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 10ª ed., 1998, p. 520:

"*É indiscutível que a Câmara Municipal pode solicitar ao Chefe do Executivo informações e esclarecimentos sobre aspectos determinados da Administração ou sobre certos negócios individualizados*".

Ainda neste tocante, JOSÉ AFONSO DA SILVA, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 15ª ed., 1998, p. 626, leciona:

"*A atividade fiscalizadora da Câmara efetiva-se mediante vários mecanismos, tais como pedidos de informações ao Prefeito*".

Na hipótese, os documentos solicitados são corriqueiros e por isso dispensam a necessidade de deliberação do plenário para seu fornecimento, ante a aplicação do princípio da publicidade,

que, no dizer de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *in Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 17:

"*Indica que os poderes da administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que estes se revestem*".

Desta forma, afigura-se ilegal a atitude do Prefeito de negar o fornecimento dos documentos solicitados pelos vereadores no exercício de seu poder-dever de fiscalização.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência:

"*Administrativo - Constitucional - Legislativo - Requisição de informações e de documentos perante o Legislativo - Possibilidade. - Compete ao Poder Legislativo fiscalizar e controlar os atos do Executivo, motivo por que deve o prefeito municipal atender às requisições de informações e de documentos eventualmente efetuados pela edilidade, que sejam necessárias ao exercício daquele poder-dever*" (Apelação Cível n° 191.327-6, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator Desembargador José Antonino Baía Borges, j. em 19.3.2001).

"*Câmara municipal - Requisição de documentos relativos a gastos públicos - Omissão do Prefeito - Segurança concedida - Sentença confirmada*" (Apelação Cível n° 234.848-0, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator Desembargador Aluízio Quintão, j. em 29.8.2002.)

Portanto, a pretensão dos impetrantes merece acolhida.

Assim e neste contexto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Sem custas.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Junior - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - VEÍCULO FURTADO - APREENSÃO - CERTIFICADO DE LICENCIAMENTO DO DETRAN - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL AJUIZADA CONTRA O ESTADO - DESCABIMENTO - RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR DO VEÍCULO

- O certificado de licenciamento expedido pelo Detran não convalida eventuais vícios ou defeitos que contaminam a relação de compra e venda, uma vez que seu objetivo é verificar a regularidade dos requisitos de segurança e as condições técnicas para tráfego. Assim, se o Estado não praticou ato ilícito, em decorrência da apreensão de veículo furtado que teve o chassi adulterado, não poderá ser responsabilizado por eventuais danos morais e materiais, devendo tal responsabilidade ser atribuída ao vendedor do veículo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 292.317-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Indenização - Dano material e moral - Furto de veículo - Adulteração de chassi - Certificado de licenciamento pelo Detran - Improcedência - Recurso. - É de ser mantida sentença que, em ação de indenização por dano material e moral contra o Estado, julga-a improcedente, se não houve ato ilícito do Poder Público, apreendendo veículo objeto de furto e de adulteração de chassi. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Os fundamentos de fato e de direito, colocados no recurso e retratados no relatório, que fica fazendo parte integrante do presente voto, não estão a justificar o provimento do recurso, com procedência da ação proposta contra o Estado de Minas Gerais.

O que se colhe dos autos é que o apelante adquiriu um veículo de terceiro, com o chassi já remarcado e, depois de alguns anos de aquisição, veio o referido veículo a ser apreendido por ter sido objeto de furto na Cidade do Rio de Janeiro, pelo Detran/MG.

Como o apelante obtinha anualmente o certificado de licenciamento do referido veículo, fornecido pelo Detran/MG, entendeu o apelante que o prejuízo que teve, com o desapossamento do veículo que acabou sendo restituído ao verdadeiro proprietário, deveria ser ressarcido pelo Estado de Minas Gerais, assim como deveria também ser indenizado pelo dano moral, firme no entendimento de que houve negligência por parte do Detran de não apurar que o veículo tinha sido objeto de furto e que seu chassi estava remarcado, o que, a seu entender, constituía um ato ilícito do

Detran, que lhe causou enorme prejuízo de ordem material e moral.

Ora, como se sabe, a alienação de coisa móvel, como é o caso de veículo, se faz por tradição do vendedor para o comprador, tradição que legitima a propriedade e a posse do veículo, por onde fica claro e induvidoso que não é o certificado de licenciamento do veículo emitido pelo Detran que confere ao comprador a propriedade e a posse do veículo, limitando-se a função do Detran a apenas, reunidas as condições legais e regulamentares, autorizar, com a expedição do referido certificado, o tráfego do veículo, ou seja, a sua função é de mero cadastramento e verificação de regularidade e constatação de condições técnicas de tráfego.

Daí a conclusão lógica de que, se o veículo vendido por terceiro ao apelante, mesmo que se forrasse este do certificado de licenciamento, viesse, como aconteceu no presente caso, a ser apreendido por ter sido objeto de furto e adulteração de remarcação de chassi, a pretensão indenizatória do apelante deveria ser exercida contra o seu vendedor, por força do direito de evicção, e não exercida contra o apelado.

Neste sentido tem sido a jurisprudência:

"*Responsabilidade civil do Estado. Veículo furtado. Ato de expedição de registro e licenciamento. Ausência de responsabilidade do Estado. - A finalidade do licenciamento é de mero cadastramento e para verificação de regularidades dos requisitos de segurança, bem como das condições técnicas para trafegar. Tal ato não convalida eventuais vícios ou defeitos anteriores que contaminam a relação jurídica de compra e venda, em que interveio o Estado, órgão público*" (TJRS - Apelação nº 599.109.717, julgada em 26.8.98).

No mesmo sentido, Apelação nº 596.120.345, TJRS, julgada em 1º.4.98; Embargos Infringentes nº 590.024.535, TJRS, julgados em 3.8.90.

Neste egrégio Tribunal de Justiça já se julgou que:

"*O licenciamento de veículos automotores, só por si, não expurga a sua transferência dominial de qualquer vício e, por isso, por ele não pode responder o Estado. O licenciamento é exigido para fins exclusivos de trânsito, e não como garantia de domínio*" (TJMG - Apelação 16.420-2).

"*Não há como imputar ao Estado a responsabilidade pelo prejuízo sofrido por adquirente de veículo, objeto de furto, já que os registros expedidos pelo Detran são meramente administrativos, devendo o próprio interessado acautelar-se no momento da concretização do negócio, respondendo pelos riscos livremente assumidos*" (TJMG - Apelação nº 153.780/2).

Aliás, no que tange à indenização pelo dano moral, neste Tribunal de Justiça já se decidiu que "*descabível indenização por dano moral se demonstrada a ausência de ato ilícito*" ("*Jurisprudência Mineira*" - v. 124/143).

Óbvio, pois, que, apreendido o veículo do apelante por ocorrência de furto e adulteração de chassi, com isso não praticou o Detran/MG qualquer ato ilícito.

Não há dúvida, pois, de que o prejuízo sofrido pelo apelante é de responsabilidade de terceiro, isto é, da pessoa que lhe vendeu o veículo e, aí, se aplica a lição de MARIA HELENA DINIZ - *Responsabilidade Civil* - Saraiva - 1984 - 7º v. - ed. 3ª - p. 84:

"*Indenização por dano causado por terceiro, isto é, por qualquer pessoa além da vítima ou do agente, de modo que, se alguém for demandado para indenizar um prejuizo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente por terceiro*".

Com esses fundamentos, mantenho a sentença recorrida e nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ISSQN - LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS - INCIDÊNCIA - EMPRESA DE LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA - OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO - DEC.-LEI Nº 406/68, MODIFICADO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 - CONSTITUCIONALIDADE

- As empresas de locação de equipamentos de informática não se limitam à simples locação das máquinas e aparelhos, sua atividade inclui a assistência técnica permanente. Com efeito, se a empresa tem como finalidade estatutária a típica prestação de serviço, nem mesmo se valendo do rótulo de "locação de bem móvel" conseguirá esquivar-se da obrigação de pagar ISS. Isso porque o item 79 da lista anexa ao Dec.-lei nº 406/68, modificado pela Lei Complementar nº 56/87 e recepcionado pela atual Constituição Federal, define a "locação de bens móveis" como atividade sujeita ao ISSQN.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 294.624-2/00 - Comarca de Nova Lima - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Imposto sobre Serviços - Incidência sobre locação de bens móveis - Lei Complementar 56/87 - Constitucionalidade. - O

Decreto-lei 406/68, modificado pela Lei Complementar 56/87, foi recepcionado pela atual Constituição Federal. - A lista anexa a esse diploma legal define como serviço, sujeito ao ISS, a "locação de bens móveis" (item 79). - Essa expressão não se confunde com a simples "locação de coisa", tal como prevista no antigo Direito Romano. - Se a empresa tem como finalidade estatutária a típica prestação de serviço, o rótulo de "locação de bem móvel" não lhe aproveita como fundamento para excluir tal atividade do campo de incidência do sobredito imposto.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2003. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Cuida-se de apelação interposta contra a sentença (fls. 138/148), que denegou o mandado de segurança de que se valera a impetrante, ora apelante, para pedir que fosse compelido o Sr. Secretário da Fazenda do apelado a se abster de exigir dela o ISSQN, "*tendo como base impositiva a locação de bens móveis, declarando a inconstitucionalidade* incidenter tantum, *do item 78 da lista de serviços constante da Lei nº 1.194/98, que deu nova redação à Lei nº 1.073/84, editada pelo Município de Nova Lima à luz do item 79 da Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, que alterou a lista de serviços constante do art. 8º do Decreto-lei nº 406, qual seja, locação de bens móveis ...*".

Em síntese, alega a apelante: embora o art. 79 da lei municipal hostilizada encontre embasamento no Dec.-lei 406/68, consoante reconhecido na sentença, o fato é que ofende ele o art. 156, III, da Constituição da República; a competência outorgada pelo Texto Maior aos municípios no citado inciso III do art. 156 diz respeito à instituição de imposto sobre serviços, vale dizer, sobre obrigações de fazer, e não sobre a locação de coisas, que configura obrigação de dar; no caso dos autos, está o impetrado a exigir da recorrente, de forma inconstitucional, ISS sobre locação de produtos de informática; o Pleno do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121- 3/SP, entendeu, por maioria, que não incide o ISSQN em locação de bens móveis, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do art. 79 da lista de serviços a que se refere o DL nº 406/68, na redação e com a remuneração dada pela Lei Comple-mentar nº 56, de 15.12.87.

Contra-razões às fls. 175/178, pleiteando o apelado a manutenção da

sentença, sustentando: improcede a alegada violação do art. 156, inciso III, da Carta Magna, pois a lei municipal supracitada teve fulcro no Decreto-lei 406/68, que conforme consta da sentença tem status de lei complementar...; segundo doutrina, "*a locação de serviços ou fornecimento de trabalho constitui venda de bem imaterial, uma vez que há venda do direito de uso e gozo da coisa, fato este que constitui serviço*"; a invocada decisão do STF não tem eficácia *erga omnes*; a impetrante não fez prova do alegado.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 189/191).

O presente recurso merece conhecimento.

Colhe-se do instrumento de constituição da impetrante, ora apelante, que ela se dedica não somente à "*locação de produtos de informática e de comunicação de dados*", mas também atua no "*comércio e representação comercial por conta própria*" desses produtos, além de prestar serviços que guardam manifesta correlação com a atividade inerente à condição de locadora que se atribui: "*instalação e manutenção de produtos de informática e comunicação de dados*", "*desenvolvimento e suporte a programas de computação e comunicação de dados*", etc.

Acresce notar que toda a argumentação da apelante se baseia na premissa falsa, *data venia*, de que o conceito de "locação de coisa", definido no remoto Direito Romano e explicado pelos civilistas, deva ser aplicado à expressão "locação de bens móveis", empregada para definir um tipo especial de serviço, hodiernamente prestado.

Não há a necessária univocidade, a alegada identidade de conceito entre um instituto tipicamente civil, a simples locação de coisa, mediante a qual um contratante cede a outro determinado bem, por determinado preço, e a atual locação ou arrendamento de máquinas e equipamentos de todo tipo e utilidade.

Além do mais, as empresas de locação de equipamentos de informática (que a legislação, genericamente, chama de bens móveis) não se limitam à simples locação das máquinas e aparelhos. Tais equipamentos, como revela a própria descrição das atividades que integram o objeto social da apelante, exigem assistência técnica permanente, inclusive para a respectiva instalação no estabelecimento do cliente. Tais serviços, via de regra, também fazem parte da atividade que a recorrente insiste em qualificar de mera locação.

Com efeito, se a empresa tem como finalidade estatutária a típica prestação de serviço, o rótulo de "locação de bem móvel" não lhe aproveita como fundamento para excluir tal atividade do campo de incidência do sobredito imposto.

Portanto, a sentença merece integral confirmação, inclusive na parte em que expõe as razões do

convencimento de seu douto Prolator no sentido da inexistência, na espécie, de afronta ao art. 110 do Código Tributário Nacional e aos princípios da capacidade contributiva, da livre concorrência, da segurança jurídica e do não-confisco.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, confirmando, por seus próprios e bem-lançados fundamentos, a r. decisão de primeiro grau.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ÁGUA - FORNECIMENTO - SERVIÇO ESSENCIAL - CRÉDITO DE NATUREZA TRIBUTÁRIA - PRESCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 174 DO CTN - ADQUIRENTE DE IMÓVEL - RESPONSABILIDADE PELOS TRIBUTOS PENDENTES - ARTIGO 131, I, DO CTN - ATENDIMENTO

- Os créditos originados da utilização efetiva ou potencial do serviço de fornecimento de água são de natureza tributária, e o prazo prescricional para o ajuizamento da respectiva ação de cobrança pela prestadora do serviço é de 5 anos, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

- De acordo com o disposto no artigo 131, I, do CTN, o adquirente de um imóvel fica responsável pelos tributos devidos não apenas a partir do momento da transmissão do domínio, mas também pelos que já eram devidos anteriormente. Por isso, se a empresa prestadora do serviço essencial demonstra que determinado imóvel se encontra cadastrado como usuário dos serviços dela e identifica o proprietário daquele imóvel, este deve arcar com os ônus pendentes sobre o bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 294.934-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação de cobrança - Faturas - Consumo de água - Crédito - Natureza tributária - Serviço essencial - Prescrição - *Onus probandi*. - Em virtude da natureza tributária do crédito reclamado, deve-se observar o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da respectiva cobrança, nos termos do art. 174 do CTN, afastando aqueles valores que se encontram fulminados pela prescrição. - De acordo com o disposto no art. 131, I, do CTN, o adquirente de um imóvel

fica responsável pelos tributos devidos não apenas a partir do momento da transmissão do domínio, mas também pelos tributos que já eram devidos anteriormente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO, PARA REFORMAR A SENTENÇA, EM PARTE.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Ângelo Bartella Neto.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de recurso de apelação interposto por Iraí Empreendimentos Ltda. em face da r. sentença de fls. 104/107-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de cobrança movida pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais-Copasa contra a ora apelante, julgou procedente o pedido inicial, para condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 8.547,22 (oito mil, quinhentos e quarenta e sete reais e vinte e dois centavos), acrescido de juros de mora e correção monetária.

Outrossim, condenou a vencida ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Opostos embargos de declaração pela ré às fls. 108/109-TJ, os mesmos foram inacolhidos pelo ínclito Julgador, através da decisão de fls. 110-TJ.

Em sede recursal, cujas razões se acham às fls. 115/127, TJ, argúi a apelante, inicialmente, a prescrição das faturas vencidas em 22.09.95, 22.11.95 e 22.12.95, por decorridos mais de 05 (cinco) anos entre a data de vencimento e a data do aforamento desta demanda, nos termos do art. 174, *caput,* do CTN.

Em foros de preliminar, alega sua ilegitimidade passiva na lide, eis que não existia juridicamente, não usufruía e nem era proprietária do imóvel, no período indicado em que houve consumo dos serviços de água e esgoto, objeto da presente cobrança.

Combate os dispositivos legais utilizados pelo Juiz singular para fundamentação da r. sentença, asseverando que os mesmos são inaplicáveis à espécie, posto que "*a natureza dos tributos incidentes sobre a propriedade ou transmissão de direitos reais não se confunde com a remuneração pela efetiva utilização de serviços como os oferecidos pela Apelada*".

Meritoriamente, sustenta que sua defesa não se limitou à alegação narrada no decisório, trazendo também aspectos referentes ao *onus probandi*, prevista no art. 333, I, do CPC, tendo em vista que o extrato unilateral juntado pela apelada não presta para embasar a cobrança dos valores pleiteados na inicial, assim como não há comprovação de que a mesma foi constituída em mora.

Por derradeiro, tece breve comentário acerca da moralidade administrativa, postulando, ao final, pelo provimento do recurso.

Transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento de contra-razões, conforme certificação de fl. 129-v.-TJ.

Certificação do preparo recursal à fl. 131-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça não se vem manifestando em feitos desta natureza, por versar sobre interesses meramente patrimoniais.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Prima facie, aprecio a preliminar referente à ilegitimidade passiva da ré, eriçada no apelo, ao argumento de que a mesma não existia juridicamente, não usufruía e nem era proprietária do imóvel, no período indicado em que houve consumo dos serviços de água e esgoto, objeto da presente cobrança.

De fato, não procede tal argumentação, que fora bem enfrentada pelo Juiz monocrático, dando escorreito desfecho ao caso, dispensando maiores elucubrações. Vale dizer, sendo a atual proprietária de um imóvel, que se encontra cadastrado como usuário dos serviços da apelada, inclusive antes da aludida transcrição, implica responsabilidade tributária, não se admitindo a pleiteada ilegitimidade no feito.

Portanto, repilo a preliminar.

No tocante à prescrição, tenho por subsistente a irresignação da apelante, ao ensejar a aplicação do art. 174 do CTN, para declarar prescritas as dívidas constantes nas faturas vencidas em 22.09.95, 22.11.95 e 22.12.95, por decorridos mais de 05 (cinco) anos entre a data de vencimento e a data do aforamento da presente ação.

Denota-se que a ação de cobrança foi ajuizada em 04 de janeiro de 2001, relacionando à fl. 07-TJ faturas vencidas em 22.09.95, 22.11.95 e 22.12.95, 23.01.96 e 21.02.1996. Infere-se que as três primeiras foram fulminadas pela prescrição, em face da inteligência contida no art. 174 do CTN.

Reconheço, que no presente caso (consumo de água), existem divergências sobre a natureza do crédito, tributário ou contratual.

Inobstante a natureza reconhecidamente compulsória do serviço, *e não facultativa,* muitos entendem que, em virtude das várias privatizações ocorridas neste setor, através do regime de concessão, passou a atividade a ter maior caráter negocial, sendo paga, portanto, por tarifa, compelindo o contratante a cumprir a obrigação pactuada.

Não compartilho com tal entendimento. Vejamos.

Cediço que o fornecimento de água é vital para a sobrevivência e higiene de todo indivíduo, configurando-se, indubitavelmente, serviço contínuo e essencial, que é aquele do qual a coletividade depende em grau intenso para a própria saúde e integridade.

Destarte, filio-me à corrente de que todo serviço público essencial só pode ser custeado por intermédio de taxa, que é uma espécie tributária, sendo vedado ao Poder Público optar pela cobrança via tarifa, a fim de não se submeter às diretrizes de nosso sistema tributário nacional.

Oportuno transcrever a inteligência expendida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 209.365-3/SP, sendo o Relator o lúcido Ministro Carlos Mário Velloso, por brilhante interpretação sobre o tema, *verbis*:

"*(...) 1 - Serviços públicos propriamente estatais, cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada sob o ponto de vista interno e externo; esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa. (...)*

2 - Serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque são essenciais ao interesse público, porque essenciais à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. (...)

Como exemplo, podemos mencionar o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. (...)

3 - Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, etc.".

Portanto, em virtude da natureza tributária do crédito reclamado, deve-se observar o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da respectiva cobrança, nos termos do art. 174 do CTN, afastando aqueles valores que se encontram fulminados pela prescrição.

Quanto à regra do *onus probandi*, sabe-se que este incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme dispõe o *caput* do art. 333 do Estatuto Processual Civil.

In casu, verifica-se que o extrato de fl. 07-TJ, é válido para demonstrar os fatos articulados pela autora na sua peça vestibular, haja vista que restou comprovado que o imóvel se encontra cadastrado como usuário dos serviços da apelada e que a apelante é a atual proprietária do imóvel. Ademais, a presunção de veracidade opera em favor da apelante, seguindo a linha de raciocínio que o serviço prestado pela mesma é público e essencial.

Doutro giro, a apelante apenas questiona a cobrança baseada no consumo dos serviços, posto que, à época, sequer existia juridicamente. Inquestionavelmente, a apelante não logrou provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ficando apenas na seara das alegações.

Por outro lado, a decisão monocrática analisou corretamente o tema, salientando que a ré, como adquirente do imóvel cadastrado como usuário da autora, deve arcar com os ônus sobre ele pendentes, pagando por sua própria negligência, deixando de apresentar as certidões negativas de débito, à época da lavratura do instrumento de compra, aplicando-se, por conseguinte, o art. 89 do Decreto Estadual nº 32.809/91.

Vale lembrar que, devido à natureza tributária do crédito, aplica-se inclusive o disposto no art. 131, I, do CTN, que prevê a responsabilidade do adquirente pelos tributos relativos aos bens adquiridos. Logo, o adquirente de um imóvel fica responsável pelos tributos devidos, não apenas a partir do momento da transmissão do domínio, mas também pelos tributos que já eram devidos anteriormente.

Em realidade, o que ressai indubitavelmente dos elementos que compõem a espécie dos autos é a intenção da apelante de transferir o seu *onus probandi* à apelada, assim, subvertendo as normas processuais, o que é, a toda evidência, inadmissível.

Neste tocante, a lição do renomado Professor HUMBERTO THEODORO JR.:

"*No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.*

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque,

segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual" (*Curso de Direito Processual Civil*, p. 319).

Em suma, não basta alegar. Imprescindível se faz a demonstração de fato oponível à pretensão da autora, sem o qual a procedência do pedido condenatório se revela de rigor, como na espécie, ressalvadas aquelas parcelas atingidas pela prescrição qüinqüenal, em face da natureza tributária do crédito reclamado.

Diante do exposto, rejeito a preliminar, e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, tão-somente para excluir da cobrança os valores constantes nas faturas vencidas em 22.09.95, 22.11.95 e 22.12.95, por terem sido atingidas pela prescrição, mantendo-se incólume o restante do decisório hostilizado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO, PARA REFORMAR A SENTENÇA, EM PARTE.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL - SEVÍCIA - AUSÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (ART. 267, IV, DO CPC)

- Na alegação de sevícia, que constitui lesão física, é inarredável a prova material (laudo do IML ou de médico solicitado por Posto Policial onde a queixa foi registrada). Ausente a prova da materialidade, deve ser julgado extinto o processo por faltar pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 295.869-2/00 - Comarca de Coromandel - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Separação judicial - Sevícia - Ausência da prova da materialidade - Extinção do processo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade

de votos, EM JULGAR EXTINTO O PROCESSO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

Preliminar: "*Extinção do processo por ausência da prova material da sevícia*".

Embora esboçada esta tese recursalmente de maneira muito tímida, dou-lhe *ex officio* a dimensão necessária.

De fato, a imputação exordial está descrita nos limites da sevícia, que é a lesão física e, assim sendo, é inarredável a prova material (laudo do IML ou de médico solicitado por Posto Policial onde a queixa foi registrada). A prova oral poderá, por certo, fortalecer a prova material.

Não me lembro de durante a minha carreira, que já está no ocaso, ter visto pedido de sevícia sem a prova da materialidade. Não estou dizendo que seja este caso, mas tal hipótese seria exceção das mais perigosas, *data venia*.

A injúria (a lesão moral e às vezes mais perfurante e dolorida do que a sevícia) poderá ser demonstrada - embora com mais dificuldade - somente pela prova oral, mas, sevícia, não.

Desta forma, julgo extinto o presente processo, por faltar pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC), com vênia ao Órgão Ministerial.

Não obstante, fica mantida a liminar deferida à fl. 33, se já não foi cumprida. Foram concedidos às partes os benefícios da Lei 1.060, que mantenho, embora não comungue plenamente da decisão, por não ver razão para tal benefício às partes, de patrimônio palpável.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - JULGARAM EXTINTO O PROCESSO.

-:::-

PESSOA QUE SE APRESENTA TRANSGÊNERO - CONVERSÃO JURÍDICA DO SEXO MASCULINO PARA O FEMININO - COMPETÊNCIA - VARA DE FAMÍLIA

- Incide a competência da Vara de Família para julgamento de pedido relativo a estado de pessoa que se apresenta transgênero.

- A falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica à identidade biológica impede o juiz de alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível.

-V.v.: - É possível a mudança do prenome e do sexo da pessoa no registro de nascimento, após ter sido submetida à cirurgia para mudança de sexo. Não há como negar que, diante do aspecto apresentado pela pessoa após tal cirurgia, o antigo prenome a expõe ao ridículo e a alvo de chacotas. Negar ao portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico ao sexo psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento acaba por afrontar a lei fundamental. Ademais não pode o Judiciário adotar posição distante da realidade social, de modo a deixar indefinida situação que reclama solução. *(Des. Hyparco Immesi)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 296.076-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Retificação - Registro civil - Estado individual da pessoa - Competência - Vara de Família - Nome - Conversão jurídica do sexo masculino para o feminino. - Incide a competência da Vara de Família para julgamento de pedido relativo a estado da pessoa que se apresenta transgênero. A falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica à identidade biológica impede ao juiz alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível. Rejeita-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A apelação foi interposta contra a sentença de fls. 45/52-TJ, que julgou procedente o pedido inicial, "*para autorizar as modificações almejadas no bojo destes autos*", expedindo-se mandado para alteração do nome do requerente, de "R.N.R." para "B.N.R.", bem como para modificação na indicação do sexo, de "masculino" para "feminino".

Sustenta o apelante, em síntese, que a sentença é nula, posto que proferida por Juiz absolutamente incompetente. Alega que é inconcebível a mudança do prenome do requerente e do seu sexo no registro civil das pessoas naturais, pois não deixou de ser homem (fls. 59/66-TJ).

Contra-razões às fls. 68/85-TJ.

Passo à análise da preliminar de incompetência absoluta.

Razão não assiste ao apelante.

É que se trata de pedido de alteração de assento de nascimento, mas cujo pressuposto é a decretação da mudança do estado do apelado. De conformidade com a Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais (art. 60), compreende-se nos limites de jurisdição das Varas de Família.

A competência da Vara de Registros Públicos limita-se a processar e julgar as controvérsias sobre a regularidade registral.

No caso, o apelado pretende a alteração jurídica de seu sexo, resultante de cirurgia que programou, e a mudança de seu prenome, de R. para B.

Incide a competência da Vara de Família para julgamento do presente feito.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Hyparco Immesi - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - O pedido é de adaptação jurídica do sexo, em função de cirurgia que efetivou, a fim de conciliar a aparência física com o sentimento subjetivo.

Examino, primeiramente, o pedido de alteração do nome.

O art. 58 da Lei nº 6.015/73 estabelece que o prenome é imutável, podendo, entretanto, ser objeto de retificação quando o registro de nascimento contiver erro gráfico ou quando expuser seu portador ao ridículo.

O erro gráfico que enseja a retificação consiste em irregularidade ortográfica que possa estar contida no prenome.

WALTER CENEVIVA (*Lei de Registros Públicos Comentada*, 8ª edição, Saraiva, 1993, São Paulo, p.115) transcreve, em sua obra, parte do Acórdão nº 154.678, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se consigna:

"*Não se deve confundir a retificação do prenome com a sua mudança, nem mesmo com alteração propriamente dita. Na mudança substitui-se, na alteração modifica-se o que era certo e definitivo, sem qualquer eiva de erro*".

Ensina, também, Walter Ceneviva que, no requerimento, alegando exposição ao ridículo, o interessado deve: "*a) afirmar que o prenome o submete ao riso e ao escárnio dos demais; b) explicar por que, subjetivamente,*

sente-se ridículo; c) comprovar, no seu meio social, o afirmado ridículo" (fl. 115).

Em verdade, a causa do constrangimento, alegada pelo apelado, não é o seu prenome, que é adequado a seu sexo, mas, sim, a falta de correspondência entre a atual aparência e seu sentimento psicológico.

Não há qualquer pressuposto jurídico de que possa o autor se valer, a partir da Lei nº 6.015/73, para obter a alteração onomástica.

Quanto à mudança jurídica do sexo, foi demonstrado, através dos documentos constantes dos autos, por fotografias e laudo médico, que o recorrido, após a cirurgia a que se submeteu, é bastante semelhante a uma mulher (fls. 17 e 19/23-TJ).

Acrescentou o Dr. Jalma Jurado que o apelado tem:

"*Aspecto geral do tipo feminino. Bom estado físico. Mamas desenvolvidas. Genitália constando de vulva de anatomia feminina e canal vaginal de dimensões normais*" (fl. 17-TJ).

O Código Civil de 1916 prescreve que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (art. 2º).

O sexo integra os direitos da personalidade e não existe previsão de sua alteração; a identidade sexual deve ser reconhecida pelo homem e pela mulher, por dizer respeito à afetividade, à capacidade de amar e de procriar, à aptidão de criar vínculos de comunhão com os outros.

A diferença e a complementação físicas, morais e espirituais estão orientadas para a organização do casamento e da família; a diferença sexual é básica na criação e na educação da prole. Embora homem e mulher estejam em perfeita igualdade, como pessoas humanas, são também iguais em seu respectivo ser-homem e ser-mulher. A harmonia social depende da maneira como os sexos convivem a complementação, a necessidade e o apoio mútuos.

O Direito é a organização da família e da sociedade. Não pode fazê-lo para contrariar a natureza. Ainda que a aparência plástica ou estética seja mudada, pela mão e pela vontade humana, não é possível mudar a natureza dos seres.

Poder-se-ia admitir um conceito analógico, como o da personalidade moral em relação à personalidade natural. Mas, neste caso, a lei haveria de defini-lo. Não pode o juiz valer-se do silêncio eloqüente da lei para construir sobre o que não é lacuna, mas espaço diferenciado.

Não me impressiona a evolução dos tempos e que seja conservador na minha definição. Assumo decisão histórica e moral, porque tem fundamento cristalizado na consciência da humanidade.

Para a Ciência Jurídica é sumamente relevante a função social do sexo. Como os sexos são iguais, não serão discriminados, mediante a averbação do procedimento plástico. Será possível que o Estado aparelhe quem nasceu homem, da identidade de mulher, para que se apresente, como mulher, e não ressalve interesses de terceiros de boa-fé? Não o aceito.

A identidade psicológica é um aspecto subjetivo da personalidade. A identidade biológica é o elemento objetivo e social, que perfaz o registro do estado individual. Enquanto o estado civil ou político pode ser mudado, o estado individual, além de inalienável e imprescritível, é imutável.

Pode-se argumentar sobre a necessidade de atender-se ao reclamo para resolver-se o risco da maledicência ou da zombaria.

Trata-se de mera especulação, que beira o preconceito social. Este combate faz-se pela legislação que proíbe discriminar o homossexual, o bissexual e o transgênero, e aplica multa ao infrator (Lei nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, do Estado de São Paulo).

Dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido formulado pelo autor. Condeno-o nas custas do processo e em honorários de sucumbência no valor de R$1.000,00 (CPC, art. 20, § 4º), suspendendo a exigibilidade de ambas as parcelas, nos termos da lei, por estar sob o pálio da justiça gratuita.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a apelação interposta em ação de alteração de registro civil ajuizada por R.N.R., julgada procedente pela r. sentença de fls. 45 *usque* 52, da lavra do eficiente Magistrado Dr. Newton Teixeira de Carvalho, que autorizou "*...as modificações almejadas no bojo destes autos. Portanto, e após o trânsito em julgado, expeça-se mandado para alteração do nome do requerente, de 'R.N.R.' para 'B.N.R.', bem como para modificação na indicação do sexo, de 'masculino' para 'feminino'*" (fl. 51).

Irresignado, apela o Ministério Público (fls. 59/85). O voto do culto Relator, Desembargador Almeida Melo, dá provimento ao apelo, para julgar improcedente o pedido.

Com respeitosa vênia ao culto Relator, tenho entendimento diferente do seu.

O autor, do sexo masculino, de prenome "R.", pretende a alteração de seu assento de nascimento civil, para que dele passe a constar o prenome "B.", do sexo feminino.

Consta dos autos que ele se submeteu à cirurgia de mudança de sexo de masculino para o feminino, havendo extirpado os órgãos genitais masculinos e implantado os órgãos femininos (neovagina e clitóris). É certo que o ato cirúrgico de ablação do pênis, escroto e testículos, por si só, não modifica o sexo de uma pessoa.

Todavia, deve-se ter em mente que a sexualidade humana, como parte do direito da personalidade, *é algo*

muito mais amplo, não se limitando apenas aos genitais externos, e, sim, a todo um conjunto de fatores, tanto *biológicos*, como sociais, culturais e familiares, que incidem sobre a vida da pessoa. Também não se pode deixar de considerar o aspecto *psicológico*, nem se negar o sofrimento daqueles que aparentemente *são o que não querem ser*, ou seja, aqueles cujo sexo, em termos psicológicos, não se adeqüa ao seu sexo aparente (o biológico).

Não pode o Judiciário ficar insensível a esse aspecto da realidade social, de modo a deixar indefinida uma situação que reclama solução, como na espécie.

Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. *Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico*, pode-se afirmar que existem vários outros elementos identificadores do sexo, apontando a jurista TEREZA RODRIGUES VIEIRA os seguintes: o cromossômico ou genético; o cromantínico, o gonádico, o anatômico, o hormonal, o social, o jurídico e o psicológico (in "Direito à Adequação de Sexo do Transexual", in *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 3/96, p. 51). Adverte Aracy Klabin que qualquer dos critérios poderia ser tomado isoladamente para determinar o sexo da média das pessoas, *podendo, no entanto, qualquer deles falhar em relação a alguns indivíduos.*

Não há como ignorar-se, portanto, que, *com o aspecto hoje apresentado pelo autor-apelado, o prenome R. o expõe ao ridículo e deixa-o alvo de chacotas.*

Analisada a *quaestio* com base no Direito Comparado, constata-se a admissibilidade de direitos, aos transexuais, pela lei sueca de 1972, a alemã de 1980, a holandesa de 1985, a belga, a suíça, a dinamarquesa e as de alguns Estados federados dos Estados Unidos da América do Norte. Saliente-se que também a lei turca (e dizer que a Turquia é país de maioria islâmica, embora o Estado seja secular) prevê direitos a eles, transexuais. É certo que, no Brasil, todavia, ainda não existe lei específica a cuidar da matéria, mas somente construção pretoriana. Entretanto, merece menção a existência, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 70, datado do já distante ano de 1995, e que propõe acréscimo de dois parágrafos ao artigo 58 da Lei dos Registros Públicos, *possibilitando a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento e na cédula de identidade.*

Ademais, a *Lex Major*, ao estabelecer no § 2º do artigo 5º a vigência, na ordem interna, do Direito Internacional referente aos direitos fundamentais, acabou por estatuir que os direitos fundamentais da personalidade devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. E esta supõe a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, *verbis*:

"*... os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Portanto, à ordem jurídica incumbe outorgar a todo ser humano a qualidade de sujeito de direito e uma esfera de autonomia de vontade em suas relações sociais. Nisso consiste o direito da personalidade, eis que o ser humano vive em sociedade e é parte integrante de uma comunidade de personalidades. E, uma vez que a Constituição Federal de 1988 reconhece a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, negar ao portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico ao sexo psicológico *e à conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento* acaba por afrontar a lei fundamental.

Assinale-se que a cirurgia plástica a que o ora apelado se submeteu *não é modismo* (como entendem, equivocadamente, os preconceituosos), porque tem o condão de adequar seu sexo físico ao psicológico. Ademais, por ingerir hormônios, teve o apelado ainda mais acentuadas em seu corpo as características morfológicas de mulher.

Ora, em seu registro de nascimento e, obviamente, em seus documentos de identidade, a indicação de prenome e sexo que não correspondem, em nada, ao modo pelo qual o apelado aparece em suas relações com a comunidade, *equivale a situá-lo numa insustentável e odiosa posição de incerteza, de conflitos e inibições, deixando-o tolhido em seus passos, além de angustiado, o que acaba por causar embaraços ao exercício de suas atividades sociolaborais.* E equivale, também, a negar-lhe o direito de exercer a cidadania em sua plenitude, embora assegurado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, negativa que o impede de fruir, de resto, os direitos básicos do cidadão.

Assinale-se, mais, que o apelado, em seu aspecto exterior, é uma perfeita mulher, e por sê-lo, não tem sentido submetê-lo a tamanho constrangimento, quando, no exercício de suas atividades cotidianas, *tem de identificar-se como homem.* Trata-se de *situação anômala* e que o deixa transtornado e atinge, o que é inegável, a dignidade da pessoa humana assegurada pela *Lex Major*, em seu artigo 1º, inciso III.

Também, em socorro do apelado, vem o artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil, segundo o qual, "*... na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*". De igual, o seu artigo 4º, ao dispor que, "*... quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*". Todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais ora referidos, associados ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, em sua atual redação dada pela Lei 9.708/98, conduzem

à viabilidade da substituição do prenome, porém, de modo mais amplo.

Por outro lado, a alteração do prenome e do sexo, além de não acarretar prejuízos, seja à sociedade, seja a terceiros, dará solução à incômoda situação em que se encontra o apelado, superando os transtornos que, de longa data, está a suportar.

Em vez de adotar-se uma visão preconceituosa e impeditiva do atendimento à pretensão do apelado, melhor será que se reconheça sua condição de transexual, como bem o fez a r. sentença, o que viabilizará sua almejada integração à sociedade.

A *disforia do gênero* de que é portador, demonstrada *salienter tantum*, está a recomendar a adequação do sexo morfológico ao sexo psicológico, como frisado alhures.

É sabido de todos que *o transexual se sente, em termos psicológicos, como se fosse uma pessoa do sexo oposto, o que constitui sentimento irreversível*, e que, dessa maneira, deve ser compreendido e tratado tanto pela sociedade, quanto pela Justiça.

Em suma, pondere-se que o ora apelado cresceu e se desenvolveu, sempre, como mulher, com hábitos e reações nitidamente femininos, além do aspecto físico bem característico de mulher. Há, entre o seu prenome, de um lado, e o aspecto físico, de outro, manifesta desconformidade, e esta, - como se pode inferir, sem dificuldade -, constitui, na vida dele, um entrave e assaz grave fator de instabilidade, a gerar inegável insegurança. É este o *lado psicológico da quaestio juris* posta em apreciação nestes autos.

Pondere-se, mais, que já inexoravelmente consumada a cirurgia ablativa, com a retirada do pênis, escroto e testículos, e, em seu lugar, modelados órgãos femininos - neovagina e clitóris - como salientado no início deste voto. *É o lado morfológico* da mesma e momentosa *quaestio*.

Daí ter o r. decisório verberado, com oportunidade e independência, acolhido o pedido, sensível à situação do apelado e livre de resquícios preconceituosos, *permissa venia*.

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - Sr. Presidente, peço vista dos autos.

Súmula - REJEITAR PRELIMINAR À UNANIMIDADE. PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO E O REVISOR, NEGANDO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Corrêa de Marins) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13.03.2003, a pedido do Vogal, após votarem o Relator e o Revisor, o primeiro dando provimento, e o segundo, negando.

Com a palavra o Des. Audebert Delage:

O Sr. Des. Audebert Delage - Pedi vista dos autos para que pudesse analisá-los detidamente, já que a matéria é por demais relevante, questão polêmica, que vem sendo discutida e analisada por nossos tribunais, com decisões conflitantes.

Trata-se de pedido de mudança de nome e sexo, julgado procedente pela sentença de fls. 45/52, contra a qual o Ministério Público de Minas Gerais interpôs recurso de apelação. O douto Des. Relator, Almeida Melo, proferiu voto determinando a reforma do *decisum*, por entender "*(...) inviável a pretensão do homem que pretende transformar-se em mulher, mediante pedido de retificação de nome e de sexo, submetido a cirurgia plástica reparadora, 'porque não é a medicina que decide o sexo, e sim a natureza'*".

O em. Des. Revisor, por sua vez, depois de considerar que "*não pode o Judiciário adotar posição distante da realidade social, de modo a deixar indefinida situação que reclama solução (...)*", e que "*negar ao portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico e o sexo psicológico, e à conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento, acaba por afrontar a lei fundamental*", concluiu pelo acerto da decisão de primeiro grau, divergindo do i. Des. Relator.

A meu sentir, *data venia* do em. Des. Revisor, Hyparco Immesi, a solução dada à lide pelo i. Des. Relator, Almeida Melo, é a que melhor aplica à situação os ditames legais e, ainda, é aquela que atende aos reclamos de segurança das relações jurídicas.

A respaldar a posição do eminente Relator, à qual adiro, verifica-se que a jurisprudência pátria, assim se tem posicionado sobre a matéria em exame.

Na Apelação 4.425/93 do egrégio TJRJ, no caso nacionalmente conhecido como "Roberta Close", de grande repercussão, restou decidido que:

"*Registro civil - Retificação de sexo - Prenome.*

- Cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora, não tem o condão de transformação de sexo.

- Problema de engenharia genética inafastável.

- Prevalência do sexo natural sobre o psicológico.

- Sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação".

Tal acórdão fez referência a outras decisões, proferidas em casos da mesma natureza, como o Ag. Reg. nº 85.517-7 do STF, em que ficou decidido que:

"*Pedido de retificação de assento de nascimento para alteração do sexo e nome, em decorrência de*

operação plástica. Não possuindo órgãos genitais internos femininos, considerou que 'o ato cirúrgico de ablação do pênis, escroto e testículos' não o 'transformou' em pessoa do sexo feminino, finalizando por entender que sexo não é ato de opção, mas simples determinismo biológico que se estabelece nos primeiros tempos da gestação".

No acórdão referente à Apelação de nº 6.022/92, a Quarta Câmara Cível do TJRJ entendeu que:

"*O apelante pode assumir a personalidade que mais lhe convier e adotar o comportamento social que lhe for mais aprazível, mas, enquanto não houver lei específica sobre o assunto, não lhe é permitido, através de decisão judicial, mudar o sexo, porque a natureza inadmite a transformação e o direito não o patrocina. Do contrário, dentro de pouco tempo, com o sensível avanço da ciência, mulheres, após o emprego de prótese, para ajustarem-se a condições psicológicas pessoais, pedirão a alteração, no registro de nascimento, de sexo para que nele fique constando como sendo homem*".

No que tange à projeção da modificação do estado da pessoa, quanto à legislação penal codificada, relevantes questões surgiriam, na hipótese de delitos contra os costumes, como, por exemplo, no crime de estupro que pressupõe conjunção carnal, ou seja, conjunção pênis/vagina. A neovagina, criada no apelante, a despeito de internamente não possuir a configuração natural da genitália feminina, cumpriria a determinação prevista na lei penal?

Conforme já salientado pelo ilustre Des. Revisor, o sexo na espécie humana é de natureza extremamente complexa, podendo ser analisado sob vários aspectos: sexo cromossômico ou genético, o cromantínico, o gonádico, o anatômico, o hormonal, o social, o jurídico, o psicológico, etc., o que nos permite, todavia, concluir ser impossível que alguém consiga a mudança ou alteração, de fato, de todos esses componentes sexuais.

Assim, em meio a tantas opiniões e dúvidas, só a adoção pelo legislador, provendo quanto aos seus reflexos ou repercussões na garantia da segurança das relações jurídicas, de normas específicas que autorizem a averbação, à margem do registro civil respectivo, do chamado sexo psicológico, mediante regular procedimento judicial, solucionará a questão nos moldes que pretende o apelado.

Feitas tais considerações, pedindo vênia ao i. Revisor, Des. Hyparco Immesi, para dele discordar, acompanho o i. Relator, Des. Almeida Melo.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

REGISTRO CIVIL - NOME - ALTERAÇÃO COM O FIM DE EVITAR FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS - INCLUSÃO DE PALAVRA QUE NÃO PREJUDICA O PATRONÍMICO DE FAMÍLIA - POSSIBILIDADE - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

- Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária e inexistindo dispositivo legal que vede a retificação de registro civil, o Judiciário, desde que tomadas as cautelas indispensáveis para resguardar os interesses de terceiros, não pode negar o direito subjetivo do requerente de acrescentar ao seu nome palavra que não prejudique o patronímico de família, evitando, assim, constrangimento de ordem moral e material advindo de falsificação de sua assinatura em diversos contratos de locação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 296.240-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Jurisdição voluntária - Registro civil - Inclusão da palavra Zaralla no nome. - Alteração com o fim de evitar falsificação de assinatura em contrato de locação - Comprovação dos prejuízos suportados. - Inexistindo dispositivo legal que vede a alteração do registro civil, o Judiciário, desde que tomadas as cautelas indispensáveis para resguardar interesses de terceiros, não pode negar o direito subjetivo do apelante de acrescentar a seu nome palavra que não prejudicará o patronímico de família, evitando, assim, constrangimentos de ordem moral, material e judicial.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2003. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de recurso voluntário interposto contra a r. sentença de fls. 72/75-TJMG, que julgou improcedente o pedido formulado na presente ação de retificação de registro civil proposta por Luiz Gonzaga de Araújo.

O autor, ora apelante, requereu a inclusão do sobrenome Zaralla, com a finalidade de modificar seu nome civil constante em seus registros de nascimento e casamento. Para tal, argumentou que, devido aos problemas de homonímia e falsificação de sua assinatura em contratos de locação, vem sofrendo diversos prejuízos e constrangimentos, inclusive demandas judiciais em que figura como fiador em contratos de locação.

O Ministério Público estadual, no parecer de fls. 59-TJMG, opinou pela improcedência do pedido.

O ilustre Juiz da causa julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que o autor não comprovou o fato constitutivo de seu direito, mormente no que pertine à certidão de fls. 11, que traz diversas ações nas quais o autor está sendo demandado, sendo que tais ações não correspondem àquelas em que o autor pretende comprovar a sua exclusão da lide. Quanto às fraudes dos contratos de locação que ensejaram a responsabilidade do autor como fiador, o MM. Juiz monocrático asseverou a necessidade de esclarecimentos por via de ação criminal e, por conseguinte, a responsabilização dos fraudadores, resguardando, assim, os interesses de terceiros de boa-fé. Por derradeiro, restou assentado na r. sentença desafiada que o nome Zaralla não constitui patronímico de família, nem tampouco apelido notório, o que inviabiliza a modificação do registro civil (fls. 72/75-TJMG).

Irresignado, insurge-se o apelante contra a r. sentença retromencionada, argumentando que a palavra Zaralla vem sendo adotada como seu pseudônimo, apelido público e notório, inclusive em trabalhos literários, inexistindo qualquer possibilidade de exclusão do patronímico de família. No tocante às ações em que é demandado como fiador, o apelante asseverou que o deferimento da retificação do registro, com a devida comunicação da alteração do nome, resguardaria direitos de outrem (fls. 77/81-TJMG).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 90/92-TJMG, opinou pelo não-provimento do recurso interposto.

Presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso voluntário.

Inicialmente, insta salientar que freqüentemente se trata do princípio da imutabilidade do nome e dos apelidos de família como norma absoluta. Analisando o princípio em comento, há que se temperar tal absolutismo, porque tanto a lei, expressamente, como a doutrina e a jurisprudência admitem sua alteração em algumas hipóteses.

O bem jurídico que o princípio em questão procura tutelar é "*a fixidez e regularidade dos meios de identificação dos diversos indivíduos*" (R. LIMONGI FRANÇA, *in Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, p. 251, *RT*, 1958).

Com efeito, o artigo 56 da Lei nº 6.015/73 assegura ao interessado, no curso do primeiro ano após atingir a maioridade, alterar o nome desde que não prejudique os apelidos familiares, e os artigos 57 e seguintes disciplinam as alterações de nome depois da maioridade, exigindo para tanto justo motivo e sentença judicial, com intervenção do Ministério Público.

In casu, o douto Magistrado *a quo*, ao julgar improcedente o pedido exordial, fundamentou seu *decisum* em duas premissas: a uma, que a alegação sobre a inclusão da palavra Zaralla no

nome do requerente não se trata de apelido público e notório; a duas, que a documentação acostada pelo autor comprovando a sua exclusão da lide nas ações em que figura como fiador não corresponde às mesmas ações arroladas na certidão de fls. 11-TJMG.

Em que pesem as ponderosas razões monocráticas, rogo vênia para analisar o interesse privado deduzido em juízo com enfoque voltado para a prestação jurisdicional a ser entregue, quando se trata de jurisdição voluntária.

Sobre o tema, oportunos os escólios de ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS:

"*O exercício de atos de jurisdição voluntária é exceção ao princípio da tripartição dos poderes, pois, se é certo que jurisdição é poder-dever de solucionar lides e efetivar direitos, em substituição à vontade dos particulares, na jurisdição voluntária não há litígio nem direito a ser realizado. O nome é apenas rotular, já que a função é tipicamente administrativa, nada tendo de jurisdicional*" (*in Manual de Direito Processual Civil*, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1997, 5ª edição, p. 336).

Assim, depreende-se dos autos que a causa de pedir, a motivar o pedido de inclusão da palavra Zaralla no nome do autor, consistiu no fato de que o mesmo vem sofrendo constrangimentos e prejuízos advindos de falsificação de sua assinatura em diversos contratos de locação, que ensejaram diversas ações judiciais.

A documentação anexa aos autos às fls. 23/56 comprova que o autor, ao apresentar defesa nas ações em que figura no pólo passivo, na qualidade de fiador, defende-se alegando que as assinaturas insertas nos contratos de locação foram falsificadas, bem como apresenta denunciação à lide o cartório responsável pelo reconhecimento de firma. Ressalta-se, ainda, que em tais processos ocorreram as desistências das ações em relação ao apelante.

Tais considerações não têm o condão de afastar ou imputar responsabilidade, a quem quer que seja, sobre a lide trazida a efeito naquelas ações. As perquirições a serem aqui levantadas cingem-se à relevância das alegações deduzidas pelo apelante, resguardando o direito de defesa de seus interesses, mormente quanto à utilização indevida de seu nome e à falsificação de sua assinatura, em contratos de locação.

Inexistindo dispositivo legal que vede a retificação de registro em análise e observando que os autos versam procedimento de jurisdição voluntária, impõe-se que o Judiciário, desde que tomadas as cautelas indispensáveis para o resguardo de interesse de terceiros, não negue o direito subjetivo do apelante de acrescentar ao seu nome a palavra Zaralla, evitando, assim, constrangimentos de ordem moral e material.

Idêntico entendimento restou assentado por este egrégio Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Registro civil - Alteração de nome - Questões de fato e*

de direito - Processualidade. - Se as questões de fato e de direito foram devidamente comprovadas pelo requerente, não será desarrazoado o atendimento do pedido de retificação junto ao Registro Civil" (Ap. Cível nº 214.098-6/00 - Relator: Desembargador Francisco Figueiredo, publicado em 08.02.2002).

Destarte, a comprovação de que o nome e a assinatura do apelante originaram transtornos ao próprio titular, há que se viabilizar a retificação de seu registro cível. Ressalva-se, no entanto, que todas e quaisquer obrigações, direitos e interesses de terceiros estarão resguardados em relação à inclusão do sobrenome Zaralla no nome do apelante.

Conclusão.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso voluntário para determinar a inclusão do sobrenome Zaralla no registro do apelante, que terá assento civil através do nome Luiz Gonzaga Zaralla de Araújo.

Oficie-se ao Cartório de Registro Civil competente para proceder à retificação da certidão de nascimento e da certidão de casamento.

Oficie-se à Secretaria de Segurança Pública Estadual; à Polícia Federal; ao Cartório Eleitoral; às Receitas Federal, Estadual e Municipal; à Justiça Federal e ao distribuidor cível e criminal da Justiça Estadual.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCORDATA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - TÍTULOS - CAUÇÃO - DUPLICATAS SEM ACEITE - PROTESTO - CONCORDATÁRIA-ENDOSSANTE - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - SALDO DEVEDOR EM CONTA CORRENTE - DOCUMENTOS UNILATERAIS - ORIGEM DA DÍVIDA - PROVA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Ausentes documentos comprobatórios que atendam aos requisitos do art. 82 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), não procede o pedido de habilitação de crédito em concordata.

- Como portador de duplicatas sem aceite, vinculadas a contratos, em razão de endosso, o banco-cessionário torna-se credor dos sacados e, para exigir a satisfação dos seus créditos pelo endossante, mediante regresso ou habilitação na concordata deste, o registro de protesto dos títulos é indispensável para a prova do não-pagamento pelos sacados.

- Documentos unilaterais emitidos pelo requerente da habilitação, de cuja formação não participou a eventual devedora, não servem à demonstração de dívida oriunda de abertura de crédito rotativo, uma vez que a sua origem não decorre exclusivamente do contrato, mas de prova da efetiva utilização da importância facultada ao titular da conta bancária mantida perante a instituição financeira.

- Cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em concordata, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 296.390-8/00 - Comarca de Ubá - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Concordata - Habilitação de crédito - Títulos - Caução - Duplicatas sem aceite - Protesto - Concordatária-endossante - Contrato de abertura de crédito - Saldo devedor em conta corrente - Documentos unilaterais - Origem da dívida - Prova - Honorários advocatícios. - Ausentes documentos comprobatórios, que atendam aos requisitos do art. 82 do Decreto-lei 7.661/45, não procede o pedido de habilitação de crédito em concordata. Como portador de duplicatas sem aceite, vinculadas a contratos, em razão de endosso, o banco-cessionário torna-se credor dos sacados e, para exigir a satisfação dos seus créditos pelo endossante, mediante regresso ou habilitação na concordata deste, o registro de protesto dos títulos é indispensável para a prova do não-pagamento pelos sacados. - Documentos unilaterais emitidos pelo requerente da habilitação, de cuja formação não participou a eventual devedora, não servem à demonstração de dívida oriunda de abertura de crédito rotativo, uma vez que a sua origem não decorre exclusivamente do contrato, mas de prova da efetiva utilização da importância facultada ao titular da conta bancária mantida perante a instituição financeira. - Cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em concordata, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental. Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação contra a sentença de fl. 64-TJ, que indeferiu o pedido de habilitação de crédito apresentado pelo apelante na concordata preventiva de Boareto e Silva Indústria e Comércio Ltda.

O apelante alega, em síntese, que, como não estavam integralmente declarados os seus créditos na relação de credores apresentada no processo de concordata, promoveu a presente habilitação. Afirma que a certidão de fl. 37-v. não tem correspondência com a relação de credores da concordatária e que esta não negou os débitos sustentados, que se referem aos contratos que instruem a inicial. Diz que a alínea *d* do item 3 dos contratos prevê a solidariedade entre o banco, cedente e interveniente, estando garantido na alínea *c* o reembolso ao banco pelos valores dos títulos, independentemente de protesto, inclusive mediante autorização para débito em conta corrente. Aduz que os contratos de "Borderôs de Descontos" não necessitam de protesto, porque estão relacionados e se referem às duplicatas não pagas e relacionadas como débitos pela apelada. Sustenta que é credor quirografário e que não requereu qualquer privilégio para poder, ou não, a ele renunciar. Argumenta que não há pedido da apelada, no tempo próprio, relativo à condenação em honorários advocatícios, os quais não poderiam ter sido arbitrados pelo Sentenciante.

O Sentenciante considerou inviável a habilitação dos créditos, ao fundamento de que estes não preenchem os requisitos de liquidez e certeza, porque demonstrados por cálculos e anotações unilaterais do apelante, sem a participação e concordância da concordatária, além de os respectivos títulos não estarem acompanhados do necessário protesto.

O recorrente pretende a habilitação de créditos referentes a saldo devedor originário de descontos de duplicatas, previstos em "Borderôs de Títulos", cujos sacados não teriam efetuado os pagamentos.

Os referidos documentos, no item 2, *a* (verso), reportam-se a contratos celebrados pelas partes, cujos números estão destacados em campo próprio no anverso daqueles "borderôs", mas não foram juntados nos autos.

Se as dívidas se originaram de contratos, não apresentados pelo banco credor, afastado está o cumprimento das exigências previstas no art. 82, *caput*, do Decreto-lei nº 7.661/45.

Preleciona MIRANDA VALVERDE, ao comentar o dispositivo mencionado, que "*deve a declaração conter a origem do crédito. Essa exigência é de suma importância e se acha consagrada nas legislações falimentares. É um meio fácil de controlar a legitimidade dos créditos. O credor que não explica satisfatoriamente a causa ou origem do seu crédito, ou lhe atribui causa diversa, deve ser excluído. Por 'origem' se entende, em princípio, o negócio, o fato ou as circunstâncias de que provém a obrigação do falido. É a causa eficiente (*causa efficiens*), a causa certa, como diz o art. 129, III, do Código Comercial, da qual deriva a obrigação. Daí ser necessário, ainda mesmo para aqueles créditos que se materializam nos documentos, que lhe servem de forma legal (letras de câmbio, notas promissórias), a denúncia da causa que provocou o seu nascimento*" (*Comentários à Lei de Falências*, p. 14).

A propósito, a dominante orientação jurisprudencial:

"*Ementa: Comercial. Falência. Habilitação de crédito. Indicação da origem. - A indicação da origem dos créditos, para sua habilitação em falência, é exigência destinada a dar segurança à massa e aos credores, cabendo fazê-lo sobretudo quando os mesmos são representados por títulos cambiais de fácil emissão fraudulenta*" (STJ, REsp nº 10.208/SP, Relator o Ministro Dias Trindade, j. em 1º.10.1991).

As duplicatas, sem aceite, juntadas com os "borderôs" e que serviriam como prova da existência de saldos devedores, de responsabilidade da concordatária-endossante, além de não estarem acompanhadas dos contratos que supostamente lhes deram origem, não foram protestadas, providência essa que não é dispensada no caso de habilitação de créditos representados por títulos extrajudiciais.

Como portador das duplicatas, vinculadas a contratos, em razão de endosso, o apelante tornou-se credor dos sacados e, para exigir a satisfação dos seus créditos pelo endossante, mediante regresso ou habilitação na concordata deste, o registro de protesto dos títulos é indispensável para a prova do não-pagamento pelos sacados.

Destaco, ainda, que há a perda do direito de regresso contra os endossantes de duplicata não aceita pelo sacado, quando o protesto não é realizado, regularmente, no prazo de trinta dias da data do vencimento do título, a teor do art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68.

Assim, ainda que não impugnada, pela concordatária, a existência da dívida, esse fato, por si só, não conduz à presunção de inadimplemento da obrigação a cargo de terceiros, que deve ser seguramente provado.

Quanto ao contrato de limite de crédito - "Real-Empresa Plus" (fl. 28-TJ), que está acompanhado de demonstrativos de saldos devedores elaborados pelo recorrente, induvidoso que se trata de documentos que não atendem, integralmente, ao disposto no art. 82 da Lei de Falências, que exige a prova da origem e da importância exata do crédito do requerente da habilitação.

O referido contrato de abertura de crédito não contém valor determinado e bastante ao reconhecimento de dívida certa contraída pela concordatária, mas apenas a quantia limite disponibilizada à cliente, para eventual utilização e cobertura de cheques emitidos sem provisão de fundos na respectiva conta de depósitos que mantém junto ao banco.

Os extratos que instruem o contrato, ainda que explicitassem os lançamentos, os cálculos, os índices e os critérios adotados para a apuração do débito, são documentos unilaterais de cuja formação não participou a eventual devedora, sendo certo que a origem da dívida, no caso, não decorre exclusivamente do contrato, mas de prova da efetiva utilização da importância facultada à titular da conta bancária.

A apelada impugnou a exigibilidade do crédito, suscitou que ele se fundamenta em lançamentos unilaterais efetuados pelo recorrente, os quais deveriam ser revistos, por conterem cobranças indevidas (fls. 42/44-TJ).

O recorrente, a pretexto da suficiência dos elementos que apresentou, no sentido de ensejar a verificação da dívida e a procedência do pedido de habilitação, não apresentou outras provas e sequer pugnou pela realização de perícia ou reclamou sua ausência nas razões recursais, de modo a viabilizar apuração, com a necessária segurança, sobre a utilização, pela apelada, do crédito rotativo previsto no contrato, bem como sua extensão e as circunstâncias em que ocorreu, mediante a demonstração da emissão de cheques sem provisão de fundos e os seus respectivos valores.

No que concerne à verba honorária de sucumbência arbitrada às fls. 69/70-TJ, é irrelevante o fato de a apelada não ter requerido condenação da espécie na impugnação que apresentou.

Há muito está consolidada a orientação jurisprudencial de que é dispensável pedido expresso para condenação em honorários, em razão do comando imperativo dirigido ao juízo da causa, nos termos do art. 20 do Código de Processo Civil, que abrange tanto o réu quanto o autor (STJ, REsp 3.052/RJ, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* de 9.10.1990, p. 10.894).

Entendo que, quando se trata de habilitação de crédito, sobretudo quando existem impugnações, cria-se pressuposto da sucumbência, relativamente à qual a lei não exime o dever do pagamento dos honorários de advogado ao sucumbente.

A Lei nº 8.906/94, no seu art. 22, consagra a verba honorária de sucumbência como um direito subjetivo do profissional, sendo tendenciosa a adoção de qualquer interpretação de norma processual para restringir o reconhecimento desse direito.

Não se concebe que as normas do processo falimentar, proclamadas sob uma realidade social diferente da atual, na época em que o profissional praticava a filantropia com o exercício do seu ofício, prevaleçam em detrimento da contraprestação pelo trabalho digno e indispensável do advogado, que mereceu destaque no art. 133 da Constituição Federal.

Esta Quarta Câmara Cível, no julgamento dos Embargos de Declaração nº 120.847-9 na Apelação Cível 80.464-1, acolheu os embargos para fixar honorários advocatícios em habilitação de crédito.

Quando se trata de verdadeira ação incidental na concordata, como é o caso dos autos, nos quais houve resistência da concordatária, não se há admiti-la como simples habilitação de crédito, mas como processo litigioso do qual sai uma parte vencedora e outra, vencida.

Logo, cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em concordata, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental."

Nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"*São devidos honorários advocatícios nos processos de habilitação de crédito em concordata, devidamente impugnada (2ª Seção, EREsp nº 188.759/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,* DJU *de 04.06.2001)*" (REsp nº 105.549/PR, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 26.08.2002, p. 220).

Acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ICMS - LUBRIFICANTES - COMBUSTÍVEIS - DISTRIBUIDOR - ART. 673, V, DO RICMS/91 - INCIDÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS - OBRIGATORIEDADE - CONVÊNIOS - CARÁTER IMPOSITIVO OU AUTORIZATIVO - CONVÊNIO 105/92 - DESOBRIGATORIEDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE SEUS DISPOSITIVOS AOS ESTADOS - ISENÇÃO TRIBUTÁRIA - CONVÊNIO AUTORIZATIVO - VALIDADE SOMENTE APÓS DECRETO RATIFICADOR

- Nos termos do art. 673, V, do RICMS/91 vigente à época do fato gerador versado na execução fiscal, o distribuidor localizado em outra unidade da Federação sujeita-se ao regime de substituição tributária, estando obrigado à retenção e recolhimento do ICMS, nas remessas de lubrificantes para distribuidor localizado no Estado de Minas Gerais.

- Os convênios possuem caráter impositivo ou autorizativo. Serão impositivos quando suas determinações alcançarem indiscriminadamente todas as

unidades federadas, que ficam obrigadas a cumpri-los. Serão, por outro lado, autorizativos, como é o caso do Convênio 105/92, consoante o que especifica na sua cláusula primeira, quando os Estados e o Distrito Federal não ficam obrigados, mas apenas autorizados a colocar em suas respectivas legislações as determinações elencadas, de acordo com seus interesses e conveniências.

- Os Estados podem conceder isenções, em matéria de ICMS, por meio de decreto ratificador do convênio firmado entre eles. Destarte, os convênios que autorizam os Estados a conceder tais isenções só terão eficácia e passarão a valer após o advento do decreto.

- O Decreto nº 35.103, de 18.11.93, aprovou o Convênio ICMS 111/93, mas não o implementou no regulamento do ICMS. Assim, se, ao tempo em que a empresa submetida ao regime de substituição tributária, realizou as operações internas relativas a combustíveis e lubrificantes estava plenamente em vigor o art. 673 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 32.535/91, o qual foi modificado apenas em 19.12.95, pelo Decreto nº 37.663/95, tais operações realmente deveriam ser tributadas.

- O Convênio nº 111/93 determinou que para os efeitos do ICMS deve ser considerado como distribuidora de derivados de petróleo e dos demais combustíveis e lubrificantes a empresa assim definida e autorizada a exercer tal atividade pelo Departamento Nacional de Combustíveis. Deduz-se, daí, que tal órgão é o competente para dizer se a atividade da empresa pode ou não ser caracterizada como distribuidora.

- Se o cadastro de contribuintes do ICMS mineiro não possui a codificação específica para enquadrar a empresa como distribuidora, o fato de cadastrá-la como atacadista não a torna imune à incidência da norma do art. 673 do RICMS/91.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.153-9/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Lubrificantes - Distribuidora - Ausência de retenção e recolhimento de ICMS - Substituição tributária - Convênio autorizativo - Não-obrigatoriedade de implementação. - Os convênios podem ser autorizativos ou impositivos, conforme obriguem ou não a implementação dos seus dispositivos aos Estados signatários. Nos termos do art. 673, V, do RICMS/91, vigente à época do fato gerador versado na execução, o distribuidor localizado em outra unidade da Federação é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas remessas de lubrificantes para distribuidor localizado neste Estado. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DA REMESSA OFICIAL E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2003. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Tratam os autos de embargos propostos por Texaco Brasil S.A - Produtos de Petróleo à execução que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, sustentando que está inscrita como atacadista no cadastro de contribuintes deste Estado, e não como distribuidora, e que a mercadoria se destinava à Petrobras Distribuidora S.A, e, portanto, não sujeita à incidência da substituição tributária na aquisição, nos termos dos art. 673, IV e VI, do RICMS.

O i. Juiz *a quo*, a final, julgou procedente o pedido, acolhendo os embargos, submetendo a sentença ao reexame obrigatório (fls. 65/68).

Daí, o apelo da Fazenda Estadual, às fls. 73/78, alegando que a r. sentença desconsiderou a legislação aplicável à época do fato gerador versado na execução, que submetia a executada ao regime de substituição tributária, estando obrigada à retenção e ao recolhimento do ICMS.

Em contra-razões, a apelada refuta as alegações da Fazenda, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (fls. 84/90).

Inicialmente, não conheço do reexame necessário, porquanto a restrição ao duplo grau de jurisdição imposta pelo texto atual do art. 475, § 2º, do CPC, acrescido pela Lei nº 10.352/01, determina que não se submeterá à remessa obrigatória a sentença proferida contra a União, Estados, Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público nas hipóteses em que o valor da condenação ou do direito em discussão não excedam a 60 salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos de devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

Quanto ao recurso, dele conheço, pois interposto a tempo e modo, anotando apenas que, apesar de ter deixado a Secretaria do Juízo de intimar a Fazenda estadual da r. sentença, na forma prescrita em lei, deu-se esta por intimada.

Do exame dos autos, anoto que a apelada, situada no Estado de São Paulo, foi autuada, por infração, entre outros, do inciso V do art. 673 do RICMS pela remessa de mercadoria a estabelecimento distribuidor localizado neste Estado, sem a retenção do

imposto devido por substituição tributária. Ajuizando os competentes embargos, aduziu que tal inciso não lhe era aplicável, por estar cadastrada neste Estado como atacadista, e não como distribuidora, e que a Petrobras, destinatária da mercadoria e atacadista como ela própria, era a substituta tributária, responsável pelo recolhimento do imposto, nos termos do art. 673, inciso IV, sendo que a operação praticada estava tipificada no inciso VI.

O aludido artigo assim dispõe:

"*Art. 673. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, é atribuída, por substituição tributária: (...)*

IV - ao atacadista situado neste Estado, relativamente às mercadorias recebidas de outra unidade da Federação, remetidas por contribuintes desobrigados da retenção do imposto;

V - ao fabricante, ou distribuidor, situados em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos para estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas localizados neste Estado;

VI - ao estabelecimento atacadista situado em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos para estabelecimentos varejistas localizados neste Estado".

O douto Magistrado de primeiro grau, ao acolher os embargos e desconstituir o débito tributário, entendeu desnecessário examinar tais argumentos e fundamentou-se na cláusula primeira do Convênio ICMS 111/93, que modificou o § 2° da cláusula primeira do Convênio 105/92, estabelecendo a inaplicabilidade do regime de substituição tributária a remetentes de combustíveis quanto à saída com destino a distribuidora de derivados de petróleo e dos demais combustíveis e lubrificantes.

Com efeito, os convênios possuem caráter impositivo ou autorizativo. Serão impositivos quando suas determinações alcançarem indiscriminadamente todas as unidades federadas, que ficam obrigadas a cumpri-los. Serão, por outro lado, autorizativos quando os Estados e o Distrito Federal não ficam obrigados, mas apenas autorizados a colocar em suas respectivas legislações as determinações elencadas, de acordo com seus interesses e conveniências.

O Convênio ICMS 105/92 tem caráter autorizativo, pois sua cláusula primeira especifica que:

"*Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários,* autorizados *a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente*" (grifei).

E a redação dada ao item 1 pelo Convênio ICMS 111/93, com efeitos de 11.11.93 a 12.12.95 dispunha que:

"*§ 2°. O disposto nesta cláusula não se aplica:*

1. à saída com destino a distribuidora de derivados de petróleo e dos demais combustíveis e lubrificantes, como tal definida pelo Departamento Nacional de Combustíveis-DNC".

Os Estados podem conceder isenções, em matéria de ICMS, por meio de decreto ratificador de convênio firmado entre eles. Destarte, os convênios só terão eficácia e passarão a valer após o advento do decreto. Não são eles que concedem as desonerações fiscais, apenas permitem que o Estado possa efetuá-las.

A propósito, colhe-se do magistério do professor Roque Antônio Carrazza:

"*Portanto, os Estados e o Distrito Federal, querendo conceder isenções de ICMS, devem, previamente, firmar entre si convênios (acordos, ajustes, programas a serem desenvolvidos pelas unidades federativas). Tais convênios são celebrados no Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz. Nele têm assento representantes de cada Estado e do Distrito Federal, indicados pelo respectivo Chefe do Executivo. Normalmente, tal indicação recai sobre o Secretário da Fazenda, que, longe de ser o representante do povo de sua unidade federativa, não passa de um preposto do Governador.*

Assentadas estas premissas, fica fácil proclamar que convênio não é lei, nem o Confaz órgão legislativo (...).

GERALDO ATALIBA, como sempre límpido e terminante, foi ao ponto:

"*(...) o convênio não dá nem tira a nenhuma Fazenda e a nenhum contribuinte. Não cria direito de natureza tributária nem em benefício nem em detrimento de ninguém. É mero pressuposto de exercício eficaz da competência isentadora dos legisladores ordinários estaduais*" (em *ICMS*, Malheiros Editores, 7ª ed., p. 342/343).

E o Decreto n° 35.103, de 18.11.93, aprovou o Convênio ICMS 111/93, mas não o implementou no regulamento do ICMS. As operações internas, portanto, deveriam realmente ser tributadas normalmente no período em que foi autuada a apelada, submetida ao regime de substituição tributária, estando plenamente vigente o art. 673 do RICMS, aprovado pelo Decreto n° 32.535/91, modificado apenas em 19.12.95, pelo Decreto n° 37.663/95.

O segundo ponto a ser esclarecido é o que deve ser considerado distribuidora ou atacadista para a legislação tributária.

É preciso observar que o Convênio ICMS nº 111, de 09/11/93, determinou que para os efeitos do ICMS deve ser considerada como distribuidora de derivados de petróleo e dos demais combustíveis e lubrificantes a empresa assim definida e autorizada a exercer tal atividade pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC. Daí, deduz-se que o órgão competente para dizer se a atividade da consulente pode ou não ser caracterizada como distribuidora é o Departamento Nacional de Combustíveis-DNC.

Se o Cadastro de Contribuintes do ICMS mineiro não possui a codificação específica para enquadrar a apelada como distribuidora, o fato de cadastrá-la como atacadista não a torna imune à incidência da norma. E, se para fins de tributação, invocou a apelada sua qualidade de "atacadista", deixou de fazê-lo quando a r. sentença a considerou "distribuidora" e desonerou-a da cobrança do imposto pela sistemática da substituição tributária.

A instituição desse regime, já acolhida pelos tribunais, encontra amparo legal no § 7º do art. 150 da CF/88, na redação dada pela EC nº 3, de 1993, no inciso II do parágrafo único do art. 121 do CTN e no art. 25 do Convênio ICM 66/88.

Em virtude da previsão contida nos artigos dos dispositivos citados, a Lei nº 6.763/75, que consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais, prevê do "substituto tributário" em seu art. 22, regulamentado pelo RICMS/91, aprovado pelo Decreto nº 32.535/91, e em regime especial de tributação, relativa às operações com derivados de petróleo, lubrificantes e outros produtos.

Em face da imunidade constitucional, a revenda de derivados de petróleo para outras unidades da Federação não é tributada pelo ICMS. Porém, esclareça-se que, nesta hipótese, não é devido o imposto somente na condição de contribuinte (operação-própria). Para o imposto devido na qualidade de contribuinte substituto tributário (responsável pelo recolhimento do imposto devido nas operações subseqüentes com a mesma mercadoria) deve ser observada a legislação do Estado destinatário. A Constituição veda apenas a incidência do ICMS na operação interestadual, e não nas operações internas subseqüentes, realizadas dentro do Estado de destino.

E, não tendo comprovado que o imposto já fora recolhido pela Petrobras, depreende-se que a obrigatoriedade da apelada se emoldura na hipótese prevista no art. 673, V, do RICMS, vigente à época, sendo legítima a exigência tributária.

Com essas considerações, dou provimento à apelação.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA OFICIAL E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

Nota: Abaixo, publica-se acórdão retificador do acima transcrito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.153-9/00 Comarca de Uberaba Relator: Sr. Des. ORLANDO CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CORRIGIR ERRO MATERIAL.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2003. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - No presente feito, a Turma Julgadora da apelação originariamente seria composta dos Desembargadores Orlando Carvalho, Francisco Lopes de Albuquerque e Eduardo Andrade, sendo o primeiro Relator, o segundo o Revisor e o terceiro Vogal. Este último, entretanto, argüiu a sua suspeição, por motivo de foro íntimo, à fl. 99. Com o seu afastamento, passou a integrar a Turma Julgadora o Des. Geraldo Augusto, como Vogal, e, de fato, foi ele quem participou do julgamento. Malgrado a correção da substituição e do julgamento, ficou a constar do acórdão e da papeleta do julgamento o nome do Des. Eduardo Andrade, com omissão do nome do Des. Geraldo Augusto. Trata-se de erro material corrigível a qualquer tempo.

Pelo exposto, determino que se proceda à correção do acórdão, para que dele fique a constar o nome do Des. Geraldo Augusto como Vogal.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - CORRIGIRAM ERRO MATERIAL.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - SUICÍDIO DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL - CULPA *IN VIGILANDO* - DANOS MATERIAL E MORAL - INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS

- No caso de morte de detento, ainda que seja por suicídio, é de ser reconhecida a responsabilidade civil do Estado, por culpa *in vigilando*, configurada pelo ato omissivo dos agentes administrativos. É dever do ente público zelar

pela segurança e integridade das pessoas recolhidas às prisões ou a quaisquer recintos sob sua tutela.

- A família do detento, morto em carceragem estadual, faz jus à indenização por danos moral e material, incluindo-se aí as despesas feitas com o funeral.

- Quando fixa a indenização a ser paga pelo Estado, a título de dano material ou moral, deve o juiz firmar-se nos critérios preconizados por doutrina e jurisprudência. Além disso, precisa usar sua experiência e bom senso e atentar para a realidade da vida e para as peculiaridades do caso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.976-3/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Responsabilidade civil do Estado - Morte de detento em estabelecimento prisional - Suicídio - Culpa *in vigilando* - Dever do Estado de zelar pela segurança e integridade física das pessoas recolhidas às prisões ou a quaisquer recintos sob sua tutela - Ressarcimento das despesas com o funeral da vítima - Cabimento - Indenização por danos materiais e morais devida na espécie dos autos - Sentença parcialmente reformada no reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço da remessa oficial.

Induvidoso que a dministração tem o poder-dever funcional de ser diligente, e a falta de certo grau de diligência administrativa será sancionada pela responsabilidade.

Assim, leciona YUSSEF SAID CAHALI:

"*Na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação de sua integridade corporal, protegendo-se de eventuais violências que possam contra ele ser praticadas, seja da parte dos agentes públicos, seja da parte de outros detentos, seja igualmente, da parte de estranhos.*

A pessoa detida para simples averiguação, preso em virtude de sentença condenatória ou preventivamente no curso do processo criminal ou, mesmo simplesmente perseguida por suspeita de prática de infração não é destituída do seu direito inalienável à integridade física ou moral, cuja preservação e tutela cabem às autoridades policiais" (*Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 1996, p. 504).

Cite-se, outrossim, a sempre abalizada lição do mestre JOSÉ CRETELA JÚNIOR:

"*Pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos (...)*

Cumpre observar, no caso, que a causa da morte é irrelevante para fins de responsabilidade civil do Estado, pois, pela teoria objetiva ou teoria do risco integral, acolhida hoje, sem reservas pelo direito brasileiro, quer o preso tenha sido morto, quer tenha cometido suicídio, espontaneamente ou motivado, a pessoa jurídica responde pela morte, no mínimo por culpa in vigilando, *aplicando-se à espécie o artigo 107 da Constituição de 1969*" (*O Estado e a obrigação de indenizar*, Ed. Saraiva, 1980, p. 251/252).

Nesse passo, resulta em responsabilidade civil do Estado o ato omissivo dos agentes administrativos concorrente para a consumação de morte de detento, ainda que se trate de auto-extermínio.

Segundo a Lei de Execução Penal, possui o Estado o dever de dar assistência ao preso, objetivando prevenir o crime e o retorno à convivência (art. 10), bem como assegurar assistência material e à saúde, aí, naturalmente, incluída a saúde psíquica.

Ao conduzir o detento à carceragem, o Estado passa a ter o dever de vigilância daquele, assumindo a responsabilidade para que o mesmo permaneça ileso.

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência:

"*Acarreta a responsabilidade do Estado, por culpa* in vigilando, *a morte de detento em estabelecimento prisional, uma vez que a vítima se achava sob custódia e direta proteção do Poder Público, ao qual cumpria, através de seus agentes, velar por sua integridade física, como preceitua a Constituição Federal*" (*RT*, 714/201).

Em caso bastante semelhante ao que ora se examina, já se pronunciou este egrégio Tribunal de Justiça:

"*Detento - Suicídio em estabelecimento prisional - Estado - Responsabilidade. - É devida indenização por danos materiais e morais, a ser suportada pelo Estado, no caso de preso que comete suicídio quando recolhido no estabelecimento prisional*" (TJMG - 3ª Câmara Cível -

Apelação Cível nº 178.746-4: Uberlândia, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJ* de 20.10.2000).

Assim sendo, conquanto cuide a hipótese dos autos de suicídio, não se tem como deixar de reconhecer, na espécie, a responsabilidade do Estado pelo ocorrido, que não forneceu ao *de cujus* a devida assistência de que veio ele a precisar.

Casos dessa natureza vêm-se repetindo hodiernamente, seja em face das condições desumanas a que são submetidos os detentos em presídios com superlotação, seja em razão da falta de uma política penitenciária eficiente voltada à recuperação do condenado ou seu aproveitamento, de forma a evitar o ócio, a degradação do caráter e o agravamento do nível de periculosidade.

A situação é, de fato, lastimável, na hipótese específica dos autos, pois, como bem disse a ilustre Juíza singular (fls. 149/150), "*a vítima Carlos Alberto foi presa na data de 16 de novembro de 1993, por volta das 15 horas e 45 minutos, conforme boletim de ocorrência de fls. 13/14, juntamente com outro individuo, como suspeito do furto de uma mobylete.* Fundamentou-se a prisão no estado de flagrância que posteriormente foi declarada ilegal pela própria autoridade policial, conforme atesta o documento de fl. 16-verso" (grifei).

E continua a douta Magistrada: "*Não bastasse* a ilegalidade da prisão empreendida, durante o período do cárcere, *que não ultrapassou algumas horas, a vítima permaneceu custodiada coercitivamente pelo requerido, que assumiu a responsabilidade na manutenção de sua integridade física e mesmo psíquica, que deveria ter resguardado até final apuração do fato tido como delituoso*" (grifei).

Feitas essas considerações, devo analisar o *quantum* das indenizações arbitradas pelo douto Juízo de origem.

Quanto às despesas efetuadas com o funeral do ex-detento, nenhum reparo a fazer. O recibo acostado à fl. 43 é a prova cabal dos gastos efetuados pela autora da ação, ora agravada, com o sepultamento do seu filho. Ademais, não há nos autos prova capaz de desconstituir a veracidade do dito documento, valendo o valor nele inserido, com a devida atualização monetária, para fins de reparação com as despesas de funeral.

No que se refere ao valor deferido a título de pensionamento, *d. v.*, tenho como exagerado o *quantum* arbitrado pela culta Magistrada singular, que entendeu por bem deferir à mãe da vítima uma pensão equivalente "*a 2/3 do salário percebido pela vítima até a data em que esta completaria 70 anos, a título de danos materiais*" (fl. 153).

Na verdade, revelam os autos que o rapaz falecido, filho da ora apelada, pouco contribuiu para as despesas do lar. Observa-se que o período de trabalho do mesmo, efetivamente comprovado, soma o curto período de 03 (três) meses, ou seja, de 15 de agosto

de 1993 (data de admissão do mesmo junto à empresa Piracaiba Agropecuária Ltda. - fl. 42) a 16 de novembro de 1993, data do óbito (fl. 20).

Nesse prisma, considerando, ainda, a sedimentada jurisprudência desta Corte, bem como a dos Tribunais Superiores, no sentido de admissão da verba indenizatória aos pais pela morte do filho até o momento em que este último completasse vinte e cinco anos de idade, estou reduzindo a indenização a título de danos morais para o equivalente a 2/3 do salário percebido pela vítima até a data em que este completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade.

Por último, resta indubitável que o Estado haverá de pagar uma indenização a título de danos morais, em decorrência do trágico falecimento da vítima.

Não se pode perder de vista que o ressarcimento por dano moral não objetiva somente compensar à pessoa ofendida o sofrimento que experimentou pelo comportamento de outro, mas também, sob outra ótica, punir o infrator, através da imposição de sanção de natureza econômica, em benefício da vítima, pela ofensa à esfera jurídica alheia.

Neste aspecto, ressalta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"*Apagando do ressarcimento do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, como técnica de afastar ou abolir o prejuízo, o que há de preponderar é um jogo duplo de noções: a) de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo; mas não vai aqui uma confusão entre responsabilidade penal e civil, que bem se diversificam; a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em benefício da vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por erro de conduta. b) De outro lado, proporciona à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é um* pretium doloris, *porém uma ensancha de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda a espécie, como dizem Mazeaud et Mazeaud, tanto materiais quanto intelectuais, e mesmo morais*" (*Instituições de Direito Civil*, v. II, 9ª ed., Editora Forense: São Paulo, 1988, p. 242).

Tal entendimento encontra ressonância no colendo STJ, *verbis*:

"*Na fixação do dano moral deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade,*

valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e à peculiaridade de cada caso" (*BSTJ*, 81/160).

Nessas condições, atento às circunstâncias da espécie, às condições socioeconômicas das partes envolvidas, bem como tendo em vista que, se de um lado, é de ser reconhecida a responsabilidade do Estado pelo evento, por outro lado, há que se ter em mente que o falecido concorreu para o evento, ainda que se considere que sua capacidade volitiva possa ter sido seriamente comprometida pelas pressões a que foi submetido, entendo por bem fixar a indenização a título de danos morais em 150 (cento e cinqüenta) vezes o valor do salário recebido pela vítima à data de sua morte, ou seja, o valor da última remuneração da vítima (fl. 24 da CTPS juntada à fl. 42 dos autos), devidamente atualizado para o valor de equivalência do salário mínimo, *vigente à data do efetivo pagamento*, multiplicado pelo fator 150 (cento e cinqüenta).

Mantém-se, quanto ao mais, a respeitável sentença revisanda.

Pelo exposto, em reexame necessário, reforma-se parcialmente a r. sentença.

Custas, pelo Estado de Minas Gerais, isentas.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

PERÍCIA - QUESITOS - DOCUMENTOS - SUPORTE PARA AS RESPOSTAS - FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA PARTE NO PRAZO PREVISTO NA INTIMAÇÃO - PRECLUSÃO

- A falta de apresentação pela parte, no prazo previsto na intimação, dos documentos solicitados pelo perito, os quais dariam suporte para as respostas aos quesitos, dá causa à preclusão da prova pericial.

AGRAVO Nº 298.361-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Diligência - Não-cumprimento - Conseqüência. - A falta de cumprimento de diligência de apresentação de documentos que ofereceriam suporte para a resposta de seus quesitos dá causa à ocorrência de preclusão, com perda da oportunidade para a prática de ato por inércia da parte que tinha o encargo de fazê-lo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Trata-se de agravo de instrumento tirado da ação de rescisão de contrato com pedido de antecipação de tutela e interposto por Euclides Fortunati.

Foi deferida prova pericial (fl. 48-TJ), requerida pelo agravante e, para realização da perícia, com resposta a quesitos formulados pelo recorrente, o perito solicitou a apresentação de documentos.

Intimado o agravante a fazê-lo, no prazo de dez (10) dias, sob pena de preclusão da prova pericial, deixou transcorrer *in albis* o prazo, pelo que o MM. Juiz considerou preclusa a prova, decorrendo do despacho o agravo de instrumento.

O Estado de Minas Gerais ofereceu contraminuta, sustentando que, ao deixar o agravante de apresentar, na segunda oportunidade que lhe foi dada, os documentos solicitados pelo perito, não se justifica se lhe faculte uma terceira oportunidade.

Não houve preparo das custas recursais.

É o relatório.

Conheço do recurso, próprio, tempestivo, regularmente processado sem preparo por achar-se dele isento o agravante.

Razão não assiste ao agravante.

Ao deixar de apresentar os documentos que ofereceriam suporte para a resposta de seus quesitos, deu causa para que ocorresse a preclusão, ou seja, perda da oportunidade da prática de ato por inércia da parte que tinha o encargo de fazê-lo.

Também não se aplica ao caso a inversão do ônus processual por não versar a controvérsia sobre o cumprimento do contrato, mas de justificativa de seu descumprimento pelo agravante, que veio a propor ação revisional de contrato.

O ônus de prova é da parte que procura justificar o descumprimento do contrato.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

Sem custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo. *O Sr. Des. Silas Vieira* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DANO PROVOCADO POR ENCHENTE - CHUVA INCOMUM - CASO FORTUITO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - EXCLUSÃO

- A responsabilidade objetiva da Administração Pública assenta-se na teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6°, da CF/88, segundo a qual a Administração é obrigada a indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Todavia, para obter a indenização, deve o lesado demonstrar o nexo causal entre o ato lesivo e o dano, bem como seu montante. Por outro lado, para eximir-se da obrigação de indenizar, cabe à Administração demonstrar uma das causas de exclusão da responsabilidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. Assim, provado que o dano ocorreu em razão de caso fortuito decorrente de enchente provocada por chuva incomum, fica afastada a responsabilidade civil do município.

APELAÇÃO CÍVEL N° 298.451-6/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Ação de indenização - Responsabilidade objetiva da Administração Pública - Inexistência do nexo de causalidade entre o acidente e o dano causado - Caso fortuito - Acidente causado por chuva incomum - Exclusão da responsabilidade do município. - A responsabilidade da Administração Pública assenta-se na teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6°, da Constituição Federal de 1988, porém havendo a necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre o acidente ocorrido e o dano causado, havendo a exclusão de responsabilidade do município caso comprovado que aquele se deu em decorrência de caso fortuito.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2002. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de apelação cível (fls. 49/52-TJ) interposta por Edgar Teixeira da Silva, em face da r. sentença (45/46-TJ) que, na ação de indenização, julgou improcedente o pedido inicial.

Adotando o relatório da decisão objurgada (fls. 45/46-TJ), acresce-se

que o d. Magistrado *a quo* pontificou, naquela oportunidade, que, para ficar caracterizada a obrigação de reparação pelo Município, deveria haver demonstração de nexo causal entre o fato e os danos ocorridos, sendo que, no caso em questão, não há elementos suficientes que possam demonstrar o acúmulo do lixo no bueiro, motivo pelo qual julgou improcedente a súplica inicial.

Inconformado, apelante/autor recorreu (fls. 49/52-TJ), pleiteando a reforma da r. decisão, alegando que, de acordo com as testemunhas arroladas e o documento fornecido pelo Corpo de Bombeiros, não podem restar dúvidas de que o bueiro já estava entupido quando começou a chover. Tem-se, portanto, que a queda do muro e a inundação de sua casa só foram possíveis devido à negligência da Administração, que não efetuou a limpeza dos bueiros.

Em contra-razões (fls. 54/57-TJ), o apelado/réu rogou pela manutenção da r. decisão guerreada, afirmando não estar o bueiro entupido quando ocorreu a chuva, sendo o entupimento conseqüência da mesma. Ademais, acrescenta não poder haver responsabilização da Administração Pública quando da ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 61/62-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 63-TJ).

Da análise de todo o processado, tem-se que a d. sentença deve ser mantida nesta sede recursal, senão vejamos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6°, dispõe (*in verbis*):

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

§ 6°. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Dessa feita, sabemos que a responsabilidade da Administração Pública se assenta na teoria do risco administrativo e, conseqüentemente, independe de prova de culpa, porém havendo a necessidade de demonstração do nexo causal entre o acidente e o dano causado.

Neste sentido, corrobora o eminente HELY LOPES MEIRELLES, conforme se observa a seguir:

"*O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores,*

independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados" (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 24ª ed., p. 588).

E continua:

"*Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 24ª ed., p. 593).

Concluindo, para ensejar a obtenção de indenização, necessário é que ocorra a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário ao direito, por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer, além da existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial, bem como o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que, sem a verificação do comportamento contrário ao direito, não teria havido o atentado ao bem jurídico, o que não foi o caso dos autos.

É certo que, em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, à Administração compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

Como nos ensina RUI STOCO:

"*Apenas para efeito de registro, cabe observar que o nosso Direito consagra em termos gerais a isenção da responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou de força maior. Em pura doutrina, distinguem-se estes eventos dizendo que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto ou o temporal*" (*Responsabilidade Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., p. 86).

Outro não é o entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

"*Ora, na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A conseqüência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado. Em outras palavras, são eles excludentes da responsabilidade*" (*Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Lume Juris, 9ª ed., 2002, p. 441)

Entretanto, os elementos trazidos aos autos comprovam que o fato determinante da inundação da casa do apelante/autor pela derrubada de um muro foi um temporal incomum, acompanhado de ventos de cerca de 60 quilômetros por hora, que atingiu a Cidade de Varginha, provocando, além daquele, vários outros acidentes. Basta ver os noticiários regionais, juntados às fls. 24/26-TJ, que, referindo-se ao fenômeno, proclama que (*in litteris*):

"*Foram apenas 12 minutos de chuva forte, vento e granizo, suficientes para deixar em alguns bairros de Varginha, no Sul de Minas, as marcas da fúria do temporal. Casas destelhadas, muitas árvores no meio da rua, inundação, muros no chão, carros amassados ou com vidros quebrados. De acordo com o engenheiro agrônomo Antônio Vander Rafael Garcia, responsável pela Estação Fitossanitária de Varginha, foram 42 milímetros de chuva nos 12 minutos, associada a ventos de 60 km/h*" (fl. 26-TJ).

Ademais, percebe-se que a prova testemunhal (fls. 37/39-TJ) aponta no sentido de que não dava para ver o bueiro no momento da chuva, lendo-se ainda no boletim de ocorrência da Polícia Militar que "*Do local, verificamos se tratar de um bueiro que* veio a entupir..." (fl. 06-TJ), entendendo-se assim sem razão a alegação do apelante/autor, no sentido de que o motivo do acidente ocorrido em sua residência foi o entupimento dos bueiros situados em sua rua (grifos nossos).

E, como acertadamente concluiu o d. Magistrado *a quo*, quando de sua r. sentença (*in verbis*):

"*O entupimento que se constatou, quando as águas baixaram, foi causado por materiais comumente conduzidos por enxurrada, como (garrafas plásticas, papelão e capim) (fl. 34).*

Portanto, não é possível concluir que o lixo estivesse concentrado no bueiro, causando o seu entupimento, quando a chuva teve início.

Em assim sendo, não há como atribuir a inundação à negligência dos servidores públicos municipais ou mesmo admitir vínculo entre ela e ação administrativa lícita" (fl. 46-TJ).

Bem decidiu a 3ª Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça, tendo como Relator o em. Des. Aloysio Nogueira:

"*Indenização - Responsabilidade objetiva da Administração Pública - Queda de árvore sobre veículo estacionado em via pública - Acidente causado por tempestade e vendaval incomuns - Caso fortuito - Exclusão da responsabilidade objetiva do Município - Sentença que acolheu o pedido reformada, em reexame - Prejudicada a apelação*" (Apelação Cível nº 153.595-4/00 - Comarca de Patos de Minas - Des. Aloysio Nogueira, em 29.06.2000).

Ainda, conforme decisão abaixo exarada pela 7ª Câmara de Direito Público do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*Responsabilidade civil do município - Mauá - Indenização por danos causados por enchente - Chuvas acima dos padrões normais que provocaram inundações - Culpa atribuída ao serviço público municipal, pela inexistência ou má prestação dos serviços de prevenção e contenção de águas do Rio Tamanduateí - Falta de prova quanto ao argumento - Ocorrência, por outro lado, de anormal índice pluviométrico à época da inundação, com decretação de calamidade pública - Causa excludente (caso fortuito/força maior) caracterizada, afastando a obrigatoriedade de indenizar - Sentença de improcedência mantida - Recurso voluntário improvido*". (Apelação Cível nº 62.826-5/01 - Comarca de Mauá - Des. Jovino de Sylos Nelo, em 11.12.2000.)

Portanto, por considerarmos que o ocorrido naquela oportunidade foi uma fatalidade decorrente de fenômeno natural que fugiu do alcance do apelado/réu, assevera-se que não há que se falar em indenização no caso em tela.

Pelo exposto, confirmamos a r. sentença do i. Juiz de primeiro grau, negando provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - PMMG - CRITÉRIOS POR RESOLUÇÃO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL E DA LEGALIDADE - CANDIDATO - PLENA ACUIDADE VISUAL - EXAME OFTALMOLÓGICO - DESNECESSIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- A definição de doença incapacitante para investidura em cargo público por resolução, e não por lei em sentido formal, constitui afronta aos princípios da legalidade e da reserva legal.

- Comprovando a impetrante plena acuidade visual, ela não terá de ser submetida ao exame oftalmológico para fins de admissão ao curso de formação da PMMG, constituindo tal exigência ilegalidade passível de correção por mandado de segurança, uma vez evidenciado o direito líquido e certo da requerente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 298.996-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Critérios de fixação de doenças incapacitantes para o desempenho de cargo público impostas via de resolução, e não de lei em

sentido formal, ferem os princípios da legalidade e da reserva legal, devendo ser afastadas, acaso afrontem a razoabilidade. - Demonstrando a impetrante, aprovada nas fases anteriores do concurso para o qual se inscreveu, plena acuidade visual e a desnecessidade de se submeter ao exame oftalmológico, o qual foi injustamente antecipado pela autoridade coatora, a mesma tem direito líquido e certo de ser admitida no Curso de Formação de Sargentos de Manutenção de Comunicações da PMMG.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do reexame obrigatório e do apelo voluntário, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança cuja ordem foi concedida, anulando o ato rotulado abusivo da autoridade dita coatora, "*determinando a inclusão da impetrante no Curso de Formação de Sargentos de Manutenção de Comunicações, caso seja aprovada no Teste de Aptidão Física*".

O Estado de Minas Gerais apelou da decisão, sustentando que há lei expressa obstaculizando a pretensão da autora, que é portadora de deficiência visual, assim como ocorre no edital de concurso, que afastar tal exigência editalícia seria discriminação aos demais candidatos, devendo ser reformada a sentença monocrática.

Observo, contudo, que o julgado atacado há que ser mantido:

Andou bem o Julgador singular ao afirmar que a autoridade coatora subverteu a ordem do certame a que se submeteu a impetrante, pois impôs-lhe o exame oftalmológico quando o próprio edital afirma que isso só ocorreria caso o candidato apresentasse problemas de acuidade visual. Vejamos a regra editalícia em comento:

"*4.4.1 Os exames preliminares de saúde, às custas da PMMG, compor-se-ão de: (...)*

4.4.1.3 acuidade visual e, quando indicado, exame oftalmológico".

E, conforme se depreende dos documentos carreados aos autos pela impetrante, a mesma detém cem por cento (100%) de acuidade visual. Dessa forma, a autoridade coatora afrontou o próprio edital que confeccionou, sendo, só por isso, ilegal o seu ato, e isso sem falar nas demais incorreções, conforme se verá a seguir.

Os critérios dos exames exigidos pelo edital de concurso, bem como as moléstias incapacitantes foram fixados pela Resolução 3.444, de 12 de agosto de 1998, a qual, no seu anexo "E", Grupo XIV, item 7, dispõe (fls. 45/50):

"*Grupo XIV: Doenças e alterações oftalmológicas*

A - Para admissão/inclusão no CFO, QPPM e QPEM: (...)

7. hipermetropia ou astigmatismo hipermetrópico latente (igual ou superior a 2.0 dioptrias)".

E, como bem salientou o ínclito Julgador de primeiro grau, tais critérios deveriam ser fixados por lei, e não através de simples resolução, conforme exige o art. 37, inciso II, da Carta Magna, *in verbis*:

"*Art. 37.* Omissis.

I - (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração".

Vê-se, assim, que o edital de concurso feriu o princípio da legalidade, não sendo simples resoluções instrumentos hábeis a fixar critérios de definição de moléstias incapacitantes, eis que tal é dado somente à lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) fazer.

Feriu-se, também, o princípio da reserva legal, insculpido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

"*Art. 5º.* Omissis.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O próprio impetrado afirmou, nas suas informações de fls. 66/71, que "*a deficiência oftalmológica, identificada no exame, pode até não constituir efetivamente uma doença*". Ou seja, nem sequer tem certeza de que a impetrante é portadora de alguma patologia e se a mesma a incapacita para o labor que pretende desenvolver.

Por outro lado, tendo ela provado que tem cem por cento (100%) de acuidade visual, não hão que se tecer elucubrações acerca do fato de que algum dia, talvez, poderá desenvolver algum problema oftalmológico. Ademais, há que se saber se o astigmatismo hipermetrópico é passível de correção por via lentes corretivas, pois, em nenhum momento, o impetrado afirmou contrariamente.

Com a presente decisão, não se está a afastar a exigência do edital para a autora, exclusivamente, mas, sim, reconhecendo-se a subversão às regras do edital perpetrada pela própria autoridade coatora, bem como observando-se que impor restrições por via de resoluções constitui afronta aos princípios da legalidade e da reserva legal.

A respeito da questão ora em debate, este egrégio Tribunal já teve oportunidade de decidir outras vezes, assim o fazendo:

"*Ementa: Mandado de segurança. Concurso público da PMMG. Exame oftalmológico. Circunstância não ensejadora de limitação visual. Concessão. Legalidade. - 1. Verificada a ausência de circunstância ensejadora de limitação visual do candidato a concurso público da PMMG, pelo respectivo exame clínico submetido pelo mesmo, deve ser mantida a segurança impetrada para fins de nulidade do ato de sua exclusão, com base na falsa premissa de possuir o mesmo incapacidade visual. - 2. Sentença mantida em reexame necessário*" (TJMG: Apelação Cível nº 237.423-9; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. Nilson Reis; v.u.; *DJ* de 07.06.2002).

"*Ementa: Polícia Militar - Eliminação no exame de acuidade visual. - Resultando dos exames oftalmológicos a que foi submetido o apelado que este possui perfeita acuidade visual, em ambos os olhos, presentes se revelam o* fumus boni iuris *e o* periculum in mora *à concessão da medida cautelar pleiteada, a garantir-lhe a continuidade na participação em Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar*" (TJMG: Apelação Cível nº 217.386-5; 4ª Câmara Cível; Rel. Des. Célio César Paduani; v.u.; *DJ* de 12.12.2001).

"*Ementa: Concurso Público - Requisito exigido através de Resolução - Inadmissibilidade - Segurança concedida. - Contraria princípio constitucional a exigência imposta a candidato participante de certame, feita através de Resolução, quando a Constituição exige que qualquer requisito regulamentador seja estabelecido em lei. - Inteligência do art. 37, I, da CF - Sentença confirmada*" (TJMG: Apelação Cível nº 165.538-0; 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Campos Oliveira; v.u.; *DJ* de 03.03.2000).

No caso vertente, analisando os exames médicos que constataram ser a impetrante detentora de grau pleno de acuidade visual (fls. 56, 62 e 63), documentos estes nem sequer impugnados pelo impetrado, presente a prova pré-constituída do direito líquido e certo suscitado.

E, como é sabido, por tal direito (líquido e certo) entende-se aquele que deflui de fatos incontroversos; e, como tais, somente são havidos aqueles que se demonstram previamente e sem sombra de dúvidas, por meio de prova documental, exatamente como ocorreu no presente caso. Dando guarida a tal afirmativa, cito o conceito de direito líquido e certo formulado pelo saudoso Mestre HELLY LOPES MEIRELLES:

"*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por*

mandado de segurança, há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante." (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Editora Revista dos Tribunais, 16ª ed., São Paulo - 1995, p. 12).

Dessa forma, carreando aos autos a prova pré-constituída e demonstrado o direito líquido e certo da impetrante, correta e a não merecer qualquer espécie de reparos a r. sentença que lhe concedeu a segurança.

Em face de tais considerações, no reexame oficial, confirmo a bem-lançada sentença singular, julgando prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI MUNICIPAL - AUTORIZAÇÃO PARA LEILOAR TERRENOS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - ÁREAS VERDES - LOTEAMENTOS SEM REGISTRO - OFENSA AOS ARTS. 22 E 37 DA LEI Nº 6.766/79 E AOS ARTS. 5º, II, E 225, § 1º, III E IV, DA CF/88 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* E INEFICÁCIA DA NORMA

- A lei municipal que autoriza o Poder Executivo a leiloar terrenos pertencentes ao patrimônio público municipal referentes a loteamentos ainda não registrados no cartório de registro de imóveis e a áreas verdes, sem prévia avaliação e sem autorização do Codema, afronta os arts. 22 e 37 da Lei nº 6.766/79 e ainda os arts. 5º, II, e 225, § 1º, incisos III e IV, da CF/88, sendo ela ineficaz e nulos os atos dela decorrentes, devendo-se julgar procedente a ação civil pública, com pedido de liminar, para que seja declarada sua ineficácia e inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 301.149-1/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Ação civil pública - Liminar - Suspensão dos efeitos de lei municipal que autoriza o leilão de bens imóveis pertencentes ao patrimônio público municipal - Ferimento aos princípios da Administração Pública - Desafetação das áreas sem observância aos princípios orientadores da Administração Pública - Sentença mantida em reexame obrigatório, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo segundo apelante, o Dr. João Bosco Kumaira. Assistiu ao julgamento, pelo Município de Sete Lagoas, o Dr. Raimundo Cândido Júnior.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de ação civil pública com pedido de liminar manejada pelo Órgão Ministerial, contendo postulação no sentido de ver declarada a ineficácia da Lei Municipal 6.236/00, autorizativa de leilão de áreas de terrenos pertencentes ao patrimônio público municipal, quando os loteamentos não se encontram registrados no Cartório de Registro de Imóveis. Alega que, antes mesmo de se publicarem os editais para registro dos loteamentos dos bairros Residencial Vista dos Lagos e Residencial Vista dos Lagos II, a Prefeitura Municipal de Sete Lagoas já havia tornado pública a realização de leilão de imóveis pertencentes ao patrimônio público municipal e ainda não registrados, e a Lei 6.236/00 autorizou que se realizasse o leilão de tais imóveis.

Deferiu-se a liminar postulada.

Apesar de regularmente intimado o Município, apenas a Câmara Municipal, então representada pelo seu Presidente, Paulo Sérgio Maciel de Oliveira, apresenta defesa alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva, requerendo sua exclusão da lide, ou, se for o caso, improcedência da ação.

Intervém no feito a Empresa PV Empreendimentos Imobiliários Ltda., arrematante do loteamento, apresentando manifestação. Alega, preliminarmente, ilegitimidade ativa do Ministério Público e descabimento da ação civil pública e do pedido de ineficácia da lei, por ausência de qualquer embasamento legal. Assevera que o fato de não estarem os loteamentos registrados na data do leilão não significa a impossibilidade da concretização do seu registro nos dias imediatos. No mérito, alega que todo o processo para a regularização dos loteamentos estava em curso, cujo registro ocorreu após a instauração da presente ação civil pública.

Sobreveio a r. sentença de fls. 102/111, que rejeitou as preliminares e julgou procedente a ação declarando a ineficácia da Lei 6.236/00, bem como nulos todos os atos dela decorrentes, declarando, ainda, sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*, por afrontar os arts. 22 e 37 da Lei Federal 6.766/79 e ainda os arts. 5º, II, e 225, § 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, sujeitando a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Além da remessa oficial, PV Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpõe recurso contra a decisão, fls. 113/121, sustentando a extemporaneidade da impugnação de fls. 76/96 apresentada pelo Ministério Público e sua ilegitimidade para figurar no pólo ativo da ação, pugnando, a final, pela improcedência do pedido, mantendo os efeitos da objurgada lei municipal.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado, alegando o recorrido inicialmente a intempestividade do recurso, defendendo, no mais, o acerto da r. decisão de primeiro grau.

Sustenta a ilegalidade do ato questionado, a sua legitimidade e o cabimento da ação que não objetiva a declaração de inconstitucionalidade, mas o reconhecimento de tal para os atos praticados pelo Município, em total descordo com os princípios da Administração. Pede o improvimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela confirmação da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Do necessário, esta a exposição.

Conheço da remessa oficial e do recurso necessário.

A recorrente, na condição de litisconsorte, tendo procurador distinto do dos réus, tem prazo em dobro para recorrer, na forma do art. 191 do CPC, mostrando-se, assim, tempestivo o recurso, rejeitada a preliminar.

Patente a legitimidade do Ministério Público para aviar a presente ação civil pública para defesa do patrimônio público, a teor do art. 129, III, da Constituição Federal, que ampliou o campo de atuação do Ministério Público, suprindo a limitação imposta pelo art. 1° da Lei 7.347/85.

No mérito, não merece qualquer censura a r. decisão de primeiro grau.

Pretende o il. representante do Ministério Público, através da presente ação civil pública, a declaração de ineficácia e de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei municipal autorizativa da venda de terrenos pertencentes ao Poder Público.

Restou demonstrada nos autos a ilegalidade da desafetação pretendida.

A Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, através de publicação no jornal da cidade em 13.09.2000, tornou pública a realização de leilão de imóveis pertencentes ao patrimônio público, isso com base na Lei 6.236/00, que autorizava o leilão das áreas de terrenos públicos, ou seja, antes mesmo da publicação dos editais para registro dos loteamentos em questão, que se deu em 26.09.00 e 27.09.00.

O leilão efetivou-se em 29.09.00, sem que houvesse registro dos referidos imóveis no cartório competente, ferindo assim a norma do art. 37 da Lei Federal 6.766/79, que veda a venda ou promessa de venda de parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.

Nota-se que houve precipitação por parte da Prefeitura, leiloando os loteamentos de forma irregular e ilegal,

mostrando-se, assim, a Lei 6.236/00, ao autorizar o leilão de áreas institucionais e de áreas verdes, sem prévia avaliação e sem autorização do Codema, contrária aos dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais (arts. 5°, II, e 225, § 1° e incisos III e IV, da CF e arts. 22 e 37 da Lei Federal 6.766/79), devendo ser declarada sua ineficácia e inconstitucionalidade.

Com essas considerações, em reexame obrigatório, mantenho íntegra a r. decisão de primeiro grau, prejudicado o recurso da arrematante PV Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Rejeito também a preliminar.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

Cuida-se de ação civil pública via da qual pretende seu autor a declaração de ineficácia da Lei Municipal 6.236/00, autorizativa de leilão de áreas de terrenos pertencentes ao patrimônio público municipal, sem que estivessem devidamente registrados no Cartório de Registro de Imóveis.

O digno Magistrado sentenciante, ao deslinde da sentença de fls. 102/111-TJ, concluiu pela procedência da ação, sob o fundamento de que "*é evidente, pois, que a Lei 6.236/79 de 08 de Setembro de 2000, ora questionada está a afrontar dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais (artigos 5°, II, e 225, parágrafo 1° e incisos III e IV, da CF e artigos 22 e 37 da Lei Federal n° 6.766/79*" (*litteris*, fls. 109-TJ).

De fato, há documentos acostados aos autos que comprovam a ausência de registro do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Diz o art. 37 da Lei 6.766/79, dispondo sobre o parcelamento do solo urbano, que:

"*Art. 37. É vedado vender ou prometer vender a parcela de loteamento ou desmembramento não registrado*".

Não resta dúvida, portanto, de que os terrenos foram leiloados de forma irregular, pelo que é evidente a declaração de ineficácia de negociação atentatória ao patrimônio e interesse públicos.

Com tais considerações, em reexame necessário, também confirmo a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - DEPOIMENTO PESSOAL - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE PARA O DEPOIMENTO PESSOAL E DE OPORTUNIDADE PARA O ROL DE TESTEMUNHAS - CERCEAMENTO DE DEFESA - MINISTÉRIO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO - NULIDADE DO PROCESSO

- Em ação de separação judicial litigiosa, não sendo as partes intimadas para a audiência de instrução e julgamento, mas somente para a tentativa de conciliação, não tendo sido intimadas pessoalmente para o depoimento pessoal e realizando-se a audiência como de instrução, com surpresa às partes, sem oportunidade para a apresentação do rol das testemunhas, como requerido, e, ainda, a ausência do representante do Ministério Público e de sua manifestação antes da decisão judicial, verificam-se elementos bastantes para o acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa e nulidade do processo. A busca da verdade real, quanto aos fatos, até o limite das possibilidades apresentadas nos autos, interessa a todos, para a finalidade de uma decisão a mais justa e a mais coerente com o caso concreto, para a segura aplicação do direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 301.511-2/00 - Comarca de Cambuí - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Separação judicial litigiosa - Audiência de instrução e julgamento - Depoimento pessoal - Ausência de intimação da parte para o depoimento pessoal e de oportunidade para o rol de testemunhas - Cerceamento de defesa - Ausência de manifestação do Ministério Público - Nulidade do processo. - Em ação de separação judicial litigiosa, não sendo as partes intimadas para a audiência de instrução e julgamento, mas somente para a tentativa de conciliação, não tendo sido intimadas pessoalmente para o depoimento pessoal e realizando-se a audiência como de instrução, com surpresa às partes, sem oportunidade para a apresentação do rol das testemunhas, como requerido e, ainda, a ausência do representante do Ministério Público e de sua manifestação antes da decisão judicial, verificam-se elementos bastantes para o acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa e nulidade do processo. A busca da verdade real, quanto aos fatos, até o limite das possibilidades apresentadas nos autos, interessa a todos, para a finalidade de uma decisão a mais justa e a mais coerente com o caso concreto, para a segura aplicação do direito.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos de ação de separação judicial litigiosa que o apelante move contra a apelada, julgada improcedente, ao argumento de ausência de provas produzidas pelo autor, ora apelante (fl. 22).

Irresignado, recorre o vencido, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, por ter sido a intimação restrita e expressa para audiência de conciliação, somente; entretanto, esta se realizou como de instrução e julgamento e, conseqüentemente, ocorreu a nulidade da sentença, que suprimiu fase essencial; além do que não teria sido intimada e nem ouvida a suplicada em depoimento pessoal, como requerido. No mérito, em resumo, que a requerida, ora apelada, não negou que teria deixado o lar conjugal e que também deseja a separação. Assim, pela reforma da sentença, com a procedência do pedido (fls. 23-25).

Examina-se a preliminar prejudicial.

Com a análise das peças dos autos, tem-se que, após a impugnação à contestação, pelo Juiz foi determinada a intimação das partes para requerimento e especificação de provas que pretendessem produzir (fl. 16-v.), tendo o autor, ora apelante, prontamente, atendido ao despacho, requerendo prova testemunhal e o depoimento pessoal da suplicada, ora apelada (fl. 17). Também o representante do Ministério Público requereu (fl. 18-v.) o depoimento pessoal das partes e a oitiva das testemunhas arroladas. Foi, então, designada data para "audiência de conciliação, instrução e julgamento" para o dia 11.03.2002 (fl. 20). Entretanto, a intimação respectiva não foi assim concretizada, por ter no mandado constado, apenas, intimação para "comparecerem à audiência" (fl. 21) e na publicação pela imprensa, apenas para "audiência de conciliação" (fl. 28). Ainda assim, foi realizada audiência, naquele dia designado, como de instrução e julgamento, resultando na decisão de improcedência, baseada em ausência de produção de provas pelo autor-apelante (fl. 22). Não foi intimada especificamente, nem ouvida, também, a suplicada, para o depoimento pessoal, como requerido.

Não se olvide que, pela natureza da ação e suas circunstâncias pessoais e fáticas, o depoimento pessoal das partes é fundamental, por ser o momento em que o julgador poderá sentir a palavra e o conjunto emocional-psicológico daqueles diretamente envolvidos nos fatos.

No caso dos autos, acrescenta-se que o erro que resultou no vício da publicação/intimação da audiência, restringindo-a a tão-só para o "comparecimento à audiência" (mandado) e para "audiência de conciliação" (imprensa), não obrigaria, por si, a

juntada necessária do rol das testemunhas para o devido conhecimento e intimação. Intimados como foram, partes e advogados ficaram tranqüilos quanto a isto, aguardando a oportunidade da posterior designação de audiência de instrução e julgamento, no caso de não haver conciliação. Entretanto, a realização da audiência, ainda assim, como de instrução e julgamento, causou perplexidade e tomou de surpresa as partes, que não tiveram oportunidade para a apresentação oportuna do rol de testemunhas e necessária intimação. Sequer a suplicada, apelada, foi intimada pessoalmente para o depoimento pessoal, oportunamente requerido. A conclusão evidente é a de que, realmente, no caso específico, foi o apelante prejudicado em sua defesa.

A busca da verdade real quanto aos fatos, até o limite das possibilidades apresentadas nos autos, interessa a todos, para a finalidade de uma decisão a mais justa e a mais coerente com o caso concreto, para a segura aplicação do direito.

Ademais, acrescenta-se a ausência de intimação e presença do representante do Ministério Público à audiência e, mais ainda, a ausência de sua intimação e,/ou oportunidade de manifestação em parecer final sobre o pedido, antes da sentença.

Com tais razões, *dá-se provimento à apelação* para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, anular o processo, a partir da audiência de fl. 22, inclusive, e determinar que outra seja designada, oferecendo oportunidade para a apresentação do rol de testemunhas, intimações, inclusive para depoimentos pessoais e realizando-se a necessária instrução, oferecendo oportunidade para o parecer final do Ministério Público, para a posterior sentença final.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - EXONERAÇÃO DE PENSÃO - MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ANTERIOR DO ALIMENTANTE E DA ALIMENTADA INCOMPROVADA - NAMORO NÃO É PROVA DE CONCUBINATO OU UNIÃO ESTÁVEL, NÃO ENSEJANDO CORTE DA PENSÃO

- O nascimento de um filho com outra mulher não é motivo que deve estribar pedido exoneratório ou reducente de pensão, visto que contraria o art. 30 da Lei nº 6.515/77, que prevê que o novo casamento não alterará a obrigação do devedor, sendo certo que a Constituição Federal igualou ao casamento outras uniões heteroafetivas.

- Não tendo a mulher dado causa à separação e persistindo os requisitos determinadores dos alimentos, não se pode exonerar da obrigação alimentar o ex-cônjuge, pelo simples fato de o credor de alimentos estar namorando, já que o namoro não é concubinato ou união estável e não enseja corte da pensão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 301.968-4/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Exoneração de pensão.- Imutabilidade comprovada de cenário de alimentante e de alimentada. - Namoro não é prova de concubinato ou união estável e nem de corte de pensão.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço das apelações por próprias e regularmente processadas.

Antes de adentrar o exame do mérito da demanda, gostaria de deixar previamente consignado dois registros:

1° - Que nascimento de um filho com outra mulher não é motivo que deva estribar pedido exoneratório ou reducente de pensão, pois tal proceder iria de encontro ao artigo 30 da Lei 6.515, que diz:

"*Se o cônjuge devedor da pensão vier a casar-se, o novo casamento não alterará sua obrigação*".

A Lei 6.515 é de 1977, e a Constituição Federal (1988) igualou ao casamento outras uniões heteroafetivas.

2° - É verdade que o acordo judicial homologado e trânsito faz "lei entre as partes"; é a garantia constitucional e moral da sociedade. Não obstante, com relação específica a *alimentos,* a matéria sempre foi - e continua sendo - *revisional.* Muda conforme o cenário das partes. *Data venia,* não é "até a morte". Mesmo porque, morte de quem? E se o seu direito estivesse estribado em pensão de alimentante que não tivesse aposentadoria?

Assim, com esses dois registros vestibulares, passo a adentrar o cerne do *mérito.*

A questão de discussão proposta pelo alimentante é a exoneração da

pensão que paga à sua ex-mulher, ora ré, ao fundamento básico de que ela está tendo envolvimento amoroso e íntimo com o Prefeito da cidade.

Defende a ré que realmente está namorando o Prefeito, mas não tem vida íntima com o mesmo e nem está em concubinato com ele. Que não tem emprego, mora sozinha e nem empregada tem, razão pela qual precisa e não pode prescindir da pensão.

Dissecando, preliminarmente, o fato, vê-se que o varão se separou amigavelmente da ré porque estava incidindo em adultério com a mulher com quem hoje convive, donde se conclui que a ré, naquela oportunidade, não deu causa à separação.

A prova dos autos - de ambos os lados - é muito débil.

O autor, além de cópias de documentos não determinantes para o desate da causa, arrolou somente uma testemunha, a de fl. 152, que praticamente não acrescentou nada de útil a sua tese, pois o pouco que sabia os documentos carreados aos autos já demonstravam.

A ré, por seu turno, junta a prova mais esdrúxula possível. Se não estivéssemos tratando de assunto sério, seria até risível. Junta uma declaração do Prefeito, no caso o namorado dela, e dez (10) declarações - fls. 106/115 -, todas computadorizadas no fim do prazo da contestação, absolutamente idênticas, todas assinadas no mesmo dia, contendo o ridículo de: "*podendo ainda declarar que as reportadas pessoas até a presente data mantêm somente relações amorosas, relações essas normais entre casais de namorados de nossa sociedade*"; "*que não vivem em concubinato morando debaixo do mesmo teto*"; e paradoxalmente - talvez traído pelo subconsciente no açodamento de preparar tais declarações - diz: "*mantendo assim uma relação estável como se casados fossem*".

Ora, tal prova merece as seguintes considerações:

1° - Para se viver em concubinato, conforme copiosa e atual jurisprudência, não é necessário viver o casal debaixo do mesmo teto. É o que chamamos da convivência existencial do casal, vulgarmente.

2° - O ridículo está na afirmação contida na declaração idêntica computadorizada de que "*as reportadas pessoas (a ré e o namorado) até a presente data mantêm somente relações amorosas, relações essas normais entre casais de namorados de nossa sociedade*"; "*e que não são casados tanto de fato ou de direito*".

Esta declaração é *sui generis*.

Ora, se perguntassem aos meus filhos se vivo bem ou mal com minha mulher, mãe deles, por certo eles teriam pronta resposta. Mas, também por certo, não poderiam responder, por ignorá-la, como é a nossa vida íntima. No caso, dez (10) declarantes, assinaram

declarações computadorizadas de que o casal "*vive como se fossem namorados comuns, mantendo somente relações amorosas*"; "*que não são casados tanto de fato como de direito*".

Ora, como podem declarar sobre a privacidade de um casal? Isto é no mínimo estranho, para não tecer outro adjetivo.

A mulher, pelas fotografias dos autos - fls. 85 e 137 - demonstra estar em sua plena forma física e do mais agradável visual, até pela elegância e vestimenta. O namorado também aparenta estar em plena forma física, a ponto de ser agente político em exercício. A mulher é divorciada, o homem é viúvo, são maiores, vacinados, não estariam atrapalhando a vida de ninguém, podendo fazer de suas vidas o que bem quiserem - o que não é da nossa conta e nem de ninguém. Agora, declarar que eles vivem como simples namorados e não têm união de casamento fática é uma hipótese mirabolante. Se o advogado da ré, a meu sentir, cometeu o pecado de fabricar essas dez idênticas declarações com esse teor, foi, por outro lado, bastante inteligente de não anotar tais declarantes como testemunhas, pois, se fossem sustentar, em audiência, o insustentável (o que consta declarado), por certo, poderiam correr o risco de sairem desapontadas ou desmoralizadas.

Ora, como dito, nós não temos nada com a vida de ninguém, principalmente de adultos, capazes e desimpedidos. Cada um faz do seu livre arbítrio o que pretende. Morar em teto separado não quer dizer que não exista concubinato. A jurisprudência, repito, admite, com folga, a hipótese. Admitir que um casal nessa maturidade não tenha vida íntima, que seja só amor platônico, é muito difícil. O que o novo casal tem de ser - e que são meus votos - é feliz. A vida não permite, rápida como é, perda de tempo para ser feliz. Não obstante, embora não termos nada com a vida de ninguém, temos por dever funcional aferir os fatos carreados e as conseqüências destes. *É a análise do fato jurídico que nos cabe examinar* e sobre ela proclamar o direito das partes.

Se o autor tivesse feito a prova num foco de ótica mais preciso, talvez teria ganhado totalmente a questão. Aliás, é bom o autor se lembrar de que o casal - embora sem filhos - separou-se amigavelmente, mas, pelo que consta dos autos, por adultério dele. No mínimo, tal pensão seria um ato *reparativo*. Por isso, sem considerar a discussão paralela da questão do acerto dele com a Caixa Econômica Federal (PDV), esta sentença recorrida deve ficar de bom tamanho para as partes, daqui para a frente.

Não entro na discussão do porquê de a ré não trabalhar há quase dez anos - fora o esporádico e curto período de fl. 86. Nem na hipótese do porquê de seu namorado influente, por certo como Prefeito ou político, não arrumar um emprego para ela na atividade privada. Qual firma não gostaria de ter no seu quadro funcional a namorada do Prefeito ou do político influente, acrescentando a tudo a boa aparência dela?

Considerando o que consta dos autos, *nego provimento* a ambos os recursos.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

RETIFICAÇÃO DE ÁREA - REGISTRO DE IMÓVEIS - ACRÉSCIMO SUPERIOR A 1/20 DA ÁREA REGISTRADA - INADMISSIBILIDADE

- A ação de retificação de área visa corrigir, no registro imobiliário, incorreções materiais referentes à área averbada, desde que não implique acréscimo superior a 1/20 da área registrada e sejam mantidas as características e confrontações descritas no registro. Assim, havendo considerável aumento da área registrada, fica descaracterizado o simples engano, devendo os interessados recorrer ao procedimento contencioso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 302.199-5/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Retificação de registro imobiliário - Aumento da área - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo - Apelo improvido. - Se os autores buscam a aquisição de área maior do que a registrada, impossível o acolhimento do pedido na via da ação de retificação, que não pode substituir o usucapião.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de ação de retificação de área dos imóveis descritos na inicial que fazem Antônio Rodrigues Simões e outros, dizendo que, por herança e aquisição, tornaram-se proprietários de uma área de 62,30,79 hectares e 2,62,50 hectares, mas, quando promoveram sua medição, encontraram uma área superior à existente no Registro de Imóveis, o que ensejou a presente ação.

O Ministério Público opinou pela extinção do processo sem exame

do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de ausência de demonstração de titularidade do domínio, pressuposto básico para a ação em comento, e indica como solução do acréscimo pleiteado, às vias próprias, ou seja, ação de usucapião.

A MMª. Juíza *a quo*, acolhendo a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido levantada pelo il. representante do MP, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Inconformados com a r. decisão, insurgem-se os apelantes, alegando terem comprovado a razão de pedir e sua capacidade processual, pugnando pela reforma da sentença.

Não há contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso.

Do necessário, esta a exposição.

Conheço do recurso.

Buscam os autores, na verdade, a aquisição de área maior que a registrada, por via oblíqua, sem o ônus da ação de usucapião, que exige, além da citação dos confinantes, daquele em cujo nome se acha transcrito o imóvel, réus ausentes, incertos e desconhecidos, com o conhecimento obrigatório dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado e do Município (CPC, art. 942 e seus parágrafos).

E dispõe o art. 212 da Lei de nº 6.015/73:

"*Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio*".

E prescreve o art. 213:

"*A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro*".

Através de pedido de retificação, os autores pretendem ver acrescida a área total registrada, o que não pode ser deferido, sendo inaplicáveis os procedimentos dos arts. 212 e seguintes da Lei de Registros Públicos, que pressupõem erros facilmente identificáveis na escritura pública ou no registro público, como incorreções materiais cometidas pelo serventuário ou conserto de erro no assentamento da escritura, mesmo no que se refere à área registrada, desde que mantida a descrição, reafirmados os característicos e confrontações.

Os acréscimos de área registrada, cujo erro do registro não pode ser detectado de imediato, devem ser obtidos através de procedimento contencioso, sendo assim impossível a apreciação do pedido na presente via.

E, dentro desse entendimento, já decidiu a Segunda Turma do eg. Supremo Tribunal Federal:

"*Retificação de Registro Imobiliário. - A retificação de que trata o art. 860 do Código Civil e o art. 212 da Lei de Registros Públicos diz respeito à corrigenda que se vincula ao título registrado. Se há aumento de área e não verificação de simples engano acerca da área, descabe o procedimento retificatório. Inadequação do meio de que se socorreram os recorrentes. Dissídio jurisprudencial não comprovado (Súmula 291). Recurso extraordinário não conhecido*" (RE-92464, Relator Ministro Djaci Falcão, *DJ* de 20.06.80).

Com isso, incensurável se mostra a r. decisão de primeiro grau.

Nego provimento à apelação, confirmando a r. decisão recorrida.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Compulsando os autos, verifica-se que a pretensão dos apelantes é a extensão das áreas localizadas em "Ferrador", "Ribeirão" e "Rio Quebrado" nos seus respectivos registros no Cartório de Divinópolis, em virtude de terem verificado que houve um acréscimo de 57,1921ha na primeira e 3,2970ha na segunda.

É pacífico, nesta eg. Casa de Justiça, o entendimento de que a ação de retificação de área não é forma de aquisição da propriedade, prestando-se apenas para corrigir erro constante no registro de imóvel, desde que não exista terceiro prejudicado e que o eventual acréscimo não ultrapasse o limite de 1/20 da extensão total da área correspondente, como se constata dos arestos adiante colacionados:

"*Processo civil - Retificação de área. - É inviável o pedido inicial da ação de retificação de registro imobiliário, na hipótese de se verificar que a intenção do autor, na prática, dobra a área de suas terras. A retificação não se destina a acrescer à propriedade, sem justo título, e não se contabiliza com o aprimoramento administrativo previsto na Lei nº 6.015/73, que decorre de mero erro escritural. Se a retificação que se pretende não é de simples erro existente no registro de título de domínio de imóvel, mas sim de área dele constante, a lhe implicar substancial acréscimo, superior ao dobro da enunciada, o que importa, de forma imprópria, aquisição de outro terreno, com área maior que a daquele constante na escritura, para tal fim não se presta o procedimento regulado no art. 213 da Lei nº 6.015/73. Recurso conhecido e improvido*" (4ª CC, Apelação Cível nº 199.561-2, Rel. Des. Célio César Paduani, j. em 20.11.01, *DJ* de 20.12.01).

"*Registros públicos - Pedido de retificação de área de imóvel - Inexistência de erro a ser corrigido - Pretensão de se conseguir, de forma indireta, acessão imobiliária - Pedido julgado improcedente em primeiro grau - Apelo desprovido*" (3ª CC, Apelação Cível nº 165.376-5, Rel. Des. Aloysio Nogueira, j. em 9.11.00, *DJ* de 1.12.00).

"*Retificação de área. Acréscimo substancial de terreno imóvel original por alteração do arruamento - Impossibilidade. - Quando se pretende acréscimo de área que modifica substancialmente o imóvel original, a pretensão não pode ser deferida à guisa de simples retificação nos assentamentos imobiliários, em face das hipóteses restritas que a lei determina para a aquisição da propriedade imóvel*" (2ª CC, Apelação Cível nº 222.310-7, Rel. Des. Lúcio Urbano, j. em 16.5.00, *DJ* de 16.6.00).

No caso em tela, deveriam os recorrentes ter-se valido da via própria para obter os acréscimos desejados, sendo inaplicáveis os arts. 212 e segs. da Lei de Registros Públicos.

Com tais considerações, nego provimento à apelação interposta, arcando seus autores com o pagamento das custas recursais dela decorrentes.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CÂMARA MUNICIPAL - AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL - PERSONALIDADE JURÍDICA - REGISTRO - DÚVIDA - ARGÜIÇÃO - NOTÁRIO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL

- Tem o notário legitimidade e interesse processual para argüir dúvida, quando submetido à situação de excepcionalidade registral, porquanto lhe cabe zelar pela higidez e regularidade dos atos de seu cargo.

- Por ser despida de personalidade jurídica de direito público, não se estendem à câmara municipal poderes para adquirir bens imóveis em seu nome, faculdade que, no âmbito municipal, está reservada apenas ao município.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 302.274-6/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Dúvida - Câmara municipal - Aquisição de bem imóvel - Personalidade jurídica - Notário - Legitimidade - Legalidade. - Por ser despida de personalidade jurídica de direito público, não se estendem à Câmara Municipal poderes para adquirir bens imóveis em seu nome, cuja faculdade, no âmbito municipal, está reservada apenas ao município. Tem o notário legitimidade e interesse

processual para argüir a dúvida, quando submetido à situação de excepcionalidade registral, porquanto lhe cabe zelar pela higidez e regularidade dos atos de seu cargo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, não vejo como agasalhar a objeção preliminar trazida pelo Órgão Ministerial Superior e consistente no entendimento de não ser o processo de dúvida meio adequado para a dilucidação de questão contenciosa ou de alta indagação e com isso pugnando pela ilegitimidade do notário para argüir a dúvida e, finalmente, opinando pela extinção do feito.

No caso, sendo o notário ocupante de cargo público criado por lei, submetido a constante e permanente fiscalização do Estado e especialmente do Poder Judiciário, além de remunerado à cota de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), cuja investidura agora é regulada por concurso público, com toda a certeza que o mesmo detém legitimidade para aferir e trazer questionamentos em torno do registro imobiliário.

Convenha-se que o procedimento de suscitação de dúvida está voltado ao deciframento de aspectos inerentes ao registro e busca, apriorísticamente, assegurar a segurança e eficácia do Registro Público, podendo ou não veicular questão de alta indagação.

Neste enredo, buscando o serventuário afastar irregularidade pela ausência de personalidade jurídica pública da Casa Legislativa no expediente, outra alternativa não lhe restava senão submeter o assunto à Autoridade Judiciária e, certamente, mediante a argüição do instrumento competente da dúvida.

Assim, com estes fundamentos e respeitosa vênia do Órgão Ministerial Superior, *rejeito* a preliminar armada.

Quanto ao tema de fundo, trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de São Lourenço perante o Juízo daquela Comarca, em face de requerimento formulado pela Câmara Municipal de Pouso Alto e questionando a capacidade jurídica daquela Casa Legislativa para adquirir bem imóvel em seu próprio nome.

Referida suscitação foi julgada procedente pela sentença revisanda, daí o presente inconformismo.

Na presente hipótese submetida a julgamento, o honrado Colega sentenciante dirimiu com sabedoria a questão, também ainda esclarecendo que no conjunto de prerrogativas da Câmara Municipal não está incluído ser a mesma uma entidade com personalidade jurídica de direito público, muito menos com a autonomia que julga possuir, com isto inviabilizando a perspectiva de aquisição de bem imóvel em seu próprio nome, cuja hipótese, no âmbito municipal, está reservada apenas ao Município.

Realmente e, como bem registrou a sentença, o art. 14 do derrogado Código Civil brasileiro, agora revigorado pelo art. 41 do novo Diploma Substantivo Civil vigente, enumera quais são as pessoas jurídicas de direito público interno, nelas não incluindo a Casa Legislativa Municipal, na exata compreensão de ser aquela instituição um ente público despersonalizado.

Para tanto, afirmou o serventuário que, constatando a anomalia, buscou na via que lhe é reservada pela liturgia funcional o indispensável e devido deciframento da matéria, como de direito.

Nesta conformidade, *nego provimento* ao recurso e confirmo a decisão monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CURADOR ESPECIAL - CITAÇÃO EDITALÍCIA - DEFENSORIA PÚBLICA - INTERVENÇÃO NO PROCESSO - FUNÇÃO INSTITUCIONAL - LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 80/94 (LDP)

- Se o réu é citado por edital e não tem representação nos autos, impõe-se nomear curador especial para representá-lo, por força do art. 9º do CPC. Na função de curador especial, nada impede a intervenção do defensor público no processo, pois a curadoria especial foi cometida à Defensoria Pública, sendo, inclusive, função institucional desta, a teor do art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar Federal nº 80/94 (LDP), aplicável aos Estados, *ex vi* de seus arts. 2º, inciso III, e 97.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.373-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Curador especial - Citação editalícia - Defensoria pública - Intervenção desta no processo - Função institucional - LDP. - Se o réu é citado por edital e não tem representação nos autos, impõe-se nomear curador especial para representá-lo, por força do art. 9º do Estatuto Instrumentário Civil. Na função de curador especial, nada impede a intervenção do defensor público no processo, pois a curadoria especial foi cometida à Defensoria Pública, sendo, inclusive, função institucional desta, a teor do art. 4º, inciso VI, da LDP, aplicável aos Estados, *ex vi* de seus arts. 2º, inciso III, e 97.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - O recurso voluntário decorre de sentença condenatória do Poder Público em ação de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública Municipal contra Teodomiro Ribeiro de Paiva.

Através de seu defensor nomeado, o executado argüiu prescrição intercorrente, emanada da paralisação do feito, por mais de cinco anos (fl. 28).

Em análise final da controvérsia, o laborioso Magistrado, Dr. Judimar Martins Biber Sampaio, julgou procedente a pretensão do devedor (fls. 36/41), para reconhecer e decretar, *verbis*, "*... a prescrição intercorrente dos créditos tributários anunciados pela Certidão de Dívida Ativa de fls. 05 e 06 dos autos da execução, nos termos do art. 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, extinguindo o processo de execução, nos termos do art. 794, inciso II, do Código de Processo Civil*" (fls. 33 *in fine* e 34).

Inconformada com a r. sentença, apela voluntariamente a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, com base nos argumentos, em síntese, a seguir aduzidos:

a) *em preliminar*, que há nulidade processual, por ser incabível a intervenção da Defensoria Pública, só legítima para a defesa de pessoas carentes (arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal, c/c art. 14 da Lei 1.060/50), o que inocorre nestes autos;

b) *no mérito*, que a defesa, em execução fiscal, faz-se mediante embargos do devedor, e não nos autos da própria execução;

c) que "*... a prescrição da ação para cobrança dos créditos tributários é suspensa por cento e oitenta dias, após terem os mesmos sido inscritos em dívida ativa...*" (fl. 44);

d) que o despacho que ordenou a citação do apelado foi exarado antes do qüinqüídio legal, pelo que não se operou a prescrição;

e) que "*... já não são unânimes a doutrina e jurisprudência pátrias, no que diz respeito à possibilidade de ocorrer a 'prescrição intercorrente' em ações regidas pelo CPC; no caso de ações regidas pela LEF (Lei 6.830/80), tal modalidade de prescrição é simplesmente inexistente, pois esbarra em dispositivo legal (art. 40), que a afasta de forma expressa*" (fl. 45);

f) que, "*... se o apelante, durante algum tempo, não se manifestou nos autos, não o fez porque seu representante judicial não foi pessoalmente intimado a fazê-lo*" (fl. 47);

g) que é insustentável a condenação do apelante em verba honorária, já que "*... a execução fiscal foi extinta 'em face de' cota de cinco linhas da Defensoria Pública,* parte ilegítima para intervir no feito" (fl. 48);

h) que "*... a decisão recorrida, ademais, ofendeu frontalmente o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil*" (fl. 49).

Almeja o provimento do recurso, com a conseqüente reforma do r. *decisum* monocrático (fls. 42/49).

Há contra razões (fls. 54/55).

Deixou-se de ouvir o Ministério Público de segundo grau, em atenção à Súmula 189 do colendo STJ.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso voluntário, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade. Saliente-se que não é caso de reexame necessário, *ex vi* do art. 475, § 2º, do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.352/2001 (sentença condenatória não superior a 60 salários mínimos).

Da preliminar - intervenção da defensoria pública.

Compulsados os autos, verifica-se que, não localizado o executado, efetivou-se sua citação através de edital (fl. 13).

Conforme previsão expressa do artigo 9º do Estatuto Instrumentário Civil, deve ser nomeado curador especial ao réu citado por edital, por presumir não ter alcançado o instrumento editalício o seu destinatário, *verbis*:

"*O juiz dará curador especial:*

I - (omissis);

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa (...)".

Na espécie *sub judice*, interveio a Defensoria Pública, na função de curador

especial. E, na doutrina do jurista NELSON NERY JÚNIOR, "*a curadoria especial, no processo civil, é função institucional da Defensoria Pública, seja na Justiça Federal (comum ou especial), seja na Justiça Estadual.* A lei nada ressalvou, *quanto a essa função institucional da Defensoria Pública, de sorte que ela é típica e exclusiva dos defensores públicos. A curadoria especial foi cometida à Defensoria Pública pela LDP 4º, VI, aplicável aos Estados por força da LDP 2º, III, e 97 ss. V. coment. 21, CPC 9º, par. ún.*" (*In* NELSON NERY JÚNIOR, *CPC Comentado*, 4ª ed., p. 402).

Também a jurisprudência tem assim se posicionado:

"*É obrigatória a nomeação de curador à lide ao executado que, citado por edital, não comparece a juízo*" (*RTJ*, 120/1.276, STF-*RTJE*, 97/134, *RSTJ*, 68/198, *RJTJESP*, 98/101, entre outros).

Legal e oportuna, vê-se, a intervenção do curador especial nestes autos.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

Do mérito.

A execução fiscal foi distribuída em 04.10.1991, ou seja, há mais de onze anos, tendo sido citado o executado, por edital, no dia 14.02.1992 (publicação editalícia de fl. 13).

Em seguida, o processo foi arquivado, nos termos do art. 40 da Lei de Execução Fiscal (fl. 14-v.), em data de 02.04.1992. O pedido de suspensão foi repetido em 21.12.94 (fl. 15). Portanto, *o processo ficou paralisado por mais de cinco anos*, sendo certo que a Fazenda Pública apenas demonstrou interesse no prosseguimento do executivo fiscal após a manifestação do Defensor Público, que requereu a declaração por sentença da *prescrição intercorrente*, em 05.12.2001 (fl. 28).

A ação para cobrança de crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva (art. 174 do CTN). Todavia, para todos os efeitos, a partir da inscrição da dívida ativa, *fica suspensa a prescrição do crédito inscrito pelo prazo de cento e oitenta dias*, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo o referido prazo (art. 2º, § 3º, da LEF).

Logo, *antes do ajuizamento da execução fiscal, a prescrição ocorre em cinco anos e mais cento e oitenta dias*, contados da constituição definitiva do crédito tributário. É, exatamente, o caso destes autos.

E nem se diga que o despacho que ordenou a citação interrompeu a prescrição. *O que a interrompe* (a prescrição) *é a citação válida efetuada.* Tido em conta, na espécie *sub judice*, que ela (a citação) se deu em 14 de fevereiro de 1992, *já estava consumada, na data da prolação da sentença, a prescrição intercorrente.*

À colação, coadunável aresto:

"*Processual civil - Execução fiscal - Embargos do devedor - Prescrição - Lei 6.830/80 - CPC, art. 219, §§ 2º e 3º - CTN, art. 174, parágrafo único, I - Precedentes. - As normas contidas na Lei 6.830/80 atinentes à prescrição e sua interrupção devem ser interpretadas em harmonia com as disposições do CPC e do CTN. - Transcorridos mais de cinco anos entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e a efetiva citação do devedor, impõe-se o reconhecimento da prescrição da ação. - Recurso conhecido e provido*" (REsp 106.816/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 09.03.99; *DJU* 14.06.1999).

Também este egrégio Tribunal já apreciou casos semelhantes. Eis alguns julgados:

"*Execução fiscal. Citação por edital. Nomeação de curador especial. Prescrição intercorrente. Execução extinta. Sentença mantida. - Uma vez citado por edital o executado e não vindo este a se manifestar nos autos, correta a nomeação de curador especial para representá-lo. O texto do art. 174 do CTN prevalece sobre a regra do art. 40,* caput, *parte final, da Lei 6.830/80. Inocorrência de suspensão do prazo prescricional reiniciado após citação do devedor, quando as paralisações do processo se dão por culpa exclusiva do exeqüente*" (Ap. Cível nº 274.020-7- Relatora: Exma. Srª. Desª. Maria Elza).

"*Execução fiscal. Citação por edital. Nomeação de curador especial. Prescrição intercorrente. Art. 174 do CTN, que prevalece sobre a regra do art. 40,* caput, *parte final, da Lei 6.830/80.* Inocorrência de suspensão do prazo prescricional, reiniciado após a citação do devedor. *Paralisação por culpa da exeqüente, que não pode subordinar o contribuinte indefinidamente. Execução extinta. Sentença confirmada no reexame necessário, prejudicado o voluntário*" (Ap. Cível nº 267.258-2 - Relator: Exmo. Sr. Des. José Francisco Bueno).

No que concerne aos honorários advocatícios, o § 4º do art 20 do CPC, aplicável à espécie, permite ao juiz fixá-los com base na eqüidade, usando como parâmetro os dados constantes do § 3º, ou seja, grau de zelo do profissional, lugar da prestação de serviço, natureza e importância da causa e esforço exigido. No caso, vê-se que o critério adotado na sentença, no que concerne à fixação do valor dos honorários, tem supedâneo legal, não havendo motivo suficiente para alterá-lo.

À luz do exposto, *em preliminar*, rejeita-se a nulidade argüida e, *no mérito*, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Audebert Delage - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - HORAS EXTRAS - SERVIDORES DO QUADRO PERMANENTE DA IMPRENSA OFICIAL - CRIAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À PRODUÇÃO INDIVIDUAL-GEPI - LEI Nº 10.363/90 - INOCORRÊNCIA DA INCORPORAÇÃO AO VENCIMENTO

- A Gratificação de Estímulo à Produção Individual-Gepi foi instituída pelo Decreto nº 18.057/76, para remunerar, em caráter transitório, as horas extras trabalhadas por servidor ocupante de cargo do Quadro Permanente da Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais.

- A "regra de transição" prevista no art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 10.363/90, para incorporar a Gepi aos vencimentos, não se efetivou, ante a não-edição do decreto regulamentador previsto no § 4º do art. 3º da mencionada lei.

- Tratando-se de gratificação por horas extras laboradas, no *pro labore faciendo*, cessada a prestação de serviço, *v.g.*, pela aposentadoria, extingue-se automaticamente o seu pagamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.501-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais - Servidores do quadro permanente - Horas extras trabalhadas - Decreto nº 18.057/76 - Criação da Gratificação de Estímulo à Produção Individual-Gepi - LEI nº 10.363/90 - Inocorrência da Incorporação da Gepi ao vencimento. - A Gratificação de Estímulo à Produção Individual-Gepi foi instituída pelo Decreto nº 18.057/76, para remunerar, em caráter transitório, as horas extras trabalhadas por servidor ocupante de cargo do Quadro Permanente da Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais. - A "regra de transição" prevista no art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 10.363/90, para incorporar a Gepi aos vencimentos, não se efetivou, ante a não-edição do decreto regulamentador previsto no § 4º do art. 3º da mencionada lei. - Tratando-se de gratificação por horas extras laboradas, no *pro labore faciendo*, cessada a prestação de serviço, *v.g.*, pela aposentadoria, extingue-se automaticamente o seu pagamento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2003. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de reexame necessário determinado e de recursos voluntários de sentença que extinguiu o processo, por carência de ação, quanto ao autor-apelante, Edson Alves Pereira, porque ocupante de cargo em comissão, em caráter provisório, não obstante ser ele aposentado no cargo em comissão de Supervisor III, do extinto órgão autônomo Imprensa Oficial. E julgou procedente o pedido de Eneida de Castro Ribeiro, condenando a Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais ao restabelecimento da Gepi, enquanto perdurar a sobrejornada, até a aposentadoria, e a pagar, com juros, a partir da citação, e atualização monetária, as diferenças já vencidas e as vincendas, apuradas entre os valores pagos e os efetivamente devidos, observada a prescrição qüinqüenal, conforme a liqüidação de sentença. Determinou o reexame, na forma do artigo 475, II, do CPC.

O apelante voluntário, Edson Alves Pereira, aduz fazerem jus à Gepi também os exercentes de cargo em comissão.

Apela também a Imprensa Oficial, reiterando a ocorrência da prescrição do próprio fundo do direito ao recebimento da Gepi, até mesmo porque absorvida pelo novo padrão de vencimento (salário base), pela Lei nº 10.363/90, e a "restauração" da Gepi resultaria em duplicidade de seu pagamento.

Conheço do reexame, *ex vi* do art. 475, II, do CPC, eis que o valor controvertido supera a 60 (sessenta) salários mínimos, nas exigências do § 2º do art. 475, II, na redação da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em vigor a partir de 26 de março de 2002. E dos recursos voluntários, interpostos a tempo e modo, para confirmar a r. sentença, justa e escorreita, a recomendar seu ilustre prolator, o MM. Juiz José Afrânio Vilela, restando prejudicados os recursos voluntários.

Com efeito:

1. O Decreto nº 18.057/76, que atribuiu a Gepi aos servidores da Imprensa Oficial, determina, em seu artigo 1º, que: "*A hora excedente à jornada diária normal prestada pelo servidor da Imprensa Oficial, ocupante de* cargo do Quadro Permanente, *poderá ser remunerada em caráter transitório, mediante gratificação de estímulo à produção individual, até que seja regulamentada a referida vantagem*".

Claramente a Gepi é excluída dos servidores ocupantes de *cargo em comissão.*

2. A Lei nº 10.363/90, que teria absorvido a Gepi pelo novo padrão de vencimento (salário base), tal não fez, ao dispor em seu artigo 3º:

"*§ 3º. Com a absorção do valor correspondente ao pagamento de horas excedentes à jornada normal, de que trata o Decreto nº 18.057, de 16 de agosto de 1976, a diferença apurada entre o valor do símbolo de vencimento do cargo ocupado, constante do*

anexo III desta lei, e o da remuneração percebida no mês de agosto de 1990, acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), fica atribuída ao servidor, em caráter transitório, a título de retribuição de serviço extraordinário de trabalho, nos meses de setembro, outubro e novembro de 1990.

§ 4º. O Poder Executivo baixará decreto dispondo sobre o regulamento da prestação de serviço extraordinário de trabalho na Imprensa Oficial do Estado, a vigorar a partir de 1º de dezembro de 1990, observado o disposto nesta lei".

Ora, o decreto previsto no § 4º supratranscrito não veio confirmado nos autos, supondo-se não ter sido editado, permanecendo em vigor o disposto no art. 1º do Decreto nº 18.057/76.

Inocorreu a prescrição do fundo do direito à Gepi, pelo transcurso de 5 (cinco) anos de sua suposta extinção pela Lei nº 10.363/90, eis que os servidores prejudicados apresentaram recurso ao Diretor-Geral da Imprensa Oficial, que lhes negou o restabelecimento da Gepi, tendo, então, recorrido ao Conselho de Administração de Pessoal-CAP, que reconheceu o direito reclamado, através da "Deliberação" nº 1759/93, publicada em 25.9.93, tendo o Estado de Minas Gerais acatado tal deliberação, e o Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração estendeu o direito para todos os servidores da Imprensa Oficial.

Contudo, como a vantagem remuneratória assegurada no processo administrativo não vinha sendo paga, passou- se a recorrer ao Judiciário, em defesa do direito reconhecido.

Portanto, inocorreu a alegada prescrição do fundo do direito, dito só reclamado cinco anos após a sua "supressão", considerada "absorvida" pela Lei nº 10.363/90, fato inocorrido, como visto, até por se tratar de direito à percepção mensal, portanto, de trato sucessivo, restadas prescritas somente as prestações anteriores aos cinco anos do pedido.

Resta incontroversa entre as partes a natureza da Gepi, de ser uma gratificação *propter laborem*, pendendo do *prolabore faciendo*, enquanto perdurar a sobrejornada, até a aposentadoria, consoante reconhecido na r. sentença *sub examine*, não contraditada, e já tendo sido assentado anteriormente, na Apelação Cível nº 196.665-4/00, Rel. o Em. Des. Lúcio Urbano, sob a "*Ementa - Administrativo - Incorporação aos vencimentos - Verba temporária - Prescrição inocorrente. - A gratificação* propter laborem *e* pro labore faciendo *não se incorpora ao vencimento do servidor, salvo se a lei dispuser em sentido contrário. Embora o pedido do servidor venha nove anos depois da extinção da gratificação, inocorre a prescrição, porque sendo ela mensal é de trato sucessivo*".

Assim, no reexame necessário, confirmo a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, restando prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

TESTAMENTO - REVOGAÇÃO POR INTERMÉDIO DE ESCRITURA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - IRRELEVÂNCIA DO *NOMEN JURIS*

- Tem eficácia imediata o ato revogatório de testamento que atenda aos requisitos do art. 1.632 do Código Civil, pouco importando o *nomen juris* a ele atribuído.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.541-7/00 - Comarca de Machado - Relator: Des, ALVIM SOARES

Ementa oficial: Testamento - Revogação - Escritura pública - Possibilidade. - "*Se o ato revogatório do testamento preenche todos os requisitos previstos no art. 1.632 do Código Civil, tem eficácia imediata, pouco importando o* nomen juris *a ele atribuído*".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Comarca de Machado, o ora apelante ajuizou ação ordinária anulatória cumulada com perdas e danos contra os herdeiros de José Trajano Alves, objetivando a anulação do inventário dos bens deixados pelo *de cujus*, eis que, beneficiário de testamento lavrado por escritura pública datado de 1978; ao final, pugnou pela declaração de nulidade do préfalado inventário, bem como dos atos relativos à disposição dos bens inventariados; juntou documentos.

Citados, os requeridos Luiz Gonzaga Filho e Enecy de Paiva Carvalho ofertaram peça de contestação, argüindo, preliminarmente, carência da ação, impossibilidade jurídica do pedido, irregularidades no que tange à legitimida-

de e representação das partes, ocorrência da prescrição e da coisa julgada; no mérito, que o testamento não foi apresentado no prazo legal; afirmam que o testamenteiro não cumpriu as disposições testamentárias no prazo da lei, que houve a caducidade do mesmo; por fim, que foi revogado por meio de escritura pública lavrada (fl. 91-TJ); juntaram documentos.

O Ministério Público primevo às fls. 272/275-TJ, opinou pela improcedência do pedido vestibular; proferida a sentença monocrática, que se encontra lastreada às fls. 276/283-TJ, afastando as preliminares aventadas e julgando improcedente o pedido inicial.

Inconformado, o autor manifestou-se através do pleito recursal de fls. 284/301-TJ, pugnando pela reforma do decidido, afirmando que a revogação do testamento realizada por intermédio de escritura pública não pode gerar efeitos e, "caso não entenda assim essa Colenda Corte", pela redução da condenação nos honorários advocatícios; contra-razões às fls. 302/306-TJ, batendo-se pela manutenção da sentença guerreada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às fls. 320/325-TJ, pelo desprovimento do recurso.

Data maxima venia, incensurável a decisão atritada; se o ato revogatório do testamento preenche todos os requisitos previstos no art. 1.632 do Código Civil, tem eficácia imediata, pouco importando o *nomen juris* a ele atribuído; bem vaticinado pelo Julgador monocrático:

"*Frise-se, o requerente não alegou e nem provou a existência de qualquer das causas geradoras de incapacidade civil para testar previstas, do Sr. Trajano, na ocasião em que o mesmo revogou o testamento em que beneficiava-o como legatário. Mister atentar-se para o fato do oficial ter atestado no ato da revogação que o Sr. Trajano 'se encontrava em seu perfeito juízo, segundo meu parecer e o parecer das cinco testemunhas adiante nomeadas e no fim assinadas. A declaração do oficial público é dotada de fé pública, só sendo derrubada por forte prova em contrário (art. 364 do CPC) e, no caso* sub examine, *esta prova inexiste*'".

Preceitua o art. 1.746 do Código Civil brasileiro:

"*O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma por que pode ser feito*".

Outro não é o entendimento desta Corte:

"*Testamento - Instrumento público - Revogação - Efetuação através de escritura pública - Possibilidade - Cumprimento das formalidades legais - Ato unilateral - Eficácia imediata - Irrelevância* - Nomen juris" (Ap. 65.853 - 4ª C. - j. 17.10.85 - Rel. Des. Guimarães Mendonça, *in RT* 606/194).

Colhe-se do voto do eminente Des. Guimarães Mendonça:

"*... Dir-se-á o mesmo quanto às revogações: não precisam de nomes, nem de ser testamentos, o que lhes exige é que obedeçam ao modo e à forma por que pode ser feito o testamento (art. 1.746)*".

De bom alvitre, colher da manifestação do representante do Ministério Público de primeiro grau (fl. 274-TJ):

"*Por outro lado, no mérito, razão assiste aos réus, uma vez que o autor, na condição de declarante do óbito do inventariado Trajano José Alves, além de ter omitido a existência de testamento, do qual era beneficiário, ainda não adotou qualquer providência em relação ao testamenteiro no sentido de fazer a apresentação do testamento por ocasião da abertura do inventário para efeito de aprovação, registro, arquivamento e cumprimento, o que deixa dúvida quanto à sua validade*".

No que tange aos honorários advocatícios, tenho que foram corretamente fixados, de acordo com os requisitos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, considerando-se o zelo profissional do advogado constituído pelos réus e pelo trabalho que realizou.

Em assim ocorrendo, dado a inequívoca justeza da decisão singular hostilizada, nego provimento ao recurso interposto e mantenho a sentença vergastada em toda sua inteireza, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PRAZO - LITISCONSORTE - PROCURADORES DIFERENTES - RECURSO - FAZENDA PÚBLICA - ARTS. 188 E 191 DO CPC - APLICAÇÃO CUMULADA - INADMISSIBILIDADE

- Os litisconsortes gozam de prazo comum. Havendo procuradores diferentes, os prazos em dobro previstos no art. 191 do CPC não podem ser contados isoladamente, para cada uma das partes. Assim, no caso de litisconsórcio envolvendo a Fazenda Pública, o prazo em dobro para recorrer previsto no art. 188 do CPC não deve ser contado separadamente, sendo inadmissível a aplicação cumulada da norma do art. 191 do CPC com a do art. 188 do mesmo código.

AGRAVO Nº 303.644-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Processual Civil - Prazos. - Os prazos previstos na hipótese do art. 191 do CPC são

comuns, não se admitindo aplicação cumulada com a norma ditada pelo art. 188 do mesmo código.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Inconformada com a decisão que revogou o despacho que antes recebera seu apelo, nos autos de uma ação ordinária que lhe é movida por Elizabeth da Conceição Brasil e outros, a Beprem-Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte apresentou este agravo de instrumento, argumentando que a correta interpretação dos dispositivos dos artigos 188 e 191 do Código de Processo Civil mostraria que o recurso não seria intempestivo, eis que tal prazo seria de 60 dias, e não de 30, tal como definido na decisão atacada.

O agravo está de folhas 2 a 5, acompanhado dos documentos de folhas 6 a 48. A decisão agravada está de folhas 8.

O pedido liminar de concessão de efeito suspensivo foi indeferido, folhas 52, seguindo-se a manifestação dos agravados, folhas 58 a 62, defendendo o entendimento questionado, tudo acompanhado dos documentos de folhas 63 a 80.

O ilustre Magistrado de primeiro grau também prestou informações, folhas 82 e 83, seguindo-se parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, de folhas 86 a 88, entendendo que o recurso não mereceria acolhimento.

Conheço do recurso, pois interposto tempestivamente, com observância das demais formalidades legais.

Quer o agravante que, havendo litisconsórcio envolvendo a Fazenda Pública, o prazo em dobro para recorrer ditado pelo art. 188 do CPC deveria ser contado separadamente, dando-se 30 dias a uma das partes e, depois disso, outros 30 dias para a outra representante da Fazenda Pública.

Com isso, somando-se os dois prazos de 30 dias, seria verificado que o apelo interposto e dado como intempestivo estaria regular e seria tempestivo, devendo ser recebido.

Não vejo como se possa aderir a tal entendimento, parecendo-me inteiramente correta a exegese de tais dispositivos lançada na decisão agravada.

Ora, como ensina ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS em seu *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, Ed. Saraiva, 3ª ed.:

"*Litisconsórcio é pluralidade de partes, podendo ser ativo ou passivo (art. 46).*

Os litisconsortes gozam do prazo comum, *mas em dobro para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos, se tiverem diferentes procuradores (art. 191)*" (p. 230).

Como se vê na doutrina desse emérito estudioso, o art. 191 não permite que se conte isoladamente, para cada uma das partes, o prazo para recorrer em dobro, tal como se pleiteia no agravo.

Esse entendimento está consagrado na jurisprudência, bem destacada no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, folhas 87/8, que inclusive indica dois outros compêndios sobre nosso CPC, o de Nelson Nery Júnior e o de Theotonio Negrão, ambos também assumindo o mesmo posicionamento contrário ao pleito do recurso.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MUNICÍPIO - CONVÊNIO CELEBRADO COM A UNIÃO - COMPROMISSO DE CONTRAPARTIDA DO VALOR ESTIPULADO - DESCUMPRIMENTO POR EX-PREFEITO - AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE RECURSOS AO TESOURO NACIONAL PROPOSTA POR ENTE MUNICIPAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO

- Descumprida a contraprestação relativa aos recursos provenientes de convênio firmado por ente municipal com a União, falece ao município legitimidade ativa para propor ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional, em face de ex-prefeito, suposto responsável pelo descumprimento daquela contraprestação. O titular do direito não cumprido é a União. Não pode o município pleitear em nome próprio direito alheio, fazendo uso da substituição processual sem autorização legal, o que é vedado pelo art. 6º do CPC, sob pena de extinção do processo por carência da ação, diante da ilegitimidade ativa *ad causam*. Somente no caso de condenação do município em eventual ação proposta pela União ou pelo Ministério Público é que terá interesse e legitimidade para propor ação de natureza regressiva contra o suposto responsável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.674-6/00 - Comarca de Capinópolis - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Processual civil - Ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional proposta pelo

Município - Convênio firmado com a União Federal - Carência da ação por ilegitimidade *ad causam* - Não cumprida a contraprestação relativa aos recursos provenientes de convênio firmado pelo Município com a União Federal, não cabe ao ente municipal acionar em juízo suposto responsável, através de substituição processual, pleiteando as verbas conveniadas. A simples existência do convênio entre entes municipal e federal não enseja a substituição processual, que deve ser prevista legalmente, sob pena de extinção do processo por carência de ação, diante da ilegitimidade *ad causam*. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DA REMESSA OFICIAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Felipe Rocha Silveira.

O Sr. Des. *Pedro Henriques* - Tendo em vista as modificações do CPC introduzidas pela Lei nº 10.352, de 27 de dezembro de 2001, em seu art. 475, § 2º, não se conhece do reexame necessário.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso voluntário.

Trata-se de reexame necessário e apelação cível (fls. 71/75-TJ) em face da r. sentença (fl. 69-TJ) proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Capinópolis que, na ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional movida pelo Município de Capinópolis em face de José Neto Santana, indeferiu a petição inicial, com fulcro no art. 295, inc. II, do CPC.

Adotando o relatório da decisão objurgada (fl. 69-TJ), acresce-se que o d. Magistrado *a quo* pontificou, naquela oportunidade, falecer ao Município de Capinópolis legitimidade ativa *ad causam*, devido ao fato de estar pleiteando em nome próprio direito alheio, fazendo uso da substituição processual sem expressa autorização legal, o que seria vedado pelo art. 6º do CPC.

Em razões recursais (fls. 71/75-TJ), o apelante afirmou ser titular do interesse jurídico trazido à discussão nos autos, aduzindo que, tendo firmado convênio com a União Federal, teria interesse processual em propor a presente ação, além de que "*o procedimento ora abraçado é disciplinado com inspiração no parágrafo terceiro, art. 3º, da Instrução Normativa nº 02/93, da Secretaria do Tesouro Nacional; Parecer CONED/STN/nº 091/93 e Decisão nº 255/93 do Tribunal de Contas da União, todos disciplinadores das execuções semelhantes*".

Manifestação do i. representante do Ministério Público (fls. 78/81-TJ), opinando pelo improvimento do recurso com manutenção total da r. sentença objurgada.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fl. 85/86-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 87-TJ).

Data venia, a r. decisão não merece reforma.

A questão discutida refere-se à legitimidade ativa *ad causam* do Município de Capinópolis para figurar na ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional em face de ex-prefeito da cidade.

Para configuração da legitimidade ativa para a causa faz-se mister a titularidade da relação jurídica de direito material trazida na lide. Assim, em regra, somente o titular da relação jurídica está autorizado a demandar (legitimidade ordinária). Porém, casos há em que a lei autoriza outrem a litigar direito alheio, em nome próprio, o que denominamos legitimação extraordinária.

Conforme o douto HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*como as demais condições de ação, o conceito da* legitimidade ad causam *só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que 'a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação'*" (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I. ed. 11ª. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 57).

Tendo o Município firmado convênio com a União Federal e não cumprido o compromisso de contrapartida do valor estipulado, o titular do direito não cumprido é somente a União. O direito de integrar a lide no pólo ativo seria possível ao ente municipal se existisse expressa autorização legal. A simples realização do contrato entre o Município e a União e os atos normativos em que se fundamenta o apelante não concedem ao apelante o direito de substituição processual. Diante da ausência de disposição legal no caso concreto, não pode o apelante, por via de ação direta, objetivar a reparação dos danos decorrentes de valor que a ele não pertence.

Assim dispõe o art. 6º do CPC:

"*Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*".

Somente na eventualidade da condenação do Município, como sujeito passivo da relação processual, em eventual ação a ser proposta pela União Federal ou pelo Ministério Público, é que teria interesse e legitimidade para propor ação de natureza regressiva contra o ex-prefeito.

Dessa forma, pode-se afirmar que estão ausentes as condições da ação *in casu*, o que leva ao reconhecimento da carência da ação, como consta da r. decisão monocrática.

Nesse sentido é a posição deste eg. Tribunal de Justiça:

"Ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional - Convênio firmado com a União Federal - Obrigação de prestar contas - Ex-prefeito municipal - Carência da ação. - Não prospera a ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional proposta pelo Município em desfavor de ex-prefeito municipal, tendo por causa de pedir a omissão na prestação de contas, seja porque da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão, seja porque a parte legitimada para figurar no pólo passivo da demanda é a pessoa jurídica de direito público, e não o seu ex-representante, seja ainda pelo fato de que o Município não se sub-roga nos direitos do Tesouro Nacional. Sentença mantida em reexame necessário" (Apelação Cível nº 226.449-7/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Rel Des. Kildare Carvalho - pub. em 12.04.2002).

"Cobrança. Verba pública obtida em convênio com o Estado. Município que busca se ressarcir de ex-alcaide, ao fundamento de malversação de numerário, deixando de executar a obra conveniada. Prestação de contas. Ilegitimidade ad causam *do Município. - Em reexame necessário, extingue-se o processo sem julgamento de mérito, prejudicado o recurso voluntário"* (Apelação Cível nº 202.294-5/00 - Comarca de Governador Valadares - Rel. Des. José Francisco Bueno - pub. em 22.02.2001).

"Processo civil. Indeferimento da inicial. Ilegitimidade ativa ad causam. *- O Município não é parte legítima para pleitear ressarcimento aos cofres da União.* In casu, *não há que se falar em substituição processual, porque o art. 6º do CPC só autoriza a parte postular em nome próprio interesse alheio quando a lei expressamente autorizar"* (Apelação Cível nº 243.556-8/00 - Comarca de Almenara - Rel. Des. Brandão Teixeira - pub. em 27.09.2002).

Ante o exposto, *não se conhece do reexame necessário, e nega-se provimento ao recurso voluntário.*

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA OFICIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

LEI MUNICIPAL DE EFEITO CONCRETO - EQUIPARAÇÃO A DECRETO LEGISLATIVO - DIREITO AO MEIO AMBIENTE - PEDIDO TÍPICO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INVASÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO MUNICIPAL - INOCORRÊNCIA

- A lei de efeito concreto equipara-se, materialmente, a decreto legislativo, o que torna legítimo o controle jurisdicional do ato administrativo nela incorporado.

- O nome da ação, dado com evidente erro de técnica, se não traduz o conteúdo material do pedido, não tem qualquer relevância para a determinação da legitimidade ativa do autor.

- É induvidosa a titularidade do Ministério Público estadual para figurar no pólo ativo de pedido típico de ação civil pública, independentemente do nome que a ela se dê na petição inicial, pelas próprias disposições contidas nos arts. 5º, inciso XXXV, e 127 da Constituição Federal e 1º da Lei Federal nº 8.625/93.

- A Constituição Federal consagrou (art. 225) o direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida. Se ato administrativo viola tais direitos, fundado em finalidade estranha ao interesse público, obviamente não pode prevalecer, não havendo, na decisão que invalida a outorga de concessão do direito real de uso de parte de área verde de praça pública, qualquer invasão no poder discricionário reservado ao administrador público municipal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 304.110-0/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Direito administrativo - Lei municipal de efeito concreto - Equiparação a decreto legislativo - Legitimidade do Ministério Público - Invasão do poder discricionário do administrador público municipal - Inocorrência. - A lei de efeito concreto equipara-se, materialmente, a decreto legislativo, o que torna legítimo o controle jurisdicional do ato administrativo nela incorporado. O nome da ação, dado com evidente erro de técnica, se não traduz o conteúdo material do pedido, não tem qualquer relevância para a determinação da legitimidade ativa do autor. - É induvidosa a titularidade do Ministério Público estadual para figurar no pólo ativo de pedido típico de ação civil pública, independentemente do nome que a ela se dê na petição inicial, pelas próprias disposições contidas nos arts. 5º, inciso XXXV, e 127, da Constituição Federal, e no art. 1º da Lei Federal nº 8.625/93. - A Constituição Federal consagrou (art. 225) o direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida. Se ato administrativo viola tais direitos, fundado em finalidade estranha ao interesse público, obviamente não pode prevalecer, não havendo, na decisão que invalida a outorga de concessão do direito real de uso de parte de área verde de praça pública, qualquer invasão ao poder discricionário reservado ao administrador público municipal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Conheço do recurso.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação de inconstitucionalidade de lei municipal, por via de exceção, com pedido de medida cautelar, contra o Município de Passos, Poder Legislativo e Associação Clube Bem Viver, ao argumento de que, no exercício de suas atividades, o Poder Legislativo municipal aprovou projeto de lei transformado na Lei nº 2.158, de 02.09.99, que dispõe sobre desafetação e posterior concessão, pelo Poder Executivo, de direito real de uso de parte da área da Praça Othoniel Prado, à Associação Clube Bem Viver, entidade recreativa de caráter eminentemente privado. Inconformados com a concessão, os moradores dos bairros Colégio de Passos e Vila Rica representaram junto ao Ministério Público, alegando tratar-se de área verde e que a concessão foge à finalidade pública, já que o bem de interesse público passaria a ser usado por entidade particular. Enfatiza tratar-se de matéria ilegal, tendo em vista o parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara opinando contrariamente ao projeto. Aponta ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, pela ausência de licitação, também prevista no art. 108 da Lei Orgânica do Município de Passos, bem como ao art. 17 da Lei nº 8.666/93. Afirma que a Lei nº 2.158/99 não obedece às exigências básicas da legislação federal, padecendo de vício de inconstitucionalidade por afronta ao art. 225 da Carta da República, bem como ao art. 185, § 1º, inciso IV, da Lei Orgânica do Município. Por tais motivos, pugna pela procedência do pedido, com declaração, por via de exceção, da inconstitucionalidade da Lei nº 2.158/99, bem como da outorga de concessão de direito real de uso firmado entre o Município e a Associação Clube Bem Viver, fundamentando sua legitimidade para a ação declaratória de inconstitucionalidade pela via difusa.

A liminar foi indeferida, com exclusão do Poder Legislativo municipal do pólo passivo.

Contestação da Associação Clube Bem Viver argüindo, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, sustentando que a ação de insconstitucionalidade deve ser ajuizada contra o Poder Público, além da impropriedade da ação, já que ao Tribunal de Justiça cabe processar ação de inconstitucionalidade.

No mérito, relata que foi criada por iniciativa do Departamento Municipal de Educação e Cultura, com o objetivo de oferecer atividades aos idosos; que desde a sua criação vem utilizando espaço cedido pelo Município, que arca com as despesas do aluguel e material de consumo, sendo inexigível a licitação em razão de

seus objetivos sociais, e que o imóvel nunca foi considerado como área verde.

Defende-se o Município de Passos argüindo, em preliminar, a impropriedade da ação aviada.

No mérito, sustenta os mesmos argumentos expendidos pela Associação Clube Bem Viver.

A sentença (fls. 206/213), entendendo tratar-se de ação civil pública, julgou-a procedente, invalidando a outorga de concessão do direito real de uso autorizado pela Lei nº 2.158/99.

Inconformado, o Município de Passos interpôs recurso de apelação, nos termos das razões de fls. 216/218, sustentando que a atuação jurisdicional invadiu os limites da discricionariedade outorgada pelo ordenamento jurídico consolidado ao Administrador Público Municipal, o que estaria a justificar sua pronta reforma.

Dos elementos constantes dos autos constata-se que a v. decisão apenas invalidou a outorga da concessão do direito real de uso autorizado pela Lei nº 2.158/99, por entendê-la em direta afronta às disposições constitucionais e legais que visam à proteção do meio ambiente, procedimento este que em nada vulnera a competência administrativa do Executivo local.

A referida norma está materialmente equiparada a lei de efeito concreto, equivalendo a decreto legislativo, o que torna legítimo o controle jurisdicional do ato administrativo nela incorporado.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES (*in* *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 27ª ed., 2002, p. 678):

"*As leis e decretos de efeitos concretos podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados. Não são atos normativos gerais, mas, sim, deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto. Tais são, p. ex., as leis que criam Municípios, as que extinguem vantagens dos servidores públicos, que concedem anistia fiscal e outras semelhantes. Assim também os decretos de desapropriação, de nomeação, de autorização etc.*"

Daí também decorre a indubidosa titularidade do Ministério Público estadual para figurar no pólo ativo de pedido típico de ação civil pública, independentemente do nome que a ela se dê na petição inicial, pelas próprias disposições contidas nos arts. 5º, inciso XXXV, e 127 da Constituição Federal e no art. 1º da Lei Federal nº 8.625/93.

A noção de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm independência absoluta, permitindo-lhes atuação autônoma e perfeitamente delimitadas, não encontra guarida no texto constitucional.

O desenvolvimento tecnológico deste início de século, transformando as relações do homem com a natureza, os conflitos sociais decorrentes de políticas econômicas voltadas exclusivamente para o capital, geram necessidades de articulação política, somente alcançadas mediante a criação e implementação de políticas públicas e mecanismos processuais inéditos, exigindo uma reorganização das estruturas e instituições estatais.

Sobre a discricionariedade dos Poderes, assim se manifesta o já citado HELY LOPES MEIRELLES:

"*A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.*

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. E tal circunstância deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário - ilegal, portanto" (ob. cit., p. 115).

O conceito contemporâneo de democracia envolve as relações cotidianas entre os cidadãos nas decisões que lhe afetam, não mais significando representação. Hoje não mais se compreende democracia como representação, mas como participação.

A Constituição Federal de 1988, sensível à evolução legislativa já existente anteriormente, consagrou a proteção efetiva de interesses e necessidades individuais e coletivas, com especial atenção à tutela ambiental, pela primeira vez tratada em capítulo próprio, inserido sob o título "Da ordem social". Através de mecanismos asseguradores da eficácia das disposições, viabilizando a defesa de interesses diretamente pelas comunidades atingidas, conferindo direitos político-processuais aos cidadãos coletivamente organizados e representados por sociedade civil e governamentais.

No caso em exame, os moradores dos Bairros Colégio de Passos e Vila Rica, inconformados com a concessão do direito real de uso de parte da área da Praça Othoniel Prado à Associação Clube Bem Viver, entidade recreativa de caráter eminentemente privado, representaram junto ao Ministério Público alegando tratar-se de área verde do Município e que o procedimento foge à finalidade pública, por tratar-se de bem de interesse público que passaria a ser utilizado somente por entidade particular.

A Constituição Federal consagrou (art. 225), o direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida. Se o ato administrativo viola tais direitos, fundado em finalidade estranha ao interesse público, obviamente não pode prevalecer, não se vislumbrando, na r. decisão que invalida a outorga de concessão do direito real de uso de parte de área verde de praça pública, qualquer invasão ao poder discricionário reservado ao Administrador Público Municipal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - PROTESTO IRREGULAR - NOTIFICAÇÃO VIA ECT - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR E DE IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA QUE A RECEBEU - IRREGULARIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO

- É requisito essencial para o pedido de falência a prova do protesto regular. A notificação do protesto, ainda que feita via ECT, deve conter a respectiva intimação do devedor e a identificação da pessoa que a recebeu. Assim, se não forem comprovados esses requisitos, a falência não pode ser decretada, devendo o processo ser extinto nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 304.317-1/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Falência - Protesto irregular - Não-decretação - Intimação irregular - Extinção do processo. - "*Para ser válido, o protesto deve revestir-se das formalidades legais; se irregular a intimação da devedora, não pode ser decretada a quebra*". "*O pedido de falência fundado em título protestado, com notificação pelos Correios, deve vir acompanhado de comprovação da entrega da correspondência no endereço da devedora, não bastando a assertiva do oficial de que enviou a notificação*" (STJ - REsp 435.043-SP, Rel. Min. Ruy Rosado).

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unani-

midade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recurso de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de pedido de decretação de falência ajuizado por CAF Santa Bárbara Ltda., ora recorrente, em desfavor da empresa S&S Madeireira Ltda., aqui recorrida, ao fundamento de que é credora da requerida da importância de R$32.009,58 referentes às triplicatas elencadas na peça angular, vencidas e não pagas; juntou documentos; às fls. 63/65-TJ, o MM. Juiz de Direito *a quo* julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC, em face da ausência de pressuposto essencial para a constituição válida e regular da relação processual, no caso em tela, o protesto regular dos títulos embasadores do pedido de quebra.

A requerente, não se conformando com a r. sentença, insurgiu-se às fls. 66/75-TJ, alegando que o decidido não se coaduna com a legislação sobre protestos de títulos; não foram apresentadas contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às fls. 84/88-TJ, opinando pelo provimento do recurso interposto.

Data venia, tenho que a decisão fustigada não deve ser reformada, porquanto ausente a comprovação imprescindível da intimação de quem a recebeu, com perfeita identificação (art. 10, § 1º, da Lei Falimentar c/c art. 29 do Dec. nº 2.044/08).

Dispõe o art. 11 do Dec.-lei 7.661/45 - Lei de Falências:

"*Art. 11. Para requerer a falência do devedor com fundamento no art. 1º, as pessoas mencionadas no art. 9º devem instruir o pedido com a prova da sua qualidade e com a certidão do protesto que caracteriza a impontualidade do devedor*".

Logo, é requisito essencial para a propositura do pedido de falência a prova de protesto regular; compulsando os autos, constata-se que a apelada foi notificada via ECT, sem, contudo, constar no aludido instrumento de protesto a respectiva intimação e a identificação da pessoa que a recebeu; ademais, para ser válida há que se proceder na conformidade do mandamento legal; em suma: se irregular a intimação do protesto, não pode ser decretada a quebra.

Nesse sentido, comemora-se a jurisprudência desta Corte:

"*Falência. Processo Civil. Instrumento de protesto. Certidão de intimação. Destinatário. Ausência de identificação. - A falência não pode ser deferida se não atendidas rigorosamente as exigências formais. Do instrumento de protesto deve constar, ao menos, o nome da pessoa que recebeu a intimação, uma vez que somente quando identificada a pessoa intimada é que se considera que o devedor foi notificado a pagar, e não o fez. Nega-se provimento aos recursos*" (221.235-5/00 (1), Des. Relator Almeida Melo, *in DJ* de 20.12.2001).

"*Admite-se o pedido de falência com lastro em duplicata sem aceite, desde que com a comprovação da entrega das mercadorias. O protesto do título que embasa o pedido de falência deve operar-se na pessoa do devedor, a fim de se assegurar que houve efetiva ciência para pagar a dívida, devendo constar, quando pouco, o nome da pessoa que recebeu a intimação*" (219.871-1/00, Des. Rel. Carreira Machado, *in DJ* de 18.12.2001).

"*Falência - Ausência de prova inequívoca de que o devedor tenha sido intimado do protesto do título - Imprestabilidade da certidão - Conseqüente extinção do processo. - Nada impede que a intimação atinente ao protesto se faça pela via postal. Todavia, para a validade do ato intimatório por carta registrada, impõe-se sua comprovação (dele, ato) mediante o correspondente aviso de recebimento. Irregular o protesto, indefere-se a inicial do pedido de falência e extingue-se o processo, a teor do art. 267, inciso IV, do* Civile Adjectio Codex" (210.642-5/00 (1), Des. Relator Hyparco Immesi, *in DJ* de 18.12.2001).

"*Falência. Pedido extinto nos moldes do art. 267 do CPC. Ausência de demonstração inequívoca de que tivesse o devedor tomado conhecimento do protesto, imprescindível à caracterização de sua mora. Recurso improvido*" (216.841-7/00 (1), Rel. Des. Isalino Lisbôa, *in DJ* de 14.12.2001).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em recente decisão noticiada em seu Informativo Jurisprudencial de nº 147:

"*Protesto. Notificação. Correios. Comprovação. Entrega. - O pedido de falência fundado em título protestado, com notificação pelos Correios, deve vir acompanhado de comprovação da entrega da correspondência no endereço da devedora, não bastando a assertiva do oficial de que enviou a notificação*". (REsp 435.043-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 19.9.2002.)

Com esses fundamentos, nego provimento ao apelo recursal para manter intacto o ato sentencial profligado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

POLICIAL MILITAR - MORTE POR ACIDENTE - OCORRÊNCIA NO ITINERÁRIO DE IDA E VOLTA DO QUARTEL - PENSÃO ACIDENTÁRIA - CABIMENTO - APLICAÇÃO DO ART. 1º DA LEI ESTADUAL Nº 9.683/88

- Se o acidente ocorrer no itinerário de ida e volta do quartel, estando o policial militar fardado, é devida a pensão acidentária por morte, nos termos do art. 1º da Lei Estadual nº 9.683/88. A Polícia Militar de Minas Gerais considera hora de trabalho o deslocamento do militar do quartel para a residência e vice-versa. Ademais, o policial militar fardado está em constante serviço, tendo o dever de agir em ocasião que enseje intervenção policial, independentemente da hora do dia ou da noite, na sede da unidade ou onde o serviço exigir, conforme art. 15 da Lei nº 5.301/69, que rege a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 304.357-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Pensão acidentária - Morte de policial militar - Acidente ocorrido no trajeto de retorno à residência - Aplicação do art. 1º da Lei Estadual 9.683/88 - Sentença confirmada. - De acordo com procedimento adotado pela Polícia Militar de Minas Gerais considera-se hora de trabalho o deslocamento do militar do quartel para a residência e vice-versa. Além do mais, o policial militar fardado está em constante serviço, tendo o dever de agir em ocasião que enseje intervenção policial, independentemente da hora do dia ou da noite, na sede da unidade ou onde o serviço exigir, conforme art. 15 da Lei nº 5.301/69, que rege a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Paulo de Tarso de Oliveira e Souza.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Maria Aparecida Pereira da Silva, devidamente qualificada nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra o Estado de Minas Gerais, alegando, em síntese, que foi casada com Sebastião Luiz Pereira da Silva, soldado da Polícia Militar de Minas Gerais, lotado na 177ª Companhia da PM do 33º Batalhão de Polícia, sito em Betim. Afirma que, no

dia 07 de janeiro de 1999, quando Sebastião se dirigia para trabalho, pois residia em Juatuba, envolveu-se em um acidente de veículo, na BR-262, vindo a falecer. Em conseqüência, requer o recebimento de pensão acidentária aludida na Lei Estadual nº 9.683/88.

O requerido compareceu aos autos, pugnando em sentido contrário ao interesse da requerente, afirmando a inexistência de fato que enseja o direito à pensão acidentária, tendo em vista que o militar não se encontrava em serviço e o acidente ocorreu em tempo superior ao necessário para que o soldado se deslocasse do local de trabalho até sua residência.

Impugnação da autora às fls. 114/116.

Manifestação do MP sustentando a desnecessidade de sua intervenção nos autos.

Sentença, fls. 144/147, deferindo o pleito inicial, condenando o Estado de Minas Gerais a conceder à autora a pensão acidentária devida.

Ao reexame necessário somou-se o apelo do Estado de Minas Gerais, de fls. 149/159.

Ouvida a Procuradoria-Geral de Justiça, esta entendeu que o caso não estaria entre os que reclamariam sua atuação.

Conheço dos recursos, pois interpostos tempestivamente, com observância das formalidades legais.

Por ser o mais amplo, passo a examinar o recurso necessário, não descuidando das argumentações do recurso voluntário.

O cerne da lide consiste no fato de interpretar se o acidente ocorreu quando o policial estava no desempenho de suas funções.

O art. 1º da Lei Estadual nº 9.683/88 afirma que a pensão acidentária ocorre quando o servidor civil ou militar falecer em conseqüência de acidente verificado no desempenho de suas funções, ou no estrito cumprimento do dever.

Podemos constatar que o finado deixou o local de trabalho às 17h30m e o acidente ocorreu por volta das 18h30m. Conforme procedimento adotado pela PMMG relatado à fl. 128 pelo Tenente João Romeu Mendonça: "... *pelas normas da Polícia Militar o deslocamento do quartel para a residência e vice-versa são considerados horários de trabalho*" e ainda "*que leva-se em torno de 45 minutos a 50 minutos para se deslocar de carro do quartel até a residência do falecido soldado Sebastião*".

Ora, o acidente ocorreu a cerca de 60 minutos da saída do Batalhão, razoavelmente dentro do lapso de tempo previsto para a locomoção até a residência do falecido.

Além do mais, o policial militar, a qualquer hora do dia ou da noite, na sede da unidade ou onde o serviço exigir, deve estar pronto para cumprir a missão que lhe for confiada pelos seus superiores hierárquicos ou imposta pelas leis e regulamentos. Dispositivo extraído do art. 15 da Lei nº 5.301/69, que rege a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Quando do acidente, o policial encontrava-se fardado e, mesmo que distante do Batalhão, em cumprimento ao art. 15 da lei supra, deveria agir em ocasião que ensejasse intervenção policial. Portanto, encontra-se suficientemente comprovado o nexo causal com o art. 1° da Lei Estadual n° 9.683/88, que estabelece a pensão acidentária.

Ademais, a conclusão do processo de pensão acidentária, fls. 106/108, que apurou as circunstâncias do falecimento do soldado, analisado pela PMMG, foi no sentido de que os fatos atendem aos requisitos legais para a concessão da pensão por acidente.

Resta dizer, por fim, que o *decisum* está correto em condenar o Estado de Minas Gerais, não merecendo qualquer reparação.

Com essas considerações, mantenho a sentença em reexame e julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de acidente laboral *in itineri*. O raciocínio do em. Relator tanto prevalece na lei acidentária comum, quanto neste caso específico de indenização contra o Estado.

O ir e vir para o trabalho, aliado ao fato de estar o policial fardado, tudo isso faz com que este caminhar para o trabalho seja um prolongamento do próprio trabalho para fins acidentários.

Com o Relator.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo com o Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - MORTE DE PRESO POR COMPANHEIROS DE CELA - ATO OMISSO DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS E DEFICIÊNCIA NA VIGILÂNCIA - INEXISTÊNCIA - TEORIA DA *FAUTE DU SERVICE* - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O MAU FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO E O EVENTO DANOSO - AUSÊNCIA DE PROVA - CULPA DA VÍTIMA - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - INOCORRÊNCIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - PEDIDO INDENIZATÓRIO IMPROCEDENTE

- A responsabilidade da Administração Pública pela *faute du service* é subjetiva e está subordinada à prova dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso. Uma vez evidenciada a culpa da vítima, é de rigor a improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais.

- O Estado não responde por morte de preso causada por companheiros de cela no interior de cadeia pública, se não houve ato omissivo dos agentes administrativos nem deficiência do serviço de vigilância.

APELAÇÃO CÍVEL N° 304.443-5/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Indenização - Danos materiais e morais - Teoria da *faute du service* - Responsabilidade do Estado - Inocorrência. - A responsabilidade da Administração Pública pela *faute du service* é subjetiva e está subordinada à prova dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso. Uma vez evidenciada a culpa da vítima, é de rigor a improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de ação ordinária proposta por Graciela dos Anjos Cruz por si e representando sua filha A.E.N., em face do Estado de Minas Gerais, objetivando a condenação do requerido em danos materiais, a título de pensionamento mensal equivalente a um salário mínimo, desde a data do evento, até quando a vítima completaria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, bem como em danos morais no importe de 2.000 (dois mil) salários mínimos.

Fundamentaram a pretensão pela ocorrência do óbito do pai da segunda requerente e companheiro da primeira, na cadeia pública de Governador Valadares, dando ensejo, portanto, à responsabilidade do Estado e ao conseqüente dever de indenizar.

Em sede de contestação, às fls. 30/37, o Estado de Minas Gerais suscitou, em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista que seus agentes não praticaram qualquer ato que pudesse motivar a condenação por danos materiais e morais.

No mérito, aduziu que, para existir a responsabilidade da Administração Pública, mister haver ato ilícito, devendo o autor apontá-lo, bem como demonstrar a culpa, sendo certo que, no caso dos autos, a morte da vítima decorreu da ação de terceiro, tendo em vista as atrocidades cometidas por esta no curto período em que esteve sob custódia do Estado.

Alegou ainda que não há comprovação de que a vítima trabalhasse para que pudesse prosperar o pedido de indenização por danos materiais, mas se julgado procedente deve corresponder a 2/3 do salário mínimo.

O Ministério Público às fls. 187/191 opinou pela improcedência do feito, uma vez que houve culpa grave da vítima, que restou suficiente para caracterizar o evento morte, independentemente de deficiência do serviço carcerário, que não ficou evidenciada nos autos.

Através do ato sentencial de fls. 391/393, o MM. Juiz da causa julgou improcedente o pedido formulado na exordial, ao fundamento de que a própria vítima concorreu para o *eventus damni*.

Irresignadas, apelaram as requerentes conforme razões expendidas às fls. 394/402.

Contra-razões às fls. 408/409.

Parecer da douta Procuradoria -Geral de Justiça às fls. 419/425, opinando pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, observo que apesar de o Juiz singular não ter enfrentado expressamente a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada na peça defensiva, tal omissão não invalida, por si só, o decisório, haja vista que a citada prefacial se confunde com o próprio mérito referente à responsabilidade ou não do Estado no que toca ao evento danoso.

Feita tal consideração, passo ao exame do *meritum causae*.

Em que pese o inconformismo das apelantes, tenho que a sentença não merece qualquer reparo.

Cinge-se a controvérsia dos autos na possibilidade de o Estado indenizar o homicídio ocorrido no dia 02.02.1998 no interior das dependências da cadeia pública da Cidade de Governador Valadares.

Pois bem.

É certo que constitui garantia constitucional prevista no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal que à Administração Pública cabe assegurar aos presos o respeito à integridade física, assumindo o Estado o dever de dela cuidar.

Ocorre que a morte do detento verificada no interior da cela de nº 02 da cadeia pública de Governador Valadares não implica causa eficiente para que haja condenação do Estado, devendo-se examinar cada acontecimento com a devida cautela.

O pedido de indenização formulado tem como fundamento a assertiva de que o Estado agiu com culpa no episódio que resultou na morte de Lúcio das Neves Pereira, pois que não

cuidou o ente estatal da segurança interna do presídio, inclusive nada se fez no sentido de impedir ou minimizar o evento danoso, o qual trouxe grandes dores às autoras.

De início, cumpre salientar que, em se tratando de omissão de comportamento pelo agente público, do qual resulta dano na esfera jurídica de terceiros, por não ter sido cumprida determinada prestação dentre as que incumbem à Administração realizar em prol da coletividade, fala-se na incidência da teoria da *faute du service*, e não em responsabilidade objetiva.

Na teoria da culpa administrativa ou do serviço público, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes é vista sob a ótica do direito privado, caracterizando um regime jurídico estritamente privatístico, mas desvinculando a responsabilidade do ente estatal da idéia de culpabilidade do funcionário, passando a falar-se em culpa do serviço.

Necessário ressaltar que a falta do serviço público não se vincula à culpa individual do funcionário - pela qual ele mesmo responde regressivamente - mas do funcionamento defeituoso do serviço, do qual decorre o dano, incidindo, então, a responsabilidade do Estado.

Nessas hipóteses, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos ou do mau funcionamento de um serviço da Administração, incidindo a responsabilidade estatal independentemente de qualquer indagação acerca da culpa do servidor.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que, na responsabilidade subjetiva do Estado, em face dos princípios publicísticos, sob a ótica da teoria da culpa administrativa ou do serviço, não é necessária a identificação de culpa individual do agente público para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção é ultrapassada pela idéia denominada de:

"faute du service *entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou falta de serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva*" (*Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 614).

Outro não é o entendimento do Professor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:

"*Se o serviço funcionou mal, se não funcionou, ou se funcionou com atraso, temos a culpa do serviço, acarretando a responsabilidade civil do Estado por defeito ou falha do serviço público. No fundo, o não-funcionamento ou o mau funcionamento do serviço, com falha ou atraso, está relacionado com a ação ou omissão do agente administrativo que, de modo direto ou indireto, deveria ter*

diligenciado para que o serviço se apresentasse perfeito" (*O Estado e a Obrigação de Indenizar*, SP, Saraiva, 1980, p. 85).

Assim, para se caracterizar a responsabilidade por danos causados a terceiros, basta que se comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste.

Entretanto, esta concepção acarreta para o terceiro lesado o ônus da prova do mau funcionamento da Administração, ou de qualquer das hipóteses supracitadas.

Oportuno acentuar que a responsabilidade pela *faute du service* (falta do serviço) não é, "*de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello*" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 615).

No caso em comento, estou a entender que não restou satisfatoriamente comprovado o mau funcionamento do serviço público, não evidenciando a culpa do Estado pela morte do pai e companheiro da autora Graciela dos Anjos Cruz.

Senão vejamos.

Pelo que se extrai dos autos, Lúcio das Neves Pereira e dois outros reclusos, Agnaldo Gomes Martins e Dino César da Silva, também recolhidos na cela nº 02, resolveram de comum acordo dar cabo à vida dos colegas que se encontravam na cela nº 01; que um dos presos da cela nº 02, conhecido pela alcunha de "Nego Wilson", recusou-se a participar da chacina antes planejada e, por conta disso, foi agredido fisicamente, quando, então, teve início no interior da referida cela uma verdadeira tragédia, visto que os demais detentos que ali se encontravam (Luiz Antônio, Daniel e Jonas), partiram contra Lúcio, Agnaldo e Dino César em defesa de "Nego Wilson", resultando, ao final do confronto, um saldo de 03 (três) mortos, exatamente os três reclusos retronominados.

Conforme já mencionado anteriormente, para a imposição do dever de reparar o dano, faz-se necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do agente estatal e o prejuízo suportado pela vítima, sendo certo que, no caso vertente, o dano não resultou de ato praticado por agente público, mas, sim, causado mediante atos de terceiros, quais sejam, os companheiros de cela do *de cujus*.

De tudo, fácil é concluir que as autoras não fazem jus a qualquer tipo de indenização, quer a título de danos morais ou pensionamento.

Para a imposição do dano, exige-se a prova da culpa, numa das suas

três vertentes - negligência, imprudência e imperícia -, o que definitivamente não restou demonstrado pelas autoras, sendo certo que este ônus lhes competia, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

De outro norte, mister se faz lembrar que a vítima Lúcio das Neves Pereira era tido como preso de péssimo comportamento, co-autor de vários homicídios na cadeia pública de Governador Valadares, o qual inspirava o temor dos demais detentos.

Enfim, não há que se falar em deficiência do serviço, uma vez que o evento danoso se deu na calada da noite, sendo certo que os policiais militares de serviço na cadeia pública sequer tiveram tempo de impedir a conduta criminosa dos detentos, visto que tudo aconteceu de maneira muito rápida.

Neste contexto decisão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*É óbvio que as pessoas recolhidas a prisões comuns sob a tutela do Estado têm o direito a proteção dos órgãos públicos, para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos policiais, quer dos próprios companheiros. Mas é preciso que ocorra qualquer tipo de ato omissivo dos agentes administrativos. Assim, não responde o Estado por morte de preso por companheiros no interior de cadeia pública se não houve falha anônima da Administração nem deficiência do serviço de vigilância*" (*RT*, 674/106, TJSP, Rel. Flávio Pinheiro).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelas apelantes, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - AÇÃO MOVIDA PELO MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO - DANOS CAUSADOS À MUNICIPALIDADE - POSSIBILIDADE - ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL - PROVA DO DOLO, DO DANO E DO NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR

- A responsabilidade civil independe de condenação anterior em ação fundada em alegação de improbidade administrativa do réu, com base na Lei nº 8.429/92, ou de condenação criminal por crime funcional, corrupção ou peculato.

- Os atos que caracterizam improbidade administrativa do agente estão devidamente relacionados na lei em vigor e exigem conduta específica dele, enquanto a ação de indenização se funda tão-somente na existência do dano, do nexo causal e na prova de dolo ou culpa.

- A teor do art. 20 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), apenas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são condicionadas ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

- A comprovação efetiva de dolo ou culpa do agente pode e deve ser feita no curso da ação ordinária de indenização.

- A reparação imposta a quem causa dano a outrem é princípio geral de direito, no qual se aporta toda a teoria da responsabilidade presente no ordenamento jurídico pátrio, *ex vi* do art. 159 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 304.751-1/00 - Comarca de São Francisco - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Ação de indenização ajuizada contra ex-Prefeito - Possibilidade - Art. 159 da Lei Civil - Prova do dolo, do dano e do nexo causal - Dever de indenizar. - Os atos que caracterizam improbidade administrativa de um agente público estão relacionados na Lei nº 8.429/92 e exigem dele uma conduta específica. Já a ação de indenização se funda no artigo 159 do Código Civil e exige apenas a prova da existência do dano, do nexo causal e do dolo ou da culpa, não se confundindo as ações fundadas naquela lei com as ajuizadas com base na citada regra civil. A responsabilidade civil independe da criminal, nada impedindo o ajuizamento da ação civil, principalmente quando não há dúvida quanto à existência do fato e da autoria, sendo também de extensão diversa o grau de culpa exigido em ambas as esferas. A comprovação efetiva do dolo ou culpa do agente pode e deve ser feita no curso da ação ordinária de indenização.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Jorge Cavalcanti de Albuquerque interpõe recurso de apelação contra a r. decisão de fls. 44/49, que julgou procedente o pedido de indenização que lhe move o Município de Icaraí de Minas e que o condenou a pagar indenização no valor de R$31.648,00, acrescida de juros e correção monetária, além das custas e honorários, fixados em 20% do valor da causa.

Conheço do recurso.

Sustenta o apelante, em síntese, que as obras que deram origem à ação foram executadas dentro dos recursos liberados e que a indenização pressupõe "*...'uma condenação anterior por atos ilícitos regularmente comprovados, com trânsito em julgado da decisão condenatória*" (fls. 124).

Funda-se o pedido de indenização na alegação de que o réu, na qualidade de Prefeito de Icaraí de Minas, pagou à empresa Encosol o valor de R$14.466,00 para que realizasse o asfaltamento de 5.500 metros quadrados de ruas na localidade de Morrinhos, Município de Icaraí de Minas. A obra jamais foi realizada, não tendo havido sequer licitação para escolher a sua executora.

Ao contrário do que afirma o réu, não é imprescindível, para a sua condenação a indenizar, a comprovação efetiva do dolo ou da culpa por sentença condenatória de improbidade administrativa com trânsito em julgado.

E tal se dá porque a responsabilidade civil independe da condenação anterior em ação fundada em alegação de improbidade administrativa do réu, com base na Lei nº 8.429/92, ou de condenação criminal por crime funcional, corrupção ou peculato. É cabível o ajuizamento da ação indenizatória direta, nos termos do artigo 159 da Lei Civil, devendo a prova do dolo ou culpa do réu pelos danos alegados ser feita nos próprios autos desta última. A ação foi ajuizada pelo Município, que alega ter sofrido dano material causado por ação ou omissão do réu, que dispôs de dinheiro de caixa da Municipalidade para a realização de obra não efetivada.

A teoria da responsabilidade civil baseia-se na aferição da antijuricidade da conduta do agente, no dano à pessoa ou coisa da vítima e na relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Os atos de improbidade administrativa, por sua vez, se encontram regulamentados pela Lei nº 8.429/92, que determina:

"*Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.*

(...)

Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando

enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei".

Os atos que caracterizam improbidade administrativa do agente estão devidamente relacionados na lei em vigor e exigem conduta específica dele, enquanto a ação de indenização se funda tão-somente na existência do dano, do nexo causal, e na prova do dolo ou culpa. Além disso, a própria Lei 8.249/92 prevê a hipótese do ajuizamento da ação civil de reparação de danos independentemente da condenação criminal ou administrativa. O artigo 12 prevê a existência de outras cominações legais, "*independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica*". E o art. 18 refere-se a "*... sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito*", e de cuja leitura se pode extrair ser cabível o ajuizamento da ação de indenização direta.

Não há, por outro lado, imprescinbilidade de sentença penal transitada em julgado.

Nos termos do artigo 20 da Lei de Improbidade, apenas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são condicionadas ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

É verdadeira a afirmação de que o ato de improbidade administrativa é considerado crime de responsabilidade, dada a sua natureza criminal, nos termos do art. 339 do Código Penal. Mas a responsabilidade civil, ao contrário do que insinua o réu, independe da criminal, nada impedindo o ajuizamento da ação civil, principalmente quando não há dúvida quanto à existência do fato e da autoria, sendo também de extensão diversa o grau de culpa exigido em ambas as esferas.

O *caput* do artigo 64 do Código de Processo Penal é expresso em dispor que "*... a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil*", do que se conclui ser a responsabilidade civil, em princípio, independente da criminal (artigo 1.525 da Lei Civil). O apelante pode até vir a não ser condenado penalmente por improbidade administrativa, mas, na esfera civil, pode-se julgar que ele cometeu um ato ilícito civil, indenizável.

Confira-se, *mutatis mutandi*, a lição de DAMÁSIO DE JESUS:

"*O art. 1.525 do CC diz que a responsabilidade civil é independente da criminal. Assim, o sujeito pode ser absolvido no juízo criminal em face da*

prática de um fato inicialmente considerado delituoso e, entretanto, ser obrigado à reparação do dano no juízo cível. O agente pode ser civilmente obrigado à reparação do dano, embora o fato causador do prejuízo não seja típico. Assim, em regra, a responsabilidade do agente numa esfera não implica a responsabilidade em outra.

(...)

Absolvição criminal com fundamento em causa excludente da culpabilidade não impede a ação civil de reparação de dano. Assim, cabe a ação civil, embora o agente tenha sido absolvido irrecorrivelmente no juízo penal por incidência de erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto (incluindo-se a menoridade penal) ou retardado, ou por inimputabilidade em face de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Note-se que o art. 65 só trata das causas de exclusão da ilicitude, enquanto o art. 66 do CPP impede a ação civil somente quando ficar reconhecida a inexistência do fato material de forma categórica". (*In Código de Processo Penal Anotado*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 73/74.)

Assim, é perfeitamente cabível o ajuizamento da presente ação indenizatória. A comprovação efetiva do dolo ou culpa do réu pode e deve ser feita no curso da presente ação, que tramita sob o rito ordinário, com todas as oportunidades de defesa e de produção de provas previstas na lei processual.

Feitas tais considerações, passo a examinar o mérito, ou seja, se restou comprovado o dolo ou culpa do réu, o dano e o nexo causal entre a conduta e o dano.

Provado está, a meu ver, o dolo do apelante e o prejuízo sofrido pelo Município, bem como o nexo causal entre um e outro.

A Encosol-Empresa Construtora Lopes Ltda. recebeu R$7.233,00, em 03 de junho de 1996; e o mesmo montante em 1° de julho de 1996, valores provenientes de um contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Icaraí em 31 de maio de 1996, para "... *asfaltamento de 5.500 metros quadrados de ruas na localidade de Morrinhos*" (fls. 08/09).

Segundo o documento de fls. 10 e 11 - notas de empenho emitidas pela Prefeitura - a liquidação da despesa referente ao contrato mencionado, ou seja, o pagamento da empresa Encosol "... *foi procedida com base no documento apresentado, onde demonstra a entrega do material ou efetivação do serviço prestado*" (fls. 10).

Mas as fotografias da localidade de Morrinhos, acostadas à fl. 12 dos autos, demonstram que a região não foi asfaltada.

Realizada audiência, Francisco Queiroz Neto, residente no povoado de Morrinhos, narra:

"... *que mora no povoado de Morrinhos há cerca de 10 anos; que a empresa começou o serviço de terraplanagem, levando para o povoado de Morrinhos dois caminhões; uma patrol e uma carregadeira; que não chegaram a fazer barracas, mas ficaram lá por cerca de 12 dias; que o povoado tem cerca de 10 ruas e foi feito o serviço de terraplanagem e cascalhamento ao redor da praça, na rua principal e em parte de uma outra rua; que foi dito que a empresa voltaria para fazer o asfalto, o que não aconteceu; (...) que a rua principal não foi terraplenada nem cascalhada; que a rua principal do povoado de Morrinhos não chega a ser a distância correspondente da porta do Fórum até a escola Caio Martins, sendo bem menor; (...) que a rua transversal não foi totalmente terraplenada e cascalhada*" (fls. 57).

Flávio Dias Brito também confirma que a localidade não foi asfaltada:

"... *que mora no povoado há cerca de 11 anos; que se lembra de um serviço de terraplanagem feito por ocasião da gestão do réu, no final do ano de 1995, em que foram derrubadas algumas árvores da rua principal, terraplenado e jogando cascalho; que a rua principal foi toda cascalhada e terraplanada, que a empresa não ficou lá por muito tempo, tendo sido o serviço feito em mais ou menos 10 dias, que a rua da casa do depoente foi parcialmente trabalhada, não chegando até a casa dele; que foi feita mais ou menos metade da rua, sendo ela bem pequena*" (depoimento do citado, residente no povoado de Morrinhos há cerca de 11 anos).

No mesmo sentido, o depoimento de Miguel Calixto dos Santos, amigo íntimo do réu, ouvido como informante:

"... *que o depoente era funcionário da empresa Encosol, a qual fez o serviço no povoado de Morrinhos; que permaneceram no povoado cerca de 15 a 20 dias e ficaram parados a maior parte do tempo; que as máquinas quebravam e o depoente não sabe exatamente dizer porque ficou o tempo parado; que foi feita terraplanagem e cascalhamento na maior parte das ruas do povoado; que não foi feito todo o serviço; (...) que não fizeram nenhum asfaltamento naquele povoado*" (fls. 59).

O Vice-Prefeito à época, Geraldo das Mercês Carneiro, por sua vez, noticia que "... *se lembra das obras feitas no povoado de Morrinhos, tendo sido terraplanada e cascalhada a rua principal; que não se lembra se foi feito serviço em outra rua; que era para ser asfaltada a rua, mas não foi feito em virtude da falta de dinheiro na Prefeitura*" (fls. 60).

Elizeu Soares da Silva, amigo pessoal do réu, ouvido como informante, também disse ter conhecimento "... *dos serviços feitos na gestão do réu de terraplanagem e cascalhamento da rua principal e de uma praça, no povoado de Morrinhos; que foi feito o serviço só nessas ruas mencionadas e a empresa lá permaneceu por cerca de 10 a 15 dias*" (fls. 61).

A Construtora Lopes Ltda., por sua vez, declarou ter recebido da Prefeitura Municipal de Icaraí de

Minas a importância de R$14.466,00 "... *referente a parte do pagamento pelo serviço executado*", ressaltando que tal valor "... *não paga nem o serviço prestado*" (fls. 64).

Ora, embora não tenha sido realizado o asfaltamento da região, o réu assinou nota de empenho autorizando o pagamento de R$14.466,00 pela efetivação do serviço prestado pela Encosol, qual seja, este serviço, o asfaltamento de 5.500 metros quadrados na localidade de Morrinhos (fls. 66/67).

As fotografias e depoimentos, inclusive de amigos pessoais do réu, são unânimes no sentido de que o asfaltamento não ocorreu.

Desta forma, é evidente o dolo do réu, que assinou nota de empenho determinando o pagamento por um serviço não prestado, muito embora, no documento que autorizava a despesa, tenha o réu atestado a efetivação do serviço, que, na realidade, nunca ocorreu.

Se a Prefeitura não tinha recursos para a realização da obra pública, por que, quando da ordenação do empenho, o réu afirmou que ela já se encontrava pronta, o que o autorizava a pagar mais R$14.000,00? (fls. 66/67). A nota fiscal acostada aos autos não se refere à medição do terreno; pelo contrário, os documentos de fls. 66/67 são expressos no sentido de que o valor pago à Encosol é referente ao asfaltamento de 5.500 metros quadrados de ruas. O contrato de prestação de serviços, juntado às fls. 84/86, prevê o pagamento de 12 parcelas de R$7.233,00 para a realização da obra. Se o réu efetuou o pagamento de apenas duas parcelas, atestando, quando da ordenação da despesa, que o asfaltamento havia sido concluído, não pode alegar que o serviço não aconteceu porque a Prefeitura não detinha recursos. O procedimento não foi, segundo afirma o réu, precedido da devida licitação? O valor total da obra não foi calculado antes da assinatura do contrato? Não se afirmou, na nota de empenho, que o pagamento era referente ao asfaltamento da localidade? É evidente, desta forma, a má-fé do agente, caracterizada a sua conduta dolosa, que gerou um dano patrimonial ao Município, qual seja, o pagamento de uma obra não realizada.

O dever de reparar, imposto a quem causa dano a outrem, é princípio geral de direito, no qual se aporta toda a teoria da responsabilidade, presente no ordenamento jurídico pátrio (art. 159 do Código Civil), segundo o qual:

"*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano*".

In casu, o réu, com sua atuação frente à Prefeitura do Município-autor, causou-lhe prejuízo material superior a trinta mil reais, o que concretiza o dever de indenizar.

Como bem ressaltou o representante do Ministério Público, "... *o atuar do réu gerou para o Município de Icaraí de Minas prejuízos que devem ser prontamente ressarcidos (...) sem prejuízo do manejo de ação escudada na Lei nº 8.429/92 e ação penal específica para apuração de possível cometimento de falsidade ideológica no que tange às notas de empenho acostadas*" (fls. 112).

O réu foi condenado a indenizar o Município em valor superior ao pleiteado na peça inaugural, mas, como não impugnou tal valor, nem mesmo no recurso de apelação, não pode ser a decisão modificada de ofício.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MAGISTRADO - TEMPO DE SERVIÇO - EMPRESA PÚBLICA - ADVOCACIA - CONTAGEM PARA FINS DE APOSENTADORIA - POSSIBILIDADE - QÜINQÜÊNIO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9/93

- Os embargos de declaração não se prestam para a discussão da admissibilidade ou inadmissibilidade do reexame necessário, uma vez que tal discussão não se enquadra nos pressupostos do art. 535 do CPC.

- Quando o art. 475 do CPC se refere a jurisprudência, deve-se entender como jurisprudência dominante, ou pelo menos reiterada, dos tribunais ali mencionados, não bastando uma decisão isolada, ainda que do Plenário do STF.

- O tempo de serviço prestado junto à empresa pública por magistrado que ingressou no serviço público após a vigência da Emenda Constitucional nº 9/93 somente será computado para fins de aposentadoria.

- Nos termos da Lei nº 7.655/79, o tempo de serviço, até o máximo de 15 anos, relativo à advocacia, era computado para todos os efeitos, mas o pagamento de qüinqüênios relativos a esse tempo somente é devido a partir da data em que a Administração tomou conhecimento oficial de sua existência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 305.238-8/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Magistrado - Tempo de serviço - Empresa pública - Advocacia - Direito adquirido.

- O tempo de serviço prestado junto a empresa pública por magistrado que ingressou na magistratura após a edição da Emenda Constitucional nº 9/93 somente será computado para fins de aposentadoria. Não-configuração do direito adquirido. O tempo de serviço relativo à advocacia será computado para todos os fins, mas somente a partir do requerimento devidamente comprovado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Sérgio Murilo Diniz Braga.

O Sr. Des. Edivaldo George - Ouvi com atenção a sustentação oral produzida da tribuna pelo ilustre advogado.

Passo à leitura do meu voto.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. Saliento que os embargos de declaração não se prestam para a discussão da admissibilidade ou inadmissibilidade do reexame necessário, uma vez que não se enquadram nos pressupostos do art. 535 do CPC. De mais a mais, quando o art. 475 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.352/01, refere-se a jurisprudência, deve-se entender como jurisprudência predominante, ou pelo menos reiterada, dos tribunais ali mencionados, não bastando uma decisão isolada, ainda que do Plenário do STF.

Tempo de serviço prestado em empresa pública.

O tempo de serviço prestado na empresa pública SHIS-Sociedade de Habitações de Interesse Social Ltda. deve ser averbado exclusivamente para aposentadoria. A Constituição Estadual, em sua redação original, permitia, a teor do disposto no art. 36, § 7º, a contagem do tempo de serviço na iniciativa privada para efeitos de aposentadoria e concessão de gratificações e adicionais. Todavia, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 9/93, a contagem do tempo de serviço junto à iniciativa privada somente é computada para fins de aposentadoria. É importante salientar que o magistrado postulante ingressou na magistratura no dia 05.09.94, portanto, após a vigência da Emenda Constitucional 09/93. Com efeito, o tempo de serviço prestado junto à iniciativa privada deverá ser averbado exclusivamente para efeito de aposentadoria.

E nem se diga que este entendimento fere o direito adquirido, porquanto o autor ingressou na magistratura após a modificação havida na Constituição Estadual. É dizer, o tempo de serviço no setor privado somente constitui direito adquirido, para fins de adicionais, aos servidores integrantes dos quadros do funcionalismo antes da vigência da Emenda nº 9 da Constituição do Estado de Minas Gerias. E nem se diga, também, que o tempo de serviço prestado junto à empresa pública tem natureza pública. A Constituição Federal, repetindo disposição já existente em Cartas anteriores, em seu art. 173, § 1º, dispõe que:

"*A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

I - omissis;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

Neste diapasão, a doutrina majoritária, como a esposada pelo saudoso Prof. HELY LOPES MEIRELLES, nestes termos:

"*Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial... O que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de Direito Privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais...*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 27ª ed., 2002, p. 352/353).

É dizer, "*não se trata de atividade assumida pelo Estado como serviço público; é atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio, nos casos indicados no art. 177 da Constituição Federal, ou em regime de competição com a iniciativa privada, nos casos do art. 173 da Lei Maior*".

Neste diapasão, a jurisprudência deste egrégio Tribunal julgando recurso que envolveu sociedade de economista mista, cujo tratamento é análogo, como podemos ver na Ap. Cível nº 235.881-0, sendo Relator o Desembargador Páris Peixoto Pena, cuja ementa se segue.

"*Servidor público - Tempo de serviço - Sociedade de economia mista - Averbação - Qüinqüênios - Instituição financeira. - Não-aproveitamento do período trabalhado em instituição financeira sob a forma de sociedade de economia mista, considerado como de atividade privada, para efeito da percepção de gratificações e adicionais*".

O Superior Tribunal de Justiça também tem julgado neste sentido, como vemos na seguinte decisão:

"*Ementa: Administrativo. Constitucional. Servidor público estadual. Tempo de serviço prestado à EBCT. Constituição estadual. Qüinqüênios. Previsão apenas para tempo de serviço prestado ao Estado. Ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Ausência. Súmula 473/STF. - 1. O tempo de serviço público prestado à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, será computado obrigatoriamente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, no âmbito estadual. Sua contagem, para outros efeitos, inclusive adicionais por qüinqüênios, somente no caso de texto legal expresso, sendo a interpretação na espécie restritiva. - 2.* Omissis; *- 3.* Omissis. *ROMS 11.961/GO,* DJ *de 18.06.2001, p. 191*".

Tempo de serviço relativo à advocacia.

O tempo de serviço relativo à advocacia, segundo a lei de regência à época da posse do autor como magistrado, era computado para todos os efeitos, até o máximo de 15 anos, a teor do disposto na antiga Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, Lei nº 7.655/79. Todavia, julgo correto que sua contagem se dê a partir da data em que foi devidamente comprovado o tempo de serviço. Não basta o simples requerimento do direito, se não satisfatoriamente comprovado. Não vislumbro fundamento jurídico para que algum direito seja pago antes de ser requerido e comprovado. O tempo é computado, mas o pagamento somente é devido a partir da data em que a Administração tomou conhecimento oficial de sua existência, não tendo por que pagar qüinqüênios atrasados.

Com efeito, sem reparos o ato da Administração que computou o tempo de advocacia a partir do protocolo das certidões comprobatórias do referido tempo, nos termos da Portaria nº 1.122/99, do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que em seu artigo 1º estabelece que o pagamento de adicionais e vantagens decorrentes de averbações de tempo de serviço de magistrados e servidores de 1ª e 2ª instâncias será devido a partir da data do protocolo do requerimento com a respectiva certidão de tempo de serviço.

É importante salientar que a Portaria nº 1.122/99, do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, não é inconstitucional, uma vez que não agride nenhum dispositivo constitucional. Aliás, era até mesmo desnecessária. Assim, o fato de o requerimento ter sido anterior à vigência da citada portaria é irrelevante.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo a sentença para julgar improcedentes os pedidos do autor, prejudicado o recurso voluntário. Inverto os ônus da sucumbência.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - Senhor Presidente, acuso o recebimento de memorial da lavra do eminente advogado do apelado, Dr. Sérgio Murilo Diniz Braga, que neste ato sustentou oralmente as razões da parte.

No tocante ao mérito, também entendo como o Relator que o tempo de serviço prestado a empresas públicas ou a sociedade de economia mista só é computado para efeito de aposentadoria, e não para a concessão de adicionais que exigem lei específica do Estado que vai arcar com os ônus da concessão.

No caso, o que se pretende é a contagem de quinqüênios, aproveitando-se, para tanto, do tempo de serviço prestado a empresas públicas, e não há lei estadual que autorize esta contagem.

Relativamente ao tempo de serviço da advocacia, o que se tem é que o requerimento com a respectiva comprovação, nesse tempo, só foi feito muito depois da revogação da lei que o permitia, razão por que a Administração, a meu ver, não fica obrigada ao pagamento de vantagens em atraso, se essas vantagens não foram requeridas tempestivamente. Daí a razão pela qual julgo constitucional a Portaria 1.122/99, da Presidência deste Tribunal, e também reformo a sentença para julgar improcedente o pedido.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Sem necessidade de nada acrescentar aos votos precedentes, que acompanho na integralidade, também reformo a sentença no reexame necessário nos precisos termos dos votos que acabaram de ser proferidos.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - INVENTÁRIO - FORMAL DE PARTILHA - REGISTRO - ABRANGÊNCIA - ART. 3º, INCISO II, DA LEI Nº 1.060/50 - OFICIAL DE CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - ALCANCE

- A assistência judiciária concedida aos herdeiros abrange também o registro de formal de partilha, sob pena de tornar inócua a sentença proferida nos autos de inventário, gerando prejuízos para as partes interessadas.

- O art. 3º, inciso II, da Lei nº 1.060/50 prevê que a assistência judiciária compreende a isenção dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça, aqui compreendidos os oficiais de registro de imóveis.

AGRAVO Nº 305.314-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Inventário - Formal de partilha - Registro - Assistência judiciária - Alcance do art. 3º, inciso II, da Lei nº 1.060/50 - Possibilidade de perda de eficácia do provimento jurisdicional, no caso de não se poder estender à parte, pobre no sentido legal, a possibilidade de registrar o formal de partilha, sem o pagamento de custas. Recurso a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2003. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Trata-se de agravo de instrumento manejado por Lourdes Barbosa de Jesus, que, na verdade, representa, na qualidade de inventariante, o espólio de Luís Pinto de Jesus, irresignada com a r. decisão que indeferiu seu pedido, no sentido de que o Cartório de Registro de Imóveis procedesse ao registro do formal de partilha, extraído dos autos do processo de inventário em que figurou como inventariante, sem o pagamento de emolumentos.

Sustenta a agravante, basicamente, que, estando a litigar sob os auspícios da justiça gratuita, o ato de registro do formal de partilha também deve estar acobertado pela Lei nº 1.060/50, sob pena de ineficácia de todo o provimento jurisdicional.

O ilustre Prolator da decisão objurgada prestou informações à fl. 26.

Breve relato. Decido:

Ao que se constata dos autos, o processo de inventário tramitou sob o pálio da justiça gratuita, por serem os herdeiros pobres no sentido legal, inclusive patrocinados pelo competente Núcleo de Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Veja-se que a Lei nº 1.060/50, em seu artigo 3º, inciso II, prevê que a assistência judiciária compreende a isenção dos "*emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça*", aqui compreendidos, a meu ver, o Oficial do Cartório do Registro de Imóveis.

Por outro lado, é de se acolher a tese lançada pela agravante, no sentido de que, se a assistência judiciária não abranger o registro do formal de partilha, estaria havendo, em *ultima ratio*, uma perda de validade da sentença proferida nos autos do inventário, vale dizer, a sentença tornar-se-ia inócua, gerando, a partir disso, prejuízo às partes.

Conforme asseverou o eminente Desembargador Antônio Hélio Silva, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 247.473-2, da Comarca de Poços de Caldas, "*a prestação jurisdicional só termina com o cumprimento, ou seja, a execução da sentença, que no caso é o registro do formal de partilha e as averbações necessárias, no cartório competente*".

Ainda, no pertinente à matéria debatida, calha trazer à colação:

"*Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo do início ao final, em todas as instâncias (LAJ 9º), e outros de natureza extraprocessual" (LUE 6º)*" (*in Código de Processo Civil Comentado*, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, RT, 3ª ed., p. 1.308).

"*Assistência judiciária. Registro de formal de partilha. - O benefício da assistência judiciária abrange o registro do formal de partilha*" (TJMG, 1ª C. Cív., Apelação Cível nº 173.028-2, Rel. Des. Garcia Leão, v.u., *DJ* 15.05.2000).

"*Assistência judiciária. Formal de partilha. Registro. Atos de averbação. - A assistência judiciária concedida aos herdeiros abrange também o registro do formal de partilha e atos de averbação, sob pena de se tornar inócua a sentença, em prejuízo dos interessados*" (TJMG, 1ª C. Cív., Agravo de Instrumento nº 247.473-2, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, v.u., *DJ* de 21.09.2001).

Com tais considerações, estou dando provimento ao recurso interposto e, ao fazê-lo, determino que o competente Cartório de Registro de Imóveis proceda ao registro do formal de partilha, extraído dos autos do Processo de Inventário nº 024.00.148.111-8, sem o pagamento de custas, tendo em vista a prerrogativa da gratuidade judiciária que assiste à agravante.

Custas, isentas, na forma da lei.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - REVISÃO - IMPRESCINDIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALIMENTANTE - CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA - NOVOS ENCARGOS - IRRELEVÂNCIA - JUSTIÇA GRATUITA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CONDENAÇÃO - SOBRESTAMENTO ENQUANTO SUBSISTIR O ESTADO DE MISERABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI Nº 1.060/50

- Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, devendo compreender o que é imprescindível à vida da pessoa, tal qual é a alimentação, o vestuário, a habitação, o tratamento de saúde, a educação e o lazer. O fundamento da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorre dos princípios fundamentais constitucionais da solidariedade (art. 3º, I, da CR/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), que se encontram consubstanciados na regra do art. 399 do Código Civil.

- Não pode ser considerado, para fins de redução da verba alimentícia, o argumento de que o alimentante terá que suportar outras despesas em decorrência da constituição de uma nova família.

- A aplicação mensal de recursos em títulos de capitalização pelo alimentante é prova que descaracteriza a sua alegação de penúria financeira, pois somente investe dinheiro quem tem sobra.

- Inadmissível a redução de pensão à alimentada que se encontra com saúde debilitada e idade avançada, pois, nessas condições, dificilmente, ela seria admitida ao mercado de trabalho.

- A parte vencida que litiga sob o pálio da justiça gratuita pode ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios. Todavia, tal condenação fica sobrestada até e se, dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 306.920-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Ementa oficial: Alimentos - Imprescindibilidade - Inteligência do princípio constitucional da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. - Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreendem o que é imprescindível à vida da pessoa. O fundamento da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorre do princípio fundamental constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR) e do princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), e estão consubstanciados na regra do art. 399 do Código Civil. A recorrente necessita do percentual de 20% (vinte por cento) para viver com mínimo de dignidade, de modo a ter condições de custear as despesas com habitação, alimentação, vestuário, plano de saúde, medicamentos, tratamento de saúde e lazer. Uma pessoa, com a saúde tão debilitada e idade próxima aos sessenta anos, não pode prescindir de uma pensão alimentícia no montante de 20% (vinte por cento) da remuneração líquida do apelado. Imaginar que a apelante tenha condições de ser admitida no mercado de trabalho, para assim justificar a redução da verba alimentícia, é, com a devida vênia, desconhecer a realidade do mercado de trabalho e descurar do frágil estado de saúde da recorrente. Não é crível que a apelante, com tantos e graves problemas de saúde, venha a passar incólume num exame admissional de saúde, para fins de obtenção de um emprego no mercado formal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Cuida-se de recurso de apelação interposto por M.L.M. contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos de uma ação de revisão de pensão alimentícia proposta por H. G., ora parte apelada, em face da apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para fixar em 15% (quinze por cento) da remuneração líquida os alimentos a serem pagos pelo apelado à apelante.

Em razões recursais de fls. 121/128-TJ, a apelante sustenta que: a) a sua situação financeira é ruim, não havendo, pois, motivo para redução da verba alimentar; b) a necessidade da pensão alimentícia ser mantida no percentual de 20% (vinte por cento) decorre do fato de a apelante estar acometida de câncer no seio, esofagite crônica edematosa leve, hérnia hiatal e gastrite endoscópica crônica e ter, com isso, que suportar grandes despesas com a compra de medicamentos; c) não ficou provado que a situação econômica do apelado é de penúria. Pede, por tais motivos, seja provido o recurso.

Recurso contra-arrazoado, às fls. 133/137-TJ, sendo pugnado o seu não-conhecimento, porquanto interposto fora do prazo legal, que, segundo o apelado, seria a data de 22 de fevereiro de 2002. No mérito, caso seja conhecido o recurso, pede o seu não-provimento.

Parecer recursal do Promotor de Justiça Marcus Vinícius Abrita Garzon Leite, às fls. 138/139-TJ, opinando pelo provimento do recurso.

Manifestação do douto Procurador de Justiça Waldemar Antônio de Arimatéia, às fls. 144/148-TJ, opinando pelo provimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir.

A preliminar de intempestividade do recurso não procede. A sentença foi publicada na data de 15 de fevereiro de 2002, uma sexta-feira. O prazo recursal iniciou-se, assim, no dia 18 de fevereiro de 2002, uma segunda-feira, vindo a findar-se em 04 de março de 2002, uma segunda-feira. Como o recurso foi aviado no dia 1º de março de 2002,

sexta-feira, não há dúvida de que a sua interposição foi dentro do prazo recursal, sendo, pois, tempestiva.

Por tal razão, deve o presente recurso ser conhecido, porquanto presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreendem o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento de saúde e lazer. O fundamento da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorre do princípio fundamental constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR) e do princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), e estão consubstanciados na regra do art. 399 do Código Civil.

No caso em julgamento, o apelado, ao argumento de que atravessa situação de verdadeira penúria financeira, em razão de ter contraído uma série de empréstimos para custear o tratamento de câncer de sua atual esposa, M.B.G., pretende obter a revisão da pensão alimentícia.

A sentença recorrida, acolhendo em parte os argumentos do apelado, reduziu o valor da pensão alimentícia de 20% (vinte por cento) para 15% (quinze por cento).

Com a devida vênia, a sentença merece ser reformada.

A uma, porque não pode o recorrido pleitear uma redução da verba alimentícia, ao argumento de que constituiu uma nova família, pois, se pode suportar novos encargos com a constituição de nova família, que o faça, mas sem exclusão ou redução dos anteriores, aos quais, por lei, está obrigado e que voluntariamente assumiu.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

"*4º CC, TJRS: O ajuste da pensão na separação consensual não pode ser negado em função de compromissos posteriores assumidos pelo marido (26.9.84,* Ajuris, *33/147). 5º CC, TJRS: O fato de o varão haver constituído nova família não se presta a desobrigá-lo do acordo na separação (4.4.89,* RJTJRS, *146/220). 6º CC, TJSP: Bem adverte, a propósito, Yussef Said Cahali que 'os encargos que livremente se impôs o alimentante com a constituição de um novo lar não podem ser levados à conta de alteração de sua fortuna'. Dos Alimentos, 1986, p. 593 (AC 117.293-1, Rel. Ernani de Paiva, 9.11.89)*".

A duas, porque o apelado não comprovou de forma efetiva a sua alegação, ou seja, de que a sua situação de penúria financeira decorre do custo do tratamento médico da doença de sua atual esposa.

Os documentos de fls. 09 a 36-TJ comprovam que a esposa do apelado se submeteu a tratamento médico para cuidar de câncer no ano de 1996. Assim, os gastos com o referido tratamento, se suportados pelo apelado, foram feitos, insisto, em 1996. Desse modo, é muito estranho que, somente

cinco anos depois, o apelado, venha, com fundamento na enfermidade de sua esposa, a pleitear a redução da pensão alimentícia paga à apelante.

Não há, nos autos, nenhuma prova de que o apelado tenha tido, ao longo dos anos de 2000 e 2001, período que antecede a propositura desta ação revisional de alimentos, gastos com o tratamento médico de sua atual esposa. E, realmente, tal prova não poderia ser produzida pelo apelado, pois, segundo o relatório médico de fl. 09-TJ, datado de 07 de fevereiro de 2001, desde o ano de 1999, a esposa do apelado não apresenta resíduo das lesões cancerígenas tratadas.

Ora, não havendo prova de que o apelado tenha tido, ao longo dos anos de 2000 e 2001, gastos com o tratamento médico de sua atual esposa, não se pode inferir que a série de empréstimos contraída pelo apelado tenha correlação com o tratamento da doença de sua esposa. Destarte, totalmente insubsistente o argumento formulado pelo recorrido, na petição inicial de fl. 03-TJ, de que, por efetuar grandes despesas com compras de inúmeros medicamentos, todos de elevado valor, viu-se obrigado a contrair empréstimos em cima de empréstimos.

Além do que já foi dito, dois dados extremamente relevantes para justa solução da lide devem ser considerados:

a) que a esposa do apelado, na condição de dependente dele, teve seu tratamento médico custeado pela Unimed. É o que informa o documento de fl. 13-TJ. Assim, dá para inferir que os custos do tratamento foram feitos pelo plano de saúde, e não pelo apelado;

b) que a esposa do apelado, por ser aposentada, aufere renda, de modo que ela tem condição financeira de auxiliar o apelado no custeio das despesas. É o que esclarece o documento de fl. 23-TJ.

Lado outro, é espantoso como alguém que afirma passar por uma situação de penúria financeira tenha condição econômica de empregar mensalmente de sua renda a soma de R$190,90 (cento e noventa reais e noventa centavos) em títulos de capitalização Ourocap, do Banco do Brasil. Somente investe dinheiro quem tem sobra.

No caso em julgamento, a redução da pensão alimentícia de 20% (vinte por cento) para 15% (quinze por cento), nos moldes determinados pela sentença recorrida, prejudica bastante a apelante.

A recorrente necessita do percentual de 20% (vinte por cento) para viver com o mínimo de dignidade, de modo a ter condições de custear as despesas com habitação, alimentação, vestuário, plano de saúde, medicamentos, tratamento de saúde e lazer.

A apelante comprovou de forma satisfatória que:

a) faz controle do câncer de mama desde abril de 1996 (documento de fl. 67-TJ);

b) é portadora de doença cloridro-péptica (gastrite crônica com

metaplasia intestinal), levando-a ao uso de medicação contínua e controle médico (documento de fl. 68-TJ);

c) é portadora de hipertensão arterial sistêmica moderada e sofre de hipotireoidismo;

d) faz uso diário de medicamentos como Vasopril, Lipiton, Lorax e outros (documento de fls. 69 e 70-TJ);

e) sofre de hérnia hiatal, esofagite crônica edematosa leve, gastrite endoscópica crônica edematosa (documento de fl. 71-TJ);

f) possui limitações de movimento no punho esquerdo, por ter sofrido fratura (documento de fl. 73-TJ);

g) realiza gastos mensais com o pagamento de condomínio, IPTU, plano de saúde, luz, telefone e medicamentos de uso contínuo (documentos de fls. 78 a 85-TJ).

Ora, uma pessoa, com a saúde tão debilitada e a idade próxima aos sessenta anos, não pode prescindir de uma pensão alimentícia no montante de 20% (vinte por cento) da remuneração líquida do apelado. Imaginar que a apelante tenha condições de ser admitida no mercado de trabalho, para assim justificar a redução da verba alimentícia, é, com a devida vênia, desconhecer a realidade do mercado de trabalho e descurar do estado de saúde da recorrente. Não é crível que a apelante, com tantos e graves problemas de saúde, venha a passar incólume num exame admissional de saúde, para fins de obtenção de um emprego no mercado formal.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para assegurar, com fundamento nos arts. 1°, III, e 3°, I, da Constituição Federal e 399 e 400 do Código Civil, à apelante o recebimento da verba alimentar no montante de 20% (vinte por cento) dos rendimentos líquidos do apelado, julgando, desse modo, improcedente o pedido inicial formulado pelo recorrido.

Custas processuais e recursais, pelo apelado.

Arbitro os honorários advocatícios da patrona do apelante em vinte por cento sobre o valor da causa. Todavia, por litigar o apelado sob o pálio da justiça gratuita, fica, nos termos do art. 12 da Lei n° 1.060/50, sobrestada a condenação até e se, dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCORDATA PREVENTIVA - IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO - PENHOR AGRÍCOLA - DESVIO DE FINALIDADE - CRÉDITO PRIVILEGIADO QUE SE TORNA QUIROGRAFÁRIO

- Nos termos da legislação específica, o penhor agrícola constitui crédito privilegiado, porém passa a quirografário no momento em que é dada destinação diversa daquela contida na cédula rural ao bem objeto da garantia, devendo ser relacionado na concordata preventiva.

APELAÇÃO CÍVEL N° 308.302-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Apelação cível - Incidente de impugnação de crédito - Concordata preventiva - Penhor agrícola - Desvio de finalidade - Crédito privilegiado que se torna quirografário - Recurso não provido. - 1. O penhor agrícola constitui crédito privilegiado. - 2. Entretanto, se o bem objeto da garantia sofrer desvio de finalidade, o crédito torna-se quirografário e, como tal, será relacionado na concordata preventiva. - 3. Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelante aforou ação de concordata preventiva, e o apelado opôs este incidente de impugnação de crédito. O objetivo é o de excluir seu crédito da lista de credores privilegiados. Aduziu ser credor da recorrente pela importância de R$21.000,00, representada por cédula de crédito rural pignoratícia, cujo bem dado em garantia teria sido desviado. Entende que, por este motivo, tornou-se credor quirografário. Pela r. sentença de fls. 182/184 o pedido foi parcialmente acolhido.

A priori, anoto que a cédula de crédito rural pignoratícia consiste num instrumento especial criado pela lei para financiamento de atividades rurais e tem como requisito, dentre outros, a descrição dos bens que serão dados em penhor para garantia do credor (art. 14 do Decreto-lei n° 167, de 1967).

Sobre o tema, esclarece WELLINGTON PACHECO BARROS, em

O *Contrato e os Títulos de Crédito Rural*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 155:

"*A descrição dos bens vinculados em penhor é requisito específico da cédula rural pignoratícia. É o traço distintivo entre ela e os demais títulos de crédito rural propriamente ditos.*

(...) Ora, como um dos requisitos marcantes dos títulos de crédito rural é a inserção direta da garantia dada ao empréstimo tomado, nada mais lógico que os bens que a constituem sejam discriminados com a maior abrangência possível, a fim de não deixar qualquer dúvida na sua individualização".

Assim, o crédito decorrente desta espécie de título é considerado privilegiado para efeitos de falência, conforme esclarece JOSÉ DA SILVA PACHECO, em *Processo de Falência e Concordata*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 478:

"*A lei de falências faz remissão aos privilégios especiais previstos por outras leis, sejam elas quais forem, os quais prevalecem, desde que não haja disposição em contrário na lei federal.*

A recensão das leis é fastidiosa. Contudo, toda vez que uma lei, qualquer que seja ela, consignar um privilégio especial, e não houver na lei de falências dispositivo contrário, respeita-se o privilégio.

(...) A boa técnica recomenda que o interessado, diante de um caso concreto, verifique a lei que o regula; se ela atribuir qualquer privilégio especial sobre determinado bem, há que enquadrar o crédito correspondente na classe dos privilégios especiais".

No caso em exame verifico que o privilégio do credor, ora apelado, deixou de existir no momento em que o bem teve destinação diversa daquela contida na cédula rural. Em outras palavras, o milho dado em penhor foi enviado para a silagem, caracterizando o desvio. E, ante a perda da garantia que o título de crédito rural confere ao credor, o mesmo torna-se crédito quirografário e nessa qualidade há de ser incluído na lista de credores respectiva.

Sobre o tema decidiu, *a contrario sensu*, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo no seguinte aresto:

"*Cambial. Nota de crédito industrial. Crédito com privilégio especial. Título não sujeito aos efeitos de concordata preventiva. Benefício que obriga apenas credores quirografários. Inteligência dos arts. 15 e 17 do Dec.-lei 413/69 e 1.563 do CC. - A nota de crédito industrial representa promessa de pagamento em dinheiro, sem garantia real (art. 15 do Dec.-lei 413/69), mas o crédito nela contido possui privilégio especial sobre os bens mencionados no art. 1.563 do CC (*ut *art. 17 do citado decreto-lei). Assim, tal credor não se submete ao regime de concordata, pois tal benefício obriga apenas os credores quirografários*".

Portanto, legítimo é o direito do credor que não tem mais o privilégio: ver seu crédito incluído na lista dos quirografários. O inconformismo da apelante é impertinente na medida em que a sentença se revela correta.

Com estes fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - SALDO DEVEDOR - CORREÇÃO EM BLOCO - ADEQUAÇÃO À LEGISLAÇÃO - ANATOCISMO - INEXISTÊNCIA - CLÁUSULAS CONTRATUAIS INALTERADAS - REDUÇÃO DAS PRESTAÇÕES - IMPOSSIBILIDADE

- A teor da legislação que disciplina os contratos de financiamento habitacional, o saldo devedor é corrigido em bloco, não havendo distinção entre o valor do capital a ser amortizado, os juros computados e outros acréscimos contratados.

- Sendo os termos do contrato acatados, na íntegra, pelo agente financeiro, que nada exige além do que fora pactuado, e, por outro lado, estando tal instrumento inteiramente ajustado à legislação aplicável à espécie, não há falar-se em prática de anatocismo pela instituição financiadora.

- Comprovado, em exame pericial, que vêm sendo rigorosamente respeitadas as cláusulas de contrato de financiamento habitacional, não alteradas ao longo dos anos, rejeita-se a pretensão de redução das prestações mensais devidas pela mutuária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 308.735-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Contrato de financiamento - SFH. - Comprovado, em exame pericial, que vêm sendo rigorosamente respeitadas as cláusulas de contrato de financiamento habitacional, não alteradas ao longo dos anos, rejeita-se a pretensão de ver reduzidas as prestações mensais devidas pela mutuária, sob alegações que não resultaram provadas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2003. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Apela a autora de sentença que julgou improcedentes os pedidos por ela formulados na inicial, em "*ação de revisão de prestações e saldo devedor c/c repetição de indébito, compensação, depósito judicial*" (fls. 02), que propusera contra a Cohab/MG, alegando que são maiores do que o devido as prestações do financiamento, para compra de casa própria que tinha contratado.

Insiste na afirmação de que, após o Decreto-lei nº 2.164/84, seria obrigatória a adoção do PES/CP-Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional, o que, porém, não foi praticado pela ré, ora apelada, em relação às prestações que lhe foram cobradas desde então, que resultaram indevidamente majoradas.

Insurge-se também contra a forma de amortização praticada, pela qual o agente financeiro primeiro corrige o saldo devedor, para depois lançar a amortização do financiamento, quando devia fazer exatamente o contrário: primeiro abater o pagamento, depois fazer a correção do saldo devedor, pois ambas as operações são feitas no mesmo dia.

Acusa a apelada de praticar anatocismo, com a capitalização de qualquer resíduo de débito, inclusive juros, quando não ocorre o pagamento pontual, ou quando esse pagamento, pelo próprio mecanismo do sistema, mostra-se insuficiente.

Acrescenta que o financiamento habitacional é relação de consumo e, como tal, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo que devem ser interpretadas a favor do mutuário as cláusulas contratuais.

Também diz indevida a imposição, no contrato de financiamento, dos seguros por morte e invalidez permanente (MIP) e por danos físicos ao imóvel (DFI), pois tais seguros impostos ao mutuário oneram indevidamente o financiamento, quando poderiam ser livremente discutidos e contratados alhures, por preço bem menor.

Além do mais, estando os seguros embutidos nas prestações, seu custo aumenta na proporção inversa em que diminuem os riscos, o que é um contra-senso.

Pede a reforma da sentença, com o reconhecimento da procedência dos pedidos que formulou na inicial.

Respondendo ao recurso, a apelada refutou, ponto por ponto, os argumentos da recorrente.

Ressaltou que o contrato fora firmado em 2.8.82, quando nem existia ainda o PES/CP, só previsto no Decreto-lei 2.164/84.

Mesmo assim, podendo optar por esse novo plano, a apelante não o fez, de modo que seu contrato continuou regido pelas primitivas cláusulas, assim como pelo plano com previsão de reajuste anual, após o reajuste do salário mínimo.

Acrescenta a apelada que, de qualquer modo, incorretos estão os cálculos apresentados pela autora, ora recorrente, como demonstrou o laudo pericial, do qual se deduz, também, que correta está a planilha apresentada pela ré, que demonstra os pagamentos feitos e a evolução do saldo devedor do financiamento.

Nega a prática de anatocismo, salientando que, em qualquer hipótese, o financiamento estará quitado no termo final de seu prazo, pois garantido pelo FCVS.

Conclui que ao recurso se deve negar provimento.

O presente recurso merece conhecimento.

O PES/CP-Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional não poderia ser aplicado ao contrato celebrado entre as partes, desde o termo inicial de sua vigência, porque só veio a ser instituído pelo Decreto-lei 2.164/8 e, mesmo assim, a partir do ano de 1985 (art. 9º).

Como o contrato fora firmado em 2.8.82, não há como aplicar o PES/CP às prestações anteriores àquele instrumento normativo.

De qualquer modo, a adoção do PES/CP, de acordo com o mesmo decreto-lei, não seria automática, para todos os contratos, mesmo para aqueles anteriormente já firmados, pois o art. 10 assim dispôs:

"*Art. 10. O critério de obtenção dos índices de aumento das prestações previsto no artigo anterior aplica-se, também, mediante a celebração de Termo Aditivo, aos contratos firmados até a data da publicação deste decreto-lei, mantida, a critério do adquirente, a periodicidade de reajustamento das prestações estabelecidas em seu contrato.*

§ 1º. A aplicação do disposto no caput *deste artigo dependerá de requerimento do adquirente, em até 60 (sessenta) dias antes do mês do primeiro reajuste a ser realizado na conformidade do disposto no artigo anterior*".

A apelante não fez opção pelo PES/PC nem formulou requerimento nesse sentido, razão pela qual seu contrato continuou regido pelas cláusulas inicialmente contratadas, especialmente a sexta e a nona (fl. 29-v.), esta última prevendo que "*o reajustamento das prestações será realizado 60 (sessenta) dias após a decretação de cada salário mínimo (em relação ao anterior)...*" (fl. 29-v.).

O bem-elaborado laudo pericial definiu que:

"*Tomando-se por base a resposta aos quesitos anteriores (1-6), pode-se afirmar que os cálculos apresentados pela autora não estão corretos,* de acordo com a forma contratada..." (fl. 265, resposta ao quesito 7).

O mesmo laudo esclareceu, ainda:

"*Conforme planilha apresentada às folhas 153 a 161, pode-se afirmar que as prestações de nº 01 a 174 foram quitadas. Tais prestações referem-se ao período de 31.08.82 a 30.09.97*" (fl. 26, R. 12).

"*Conforme planilha apresentada às folhas 153 a 161, pode-se afirmar que as prestações vencidas de nº 175 a 229 não foram pagas. Tais prestações referem-se ao período de 28.02.97 a 31.08.01.*

Considerando-se que o cálculo foi efetuado em 10.06.01, pode-se afirmar que o montante total cobrado, de R$9.753,83, está de acordo com o previsto no parágrafo único da cláusula 11 do contrato" (fl. 267, R. 13).

Também é do laudo pericial outro desmentido à afirmação incorreta da autora, ora apelante:

"*Conforme planilha apresentada às folhas 153 a 161, pode-se afirmar que foi adotada a metodologia determinada na Lei 4.380/64 para amortização do saldo devedor, ou seja, a parcela paga foi amortizada do saldo devedor para após se proceder à sua correção...*" (fl. 269, R. 3).

De acordo com as disposições legais que regem os contratos de financiamento habitacional, o saldo devedor é corrigido em bloco, não havendo distinção entre o valor do capital a ser amortizado, os juros computados, os outros acréscimos contratados.

Nem por isso, entretanto, está caracterizado o anatocismo, porque o próprio contrato já tem o seu mecanismo que evita essa ocorrência, o FCVS-Fundo de Compensação da Variação Salarial, que garante a quitação do saldo devedor, caso exista ao final do prazo contratual.

Também os seguros fazem parte do contrato de financiamento, e sua inclusão tem por objetivo, exatamente, proteger os próprios mutuários, ou seus familiares, dos eventos incertos, mas sempre possíveis, em contratos de longa duração, de invalidez ou morte do mutuário, ou de danos ao imóvel objeto do financiamento.

A possibilidade de contratar tais seguros, fora do sistema financeiro da habitação e do contrato de financiamento, entretanto, só veio a prevalecer recentemente, em conseqüência de alterações feitas na legislação, e mesmo assim sob restrições e condições.

O art. 23 da Lei 10.150, de 21.12.2000, ao definir a possibilidade de novação dos contratos, é bem claro:

"*Art. 23. Os contratos firmados no SFH, sem cobertura do FCVS, poderão, a critério da instituição financiadora, ser novados entre as partes, estabelecendo-se novas condições financeiras relativas a prazo, taxa nominal de juros, apólice de seguro, sistema de amortização e plano de reajuste, preservando-se para a operação, enquanto existir saldo devedor, a prerrogativa de os mutuários utilizarem os recursos da conta vinculada do FGTS nas modalidades previstas nos incisos V e VI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990.*

Parágrafo único. O contrato objeto de renegociação será formalizado por meio de instrumento particular de aditamento contratual, com força de escritura pública, dispensando-se registro, averbação ou arquivamento no Registro de Imóveis e no Registro de Títulos e Documentos".

Acontece que o contrato da apelante tem cobertura do FCVS, pelo que nem se pode cogitar de novação.

Conclusão: se o contrato está sendo rigorosamente respeitado pelo agente financeiro, que nada exige além do que fora pactuado, sendo o contrato, por outro lado, inteiramente ajustado à legislação aplicável à espécie, nem se percebe o alcance da invocação do Código de Defesa do Consumidor.

Pelo exposto, negando provimento à apelação, confirmo, por seus próprios e bem-lançados fundamentos, a r. decisão de primeiro grau, cuja fundamentação subsistiu, íntegra, às objeções da recorrente.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PROTESTO - IMPUGNAÇÃO EM AÇÃO DE CONCORDATA - IMPOSSIBILIDADE

- Sendo o protesto um ato administrativo, o meio adequado para impugná-lo é a ação própria de cancelamento e/ou sustação, sendo vedado ao juiz acatar requerimentos dessa natureza no bojo da ação de concordata preventiva.

- O protesto tirado contra o concordatário não implica a obrigatoriedade do pagamento do título, visto que, a teor do art. 147 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei Falimentar), dá-se a formação do juízo universal para os credores quirografários.

AGRAVO Nº 308.967-9/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Concordata preventiva - Processamento - Protestos - Sustação - Cancelamento - Via própria. - A impugnação de protesto possui via própria, sendo defeso ao juiz, no bojo da ação de concordata preventiva, determinar o cancelamento e/ou a sustação. O protesto tirado contra o concordatário

não implica a obrigatoriedade do pagamento do título, visto que, a teor do art. 147 da Lei Falimentar, dá-se a formação do juízo universal para os credores quirografários.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Araguari, que, em ação de concordata preventiva ajuizada por Pneus Triângulo Ltda., indeferiu o pedido do agravante, o qual visava a evitar novos protestos e apontamentos de títulos de crédito sujeitos aos trâmites daquela *actio*.

Em sede de razões, aduz que os protestos tirados ensejam a violação ao princípio da *par conditio creditorum*, bem assim impelem o recorrente à afronta ao art. 150, II, da Lei Falimentar.

Sem resposta, por não haver agravado.

A súplica pela concessão de efeito suspensivo ativo fora-lhe negada nessa instância (fl. 60). Prestadas as informações (fls. 64/65), foram os autos remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, às fls. 67/69, opinou pelo conhecimento e não-provimento do recurso.

Preparo à fl. 53.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Não havendo preliminares, lanço-me no mérito.

Pois bem.

A meu sentir, o pedido do recorrente é inócuo para o fim colimado, visto que o protesto, ato administrativo que é, deve ser combatido via ação própria (sustação e cancelamento), e não simplesmente com um requerimento feito no bojo dos autos da ação de concordata, cujo objeto lhe é estranho.

Por outro norte, os protestos tirados não obrigam o concordatário ao pagamento, pois, nos moldes do art. 147 do Dec.-lei nº 7.661/45, aos credores quirografários somente é permitido receber no juízo especial da concordata, sendo, por isso, inconsistente o argumento do recorrente de que se estaria a afrontar o princípio da *par conditio creditorum*, bem assim a dar azo à aplicação do art. 150 do diploma supra.

Em abono, pedimos vênia para transcrever trecho do parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça (p. 69), *verbis*:

"Se o protesto nada mais é do que 'ato formal pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida' (art. 1º, Lei nº 9.492/97) e se somente 'o protesto que elide a pretensão à concordata é o anterior ao pedido' (JOSÉ DA SILVA PACHECO, Processo de Falência e Concordata, *12ª ed., Forense, p. 644), a agravante não tem o que temer diante da pretensão de seu devedor* (sic) *quirografário no querer constituir prova de sua mora, exatamente por não sofrer qualquer prejuízo em seu pleito pela mora legal*".

Cumpre ressaltar que o comerciante, acaso pretenda, pode atacar os protestos, mas desde que o faça na forma e modo processuais adequados.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MEIO AMBIENTE - DANO - MATADOURO MUNICIPAL - DESCARGA DE RESÍDUOS ORGÂNICOS EM RIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - *FUMUS BONI IURIS - PERICULUM IN MORA* - CONFIGURAÇÃO - PLANEJAMENTO DO ESCOAMENTO DOS RESÍDUOS - CONCESSÃO DE LIMINAR - QUESTÕES SANITÁRIAS - INTERESSE PÚBLICO - OBSERVÂNCIA

- Nos termos do art. 225 da CR, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

- Havendo alternativa para coibir que o único matadouro em funcionamento no município continue lançando descarga de sangue e conteúdo gastrointestinal em rio, não há por que interditá-lo, pois tal medida abriria uma porta incontrolável para o abate clandestino, com risco à saúde da população. Assim, é de se deferir parte do pleito liminar contido na ação civil pública para determinar que o referido matadouro apresente um planejamento para o recolhimento dos resíduos orgânicos lançados em rio.

AGRAVO Nº 309.173-3/00 - Comarca de Rio Novo - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação civil pública - Dano ao meio ambiente - Liminar - Requisitos presentes - Planejamento do escoamento dos resíduos oriundos de matadouro público. - Nos termos da Constituição da República, o meio ambiente constitui-se em bem de uso comum do povo, cabendo ao Poder Público e à coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, de forma que se mantenha ecologicamente equilibrado. Recurso a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida pela MMª. Juíza da Comarca de Rio Novo que, nos autos da ação civil pública movida contra o Município de Rio Novo, indeferiu o pedido liminar nos moldes em que pleiteado, mas determinou ao Chefe do Executivo, no prazo máximo de 30 dias, a contratação de um médico-veterinário para a inspeção prévia dos animais a serem abatidos no matadouro municipal.

Sustenta o agravante que a questão em apreço deve ser encarada também sob o prisma do dano ao meio ambiente, já que ficou constatado que o agravado, através do seu matadouro, lança nas águas do Rio Novo cerca de 320 kg de resíduos orgânicos por dia, sem qualquer tratamento. Aduz que o matadouro, dando causa à proliferação de moscas e ratos, é nocivo à saúde, principalmente dos moradores circunvizinhos, pelo que - argumenta - não pode continuar funcionando no local em que se encontra. Requer, assim, seja reformada, em parte, a decisão primeva, deferindo-se a liminar rogada na sua integralidade.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Cuidam os autos, como se disse, de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, nos autos da ação civil pública ajuizada em desfavor do Município de Rio Novo, aqui agravado, indeferiu a liminar nos moldes pleiteados.

O provimento liminar, por sua vez, ao cotejo da peça exordial da mencionada ação, tem por escopo interditar o matadouro municipal até a decisão final do processo ou até que o Município contrate um médico-veterinário, bem como uma equipe

para a realização do abate dos animais, devidamente uniformizada; acabe com o criatório de animais; mure ou cerque com tela o estabelecimento e planeje uma forma de recolhimento do sangue e conteúdo gastrointestinal visando a diminuição da poluição do rio ou que seja implantado um sistema de tratamento dos efluentes líquidos e sólidos.

A MMª. Juíza primeva realizou inspeção *in loco*, concluindo que o interesse público demandava a manutenção do matadouro em funcionamento. Determinou, todavia, a contratação de um médico-veterinário.

De fato, escorreito, a meu ver, o entendimento da Magistrada de origem no que toca aos danos que poderão advir para a população local, oriundos da interdição do matadouro público, ao argumento de que tal medida "*abriria uma porta incontrolável para o abate clandestino, com risco ainda maior, pois, além de não se conhecer o local do abate, também não se teria o acompanhamento do profissional competente para tanto*".

Ocorre que existe outra questão envolvida nos autos que requer urgência, qual seja, o dano diário que vem sendo causado ao meio ambiente.

Com efeito, o laudo técnico elaborado pelo Imam e acostado às fls. 30/33 é claro ao afirmar que o Rio Novo recebe uma carga diária de 320 kg de resíduos orgânicos, sendo necessário o combate a esta prática.

Ora, como se sabe, "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*" (art. 225 da Constituição Federal).

Logo, têm-se dois valores em jogo, isto é, a saúde pública, que pode ver-se agredida pela interdição do matadouro, e o meio ambiente, ameaçado pelo lançamento diário de 320 kg de excrementos no rio que circunda o Município de Rio Novo.

Diante deste impasse, qualquer decisão extremada trará, ao lado dos benefícios a que se propõe, malefícios outros, de gravidade comparável.

A solução, a meu ver, neste momento processual, está em se determinar seja efetivado o planejamento do recolhimento do sangue e do conteúdo gastrointestinal, hoje lançado no Rio Novo, sem, no entanto, proceder-se ao fechamento do matadouro público, o qual, de acordo com a decisão judicial em apreço, está funcionando sob a responsabilidade de um médico-veterinário.

Isso porque o dano ao meio ambiente restou patente pelo laudo acostado às fls. 30/33, estando aí configurado o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora*, por sua vez, encontra-se evidenciado pelas próprias condições declinadas em mencionado laudo técnico.

Frise-se, neste ponto, que as demais medidas requeridas não se mostram urgentes, razão pela qual se tem por incabível a sua determinação por esta via.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para que seja cumprida a primeira parte da alínea *e* do pleito liminar contido na peça inicial da ação civil pública em comento, ou seja, para determinar que o agravado apresente um planejamento a respeito do recolhimento dos resíduos lançados no Rio Novo, no prazo máximo de sessenta dias, sob pena de multa diária de R$500,00, limitada a igual período. Esta decisão não implica a interdição do estabelecimento.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Junior - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - INSTAURAÇÃO NO CURSO DA LIDE - INSTRUÇÃO PROCESSUAL FINDADA - LITISCONSORTE - CITAÇÃO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

- É válida a citação do litisconsorte necessário, ainda que finda a instrução do feito, dada a natureza instrumental do processo, balizada pelo princípio da economia e celeridade processual.

- Caracterizada a existência do litisconsórcio necessário, pode o julgador determinar, até de ofício, a citação do litisconsorte para integrar a lide, em face da natureza de ordem pública da norma vertida no art. 47, parágrafo único, do CPC.

AGRAVO Nº 309.519-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Ordinária - Princípio da instrumentalidade do processo - Litisconsórcio necessário - Instauração no curso da lide - Possibilidade. - Dada a natureza instrumental do processo, balizada pelo princípio da economia e celeridade processual, resulta válida a citação do litisconsorte necessário, ainda que finda a instrução do feito. Caracterizada a existência do litisconsórcio passivo necessário, poderá o julgador determinar, até de ofício, a citação do litisconsorte para integrar a lide, em face da natureza de ordem pública da norma vertida no art. 47, parágrafo único, do CPC. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2003. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que julgou procedente nomeação à autoria, determinando a sua integração na ação ordinária que Newton Alves de Resende e s/m movem ao Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais-BDMG.

O agravante aduz que o BDMG o nomeou à autoria na ação ordinária, promovida por Newton Alves de Resende e s/m, todavia, estes recusaram expressamente esta nomeação, circunstância esta a determinar que o feito tramitasse, exclusivamente, contra a nominada instituição bancária, nos termos do art. 65 do CPC. Assim, a decisão sob foco, exarada após finda a instrução do processo, impondo a sua inclusão na lide, mostra-se serôdia e atropela as mais comezinhas regras processuais no que tange à intervenção de terceiros, a exigir a sua cassação por este Tribunal.

Embora seja, formalmente, correto o raciocínio do agravante no que pertine ao desrespeito ao art. 65 do CPC, imperioso salientar que nosso ordenamento jurídico pátrio adota o princípio da instrumentalidade do processo, pelo qual decorre que este é apenas um meio hábil à persecução da tutela jurisdicional almejada pelas partes; por isso, não se pode considerar o processo como um fim em si mesmo, para dar-se azo a formalismos exacerbados e estéreis, obstaculizadores da verdadeira distribuição da justiça, cuja existência se transforma em verdadeiro "leito de Procusto" da sociedade, o que é inadmissível.

O entendimento supra-arrazoado não discrepa da lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que ora se transcreve:

"*Eis por que se pode afirmar que o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei, atuando como método para a aplicação do direito e realização da paz, que seja justa e certa*" (*Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., v. I, p. 543).

Por conseguinte, neste prisma é que deverá ser efetivada a aplicação do princípio do devido processo legal, erigido na Constituição da República como direito fundamental do cidadão

(art. 5º, LIV), ou seja, em estreita consonância com outro mandamento constitucional de mesmo quilate, o de que nenhum direito deixará de receber a devida tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV). Em conseqüência, vislumbra-se a possibilidade de o Julgador monocrático determinar a citação do agravante para integrar a lide, ainda mais que ressai dos termos de sua decisão de f. 114-TJ, que isto se fez, em realidade, na condição de litisconsorte passivo necessário, circunstância esta que impõe a participação do agravante para validade da sentença, nos termos do art. 47 do CPC.

E a condição de litisconsorte necessário do agravante foi, exemplarmente, dissecada no parecer do insigne Procurador de Justiça, Dr. Márcio Heli de Andrade, à fl. 260-TJ.

Por conseguinte, restando caracterizada no processado a existência de litisconsórcio necessário, conforme as hipóteses descritas no referenciado art. 47 do CPC, imperiosa é a citação do litisconsorte para regularidade do feito, segundo as disposições do seu parágrafo único. E o comando ínsito no retromencionado texto legal é de ordem pública, decorrência de que poderá o magistrado exercitá-lo até de ofício, inclusive, após formada a relação processual, com a citação e resposta dos réus. É o que NÉLSON NERY JÚNIOR denomina de litisconsórcio necessário ulterior, cuja definição e extensão é assim discorrida, *verbis*:

"*O litisconsórcio deve ser formado no início da relação processual, normalmente pela petição inicial. O único caso de litisconsórcio ulterior, isto é, formado depois de proposta a ação, autorizado pelo direito brasileiro é o litisconsórcio necessário não integro. Nesta hipótese a lei admite que seja determinada a citação do litisconsorte para que venha integrar a relação processual quando o processo já estiver em curso*" (*Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., p. 473).

Enfim, constata-se o acerto da decisão recorrida em determinar a citação do Estado de Minas Gerais para participar, passivamente, do feito; porém, lhe deverá ser facultada a apresentação de defesa e a ampla produção de provas, que entender necessárias ao alicerce da mesma.

Isto posto, nego provimento ao agravo em apreço.

Custas, pelo agravado.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO VÁLIDA - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL - DESCABIMENTO - DIREITOS PATRIMONIAIS - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 166 DO CÓDIGO CIVIL E DO § 5º DO ART. 219 DO CPC

- Nos termos do art. 9º do CPC, ao magistrado é vedado nomear curador especial em razão da revelia do réu que foi citado regularmente por carta. Assim, sendo incabível a nomeação do defensor, inválidos serão os atos por ele praticados.

- Em causas que envolvam direitos patrimoniais, não havendo argüição da prescrição pela parte interessada, ou por representante com poderes para tal, não pode o juiz decretá-la de ofício em conformidade com o art. 166 do Código Civil e com o § 5º do art. 219 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.541-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Ementa oficial: Execução fiscal - Citação válida - Nomeação de curador especial - Descabimento - Prescrição - Reconhecimento de ofício - Impossibilidade - Recurso provido. Completada a relação processual através da citação válida do executado, não pode o magistrado, diante da revelia deste, nomear-lhe curador especial. Sendo a prescrição matéria a ser levantada pela parte, não pode o julgador reconhecê-la de ofício, sob pena de desrespeito aos artigos 166 do Código Civil e 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Trata-se de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública Municipal contra Lauro Ferreira Regis, em julho/92, por débitos referentes aos anos de 87, 88, 89 e 90.

Citação do devedor por carta, fls. 21-v. com a juntada do respectivo AR à fl. 23, constando do mesmo a assinatura de recebimento do próprio punho do executado. Este, por sua vez, não veio aos autos se manifestar.

O feito foi suspenso por cinco vezes, valendo-se o exeqüente do art.

40 da Lei 6.830/80, sem que houvesse o praceamento de bens ou qualquer outra providência.

Verificando a falta de representação do executado, o MM. Juiz *a quo* determinou a intimação do Defensor Público para manifestar-se nos autos, fls. 43, requerendo este a decretação, por sentença, da prescrição intercorrente, com a conseqüente extinção do processo, fls. 44.

Sentença às fls. 47/52, extinguindo a execução por reconhecer a prescrição.

O Município apresenta recurso voluntário, alegando, preliminarmente, ser incabível a intervenção da Defensoria Pública, sustentando, no mérito, a inocorrência da prescrição intercorrente, pedindo pelo provimento do recurso.

Contra-razões pela mantença da decisão.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso voluntário, dispensada a remessa necessária, nos termos da nova redação dada ao artigo 475, § 2°, do Código de Processo Civil, pela Lei Federal 10.352/01.

Preliminar de impossibilidade de intervenção da Defensoria Pública.

Quanto à preliminar de impossibilidade de intervenção da Defensoria Pública, tenho por bem acolhê-la.

Reza o artigo 9° do Código de Processo Civil:

"*O juiz dará curador especial:*

I - (...)

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. (...)".

Ocorre que, *in casu*, a citação foi realizada por carta, com sucesso, como podemos constatar à fl. 23.

O diploma processual civil brasileiro determina a nomeação de curador especial ao réu citado por edital, por presumir não ter alcançado o instrumento editalício o seu destinatário, hipótese diversa da ocorrida nos autos.

Não poderia o douto Juiz singular nomear curador especial a réu citado por carta, tendo a mesma sido destinada ao endereço do executado, e ainda constando da mesma assinatura de recebimento do próprio executado.

Pelos documentos acostados temos como válida a citação via correio levada a efeito, sendo oportuna a transcrição do seguinte julgado:

"*É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que, na citação pelo correio com aviso de recepção, exige-se seja a entrega feita, contra recibo, pessoalmente ao citando ou a quem tenha poderes para receber a citação em seu nome*" (STJ - 1ª Turma, REsp 57.370-0 - RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJU* de 22.05.95, p. 14.369). No mesmo sentido, *RJTJERGS*, 172/28.

Pelo exposto, tendo a relação processual se completado com a citação válida do executado, acolho a preliminar suscitada, por entender inviável a nomeação de defensor na espécie.

Mérito.

A sentença de fls. 47/52, da lavra do eminente Juiz singular, reconheceu a prescrição intercorrente argüida pelo douto curador especial, extinguindo assim a execução.

Todavia, considerada incabível a atuação de Defensor Público nomeado para atuar como curador especial, restam inválidos todos os atos praticados por ele, inclusive no que diz respeito à argüição de prescrição.

Por outro lado, ainda que totalmente prescritos os créditos pretendidos pela Fazenda Estadual, tal situação não enseja a decretação da prescrição de ofício por parte do Julgador, que deveria aguardar sua argüição pela parte interessada, ou por representante com poderes para tal, o que não ocorreu no caso *sub judice*.

Deveria ter prosseguido no feito, arcando o executado com os efeitos da sua revelia.

Ainda que, "*em caso de revelia, o juiz não fica impedido de apreciar as questões que deve conhecer de ofício*" (*JTA*, 116/350), este não é o caso, como já dito, da prescrição, matéria que necessita ser argüida pela parte interessada.

Esta é a regra contida no artigo 166 do Código Civil brasileiro:

"*Art. 166. O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*".

Também o Código de Processo Civil mantém esta determinação em seu artigo 219, § 5°, senão veja-se:

"*Art. 219. (...)*

§ 5°. Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato".

A civilista MARIA HELENA DINIZ, em seu *Código Civil Anotado*, Editora Saraiva, 2ª edição, p. 174, nos ensina:

"*O juiz não poderá conhecer da prescrição da ação relativa a direitos patrimoniais, reais ou pessoais, se não for invocada pelos interessados, não podendo, portanto, decretá-la* ex officio, *por ser a prescrição um meio de defesa ou exceção peremptória*".

No mesmo sentido, *RT*, 426/216, *RT*, 482/88.

Também o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em seu *Curso de Direito Civil*, Editora Saraiva, 3ª ed., p. 301/302, nos traz esclarecimentos sobre a matéria:

"*Realmente, pelo nosso direito, a prescrição de direitos patrimoniais não opera* ipso jure, *mas somente quando invocada pelas partes* ope exceptionis. *O reconhecimento dela depende sempre de pedido feito pela parte, a quem aproveita, e de pedido expresso, formal, não apenas inferido de determinado comportamento processual do prescribente. O preceito não admite dúvidas, nem comporta exceções*".

A jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais consolida, como veremos a seguir, o entendimento manifestado pela doutrina pátria.

"*Decretação, de ofício, da prescrição de direitos patrimoniais - Nulidade que se decreta, para o prosseguimento do feito. - O juiz não pode decretar, de ofício, a prescrição, se se tratar de direitos patrimoniais, sob pena de negar vigência aos arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º, do CPC*" (Apelação Cível nº 42.045/5 - Janaúba - Relator: Exmo. Sr. Des. Artur Mafra).

"*Execução fiscal - Extinção do processo - Art. 267, II, do CPC - Intimação pessoal - Ausência - Sentença - Nulidade - Prescrição - Decretação de ofício - Impossibilidade. - Impõe-se a cassação de decisão que extinguiu o processo com base no art. 267, II, do CPC, sem antes intimar pessoalmente o autor. Sendo o executivo fiscal demanda de natureza patrimonial, não é possível decretar o juiz* ex officio *a sua extinção sob fundamento de prescrição, à vista do disposto no § 5º do art. 219 do CPC. Em reexame necessário, cassa-se a sentença, prejudicado o recurso de apelação*" (Apelação Cível nº 210.550-0/00 - Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Kildare Carvalho).

"*Execução fiscal. Prescrição. Direitos patrimoniais. - É nula a decisão que, conhecendo de questão não suscitada, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, extravasa os limites da postulação feita por esta*" (Apelação Cível nº 199.533-1/00 - Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. Bady Curi).

Dessa forma não poderia ser examinada pelo douto Juiz singular a prescrição intercorrente, por não ter sido validamente suscitada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença e determinar o prosseguimento do feito contra o réu, já devidamente citado.

Custas, a final.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - SALÁRIO-FAMÍLIA - PAGAMENTO - DEMANDA EM FACE DA MUNICIPALIDADE - CONDIÇÕES DA AÇÃO - PRESENÇA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - INADMISSIBILIDADE

- Tratando-se de ação em que o servidor público municipal pleiteia o pagamento de salário-família, mais diferenças, em face do município, é evidente a legitimidade das partes, que se caracteriza pela existência do vínculo jurídico entre elas; outrossim, ocorre o interesse processual, diante da necessidade de ser protegido o direito alegado e o pedido é juridicamente possível, desde que se trata de benefício instituído por lei e estendido aos servidores públicos pela Constituição da República. Dessa forma, presentes as condições da ação, impõe-se a formação da relação processual, devendo prosseguir o feito, para ao final proceder-se ao julgamento do mérito, sendo inadmissível o indeferimento da inicial e a extinção do processo, uma vez que é no curso da lide que se verificará se o servidor tem ou não o direito pleiteado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.786-2/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Administrativo - Servidor municipal - Salário-família - Presença das condições da ação - Extinção do feito sem julgamento de mérito afastada. - Em se tratando de ação em que servidor público pleiteia o pagamento de salário-família, mais diferenças, contra o Município, evidente a legitimidade das partes, que se caracteriza pela existência do vínculo jurídico entre as partes; ocorre o interesse processual, diante da necessidade de ser protegido o direito alegado e o pedido é juridicamente possível, desde que se trata de benefício instituído por lei e estendido aos servidores públicos pela Constituição da República. Se há ou não o direito reclamado, tal é matéria que extrapola ao exame de pressupostos e condições da ação, referindo-se a mérito.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2003. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos da ação formulada por Maria Luiza Pereira da Silva com pretensão de revisão/equiparação do salário-família pago à autora nos valores apontados na tabela de padrões monetários e o pagamento das diferenças.

A inicial foi indeferida e o pedido julgado extinto, ao entendimento de se tratar de pretensão dependente de lei disciplinadora, afeta ao Legislativo e, ainda, por haver óbices na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Irresignada, recorre a autora/vencida, pretendendo a reforma da decisão, ao argumento, em resumo, de que tal direito à correção do salário-família independe de lei, já que o art. 13 da EC nº 20/98 autoriza o benefício aos que percebem até R$360,00 corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos beneficiários do regime geral de previdência.

Anota a recorrente tratar-se de benefício amparado pela lei desde 1963 e estendido aos servidores públicos a partir de 1988 e, ainda, que a Lei de Responsabilidade Fiscal não tem o condão de sobrepor determinação constitucional, cabendo-lhe assim a mesma cota do salário-família que cabe ao operário da iniciativa privada.

Em síntese, entendeu a sentença pela impossibilidade jurídica do pedido formulado, desde que necessária legislação específica que não poderia ser suprida por provimento judicial e, ainda, porque afetaria a Lei de Responsabilidade Fiscal, que tal implicaria ordenar despesas não autorizadas por lei.

De plano, da análise da inicial, vislumbra-se a presença dos pressupostos/condições da ação e, por via de conseqüência, da inexistência de óbices para o prosseguimento do feito, devendo culminar com o julgamento do mérito dos pedidos formulados pela autora.

Com efeito, a apelante, servidora municipal, e o réu, o Município de Montes Claros, são partes legítimas para integrar a relação processual; existe o interesse econômico da autora e, portanto, o interesse processual, que apareceu diante da necessidade de se obter através do processo a proteção ao interesse substancial reclamado.

Acerca do interesse de agir é a lição que se extrai do Mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual 'se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais*'.

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, *mas especificamente na* necessidade *do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação*

'*que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não a fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito que nos afirmamos titulares)*'. *Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação*" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in Curso de Direito Processual Civil*, 1º v., p. 56 e, ainda, mesmo autor, *O Processo de Conhecimento*, Tomo I, Editora Forense, 2ª ed., p.74).

Também a lição que se extrai do ilustre Magistrado e Professor ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, *verbis*:

"*O Estado se obriga à prestação jurisdicional. Ao cumpri-la, evidente que deva fazê-lo movido pela* necessidade ou, pelo menos, pela utilidade de sua intervenção..." (ERNANE FIDÉLIS - *Manual de Direito Processual Civil - O Processo de Conhecimento* - 3ª ed., Saraiva, p.48/49).

No que tange à legitimidade de partes, conforme a melhor doutrina, no ensinamento sempre acatado do emérito Professor de Direito Processual Civil e Magistrado, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar* in totum *a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em Juízo.*

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva, ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão" (*Processo de Conhecimento* - Tomo I - 2ª ed., Ed. Forense, p.75/76).

No mesmo sentido é a lição do insigne processualista civil e, também, Magistrado, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS:

"*O direito de ação é abstrato e a relação processual autônoma e independente, sem nenhuma vinculação com o direito material deduzido no processo. Em razão desta abstração e autonomia, não se pode dizer que só possa propor ação quem seja sempre o titular de direito e que o pedido só possa ser feito contra o obrigado da relação de direito material. Não, afaste-se tal entendimento por demais pernicioso*".

E continua:

"*Para se aferir corretamente a noção de 'legitimidade', deve-se apegar muito mais à característica de autonomia da relação processual do que ao conceito abstrato do direito de*

ação. A relação processual é outra" (*Manual de Direito Processual Civil* - v. 1 - Ed. Saraiva, 3ª. ed., p. 47).

No caso dos autos, em se tratando de ação em que se pleiteia o pagamento de salário-família, mais diferenças, a legitimidade das partes se caracteriza pela constatação de que a autora/apelante é funcionária do Município-réu.

Assim, a legitimação para a causa é apenas a titularidade meramente afirmada do direito subjetivo, relação ou estado jurídico cuja existência ou inexistência se pretende tutelar no processo e deverão ser objeto de julgamento.

Por fim, vê-se que se trata também de pedido juridicamente possível, desde que, conforme se sabe, o benefício do salário-família foi instituído pela Lei nº 4.266, de 03 de outubro de 1963, sendo certo que a Constituição Federal, além dos direitos expressamente conferidos aos servidores públicos, estende aos mesmos outros direitos (art. 39, § 3º, CR), de natureza sociais que visam à melhoria da condição social, outorgados aos empregados, dentre os quais se encontra expressamente garantido o direito ao "*salário-família pago em razão do dependente trabalhador de baixa renda nos termos da lei*".

No mais, se os valores que estão sendo pagos à autora estão corretos ou não; se há ou não direito seu à correção conforme a tabela fornecida e se há direito às diferenças em atraso, tal é matéria que extrapola o exame de pressupostos e condições da ação, referindo-se a mérito.

Com efeito, verificado no curso da lide que aquele que afirmou determinado direito não o tem, o caso será de improcedência do pedido, e não de extinção do processo sem conhecimento do mérito.

Assim, restando preenchidas as condições da ação, impõe-se a formação da relação processual, com o prosseguimento do feito, para, ao final, proceder-se ao julgamento do mérito dos pedidos deduzidos pela autora-apelante em face do Município-apelado.

Com tais razões, dá-se provimento ao recurso, para cassar a sentença, determinando o regular prosseguimento do feito, com a formação da relação processual.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR - INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 54/98 DO CONTRAM - IRRETROATIVIDADE

- Não há falar em aplicação do Decreto nº 84.513/80, considerando que à época da infração, o CTB-Código de Trânsito Brasileiro já se encontrava em vigor. O art. 261 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), ao dispor sobre a aplicação de penalidade relativa à suspensão do direito de dirigir, exigia, quando da ocorrência da transgressão, regulamentação, sendo vedada a aplicação de resolução posterior.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 310.548-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Infração de trânsito - Suspensão do direito de dirigir - Inaplicabilidade da Resolução nº 54/98 - Irretroatividade - Desprovimento. - Não há falar em aplicação do Decreto nº 84.513/80, considerando que, à época da infração, o CTB-Código de Trânsito Brasileiro já se encontrava em vigor. O art. 261 do CTB, ao dispor sobre a aplicação de penalidade relativa à suspensão do direito de dirigir, exigia, quando da ocorrência da transgressão, regulamentação, sendo vedada a aplicação de resolução posterior.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2003. - *Lamberto Sant'Anna* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Reexame necessário e apelação da r. sentença (54/56), que concedeu a segurança para efeito de suspender a penalidade aplicada ao impetrante, tornando definitiva a liminar.

Irresignado, pugna o Estado de Minas Gerais pela reforma do julgado, aduzindo, em síntese: a) a penalidade aplicada pela Portaria 79.831/2002 está de acordo com a legislação vigente à época do fato, qual seja, o art. 199 do Decreto nº 84.513/80, não havendo falar, portanto, em retroatividade da norma; b) a Administração Pública deve pautar sua atuação, dentre outros, pelo princípio da legalidade insculpido no art. 37 da CR, tendo sido a penalidade em questão aplicada corretamente.

Reexame necessário.

Não vislumbro a necessidade de reparos na sentença posta a reexame.

Alega o recorrente que a penalidade foi aplicada com fundamento na legislação vigente à época do fato, qual seja, art. 199, § 1º, do Decreto nº 84.513/80, não havendo falar em retroatividade da norma.

Contudo, conforme salientou a ilustre representante do Ministério Público em parecer de fls. 46/48, inconcebível a aplicação de um decreto que alterou disposições do regulamento de um Código, qual seja, RCNT-Regulamento do Código Nacional de Trânsito, que já se encontrava revogado, à época da infração.

Nesse sentido é a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"*(...) Mas é bem de ver que nem toda lei posterior derroga a anterior, senão quando uma incompatibilidade se erige dos seus dispositivos.*

Esta incompatibilidade pode ser o resultado da normação geral instituída *em face do que antes existia: quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga. Assim, se toda uma província do direito é submetida a nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se colocam as disposições da mais recente, como ocorreu com o Código Penal de 1940, promulgado para disciplinar inteiramente a matéria contida no ano de 1890. Se um diploma surge, abraçando toda a matéria contida em outro, igualmente fulmina-se de ineficácia, como se verificou com a Lei de Falências, de 1945, ou com a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, que veio substituir a de 1916*" (*Instituições de Direito Civil*, v. 1, p .83/84, 16ª ed.).

Na realidade, a infração de trânsito em questão foi cometida em data de 23/02/98, quando já estava em vigor o Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/97.

Inexiste dúvida de que a penalidade de suspensão do direito de dirigir foi aplicada com fulcro no art. 261 do CTB, que assim dispõe, *in verbis*:

"*A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos,* segundo critérios estabelecidos pelo Contran" (grifei).

Assim, conforme se depreende do dispositivo acima explicitado, dependia de regulamentação pelo Contran a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir, estando a eficácia da norma condicionada à regulamentação.

Contudo, a Resolução nº 54 do Contran, que veio regulamentar a penalidade de suspensão do direito de dirigir, é de 21 de maio de 1998, posterior à data em que a infração de trânsito foi cometida, não se aplicando, destarte, ao caso em tela.

Ademais, o art. 3º, § 2º, da Resolução nº 54 é expresso:

"*(...) Para efeitos das penalidades previstas nesta Resolução, serão consideradas apenas as infrações cometidas a partir da data de sua publicação*" (grifei).

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a r. sentença.

Prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SAÚDE - HOSPITAIS FILANTRÓPICOS - PREFERÊNCIA NO CREDENCIAMENTO PELO SUS - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.080/90 - PACIENTE - DIREITO DE OPÇÃO POR QUALQUER HOSPITAL CREDENCIADO - PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DO ACESSO À SAÚDE

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

- Depreende-se da Lei nº 8.080/90 que a preferência das instituições filantrópicas sobre as demais diz respeito à contratação, e não à distribuição de autorização para internação hospitalar-AIH.

- Em face do princípio constitucional da universalidade do acesso à saúde, é inadmissível obrigar município a priorizar a emissão de AIH para determinada instituição em razão do seu caráter filantrópico ou beneficente, devendo ser facultada ao paciente a escolha da instituição de sua preferência dentre aquelas credenciadas pelo SUS, independentemente de serem filantrópicas ou não.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 310.757-0/00 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Direito Administrativo - Sistema Único de Saúde - Liberdade de escolha, pelo paciente, do hospital de sua preferência. - A saúde é bem essencial à sobrevivência humana, direito fundamental de todos, de acesso universal, igualitário e de atendimento integral, cujos serviços e ações são de natureza pública, conforme

estabelecido nos arts. 196 e 197 da Carta da República. É, pois, direito coletivo. De acordo com a Constituição Federal e a Lei nº 8.090/90, a preferência das instituições filantrópicas sobre as privadas para o atendimento ao paciente diz respeito apenas à contratação, e não à distribuição de autorização de internamento hospitalar-AIH. Se a Secretaria de Estado da Saúde decidiu credenciar, mediante convênio, outros estabelecimentos hospitalares privados, visando propiciar à população melhor e mais eficiente assistência médica, ensejando ao paciente o direito de escolher o hospital de sua preferência, desde que devidamente cadastrado, é inadmissível obrigar o município a emitir guias de internamento apenas para instituição filantrópica e beneficente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Hélcio Barbosa Cambraia Júnior. Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. José Huim.

O Sr. Des. Wander Marotta - Sr. Presidente. Ouvi a sustentação oral proferida pelo advogado do apelante, Dr. Hélcio Barbosa Cambraia Júnior.

Tenho voto escrito, em que as razões de recurso estão sendo examinadas.

A Associação Beneficente São João Batista ajuizou ação ordinária, com pedido de liminar, contra os Municípios de Visconde do Rio Brando e Guiricema, alegando, para tanto, ser a principal instituição de caráter filantrópico da região, reunindo condições de atendimento abrangente e sem restrições; que os suplicados, em desobediência ao disposto na Constituição Federal e em lei específica, têm equiparado as instituições particulares às filantrópicas, emitindo autorização de internação hospitalar (AIH) com prioridade aos estabelecimentos particulares no atendimento pelo SUS, causando-lhe graves prejuízos, com risco de se ver obrigada a encerrar suas atividades. Por tais motivos, pugna pela procedência do pedido, no sentido de determinar aos réus que se abstenham de emitir qualquer AIH para as instituições particulares, sem que se tenha esgotado a capacidade da autora, única instituição beneficente e filantrópica da região.

Indeferida a liminar, o Município de Visconde do Rio Branco apresentou contestação, argüindo, em preliminar, que a autora deveria ter manejado ação cautelar inominada; ilegitimidade passiva *ad causam*, já que apenas

distribui as autorizações em razão de convênio firmado com a Casa de Saúde Santa Rosa e a Secretaria Estadual de Saúde, chamando à lide os Municípios de Coimbra, Ervália e São Geraldo.

No mérito, sustenta que ao paciente é dado o direito de escolher o estabelecimento hospitalar que mais lhe convier.

Contestação do Município de Guiricema enfatizando que o paciente tem liberdade de escolher o hospital que lhe aprouver, existindo convênio no sentido de permitir às instituições privadas o atendimento pelo SUS.

Às fls. 86/92, manifestou-se o Ministério Público opinando pela rejeição das preliminares e pela improcedência do pedido.

A sentença (fls. 157/159), rejeitando as preliminares, julgou improcedente o pedido, condenando a autora nas custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Inconformada, interpôs recurso de apelação, nos termos das razões de fls. 167/176, sustentando que pleiteia apenas o cumprimento do disposto na Constituição Federal, na lei que regula o SUS e na Lei Orgânica do Município, dispondo sobre a preferência, na emissão de autorização de internação pelo SUS, a ser dada aos estabelecimentos de caráter filantrópico; que a preferência não exclui o direito de escolha do paciente como anotado na r. decisão, pois, se o paciente demonstra sua preferência por outro estabelecimento hospitalar, sua vontade deve prevalecer. Entretanto, no seu silêncio, deve-se obedecer à ordem legalmente determinada. Alega que esta preferência vem sendo deliberadamente desrespeitada pelos apelados, principalmente, considerando-se que, na lista de classificação dos hospitais pelo Ministério da Saúde, a apelante obteve conceito "bom", enquanto a instituição privada que vem sendo privilegiada foi classificada como "regular", evidenciando-se que nunca se levou em consideração a manifestação do paciente.

Dispõe a Constituição Federal:

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

Na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 21ª ed., 2002, p. 806/807):

"*O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem.*

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do

Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização".

E prossegue o mestre:

"*O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, federais, estaduais, distritais (DF) e municipais constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e proteção da saúde é também um direito coletivo*".

A saúde é bem essencial à sobrevivência humana, direito fundamental de todos, de acesso universal, igualitário e de atendimento integral, cujos serviços e ações são de natureza pública, conforme estabelecido nos arts. 196 e 197 da Carta da República. É, pois, direito coletivo.

Quer a apelante que se determine aos apelados a abstenção de emitir qualquer AIH (autorização de internação hospitalar) para as instituições particulares, sem que antes se esgote sua capacidade de atender aos pacientes, por ser a única instituição filantrópica na região, no que não lhe assiste razão.

Dispõe a Magna Carta:

"*Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estabelece:

"*Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde-SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.*

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde-SUS".

Dos dispositivos legais citados, pode-se concluir que a preferência das instituições filantrópicas sobre as

privadas diz respeito apenas à contratação, e não à distribuição de autorização de internamento hospitalar-AIH, como quer a recorrente.

No caso em exame, a Secretaria de Estado da Saúde entendeu por bem credenciar, mediante convênio, outros estabelecimentos hospitalares privados, visando propiciar à população melhor e mais eficiente assistência médica.

Dos documentos juntados aos autos às fls. 54/56, constata-se que o SUS busca ensejar ao paciente o direito de escolher o hospital de sua preferência, desde que devidamente cadastrado.

A prevalecer o entendimento esposado em sede recursal, extinguir-se-ia o direito de escolha do paciente, obrigado a internar-se não na instituição de sua preferência, mas naquela imposta pelo Poder Público Municipal, o que não se pode admitir, sob pena de vulnerar os princípios constitucionais da universalidade de acesso e de igualdade aos serviços de saúde, regulados também pela Lei Federal nº 8.090/90, que lhe garantem livre acesso à assistência médica.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Alvim Soares - Sr. Presidente. Também estou de acordo com o voto proferido pelo eminente Relator.

Todavia, quero deixar registrado que será de se lamentar, se a Prefeitura estiver exercendo, em favor de determinado hospital ou casa de saúde, a influência na ocasião do encaminhamento de qualquer paciente em prejuízo desta ou daquela instituição.

É como voto.

Quero também acusar o recebimento de memorial.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AGRAVO - PROCURAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO - JUNTADA DESNECESSÁRIA - HONORÁRIOS DE PERITO - ÔNUS - ART. 33 DO CPC - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - BENEFÍCIOS - ISENÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS - PEDIDO EFETUADO NAS RAZÕES DO RECURSO - OBJETIVO DA PARTE DE FURTAR-SE À OBRIGAÇÃO LEGAL DO PAGAMENTO - INDEFERIMENTO

- Deixando o agravado de informar se o substabelecimento de sua procuração se fez sem reserva - que é exceção -, presume-se que o advogado sustabelecente ainda está jungido ao mandato passado pelo agravado. Assim, a simples juntada dessa procuração, sem o substabelecimento, atende à exigência do art. 525, I, do CPC.

- O art. 33 do CPC é expresso em definir a responsabilidade dos autores pelas despesas da perícia, na hipótese de ser determinada pelo magistrado, resultando indevido o repasse dessa obrigação à parte contrária.

- Embora seja facultado à parte requerer os benefícios da assistência judiciária em qualquer instância, tal direito não é absoluto e deve ser analisado ante as peculiaridades do caso concreto. Constatando-se que o objetivo da parte é apenas se furtar à obrigação legal de pagar os honorários de perito, o pedido elaborado apenas nas razões recursais deve ser indeferido.

AGRAVO Nº 310.957-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Agravo - Procuração - Substabelecimento - Juntada desnecessária - Honorários do perito - Ônus - Art. 33 do CPC - Assistência judiciária - Benefícios - Pedido em qualquer instância - Óbice. - Deixando os agravados de informar se o substabelecimento das suas procurações se fez sem reservas - que é exceção -, presume-se que o advogado substabelecente ainda está jungido àquelas; assim, a simples juntada dessas procurações, sem o substabelecimento, atende à exigência do art. 525, I, do CPC. O art. 33 do CPC é expresso em definir a responsabilidade dos autores pelas despesas da perícia, na hipótese de ser determinada pelo magistrado, resultando indevido o repasse desta obrigação à parte contrária. Embora seja facultado à parte requerer os benefícios da assistência judiciária em qualquer instância, tal direito não é absoluto e cede, se seu objetivo é furtar-se à obrigação legal de pagar os honorários de perito. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2003. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos agravados, o Dr. Carlos Alberto Machado.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de agravo de instrumento oposto pelo Departamento de Estradas de Rodagens do Estado de Minas Gerais-DER/MG contra decisão determinativa do pagamento dos honorários do perito, a qual foi exarada na execução por título executivo judicial promovida por Leida Maria Camata Santana e outros.

As razões recursais das partes, a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça e as principais ocorrências havidas na formação do instrumento foram objeto de sucinta reportagem no relatório de fls.

Prima facie, aprecia-se a preliminar esgrimida pelos agravados no sentido de não se conhecer do recurso em apreço, em face da não-apresentação de peças obrigatórias, pois deixou o agravante de trazer o substabelecimento das procurações outorgadas aos seus advogados.

À minha ótica, tenho que o agravante atendeu satisfatoriamente ao requisito do art. 525, I, do CPC, pois os agravados não informaram se o substabelecimento das procurações se fez sem reservas, o que é exceção; assim, presume-se que o advogado substabelecente ainda está jungido ao mandato passado pelos agravados. Em decorrência, verificando-se que o agravante trouxe as cópias das procurações dadas a este último, concluo pelo atendimento da exigência definida no supra-indicado texto legal.

Sobre o tema, é a lição de SÉRGIO BERMUDES, *v.g.*:

"*Se as partes forem assistidas por mais de um advogado, chegará a indicação do principal deles, assim reputado o que vier atuando no processo. Constitui contra-senso exigir-se que o agravante joeire os autos, catando todos os nomes de quem aparecer como advogado, para incluí-los na petição (imaginem-se os casos de processo, nos quais se sucederam advogados, mediante substabelecimentos com reservas de poderes, ou se fizeram as partes representar por integrantes de escritórios numerosos, onde se incluem todos os seus componentes na procuração)*" (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1996, p. 88).

Destarte, rejeito a preliminar em epígrafe.

O agravante sustenta que o decisório recorrido contraria as disposições do art. 33 do CPC, porquanto a realização da perícia foi determinada de ofício; assim, entende não ser o responsável pelo pagamento dos honorários do perito, os quais, a seu ver, teriam de ser suportados pelos agravados, que são os autores na execução proposta, a teor do mencionado texto legal. Aduz, ainda, que o fato de ter sido vencido na ação de conhecimento não lhe gera o dever de pagar a referida despesa, pois esta foi realizada em processo distinto, resultando que o Juiz *a quo* repassa ao pré-falado art. 33 do CPC exegese que extrapola o alcance dos seus termos e, a seu aviso, impede a subsistência da sua decisão.

Vislumbro serem acertadas as proposições defendidas pelo agravante, uma vez que o art. 33 do CPC é expresso em definir a responsabilidade

dos autores pelas despesas da perícia, na hipótese de ser determinada pelo magistrado. Logo, a meu aviso, não se pode refugir da clareza da supra-indicada norma, repassando tal obrigação aos agravados. Também é certo que a autonomia dos procedimentos da ação de conhecimento e da execução do título dela oriunda, bem como o alcance do princípio da sucumbência afastam o raciocínio do julgador singular de que o agravante, vencido naquela, responderia pelas custas da perícia desta, resultando ser correta a assertiva do agravante de que se está interpretando, indevidamente, o mencionado art. 33 do CPC.

Em sua resposta, os agravados pugnam pela concessão da gratuidade de justiça.

Neste tocante, registre-se que, não obstante seja faculdade da parte requerer os benefícios da assistência judiciária em qualquer instância, a meu ver, tal direito não é absoluto e deve ser analisado ante as peculiaridades do caso concreto. E, no caso em tela, verifico que os agravados almejam obter a gratuidade de justiça apenas para não pagarem os honorários do perito, apesar de ser ônus legal dos mesmos, consoante supra-assinalado, circunstâncias estas que não se adequam à hipótese do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50.

A propósito, o preclaro Procurador de Justiça, Dr. Márcio Heli de Andrade, colacionou elucidativo aresto de lavra do Des. Silas Vieira, quando compunha o egrégio Tribunal de Alçada, demonstrando que as particularidades supra-indicadas são contrárias à concessão aos agravados dos benefícios da assistência judiciária nesta oportunidade. É o que se verifica do excerto do aludido julgado, a que peço vênia para transcrever:

"*Há que se indeferir o pedido de assistência judiciária elaborado somente nas razões de agravo de instrumento, como tentativa de se esquivar do depósito de honorários periciais, quando há elementos, no processo, capazes de justificar a rejeição da pretensão do demandante*" (fl. 121-TJ).

Por fim, saliente-se, por oportuno, que os agravados apenas adiantarão o numerário do perito, posto que este será reembolsado no pagamento final das custas da execução pelo executado, ora agravante.

Isto posto, dou provimento ao agravo para determinar que os honorários do perito sejam pagos pelos agravados, nos moldes preconizados no art. 33 do CPC.

Custas, pelos agravados.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA AVERIGUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE - IMINÊNCIA DE DIVULGAÇÃO PÚBLICA DO RESULTADO - CULPABILIDADE IMPUTADA À IMPETRANTE - AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - PREJUÍZOS MORAIS - OCORRÊNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS - CONCESSÃO DA ORDEM

- É patente a violação a direito líquido e certo do cidadão que constata a iminência de publicação em órgãos de imprensa de ato constando a sua condenação, unilateral e abusiva, emanada de autoridade, sem a instauração sequer da competente ação penal, com afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, amparados constitucionalmente.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 310.995-6/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Mandado de segurança - Iminência de divulgação pública do resultado de procedimento administrativo para "averiguação de responsabilidade" - Culpabilidade imputada à impetrante sem o devido processo legal - Prejuízos morais - Ocorrência - Direito líquido e certo ao contraditório e ampla defesa em processos administrativos e judiciais - Concessão da ordem. - É patente a violação a direito líquido e certo do cidadão que constata a iminência de publicação em órgãos de imprensa de ato constando a sua condenação, unilateral e abusiva, emanada de autoridade, sem a instauração sequer da competente ação penal, com afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, amparados constitucionalmente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Trata-se de mandado de segurança impetrado por M.G.F. contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas-MG, que entende abusivo e ilegal, lesivo a direito líquido e certo garantido constitucionalmente, consistente na determinação do MM. Juiz de que fosse levada ao conhecimento da imprensa local cópia da decisão por ele

prolatada no procedimento administrativo instaurado para averiguação de responsabilidades, relativo a um fato criminoso ocorrido naquela Vara, pela qual foi imputada à impetrante e outra toda responsabilidade pelos fatos ocorridos.

Sustenta a autora, ter sido objeto de denúncia perante o Juizado onde trabalhava - na qualidade de funcionária contratada pelo Município de Fortuna de Minas, cedida ao Poder Judiciário na Comarca de Sete Lagoas - a prática de maus-tratos pela mãe, ao filho menor, de apenas um ano e cinco meses, que, no entanto, não obteve a merecida atenção de quem de direito, naquele Juizado, resultando na morte da criança, o que teve larga divulgação na imprensa de todo o País.

Aduz ter sido instaurado pelo impetrado - MM. Juiz da Vara da Infância e da Juventude de Sete Lagoas - procedimento de "averiguação de responsabilidade", no qual foi prolatada decisão imputando à impetrante e à Sra. C., tia da criança falecida, toda a responsabilidade pelo ato supostamente omissivo daquele Juizado, malgrado denúncia anterior feita por familiares.

Alega, ainda, que consta da decisão do MM. Juiz, fls. 65/89, a determinação de que a mesma seja lida à imprensa, em entrevista coletiva, ficando disponível para completa divulgação.

Neste passo, sustenta não ser o impetrado autoridade competente para apuração do fato, eis que não é o diretor do foro, além de não haver obedecido ao devido processo legal, para apuração da responsabilidade que lhe está sendo imputada, em flagrante violação ao contraditório e ao sagrado direito de defesa, o que fere frontalmente ao disposto no art. 5°, incisos LIII, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal em vigor. Aduz, mais, que, diante da iminência da publicação da decisão por toda a imprensa, encontra-se prestes a sofrer irreparável ofensa à sua honra, postulando o deferimento de liminar, com objetivo de impedir tal divulgação, posto que, se assim não for, evidencia-se o risco de ineficácia do provimento final.

A liminar foi deferida.

Ao prestar as suas informações a autoridade coatora, após descrever os fatos ocorridos com um menor naquela comarca - falecido em decorrência de maus-tratos causados pela mãe - e confirmar ter instaurado um procedimento, o qual "*não tinha a finalidade de, propriamente, apurar responsabilidade funcional com a conseqüente aplicação de penalidade administrativa*", findou por declarar "*Ouvimos os principais envolvidos em sindicância minuciosa que durou exatas doze horas e na qual* concluímos pela responsabilidade omissiva da ora impetrante" (fl. 103) (grifei).

Ora, não há dúvida de ter o impetrado com esta conclusão - que tentou inclusive repassar aos veículos de imprensa - violado garantias constitucionais básicas da impetrante, tais como: impossibilidade de ser considerada culpada, sem o trânsito em julgado da necessária sentença penal condenatória, o sagrado direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, que devem nortear até mesmo os procedimentos administrativos.

Certamente, caso prosseguisse a autoridade com o seu intento, prejuízos morais irreparáveis seriam causados à impetrante com patente violação dos incisos LVII, LIII, LIV e LV do art. 5° da Constituição Federal.

Não há dúvida de que aquele ato da autoridade, ao determinar a publicação pela imprensa, de suas "conclusões" contrárias à impetrante, proferidas em procedimento administrativo "*para averiguação de responsabilidades*", consiste em verdadeira condenação da autora, que sequer teve contra ela instaurada a necessária ação penal. Exorbitou e muito o douto Magistrado em suas atribuições, ao deliberar daquela forma, o que enseja a correção imediata daquele ato abusivo, pois que "*...também os atos administrativos praticados por magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se a correção por via do* mandamus" (HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança* Malheiros Editores, 19ª edição, p. 32).

Como ressaltou o ilustre Procurador de Justiça, fl. 214:

"*O impetrado jamais poderia em procedimento administrativo julgar e condenar quem quer que fosse, na forma como fez com a requerente, pois não tem competência para tanto. Resta claro que a Autoridade Coatora agiu de forma a exceder suas atribuições legais*".

Sendo líquido e certo o direito de todo o cidadão de não ser condenado antes que sentença penal com o trânsito em julgado assim o defina, de ver observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, nos processos administrativos e judiciais de que participar, com os meios e recursos a eles inerentes, e diante da abusividade do ato perpetrado pelo impetrado, é que *concedo a segurança postulada*, para que a autoridade coatora se abstenha de dar qualquer publicidade às conclusões a que chegar a respeito da conduta da impetrante, naquele nefasto episódio.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Carreira Machado, Almeida Melo, Hyparco Immesi e Audebert Delage - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

IPTU - VALOR VENAL DO IMÓVEL - ALTERAÇÃO MEDIANTE DECRETO - VEDAÇÃO

- É vedado ao município reavaliar o valor venal do imóvel, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária, por constituir-se em via oblíqua de majoração do imposto, que só poderá dar-se em virtude de lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.497-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: É vedado ao município reavaliar o valor venal do imóvel, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária, por constituir-se em via oblíqua de majoração do imposto, que só poderá se dar em virtude de lei.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento o Dr. Marcelo Braga Rios, pelo apelado.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo Município de Belo Horizonte contra r. decisão de fls. 184/191, que em ação ordinária ajuizada por Castelo Engenharia Construções Ltda. e outros, julgada procedente, reconheceu aos autores o direito de recolherem IPTU/2001 com incidência sobre a mesma base de cálculo do exercício anterior, acrescido apenas do índice inflacionário indicado para o exercício.

Considerou o douto Sentenciante de primeiro grau que "*a modificação da base de cálculo que redunde na conseqüente majoração do imposto, com aplicação de percentual superior aos índices inflacionários, é matéria privativa de lei, no seu aspecto formal. E lei alguma foi editada pelo Município para alterar a base de cálculo do imposto pago pelos autores. Esta alteração na base de cálculo decorreu da edição de um decreto, o de nº 10.447, de 29 de dezembro de 2000, em afronta aos dispositivos legais que regulam a matéria*".

Irresignado, apresenta o Município oportuno recurso, pretendendo a reforma da decisão pelas razões materializadas às fls. 193/208, aduzindo haver procedido à vistoria no local, com apuração do valor venal do imóvel na conformidade do estatuído no art. 1º da Lei Municipal nº 8.147/2000, cuja base de cálculo é prevista pela Lei 5.641/89. Aduz ainda inexistência de majoração da base de cálculo, mas atualização do valor monetário, de conformidade com o art. 97, § 2º, do CTN.

Data venia, sem razão a apelante.

Na verdade, o que ocorreu *in casu* foi reavaliação do valor venal do imóvel, fato gerador do IPTU em discussão, provocando obviamente uma majoração do imposto, procedimento este vedado pelo art. 97, II, do CTN, que estabelece que somente a lei pode majorar tributos, ressalvando, no entanto, no § 2º a possibilidade de a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo pelos índices oficiais.

A matéria já foi consubstanciada na Súmula 160 do STJ, no seguinte teor:

"*É defeso ao Município atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária*".

A atualização monetária pelo índice de correção oficial é autorizada justamente para evitar a cobrança do tributo sobre base de cálculo ultrapassada, tendo ainda a possibilidade de, uma vez verificada a defasagem, promover as respectivas reavaliações ou mudanças necessárias, através do meio legal próprio, sendo, todavia, vedado fazê-lo por decreto, vez que dita reavaliação, além daquela expressamente autorizada por lei, constitui via oblíqua para obtenção da majoração do tributo.

É neste sentido a ementa do acórdão proferido pelo STF no RE 87.763-PI, relatado pelo em. Min. Moreira Alves:

"*Imposto predial - Alteração do valor venal do imóvel mediante decreto. O § 2º do art. 97 do Código Tributário Nacional diz respeito, somente, à correção monetária do valor do imóvel (base de cálculo do imposto predial), não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal. Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais a correção monetária, é mister lei, não bastando, para isso, simples decreto. Recurso extraordinário conhecido e provido*".

In casu, alega o recorrente não haver alterado a base de cálculo do imposto, mas realizado reavaliação do valor venal, segundo critérios fixados em lei. No entanto, *data venia*, não se provou que os imóveis em questão tenham sofrido algum tipo de melhoria ou qualquer outro critério que lhes dessem classificações diversas daquelas já consideradas no ato do lançamento do imposto do exercício anterior.

Assim, subsiste a vedação legal da atualização do valor venal, além da correção monetária pelos índices oficiais autorizados por lei.

Pelo exposto, no reexame necessário, mantenho a decisão recorrida pelos próprios fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INVENTARIANTE - CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS - POSSE E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO - POSSIBILIDADE

- O cônjuge supérstite que esteja na posse e administração dos bens do espólio, embora casado sob o regime de separação de bens, não está impedido de exercer a inventariança.

AGRAVO Nº 311.749-6/00 - Comarca de Lambari - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Processual Civil - Inventariante - Nomeação e remoção - Ordem de preferência - Herdeiro necessário *versus* viúva casada em regime de separação de bens, que também é herdeira testamentária e administradora do espólio - Manutenção - Recurso improvido - Inteligência do art. 990, II, do CPC. - Inexiste qualquer óbice para a nomeação do cônjuge sobrevivente para o *munus* de inventariante, ainda que casado sob o regime de separação de bens, máxime quando detém a posse e administração dos bens do espólio, do qual é ainda "herdeira testamentária".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Ivan Carlos de Alcântara e outra, em face da decisão trasladada às fls. 09/11-TJ, que, em autos de inventário de José Carlos de Alcântara, deferiu o pedido de nomeação de inventariante na pessoa de Irma de Fátima da Fonseca Reys Alcântara, negando ao primeiro agravante o direito à referida inventariança, tudo sob o fundamento da observância da ordem estabelecida no art. 990 do CPC.

Como motivos ensejadores do acolhimento de sua irresignação, argumentam ser equivocada a nomeação à inventariança, feita pelo digno Juiz singular, posto que a agravada é viúva de José Carlos de Alcântara, com quem era casada sob o regime de separação de bens, sendo necessária sua remoção, com a conseqüente designação do único filho do *de cujus*, Ivan Carlos de Alcântara, por ter este preferência na ordem do art. 990 do Estatuto Processual, tudo consoante as argumentações desenvolvidas na minuta de fls. 04/08-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Esclarece-se, *ab initio*, ser pacífico o entendimento segundo o qual a nomeação do inventariante deve ser feita dentro do rígido critério da lei, sendo que esta estabelece, ao dizer do art. 990 do CPC, uma ordem de preferência entre as pessoas nele mencionadas, não havendo, *in casu*, a possibilidade de equívoco sobre a quem cabe direito ao exercício da inventariança, como nele está disciplinado, *verbis*:

"*Art. 990. O juiz nomeará inventariante:*

I - o cônjuge sobrevivente casado sob regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou este não puder ser nomeado;

III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;

IV - o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio;

V - o inventariante judicial, se houver;

VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial".

É o posicionamento sufragado pelo colendo STJ, como se deflui do aresto adiante colacionado:

"*Processual Civil. Nomeação de inventariante. Art. 990 do CPC. Ordem não absoluta. Ofensa não configurada. Divergência não configurada.* - A ordem de nomeação de inventariante insculpida no art. 990 do Código de Processo Civil deve ser rigorosamente observada, excetuando-se as hipóteses em que o magistrado tenha fundadas razões para desconsiderá-la, *com o fim de evitar tumultos processuais desnecessários ou mesmo a sonegação de bens, como no caso, em face da patente litigiosidade existente entre as partes. - Divergência jurisprudencial não caracterizada, pois carente de demonstração analítica, com a transcrição dos trechos que identifiquem ou assemelhem às hipóteses confrontadas. - Recurso especial não conhecido*" (REsp nº 283.994/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 7.5.01) (grifou-se).

Na espécie, apesar de não atender aos requisitos contidos no primeiro inciso, a viúva do autor da herança não está impedida de exercer a inventariança,

embora o casamento entre eles se tenha dado sob o regime da separação de bens, pois se trata de cônjuge supérstite e se encontra sob o exercício da posse e da administração dos bens da herança, ou de parte deles, caso em que tem ela preferência sobre o herdeiro necessário.

Ressalte-se que não há nos autos elementos que desaconselhem ou permitam avaliar a impossibilidade da nomeação da agravada.

Destarte, não está a decisão hostilizada a merecer qualquer reparo, à consideração de que foi lançada em perfeita sintonia com o posicionamento de nossas Cortes, inclusive deste Sodalício, o que se constata da transcrição dos seguintes arestos:

"*Inventário - Herdeiro na posse e administração do espólio - Inventariante - Preferência - Aplicação do art. 990, II, do CPC. - A teor do disposto no art. 990, II, do CPC, o herdeiro que se encontra na posse e administração dos bens mais significativos do espólio deve ser designado para exercer o cargo de* inventariante, *mormente inexistente qualquer impedimento para sua nomeação*" (1ª CC, Apelação Cível nº 272.998-6, Rel. Des. Orlando Carvalho, j. em 3.9.02).

"*Inventariante - Nomeação. - A herdeira instituída, que se acha na posse e administração dos bens do espólio, prefere aos outros herdeiros, inclusive aos necessários, para o exercício da inventariança*" (*in RT*, 605/149).

"*Tem direito à inventariança 'o cônjuge sobrevivente que, não obstante casado sob o regime de separação legal de bens, tinha a posse e administração do espólio, em razão do direito à meação de bens adquiridos durante o matrimônio*'" (*in* STF-*RTJ*, 89/895 e *RJTJESP*, 55/172).

Com tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento interposto, arcando seus autores com o pagamento das custas recursais dele decorrentes.

*A Sr*ª*. Des*ª*. Maria Elza* - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MERCADORIAS - APREENSÃO - FORMA COERCITIVA PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS OU DE MULTAS - INADMISSIBILIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM - RETENÇÃO PARA COLETA DE DADOS - POSSIBILIDADE

- A apreensão de mercadorias pelo Fisco, como forma coercitiva para pagamento de tributos ou de qualquer penalidade pecuniária, é inadmissível, visto que o Estado dispõe de meios legais para cobrá-los.

- Admite-se, porém, a apreensão de mercadorias pelo Fisco, nas hipóteses legalmente previstas, para coleta de dados necessários à caracterização ou comprovação da infração à legislação tributária, não se justificando a sua retenção após a lavratura do auto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.753-8/00 - Comarca de Luz - Relator: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Apreensão de gado bovino e veículo transportador - Pagamento do imposto para liberação - Impossibilidade - Aplicação da Súmula 323 do STF. - Inadmissível a apreensão de mercadorias com a finalidade de exigir tributo ou qualquer pena pecuniária, ainda que eventualmente devida, aplicando-se o disposto na Súmula 323 do STF.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2003. - *Lamberto Sant'Anna* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Conheço do processo no reexame necessário.

Mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Ayr Gonçalves Menezes contra ato do Chefe do Posto Fiscal Olavo Gonçalves Boaventura, Sr. Luiz Carlos Cruz Anastácio, consistente na apreensão de gado bovino e do veículo que o transportava, uma vez que inidônea a nota fiscal, tendo em vista estar com o prazo de validade vencido.

A liminar foi deferida pela decisão de fl. 23 e a segurança concedida pela sentença de fls. 26/29, ao fundamento de que não é dado ao Estado, quando da autuação fiscal, apreender tais mercadorias como medida coercitiva ao pagamento de tributos devidos. Aplicou a Súmula 323 do STF, que expressa: "*É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*". Os autos vieram a esta Corte por força do reexame necessário.

Não merece reparo a r. sentença.

É que não se pode reconhecer ao Fisco o poder de retirar bens da esfera pessoal de seu legítimo proprietário, já que esta competência é privativa do Poder Judiciário.

Incumbe ao agente administrativo, tão-somente, verificar as irregularidades fiscais existentes, emitindo o respectivo auto de infração, devendo restituir a mercadoria ao seu proprietário, já que o Estado detém meios legais para cobrar o débito tributário.

Enfim, a apreensão de mercadorias pode dar-se nas hipóteses legalmente previstas para a coleta de dados necessários à caracterização e comprovação da infração à legislação tributária, não se justificando a sua retenção após a lavratura do auto.

Tampouco se admite a apreensão como forma coercitiva para pagamento de tributos, nos termos do Enunciado 323 da jurisprudência sumulada do STF.

A propósito: "*Mandado de segurança - Apreensão de mercadorias - Alegada ilegalidade do ato e violação da Súmula 323 do STF. - A apreensão de mercadorias, medida excepcional, é tolerada somente para comprovação de eventual ilícito tributário, não mais se justificando a manutenção da apreensão após a lavratura do auto de infração. A Súmula 323 do STF orienta no sentido de que é inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributos; assim, o ato da Administração tornou-se ilegal e abusivo, razão pela qual se impunha a concessão da ordem impetrada*" (TJSP - Ap. 165.970-2, Rel. Des. Dias Tatit, 20.02.92).

Pelo exposto, no reexame necessário, confirmo a r. sentença.

Sem custas.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

ISSQN - COBRANÇA - LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - MUNICÍPIO COMPETENTE

- A competência do município para cobrança do Imposto sobre Serviços determina-se pelo local da sua prestação, e não pelo lugar do estabelecimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.429-4/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Tributário - ISS - Prestação de serviço. - A competência do município para cobrança do Imposto sobre Serviço determina-se pelo local da sua prestação, e não pelo lugar do estabelecimento. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A ENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2003. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Trata-se de embargos formulados por Hidraumec Manutenção Industrial e Comércio Ltda. e outros à execução fiscal oposta pela Fazenda Pública do Município de Betim, por meio dos quais pretende a desconstituição do crédito tributário contemplado na certidão de dívida ativa, defendendo, em suma, que o ISS é devido ao município onde ocorre o fato gerador, ou seja, onde o serviço for prestado, sendo contrária à Constituição Federal a ficção jurídica criada no Decreto-lei nº 406/68 que determina que se considera prestado o serviço no local do estabelecimento do contribuinte.

O feito obedeceu a sua regular tramitação e culminou com a r. sentença de fls. 1.113/1.138, que julgou procedente o pedido.

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos parcialmente acolhidos (fls. 1.143/1.143-v.).

Ascendem os autos a esta Superior Instância por força do duplo grau de jurisdição obrigatório.

Versando a espécie sobre execução fiscal, dispensou-se o parecer da douta PGJ, em homenagem à Súmula 189/STJ.

Conheço da remessa necessária.

Como norma fundamental, que estabelece a forma de atuação do Estado e de seus Poderes, e que disciplina, outrossim, os direitos daqueles que dele participam, instruindo-os com instrumentos capazes de fazer com que participem de forma eficaz na sua condução, o Texto Constitucional é pressuposto de validade de todas as normas jurídicas do ordenamento.

Assim, qualquer análise que for concretizada de regras inseridas em leis complementares ou leis ordinárias ou de normas situadas no plano hierárquico inferior, como os atos administrativos, deve ser precedida de sua confrontação com o preceito maior que autorizou o surgimento de cada uma delas, para verificar se atendem aos seus pressupostos.

No tocante aos impostos discriminados no Texto Maior, portanto, embora a sua instituição só se aperfeiçoe com a lei ordinária, deve o intérprete estar atento ao fato de que a hipótese de incidência que for prevista deve guardar perfeita consonância com a Constituição, sem a possibilidade de alargamento do campo de atuação da norma instituidora do tributo.

Especialmente nessa seara, a Lei Maior, ao disciplinar as competências tributárias, atribuindo a cada ente dotado de personalidade política parcela do poder criador, traça parâmetros valiosos

para a configuração da regra-matriz dos impostos conferidos individualmente a cada uma das entidades públicas, União, Estados-membros ou Municípios.

Sob tal prisma, pode-se identificar, pela análise das normas constitucionais que disciplinam o Imposto sobre Serviços, não só o seu aspecto material, relativo a toda modalidade de prestação de utilidade que não caracteriza relação de emprego, mas também o seu aspecto espacial, vinculado ao local da prestação de serviços.

De fato, a Constituição Federal, embora não informe, com todas as palavras, o aspecto espacial do imposto sobre serviços, vincula-o ao local da prestação, como decorrência da própria materialidade do tributo, não admitindo, por isso, ao consagrar a prestação de serviços como aspecto material, que se eleja o domicílio do prestador como critério espacial.

Nestes termos, expõe MARÇAL JUSTEN FILHO:

"*Vemos, por isso, que repugna à estrutura do ordenamento jurídico que se reconheça competência para a tributação de prestação de serviços a um Município onde essa prestação não se dá.*

Primeiramente, porque conduziria a uma ampliação, em última análise, do aspecto material do tributo, desnaturando-se irremediavelmente. Estar-se-ia a tributar não mais a prestação do serviço, mas o fato de se deter domicílio em um Município. A prestação do serviço deixaria de ser o núcleo da hipótese de incidência, para tornar-se o fundamental a existência de domicílio em um certo e determinado Município.

Com isso, estaria violada a discriminação constitucional de competências, eis que, se fosse imaginável um imposto com essa materialidade, a competência tributária para a sua imposição não haveria de ser municipal, mas da União - nos termos em que prevê o art. 21, § 1º.

Tudo seria diverso, se a Constituição não dispusesse que a materialidade da hipótese de incidência do tributo haverá de contemplar a prestação de serviço - o que envolve consideração a uma específica e objetiva situação. Se a materialidade do tributo pudesse ser diversa, atinente a uma situação subjetiva, como o domicílio, outro seria o tributo, admitindo, talvez, a determinação da competência tributária através da questão do domicílio do sujeito passivo" (*O Imposto sobre Serviços na Constituição*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 185, p. 148-149 - sem destaques no original).

Outro não é o ensinamento de HERON ARZUA:

"*A Lei Maior, ao escolher o fato jurídico da prestação de serviços como materialidade do suposto normativo do ISS, implicitamente designou um critério espacial que não tem qualquer vínculo jurídico com o fato de o prestador de serviço ter estabelecimento ou domicílio.*

Inócuo seria também preceito de lei complementar que conceituasse o local da prestação de serviço como aquele onde se encontra o usuário ou utente do serviço. (No caminho da lei civil que dispõe 'efetuar-se o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se ao contrário dispuserem as circunstâncias, a natureza da obrigação ou a lei') (art. 950 do Código Civil).

Mas, qualquer solução legislativa que não prestigie a norma constitucional do imposto - que diz ser, tacitamente, este devido no local onde se consumou a prestação de serviços - está em desconformidade com essa mesma norma e a eiva de inconstitucionalidade é inevitável.

Registre-se por último que, a nosso ver, o art. 12 do Decreto-lei nº 406, de 1968, que cuida do local de prestação de serviços, para efeitos do imposto municipal, por todos os argumentos expostos antes (total inadequação com a Constituição de 1988), não foi por ela recepcionado. A aludida norma ou perdeu a eficácia (qualidade de produzir efeitos jurídicos), ou foi revogada (como já entendeu o Supremo Tribunal Federal em casos similares), ou simplesmente perdeu o seu fundamento de validade (Hans Kelsen)". ("O Imposto sobre Serviços e o Princípio da Territorialidade". *In Direito Tributário*. Estudos em Homenagem a GERALDO ATALIBA. Coord. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 152 - grifos nossos).

De outro modo, se fosse possível eleger o domicílio do prestador de serviços como aspecto material do imposto, em vez do local da prestação, estar-se-ia admitindo poder o Município irradiar os efeitos da norma jurídica que o instituiu para fora do seu território, alcançando fatos ocorridos em outro município, submetidos ao tratamento por ele estabelecido.

Sobre essa questão, pondera ROQUE ANTÔNIO CARRAZA:

"*Vejam, se um serviço é prestado no Município A, a meu ver, nele é que deverá ser tributado por meio de ISS, ainda que o estabelecimento prestador esteja sediado no Município B. Do contrário estaríamos admitindo, contra todas as evidências jurídicas, que a lei do Município B pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território do Município onde ela positivamente não pode ter voga. A lei paulistana vige onde? No território da Capital. A lei santista no território do Município de Santos. Como admitir-se que a lei de Santos venha a alcançar um fato ocorrido no Município de São Paulo? Só porque a empresa prestadora de serviços está sediada no Município de Santos*" ("Imposto sobre Serviços", *Revista de Direito Tributário*, v. 48, p. 210 - grifos nossos).

Não é, portanto, o local do estabelecimento prestador do serviço que determina a competência do município para a cobrança do Imposto sobre Serviços, mas o lugar em que ele foi prestado.

Aliás, outro não parece ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*Tributário - ISS - Sua exigência pelo Município em cujo território se verificou o fato gerador - Interpretação do art. 12 do Decreto-lei nº 406/68.*

- Embora a lei considere o local da prestação de serviço o do estabelecimento prestador (art. 12 do Decreto-lei nº 406/68), ela pretende que o ISS pertença ao Município em cujo território se realizou o fato gerador.

- É o local da prestação do serviço que indica o Município competente para a imposição do tributo (ISS), para que não se vulnere o princípio constitucional implícito que atribui àquele (Município) o poder de tributar as prestações ocorridas em seu território.

- A lei municipal não pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território de Município onde não pode ter voga.

- Recurso provido indiscrepantemente" (Recurso Especial nº 41.867-4/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, acórdão publicado em "*Jurisprudência Mineira*", v. 128, p. 440/443).

A partir das considerações supra, para que a pretensão dos embargantes, ora apelados, logre sucesso, resta perquirir nos autos se os serviços alcançados pela certidão de dívida ativa foram realizados fora do Município de Betim.

Há, neste particular, um trecho da douta sentença revisanda que, somado à conferência dos documentos que indica, extirpa qualquer dúvida acerca da procedência dos embargos apresentados.

Vejamos:

"*De fato, conforme se verifica do quadro demonstrativo mensal, acostado ao anexo I do Laudo Pericial, apurou o ilustre* expert *que, embora esteja a empresa embargante sediada no Município de Betim/MG, o serviço constante nas notas fiscais que instruem o processo administrativo fiscal e que foi tributado pela embargada foi todo prestado em outros municípios, como Contagem, Sabará e Belo Horizonte*".

Presente, portanto, a prova quanto ao aspecto espacial da ocorrência da prestação de serviços, evidenciando-se que os mesmos ocorreram em localidades diversas daquela do Município de Betim.

Tais as circunstâncias, em reexame necessário, confirmo integralmente a r. sentença revisanda.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

ITBI - EXIGÊNCIA A PARTIR DA TRANSFERÊNCIA DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS - FATO GERADOR - EMPRESA EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL - ATIVIDADE PREPONDERANTE DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - INCIDÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 156, § 2º, I, DA CF/88 - PEDIDO ALTERNATIVO NÃO FORMULADO NA INICIAL - APRECIAÇÃO EM GRAU DE RECURSO - IMPOSSIBILIDADE

- O fato gerador do ITBI ocorre no momento da transcrição do título de transferência da propriedade do bem no Cartório de Registro de Imóveis.

- Constitui fato gerador do ITBI a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, em conformidade com a exceção do art. 156, § 2º, I, da CF/88.

- Não cabe apreciação, em grau de recurso, de pedido alternativo não formulado na inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.451-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica - Tributário - ITBI - Atividade preponderante - Locação de imóveis - Ocorrência do fato gerador - Incidência. - Nos termos do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, se a empresa tem como atividade preponderante locação de imóveis, deve incidir o ITBI sobre a transferência de imóveis ao patrimônio da sociedade. O momento exato da ocorrência do fato gerador é a transcrição do título no Registro de Imóveis competente. Improvimento do recurso que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos

e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Ascendem os autos do processo a este Tribunal pela interposição de recurso de apelação, contra a sentença de fls. 212/216, que julgou improcedente o pedido constante na inicial da ação declaratória com pedido de tutela antecipada.

Irresignado, o apelante ataca a decisão de 1º grau de jurisdição, alegando que a data que deve ser levada em conta na caracterização da atividade preponderante, para efeito de incidência do ITBI, é a data da cisão, fusão ou incorporação da empresa instada a pagar o referido tributo, e não a data da transcrição do bem imóvel no Registro de Imóveis competente.

O artigo 530 do Código Civil Brasileiro é clarividente ao estabelecer as formas de aquisição da propriedade imóvel. Dentre elas está - conforme vem insculpido no inciso I do citado dispositivo legal - a transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel.

Embora o recorrente alegue que basta o arquivamento e a publicação dos atos relativos à cisão da sociedade na Junta Comercial, com o incremento de um bem imóvel ao seu patrimônio, para se configurar a transmissão deste bem à sociedade cindida, e que a averbação no Registro Imobiliário teria apenas o propósito de dar publicidade ao ato, há que se lembrar que a Lei de Registros Públicos não confere poderes às Juntas Comerciais para promover transações imobiliárias, ainda que estas venham incorporar o patrimônio de sociedade comercial, transcrição imobiliária que faz surgir a obrigação tributária.

A jurisprudência também entende que somente a transcrição do título de transferência no competente Cartório de Registro de Imóveis transfere a propriedade do bem, e somente a partir deste momento ocorre o fato imponível do tributo em questão.

Nesse sentido, a decisão combatida traz à colação arestos do STJ e deste próprio TJMG que corroboram esta linha de raciocínio. Veja-se, pois, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.650-DF, julgado pela 2ª Turma do STJ, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, publicado no *DJU* de 04.09.2000; e a Apelação Cível nº 163.735-4, julgada pela 3ª Câmara Cível do TJMG, Relator Des. José Antonino Baía Borges. Ambas decisões citadas na sentença proferida pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Destarte, à luz do que expressamente determina o artigo 156, § 2º, I, da CF/88, o ITBI "*não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil*".

Conforme consta dos autos, a empresa ora recorrente possuía como atividade preponderante, a partir de 1995, a locação de imóveis, fato também confirmado pela certidão expedida pela Jucemg, onde está lavrado o termo de modificação do objeto social da sociedade apelante.

Dessa forma, quando, em 1999, a recorrente procurou transcrever o título de transferência no Cartório do 5º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, data da ocorrência do fato gerador do ITBI, há muito mais tempo que os 24 meses exigidos pela lei, o seu objeto social era locação de imóveis.

Quanto à parte final de fls. 222, como pedido alternativo, deve ser ressaltado que a apelante não o formulou em sua petição inicial, nada sendo decidido a respeito pelo Juízo *a quo*. Em assim sendo, também não pode ser examinado nesta instância recursal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Além do mais, o exame de tal questão por este Tribunal, configuraria a admissão de ampliação do pedido, sobre o qual não houve debate, circunstância defesa pela lei processual civil.

Com estas razões, nega-se provimento ao recurso.

Custas processuais, pela apelante.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FÉRIAS-PRÊMIO NÃO GOZADAS - CONTAGEM EM DOBRO PARA FINS DE APOSENTADORIA - TEMPO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EC Nº 20/98 - DIREITO ADQUIRIDO

- O § 3º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/98 resguardou todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação da emenda aos servidores que já haviam cumprido, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos. Assim, o § 10 do art. 40 da Constituição do Estado, inserido pela referida emenda, não tem o condão de suprimir o direito adquirido pela servidora à contagem em dobro, para fins de aposentadoria, das férias-prêmio não gozadas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.479-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Em função do disposto na Carta Política Estadual, com a redação vigente antes da EC nº 20/98, o servidor público que não houver gozado as férias-prêmio tem direito adquirido à sua contagem em dobro para fins de aposentadoria, não sofrendo a incidência da norma posterior que aparentemente veio suprimir tal direito.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do reexame oficial e do recurso voluntário interpostos, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Cuida-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, aforada por servidora pública estadual, pela qual pretende a averbação, em dobro, das férias-prêmio não gozadas em seu registro funcional para fins de aposentadoria, pedido esse que foi indeferido administrativamente, fato que a levou a buscar a via judicial.

O douto Julgador singular julgou procedente o pedido inicial, declarando que a autora faz jus à pleiteada averbação das férias-prêmio em seu registro funcional, para os fins colimados.

Irresignado, o Estado de Minas Gerais recorreu da r. sentença, alegando que não há direito adquirido da autora à contagem em dobro de suas férias-prêmio e que seu saldo do aludido benefício é inferior àquele declarado no julgado monocrático, pugnando pela reforma do mesmo.

No reexame oficial, entendo, contudo, não haver reparos a serem feitos na r. sentença singular.

É cediço que antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98 era induvidoso o direito da autora à contagem em dobro das suas férias-prêmio, para fins de aposentadoria, mormente em função do disposto no art. 31 da Constituição do Estado de Minas Gerais, citado pelo douto Julgador monocrático na sua r. sentença, que dispunha, *in verbis*:

"*Art. 31. O Estado assegurará ao servidor público civil os direitos previstos no artigo 7º, incisos IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República, e os que, nos termos da lei, visem a melhoria de sua condição social e a produtividade no serviço público, especialmente: (...)*

II - férias-prêmio, com duração de seis meses, adquiridas a cada período de dez anos de efetivo exercício de serviço público, admitida sua conversão em espécie, por opção do servidor, ou, para efeito de aposentadoria, a contagem em dobro das não gozadas".

Se a lei nova veio e alterou tal situação, suprimindo o seu direito, havemos que levar em consideração que, em face da legislação anterior, a mesma já o havia adquirido, não a atingindo a nova norma legal.

Para se chegar a essa conclusão, basta que analisemos o conceito de direito adquirido elaborado por Celso Bastos, citado por ALEXANDRE DE MORAIS:

"*Constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra*" (*in Direito Constitucional*, Editora Atlas, 11ª ed., São Paulo, 2002, p. 105).

Com isso, o § 10 do art. 40 da Carta Magna, inserido pela referida EC nº 20/98, não tem o condão de suprimir o direito adquirido pela autora antes da sua vigência. A jurisprudência firmada no âmbito do colendo STJ corrobora este entendimento:

"*Ementa: Administrativo - Mandado de segurança - Magistrado - Tempo de serviço averbado em folha funcional expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás - Direito adquirido como funcionário público - Ofensa à CF/88, art. 5º, LXIX - Pleito de averbação no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para efeito de aposentadoria - Admissibilidade - Sujeição à Constituição Federal, art. 40, § 3º - Ausência de ofensa ao princípio da autonomia legislativa da unidade federativa. - 1. Computável, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço averbado em Tribunal de Justiça diverso, para os mesmos efeitos, por força da norma constitucional contida na CF, art. 40, § 3º. - 2. É direito adquirido e ato jurídico perfeito e acabado, integrante do patrimônio, a averbação, em Tribunal de Justiça diverso, do tempo de serviços fictos (férias e licenças-prêmio não gozadas) - cuja negativa fere a CF/88, art. 5º, LXIX. - 3. Inexistência de ofensa ao princípio da autonomia federativa, pois a hipótese é de aplicação de norma de direito federal vinculante, sem vez que se alegue que se criou situação jurídica em um Estado vinculando outro ente autônomo. - 4. Recurso conhecido e provido*" (STJ: ROMS nº 1.982/MS; 5ª T., Min. Edson Vidigal; v.u.; *DJ* de 23/11/1998, p. 182).

De mais a mais, é evidente a falta de intenção do legislador constituinte derivado de não suprimir direitos adquiridos, até mesmo com o fito de obstar um grande número de aposentadorias por ocasião da edição da EC nº 20/98, como se colhe de brilhante lição dada pelo insigne Mestre ALEXANDRE DE MORAIS:

"O art. 3º da EC nº 20/98 assegurou a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos, bem como a seus dependentes, que, até a data de sua publicação, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. Previu, ainda, a manutenção de todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de sua publicação aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriam, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos" (*in Direito Constitucional*, Editora Atlas, 11ª ed., São Paulo, 2002, p. 356/357) - grifei.

E, continuando, afirma o ilustre autor:

"Ao declarar expressamente o respeito aos direitos adquiridos, pretendeu a EC nº 20/98 evitar discussões jurídicas nos Tribunais e salvaguardar, de imediato, um dos pilares de qualquer Estado de Direito. *Assim, admirável a preocupação do legislador constituinte reformador. Porém, a ausência dessa norma expressa, por óbvio, não poderia levar ao desrespeito aos* direitos adquiridos, por constituírem cláusulas pétreas em nossa Constituição (CF, art. 60, § 4º, IV, c.c. art. 5º, XXXVI)" (obra citada, p. 357) - grifei.

No mais, não me parece razoável a alegação de que só se poderia falar em direito adquirido se a autora já houvesse preenchido, antes da promulgação da multicitada EC nº 20/98, todos os requisitos para a sua aposentação.

Ora, não há como se fazer tal vinculação. Entendo o direito à contagem das férias-prêmio autônomo, com relação a, por exemplo, o tempo de serviço, pelo que incide, sim, o princípio constitucional acima referido, qual seja, o direito adquirido, declarado pela r. sentença em reexame.

No que se refere ao número de meses a que faz jus a autora, observo que, mais uma vez, decidiu com pleno acerto o douto Julgador singular. O doc. de fls. 22 dos autos já certificava o direito da requerente a nove (09) meses de férias-prêmio. Por sua vez, o doc. de fls. 119, juntado aos autos pelo próprio réu e de sua própria lavra, também atesta o mesmo número de meses.

Assim sendo, não pairam quaisquer dúvidas sobre o direito da autora e sobre o número de meses a que faz jus para fins de contagem em dobro com vistas à sua aposentadoria.

Com tais considerações, no reexame necessário, confirmo a bem-lançada sentença de primeira instância.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

PREVIDÊNCIA - PENSÃO POR MORTE - ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL Nº 9.380/86 - EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO VIÚVO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 195, *CAPUT* E § 5º, E ART. 201, V, DA CF/88 - DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA

- A igualdade entre homens e mulheres garantida pela Constituição Federal/88 não tem o condão de revogar normas previdenciárias anteriores que admitiam o direito à pensão por morte da mulher apenas ao marido inválido.

- Para inclusão do viúvo como beneficiário da pensão por morte, exige-se lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, *caput* e seu § 5º, e art. 201, V, da CF. Assim, se a morte da esposa ocorreu durante a vigência da Lei Estadual 9.380/86, o viúvo não fará jus à pensão, uma vez que referida norma garantia esse direito apenas aos viúvos inválidos.

- Não se pode interpretar isoladamente um dispositivo constitucional. O direito é constituído de preceitos que se harmonizam, condicionando-se uns aos outros de modo a formar uma unidade.

APELAÇÃO CÍVEL 312.741-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Previdência - Pensão por morte - Extensão ao viúvo - Fato gerador do benefício anterior à Lei nº 13.955/00 - Impossibilidade. - Estabelecida a igualdade entre homem e mulher, a inclusão do viúvo como dependente da esposa falecida exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no artigo 195, *caput* e seu § 5º, e artigo 201, V, da CF. Não se pode interpretar isoladamente um dispositivo constitucional. O direito é constituído de preceitos que se harmonizam, condicionando-se uns aos outros de modo a formar uma unidade. Por essa razão, não tem o apelante direito a receber a pensão por morte

da esposa, uma vez que, à época do seu falecimento, vigorava a Lei nº 9.380/86, que somente garantia esse direito aos viúvos inválidos, o que não é a sua situação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Celso Salles de Carvalho contra a sentença, de fls. 94/96, que julgou improcedente o pedido formulado na ação ordinária c/ pedido de tutela antecipada ajuizada contra o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, reconhecendo não ter ele o direito à pensão por morte de sua esposa, pois, à época da ocorrência do fato que gerou o referido benefício, qual seja, o falecimento de sua esposa, inexistia previsão legal, sendo que a previsão é regida pela lei contemporânea ao fato que lhe deu origem.

Nas razões, de fls. 99/101, alega o recorrente, em síntese, que o direito "*deve ser visto no âmbito da igualdade entre homens e mulheres*", sendo que o direito à pensão por morte existia, e a Lei 9.380/86 era discriminatória de direitos, pois só concedia o direito às viúvas e quanto aos viúvos só se fossem inválidos.

Com o advento do art. 5º da CF/88, todas as normas com textos discriminatórios ou que colocavam os seres em desigualdade foram revogadas.

A CF de 1988 realmente estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, todavia, isto não significa que tenha revogado as leis que regulam o sistema de previdência, que admitia o direito à pensão por morte da mulher apenas ao marido inválido.

Estabelecida a igualdade, a inclusão do viúvo como dependente da esposa falecida exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no artigo 195, *caput* e seu § 5º, e artigo 201, V, da CF.

"*A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta*, nos termos da lei, *mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos segmentos constitucionais*" (grifos) (artigo 195, CF).

"*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou* estendido *sem a correspondente fonte de custeio total*" (grifo) (§ 5º, art. 196, CF).

"*A previdência social será organizada sob a forma de regime geral de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)*

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º" (art. 201, CF).

Não se pode interpretar isoladamente um dispositivo constitucional. O direito é constituído de preceitos que se harmonizam, condicionando-se uns aos outros de modo a formar uma unidade.

Por essa razão, não tem o apelante direito a receber a pensão por morte da esposa, uma vez que à época do seu falecimento vigorava a Lei nº 9.380/86, que somente garantia esse direito aos viúvos inválidos, o que não é a situação do apelante.

O cumprimento do dispositivo constitucional que estabeleceu a igualdade entre homem e mulher dependia de lei, e esta só veio posteriormente à morte da esposa, ou seja, em 2000, Lei nº 13.455/00, que estendeu o benefício aos homens e indicou a proveniência dos recursos a serem utilizados para tal fim, preservando o caráter contributivo do sistema.

A sentença não merece reparos.

Nega-se provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PROVENTOS - REVISÃO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - INOBSERVÂNCIA - INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

- Ultrapassa os limites da legalidade o ato de revisão que transforma em proporcionais os proventos de aposentadoria de funcionário público acometido por doença grave e incurável, autorizadora de concessão de proventos integrais, a teor do art. 36, I, da Constituição Mineira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.907-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Remessa oficial e apelação cível voluntária - Ação ordinária - Aposentadoria por invalidez - Proventos - Revisão - Princípio da legalidade -

Inobservância - Sentença confirmada. - 1. O administrador público deve orientar- se pelo princípio da legalidade e o ato administrativo estar limitado pelos ditames da lei e do direito. - 2. Ofende o referido princípio a revisão de proventos de aposentadoria de funcionária pública acometida por doença grave e incurável. Neste caso, ela tem direito aos proventos integrais, ao invés de proporcionais, em decorrência de interpretação harmônica de normas constitucional e infraconstitucional locais. - 3. Inobservado o princípio, revela-se correta a sentença que invalida o ato administrativo. - 4. Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas. - 5. Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelada aforou esta ação ordinária contra o apelante voluntário visando ao restabelecimento de proventos integrais decorrentes de aposentadoria por invalidez. Aduziu ser funcionária pública e acometida por doença incapacitante foi aposentada com proventos integrais. O recorrente voluntário, entretanto, fez revisão do ato administrativo e transformou os proventos em proporcionais além de efetuar desconto a título de reposição. Entende que a revisão foi ilegal. O apelante voluntário afirma que a doença da recorrida não concretiza qualquer uma dentre as hipóteses que autorizam a concessão de proventos integrais. Pela r. sentença de fls. 137/140, foi acolhida a pretensão da apelada.

A *vexata quaestio*, aqui, é perquirir se o mal que acomete a recorrida autoriza ou não a integralidade dos proventos.

A apelada afirmou, na petição inicial, ser portadora de artrose e problemas de coluna. Não asseverou ter contraído a doença no exercício do cargo de ajudante de serviços gerais.

Produziu-se prova pericial com laudo às fls. 115/120 e o seu subscritor concluiu que a recorrida "*... é portadora de doença ósteo articular crônica, degenerativa, progressiva e generalizada (osteoartrose generalizada), que a impede, sob o aspecto médico ocupacional, o exercício de atividade laborativa que exija esforço físico de qualquer intensidade...*" (fl. 118). Ao responder

os quesitos formulados pela paciente, negou tratar-se de acidente de trabalho ou doença profissional. Estes os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que o administrador público deve conduzir sua ação estritamente dentro do princípio da legalidade.

O referido princípio delimita o procedimento do administrador conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES no *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 86:

"*Legalidade. A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37,* caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito".

E prossegue na mesma página:

"*Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.*

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe".

Na espécie, entende o apelante voluntário que seu agente se pautou dentro da legalidade estrita.

Sem dúvida, houve legalidade na concessão da aposentadoria por invalidez à recorrida. Todavia, a Lei Complementar Estadual nº 44, de 1996, ao alterar a redação do art. 108 da Lei Estadual nº 869, de 1952, expressamente incluiu, dentre as hipóteses que autorizam a aposentadoria por invalidez, doença que incapacite o servidor para o exercício da função pública. Enfim, é a doença grave e incurável a que se refere o art. 36, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, autorizadora da concessão de proventos integrais.

Em sendo assim, o ato de revisão dos proventos desbordou os limites da legalidade, patenteando o irrecusável acerto da solução adotada na sentença, nada havendo para ser alterado ou modificado.

Com estes fundamentos, confirmo a sentença em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

GUARDA DE MENOR - DEFERIMENTO AOS AVÓS - FINS PREVIDENCIÁRIOS - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, DA LEI Nº 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS PAIS - PÁTRIO PODER - PERDA - SUSPENSÃO - INADMISSIBILIDADE

- Impossível o deferimento da guarda de netos menores aos avós, tão-somente para fins previdenciários. A conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não atende à situação excepcional prevista no art. 33, § 2º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O gozo da condição de dependente do guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciários, é conseqüência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão.

- A falta de condições econômicas dos pais, por si só, não enseja a perda ou a suspensão do pátrio poder.

- V.v.: - A guarda do menor decorre da necessidade concreta de lhe serem prestadas assistências material, moral e educacional. Desde que os avós comprovem estar, de fato, prestando tais assistências aos netos, é possível deferir-lhes a guarda destes, inclusive para fins previdenciários, pois o importante é o bem-estar dos menores. *(Des. Caetano Levi Lopes)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.373-3/00 - Comarca de Araguari - Relator para o acórdão: Des. LAMBERTO SANT'ANNA

Ementa oficial: Guarda de menor aos avós - Fins previdenciários - Ausência de situação excepcional - Inteligência do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

V.v.: - Apelação cível. Ação de guarda. Prova. Ônus. Netos. Guarda deferida aos avós. Possibilidade. Recurso não provido. - 1. O ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor (art. 333, I, do CPC). - 2. A guarda do menor decorre da necessidade concreta de ser prestada a ele assistência material, moral e educacional. - 3. É possível deferir-se a guarda de netos aos avós desde que estes estejam, de fato, prestando a assistência nas modalidades mencionadas. - 4. Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR, QUE NEGAVA PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2003. - *Lamberto Sant'Anna* - Relator para o acórdão. - *Caetano Levi Lopes* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Os apelados L.U.O. e M.C.O., na qualidade de avós maternos dos menores A.O.C. e R.O.C. aforaram esta ação de guarda. Aduziram que os menores são filhos de O.R.J. e K.O.C. Acrescentaram que estão com a guarda de fato dos netos desde que nasceram e a guarda de direito está com a genitora. Os pais são judicialmente separados. A pretensão foi acolhida na r. sentença de fls. 22/23.

O apelante, atuando *custos legis*, recorreu afirmando que inexiste prova no sentido de que os menores estejam sob os cuidados dos recorridos.

O digno Julgador de primeiro grau determinou a realização de estudo social. Foi então elaborada a peça técnica de fls. 19/20 firmada por assistente social. A signatária do laudo informou que os avós é quem paga as despesas dos menores, inclusive escola particular, e tanto eles quanto a genitora residem com os apelados. Acrescentou que o genitor não se faz presente e os menores "... *têm muito apego ao avô materno...*" (fl. 19). Informou, ainda, que os avós são aposentados e "... *hoje, ambos têm dedicação exclusiva aos netos...*" (fl. 19) e já são guardiães de outro neto, G.R.O., com seis anos de idade. Estes os fatos.

Em relação ao direito, dispõe o art. 333, I, do CPC, que ao autor incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito.

Bem a propósito, eis a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES nas Instituições de *Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 1999, v. III, p. 342:

"*Como os fatos aduzidos pelo autor são os elementos constitutivos do pedido que deduziu em juízo, cabe-lhe o ônus de provar esses fatos para que sua pretensão seja acolhida e julgada procedente*".

Aqui, sem dúvida, o ônus foi desempenhado, e o laudo da assistente

social comprova a existência de efetiva assistência aos menores por parte dos apelados.

Por outro norte, sabe-se que o instituto da guarda de menor objetiva prestar amparo a ele, e este envolve assistência material, moral e educacional nos exatos termos do art. 33 da Lei nº 8.069, de 1990.

O importante é o bem-estar do menor, e este interesse maior leva a ser possível o deferimento de guarda para os avós, conforme decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte:

"*Guarda. Criança. Pretensão manifestada pelo avô da menor, com todos os efeitos dela decorrentes, inclusive previdenciários. Admissibilidade se o progenitor já é o guardião de fato da infante e comprovada a existência de dependência econômica. Inteligência do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90.*

Ementa da redação: Comprovada a existência de dependência econômica da criança em relação ao seu avô, guardião de fato, nada impede que lhe seja concedida a guarda do menor, com todos os efeitos dela decorrentes, inclusive previdenciários, conforme previsto no art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90" (ac. na Ap. 97.000248-3, 2ª Câmara, Rel. Des. Osvaldo Cruz, j. em 17.09.1999, *in RT*, 773/347).

Logo, sem sombra de dúvida, o digno Sentenciante julgou com acerto, e a sentença merece integral confirmação.

Com estes fundamentos, nego provimento à apelação.

Sem custas.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - Peço vênia ao eminente Relator para dele divergir, pois entendo que o deferimento da guarda de menores aos avós, no caso dos autos, não atende à situação excepcional, pretendida no art. 33, § 2º, do ECA.

É que o próprio parecer da assistente social judicial informa: "*O objetivo da guarda dos menores aos avós maternos é para assegurar-lhes a dependência junto ao plano de saúde da avó materna - Ipsemg*" (fl. 20).

Ora, a dependência para fins previdenciário não pode ser vista como causa para a concessão da guarda, sobretudo, porque o País vem passando por reformas que visam desinchar o sistema previdenciário, evitando situação como a pretendida pelos recorridos, em que os menores estariam dependentes do sistema até completar a maioridade, com flagrante sucessão de benefício indevida.

Com efeito, o STJ tem decidido reiteradamente: "*a conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do ECA (art. 33,§ 2º), o deferimento da guarda a avós*" (REsp 82.474/RJ, *DJ* de 29.09.97, p. 48.180 e REsp 94.369/RJ, *DJ* de 25.02.98, p. 068, entre outros).

Assim dispôs o Min. Waldemar Zveiter no REsp 97.069-MG, citando decisão do Des. Monteiro de Barros:

"*Não há amparo legal para a concessão de guarda de menor, a fim de que possa valer-se dos benefícios previdenciários do avô, para tratamento de saúde, pois esta finalidade não está contemplada na Lei nº 8.069/90. O gozo da condição de dependente do guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário, é conseqüência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão*" (*DJU* de 01.09.97).

Lado outro, não se pode admitir que a falta de condições econômicas dos pais, por si só, enseje a "*perda ou suspensão do pátrio poder*" (art. 23 do ECA).

Concessa venia, o deferimento da guarda dos menores aos recorridos levaria à destituição do poder de família, *in casu*, tão-somente pela carência de recursos materiais dos pais das crianças.

Dessa forma, tenho que não é possível a concessão da guarda dos menores aos recorridos, com a conseqüente destituição do poder de família dos pais, tão-somente para que seja concedido às crianças gozarem dos benefícios previdenciário dos apelantes, como seus dependentes.

Pelo exposto, com renovada vênia do eminente Relator, dou provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - Acompanho o Revisor, no sentido de dar provimento.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR, QUE NEGAVA PROVIMENTO.

-:::-

PETIÇÃO INICIAL - AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO - INÉPCIA - LEI EM TESE - APRECIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE

- Considerar-se-á inepta a inicial que não oferece nenhum elemento concreto para que o Poder Judiciário possa agir e atender ao interesse das partes.

- Não compete ao Poder Judiciário a interpretação de lei em tese.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.657-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO E ANULAR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Ernane Fidélis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Não há a menor dúvida de que a sentença é nula, já que tratou, desde o relatório, até à conclusão final, de matéria completamente estranha ao processo, pois, em nenhum momento, se questionou a respeito de gratificação por dedicação exclusiva, e, tampouco, gratificações com base nas leis que cita a decisão. No entanto, a preliminar de inépcia da inicial, para efeito de economia processual, pode antes ser enfrentada.

Antes de mais nada, não vejo nenhuma relevância na alteração de nomenclatura de cargo em documentos do Município, quando se sabe que nenhuma vantagem existe em afirmar ser o funcionário aposentado diretor ou professor.

Também não vejo inépcia no simples fato de se falar em obrigação de fazer, quando se reclama realmente obrigação de pagar quantia certa. O erro é de pura técnica, ou, talvez, até de ingenuidade, quando se pensa como mais favorável forma de prestação que, em suma, não condiz com a obrigação. Erro, contudo, que, com as devidas adaptações, conduz ao aproveitamento do próprio pedido.

A petição, todavia, é realmente de manifesta inépcia e merecia indeferimento de plano, mesmo para não prejudicar as apelantes.

De início é de se observar que, muito embora pareçam ter interesse na definição das questões propostas, não há nenhuma informação da situação particular de cada uma das autoras, que, apenas genericamente, se dizem prejudicadas por interpretação errônea de lei.

No relato dos fatos, as apeladas fizeram afirmação de que o Município lhes havia cortado uma gratificação, mas se limitaram a fazer indicação de leis, sem a mínima referência dos respectivos enquadramentos e das conseqüências respectivas.

Não compete ao Poder Judiciário a interpretação da lei em tese. Neste caso, a sugestão apresentada, de se requerer do juiz o cotejamento das leis respectivas, simplesmente para afirmar qual deve ser seu exato sentido, não haverá qualquer solução de caso concreto, se não se observar a hipótese fática relatada com precisão.

Além do mais, o rosário de súplicas não guarda a mínima relação do que, genericamente, se relata, já que não há nenhuma alegação concreta e objetiva de reajustes por índices inflacionários e nem especificação das diferenças possíveis para cada uma das apeladas, quando a própria lei indica hipóteses variadas conforme a classificação de cada caso em particular. Basta observar que, no art. 7°, § 2°, da citada

Lei 7.235/95 (fls. 05), há diversas posições para servidores de acordo com o respectivo enquadramento.

Deve-se observar que, infelizmente, no cômputo geral, a inicial não oferece nenhum elemento concreto para que o Poder Judiciário possa agir e atender ao interesse de cada uma das apelantes, sendo, pois, de se considerar inepta a inicial, pelo que, nesses termos, *dou provimento* ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência, isentas as apeladas por estarem sob o pálio da assistência judiciária.

É o meu voto.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E ANULARAM O PROCESSO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXAS MUNICIPAIS - IMPEDIMENTO DA COBRANÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - AUSÊNCIA DE INTERESSES DIFUSOS OU COLETIVOS

- Carece ao Ministério Público legitimidade ativa para propositura de ação civil pública visando impedir a cobrança de taxas pelo município, pois as relações tributárias não podem ser qualificadas como interesses difusos ou coletivos, a que se refere o art. 129, III, da CF.

APELAÇÃO CÍVEL N° 313.941-7/00 - Comarca de Andradas - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Ação civil pública - Cobrança de taxas pelo município - Ilegitimidade do Ministério Público - Ausência de interesse difuso a ser protegido. - O Ministério Público é parte ilegítima para a propositura de ação civil pública, visando impedir a cobrança de taxas pela municipalidade, ante a falta de interesse difuso a ser protegido, nos termos do que estabelece o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Improvimento do recurso que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Ascendem os autos do processo a este Tribunal pela interposição de recurso de apelação, contra a sentença de fls. 131/134, que julgou o autor carecedor da ação por ilegitimidade ativa *ad causam* e, por conseguinte, julgou extinto o processo com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público apresentou recurso de apelação, batendo-se pela reforma da sentença monocrática, alegando, em síntese, "*que a ação foi instruída com fartas decisões jurisprudenciais entendendo que o RMP é legítimo para a propositura deste tipo de ação*".

Conhece-se do recurso por ser próprio, tempestivo, regularmente processado.

Sem razão o órgão apelante.

Carece ao Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública visando impedir que determinado município efetue a cobrança de tributos, quais sejam, taxas de conservação de pavimento, limpeza pública, coleta de lixo, conservação de rede de esgoto e taxa de expediente, pois as relações tributárias não podem ser qualificadas como de interesses difusos ou coletivos, requisitos necessários para agilização deste tipo de ação por parte do Ministério Público.

Outro não tem sido o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *verbis*:

Apelação Cível nº 144.153-4 - Órgão julgador: 1ª Câmara Cível - Data da publicação: 18.04.2000 - Relator Des. Garcia Leão:

"*O Ministério Público tem competência para, na ação civil pública, questionar* incidenter tantum *constitucionalidade de taxa, desde que use a via processual adequada para fulminar a validade de lei municipal dita inconstitucional e desde que o questionamento diga respeito à norma da CF via da Constituição Estadual, é a ADIN junto ao TJ, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário junto ao STF. - V.v.: - Taxa - Iluminação pública - Ação civil pública - Interposição pelo Ministério Público com o intuito de impedir que o município efetue a cobrança - Inadmissibilidade - Ilegitimidade ativa - Ausência de interesses difusos e coletivos nas relações tributárias. - O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o intuito de impedir que a municipalidade efetue a cobrança de taxa de iluminação pública, pois as relações tributárias não podem ser qualificadas como de interesses difusos ou coletivos*".

Na mesma senda se encontra o voto proferido na Apelação Cível nº 162.717-3 - Órgão julgador: 4ª Câmara Cível - Data da publicação: 13.04.2000 - Relator Des. Bady Curi:

"*A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte - categorias afins, mas distintas*".

Com efeito, o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para promover ação civil pública, no intuito de proteger interesses difusos e coletivos, o que não é o caso dos autos, dado que não existe interesse difuso na cobrança das taxas, por ser um serviço público, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Tem-se, portanto, que o direito discutido ou debatido na "ação civil" é homogêneo, mas é perfeitamente individualizado na pessoa de cada contribuinte, que não se confunde, por certo, com a figura do consumidor protegido ou amparado pelo Codecon.

Com estas razões, nega-se provimento à apelação, mantendo na íntegra a sentença de primeiro grau de jurisdição.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - NOTIFICAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO - LIMITE DE IDADE - CARGO PÚBLICO - ACESSO - EXIGÊNCIA DE CONDIÇÕES PRESCINDÍVEIS PARA O SEU EXERCÍCIO - IRRAZOABILIDADE - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

- A autoridade coatora no mandado de segurança é simples substituta processual do ente público ou sua representante. Assim, se quem tem tal qualidade é devidamente notificado e responde ao pedido, dispensável é a presença de outra autoridade, mormente quando não se trata da real executora do ato.

- A exigência de condições que restringem o acesso a cargo público, como é o caso da imposição de limite de idade, se revelará irrazoável e contrária ao princípio constitucional da igualdade, quando não se apresentar necessária ao exercício da função.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 314.062-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls.,

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Ernane Fidélis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Preliminares levantadas pelo PJ:

Entendo que a autoridade coatora no mandado de segurança é simples substituta processual do ente público, ou, pelo menos, sua representante. Neste caso, se quem tem tal qualidade é devidamente notificado e responde o pedido, dispensável é a presença de outra autoridade, mormente quando não se trata da real executora do ato. Daí, não haver necessidade da notificação do Secretário de Segurança e, tampouco, deslocar-se a competência para este Tribunal, pelo que rejeito a preliminar levantada pelo Ministério Público.

Mérito.

Vigorando o princípio da igualdade, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (art.37, I, da CF).

Verdade é que, no comum, é possível que se criem restrições ao acesso a cargos públicos especificados, desde que se apresentem como condições necessárias ao exercício da função. A própria lei, no entanto, viola o princípio constitucional da igualdade, se, restringindo, desvia de seus fins, prevendo exigências que não se justificam para as atividades a que o cargo ou serviço se destinam. É como doutrina GOMES CANOTILHO: "*A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei*" (*Direito Constitucional*, 5ª ed., Almedina, p. 628).

No caso dos autos, todavia, nem tanto em homenagem ao princípio da igualdade, mas, sobretudo, pela própria compreensão da lei que admite o exercício do cargo por pessoa com idade superior à da restrição, quando excepciona funcionários públicos do Estado de Minas Gerais, é de se observar que a idade a ele não se põe como empecilho. Aliás, esta é a decisão do Supremo Tribunal Federal: "*Concurso público. Limite de idade para a inscrição. - O plenário desta Corte, ao julgar os recursos nos Mandados de Segurança 21.033 e 21.046, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX, e 39, § 2º, da Constituição Federal, impor limite de idade para a inscrição em concurso público. No caso, a lei em causa - Lei nº 6.334, de 31 de maio de 1976 - dispensa do limite de idade nela previsto os candidatos que já sejam servidores públicos, o que demonstra, à evidência, que a limitação não é devida à natureza das atribuições dos cargos a cujo preenchimento se destina o concurso. Recurso extraordinário não conhecido*" (RE 157.863-DF, em 31.08.93 - Rel. Min. Moreira Alves, *in RTJ*, 152, p. 292).

Com tais considerações, concluindo pela irrazoabilidade da exigência que fere diretamente o princípio constitucional de livre acesso aos cargos públicos, mantenho a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pelo Estado de Minas Gerais.

É o meu voto.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

LICITAÇÃO - EDITAL - SERVIÇOS DE *TELEMARKETING* - EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA NO SETOR ENERGÉTICO - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - VIOLAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- O princípio da igualdade como regente dos procedimentos inerentes às licitações tem o objetivo de propiciar garantia individual contra perseguições e de tolher favoritismos. Assim, é discriminatória e, por conseqüência, ilegal a previsão de pontuação, em edital de concorrência pública, para as empresas do ramo de *telemarketing* que tenham experiência comprovada no setor de energia elétrica, pois as empresas especializadas no serviço de *call center* encontram-se plenamente capazes de cumprir o objeto do certame, independentemente do conhecimento técnico específico no setor energético.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 314.725-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa: Constitucional e Administrativo - Licitação - Edital - Comprovação de experiência - Setor energético - Prestação de serviços de *telemarketing* - Pontuação - Princípio da isonomia - Violação - Impossibilidade. - A exigência, prevista em edital de licitação, de comprovação de experiência no setor energético, para fins de prestação de serviços de *telemarketing*, com atribuição de pontuação aos licitantes que preencham tal requisito, fere o princípio da isonomia, uma vez inexistente a correlação lógica entre o fator discriminante - comprovação de experiência no setor de energia elétrica - e as razões de sua

ocorrência - prestação de serviços de *call center* (*telemarketing*).

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por ACS Algar Call Center Service S.A. em face de ato do Presidente da Comissão de Licitação da Cemig-Companhia Energética de Minas Gerais, por via do qual se insurge contra o Edital da Concorrência Pública MS/AS/OS 2003, cujo objeto é o fornecimento de serviços de *telemarketing*, por ter estabelecido critério de pontuação diferenciado para as empresas que comprovassem experiência na prestação de serviço para o setor elétrico, violando os princípios da legalidade, isonomia e competitividade, posto que o tipo de serviço licitado não pode ser caracterizado como de alta complexidade, observado o disposto no art. 30, § 1°, da Lei 8.666/93.

A sentença de fls. 287/292-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, concedeu a segurança requerida, declarando nulo o subitem 2.3.1.3 do item 2.3.1 - Qualidade, item 2 da Proposta Técnica - Envelope 2 da Seção IV, bem como seu critério de pontuação técnica do Anexo III do Edital de Concorrência Pública MS/AS/OS 2003 da Cemig, sob o fundamento de que "*desse modo, tenho por abusiva e ilegal a concessão de pontos somente para os licitantes que comprovem a prestação de serviços de* call center *para companhias elétricas, primeiro por não possuir o serviço natureza tão complexa a justificar tão restrita exigência, ferindo, assim, o princípio da isonomia e, em segundo lugar, por atentar contra o princípio da mínima restrição possível, haja vista não possuir o administrador discricionariedade absoluta*" (*litteris*, fls. 292-TJ).

Inconformada, apela a Autoridade Impetrada, sustentando preliminar de ausência de direito líquido e certo da impetrante, por não ter demonstrado que o critério impugnado a impedia de continuar no certame e, no mérito, aduz que os parâmetros de pontuação apostos no edital são objetivos e direcionados para a aferição, pela Administração, da empresa que tem condições de desempenhar melhor as atividades de *call center* voltadas para o segmento de distribuição de energia elétrica, de forma a prestar serviço cada vez mais seguro e eficiente, pelo

que não malfere os princípios da legalidade e igualdade, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 295/301-TJ.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

A preliminar de inexistência de direito líquido e certo a amparar o direito da impetrante, conforme sustenta a Autoridade Impetrada, ora apelante, não merece prevalecer, posto que, se se discute a legalidade ou não da inclusão de critérios de pontuação no certame, do qual participa a empresa-impetrante, capazes de afetar-lhe a classificação, dúvida não há de que é a existência de seu suposto direito certa e delimitada, capaz de ser exercido no momento da impetração e comprovado de plano, dando ensejo à impetração do remédio constitucional.

Rejeito, pois, a preliminar.

Circa meritum causae, por oportuno, entendo pertinente a reprodução do item guerreado, inserido no edital de concorrência pública da Cemig, nos termos adiante aduzidos, *verbis*:

"*2.3.1.3 Comprovação de experiência na prestação dos serviços de* telemarketing *receptivo para o setor elétrico, através de atestado de qualidade na prestação dos serviços, emitido por uma empresa distribuidora de energia elétrica, registrada na Abradee-Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (www.abradee.com.br)*" (*litteris*, fls. 50-TJ).

A comprovação da experiência na prestação dos serviços de *telemarketing* é apta, portanto, a conferir pontuação diferenciada em relação aos demais licitantes não detentores de tal prerrogativa, quebrando-lhes a isonomia ou a disputa em condições de igualdade.

Nesse passo, entendo pertinente mencionar estudo realizado pelo Mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca da significação e aplicação do princípio constitucional da igualdade, previsto no *caput* do art. 5° da Constituição da República, entendendo-se que o alcance deste princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, traduzido na interpretação literal de que "*todos são iguais perante a lei*", mas, sobretudo, que a lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia (*in Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros Editores, 6ª ed., São Paulo, 1999).

A igualdade, pois, é norma voltada tanto para o aplicador da lei quanto para o próprio legislador, vez que não só diante da aplicabilidade efetiva da norma que se nivelam os indivíduos, mas, sobretudo, quando de sua própria constituição material é que se deve observar o tratamento equânime dispensado a todas as pessoas.

Assim, o conteúdo político-ideológico do princípio da igualdade

resume-se no fato de que a lei não deve ser fonte de privilégios e perseguições, mas importante instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.

Importa observar que, embora bastante usual e procedente a notória afirmação de Aristóteles, segundo o qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, é a mesma insuficiente para se chegar à noção clara do conteúdo do princípio da igualdade. A insuficiência se dá em virtude da inevitável pergunta que aflora à mente: Quem seriam os iguais e quem seriam os desiguais? Qual o critério legitimamente utilizado que autoriza distinguir as pessoas em grupos de iguais e grupos de desiguais?

É preciso ainda indagar: quais as discriminações juridicamente intoleráveis? Vejam-se as seguintes considerações de HANS KELSEN, *verbis*:

"*A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expendidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres*" (*in Teoria Pura do Direito*, Paris, 1962, p. 190).

Certamente, há diferenças óbvias entre as pessoas, as quais, entretanto, não poderiam ser consideradas em quaisquer casos, como critérios válidos distintamente, para fins de tratamentos jurídicos díspares.

Para o cumprimento do princípio da isonomia, segundo apregoa a Constituição da República, o fator discriminante, só por si, não é suficiente para estabelecer um parâmetro. O essencial é que seja observado o discrímen juntamente com sua razão, a fim de se averiguar a existência legítima ou não do direito.

Conforme se observou, a função própria da lei reside exatamente em dispensar tratamentos desiguais às pessoas, ou seja, uma vez discriminadas as situações, as pessoas são colhidas por regimes diferentes, donde a algumas são deferidos determinados direitos e deveres que não o são a outras, por não fazerem parte da mesma categoria. Exemplos de tratamentos desuniformes são o tratamento atinente às sociedades civis e às sociedades comerciais, os direitos e deveres dos maiores e menores de 21 anos, as vantagens e sujeições dos servidores públicos não aplicáveis ao trabalhador comum e, finalmente, a aposentadoria da mulher aos 30 anos e do homem aos 35 anos.

Exsurge-nos o questionamento: quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Quais são os seus limites? O limite de idade previsto no edital de licitação para serviços de *telemarketing* é legítimo? Na resposta a esta indagação reside o real conteúdo do princípio da igualdade.

Sabe-se que há certos fatores diferenciais existentes nas pessoas que não podem ser eleitos como matriz do discrímen, por serem insuscetíveis de serem colhidos pela norma como elemento de diferenciação, sob pena de restar infringida a regra da igualdade.

Assim, de acordo com o art. 5º, *caput*, da Carta Magna, as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, idade, sexo ou convicção religiosa.

Entretanto, para averiguação de infringência ao princípio da igualdade, necessária é a conjugação do fator discriminante com a situação.

Deve-se observar que qualquer característica própria das coisas, pessoas ou situações pode ser tida como fator discriminatório pela lei, vez que não é na diferenciação que se deve buscar a agressão ao princípio da igualdade.

Aliás, nas palavras do mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO:

"*(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (...)*" (ob. cit.).

O que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas e injustificadas, vez que, exigindo igualdade, a Constituição da República assegura que os preceitos genéricos, abstratos e concretos, atinjam a todos sem especificações arbitrárias, odiosas ao Direito.

No entanto, a atribuição de pontuação a empresas do ramo que já tenham experiência estabelece preconceito gratuito, pois o fato de uma empresa prestar o serviço de *telemarketing* e não ter experiência comprovada no setor de energia elétrica não é capaz de torná-la insuscetível à concretização do objetivo da empresa tomadora do serviço.

A desequiparação estabelecida é, no mínimo, fortuita e arbitrária, desprovida, ainda, de justificação.

Com efeito, o princípio da igualdade tem o objetivo de propiciar garantia individual contra perseguições e de tolher favoritismos, com o que a lei que singulariza o destinatário está, pois, incorrendo numa dessas hipóteses, vez que corresponde à imposição de gravame ou benefício sobre um indivíduo, sem conferir aos demais, tal qual é a hipótese aqui submetida a exame.

Não tenho, pois, como legítimo, o critério estabelecido através do Edital da Concorrência Pública MS/AS/OS 2003 da Cemig, quanto à discriminação em razão da experiência no setor de energia

elétrica, pois, a meu sentir, empresa outra especializada na prestação de serviço de *telemarketing*, embora não em setor energético, encontra-se plenamente capaz de cumprir o objeto do certame, por ser o serviço, em essência, um só, qual seja, o *call center*, sem a necessidade de conhecimento técnico específico em energia elétrica.

Pertinente, também, a reprodução do entendimento do digno Magistrado sentenciante, com o qual coaduno, no sentido de que o *punctum dolens* da questão está no fato de ser ou não o serviço de *call center* de tamanha complexidade a ponto de se exigir a comprovação da prestação de serviços unicamente para companhias de energia e, nesse ponto, tenho que, como já mencionado na liminar, não se exige conhecimento técnico específico, ou de maiores dados, para se concluir pela inexistência de diferenças entre os serviços de *call center* (*sic*, fls. 290-TJ).

A meu sentir, inexiste correlação lógica entre a experiência no setor de energia elétrica e a prestação de serviço de *telemarketing*, por serem ramos independentes.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e, em reexame necessário, confirmo, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

OFICIAL DE REGISTRO - PROVENTOS - EQUIPARAÇÃO COM VENCIMENTOS DE ESCRIVÃO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO DECRETO ESTADUAL Nº 21.204/81

- O Decreto Estadual nº 21.204/81, ao estabelecer que os agentes públicos não remunerados diretamente pelo Estado (como o oficial de registro civil e de imóveis) teriam como parâmetro para o cálculo do estipêndio de contribuição os vencimentos do escrivão judicial não garantiu a equiparação dos proventos de aposentadoria daqueles com os vencimentos do escrivão judicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.091-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Oficial de registro - Equiparação dos proventos com os vencimento de escrivão do judicial (Decreto Estadual nº 21.204/81) - Impossibilidade - Improcedência do pedido. - O Decreto Estadual nº 21.204/1981, ao estabelecer que os agentes públicos, não remunerados diretamente pelo Estado (como o oficial de registro civil e de imóveis), teriam como parâmetro para o cálculo do estipêndio de contribuição os vencimentos do escrivão judicial não garantiu a equiparação dos proventos de aposentadoria daqueles com os vencimentos do escrivão judicial.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2003. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 136/141, proferida em ação ajuizada pelos apelados, aposentados na função de oficial de registro, com pedido de pagamento dos proventos de aposentadoria nos mesmos moldes dos vencimentos do cargo de escrivão judicial, acrescido do pagamento das diferenças em atraso.

O ilustre Juiz *a quo* julgou procedente os pedidos para:

"*determinar que o Estado de Minas Gerais, pague aos autores a pensão devida, em sua integralidade, ou seja na totalidade dos vencimentos que receberia percebidos pelos Escrivões Judiciais em atividade, com as vantagens pessoais, respeitada a prescrição qüinqüenal, contadas da data da citação desta ação (...).*

As parcelas deverão ser pagas de uma só vez, corrigidas monetariamente a partir da data em que devessem ser pagas, acrescidas dos juros de mora de 1% (um por cento), a partir da citação.

Condeno o réu no pagamento das custas processuais antecipadas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o montante do débito que se apurar em execução" (*sic*, fl. 141).

Inconformado, o apelante voluntário sustenta que: a sentença é nula por afrontar o disposto nos arts. 128 e 460 do CPC, decidindo questão diversa da tratada na inicial; considerando a data da aposentadoria dos apelados, houve prescrição do fundo do direito pleiteado; o valor dos proventos de aposentadoria dos apelados foi alterado com a Lei 11.660/1994; nos termos do disposto no art. 37, XIII, da Constituição Federal e do disposto no Decreto nº 21.204/1984, há impossibilidade de equiparação dos proventos dos apelados, aposentados como oficiais de registro, com os vencimentos do cargo de escrivão judicial;

"*as Leis nº10.420/91, nº 11.050/93 e, também, a Lei nº 11.660/94 estabeleceram um ajustamento de remunerações somente para fins de codificação do pagamento*"; os honorários advocatícios devem ser reduzidos.

Os apelados apresentaram contra-razões às fls. 169/183, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Conheço da remessa oficial da sentença por restar configurada a hipótese de reexame necessário, nos termos do art. 475 do CPC, bem como conheço do recurso voluntário interposto, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - nulidade da sentença.

O apelante voluntário argúi a nulidade da sentença sustentando a ocorrência de cerceamento de defesa, visto que a lide foi decidida fora dos limites em que foi proposta (arts. 128 e 460 do CPC).

Rogata venia, após analisar o conteúdo da petição inicial e contrapô-la à sentença recorrida, verifico que a nulidade aventada pelo apelante voluntário não ocorreu.

Conforme se vê às fls. 136/141, há consonância entre as razões de decidir do douto Sentenciante e a causa de pedir e pedidos deduzidos pelos autores, ora apelados, na exordial, a saber: o direito de receber proventos em razão de aposentadoria no cargo de oficial de registro nos mesmos parâmetros dos vencimentos dos ocupantes de cargo de escrivão judicial. A esse respeito, o douto Sentenciante expressamente se manifestou no seguinte sentido:

"*A partir da análise dos autos, constata-se que os autores propuseram a presente ação com escopo de revisão da sua pensão recebida junto ao Estado réu, na condição de servidor, pleiteando a equiparação do benefício previdenciário aos vencimentos dos Escrivães Judiciais da ativa. Conforme exposto acima, constata-se que, realmente, os autores têm direito de auferir o benefício previdenciário em igualdade à integralidade dos vencimentos percebidos pelos Escrivões Judiciais (...)*" (*sic*, fl. 141).

É preciso salientar que, não obstante o douto Sentenciante se tenha utilizado do termo pensão, resta claro que na hipótese dos autos se trata de proventos, e assim deve ser entendido.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Cuida-se de reexame necessário de sentença que julgou procedente o pedido dos autores, ora apelados, determinando ao apelante voluntário o pagamento dos proventos considerando o valor integral dos vencimentos pagos aos ocupantes do cargo de escrivão judicial, bem como as diferenças em atraso, observada a prescrição qüinqüenal.

De início, tem razão o douto Sentenciante, que considerou não se encontrar prescrito o direito de ação propriamente dito, isto é, o "fundo do direito", mas apenas o direito de ação relativo às diferenças dos proventos anteriores ao qüinqüênio antecedente à propositura da ação.

Com efeito, aplica-se à espécie o teor da Súmula 85 do STJ, que dispõe o seguinte:

"*Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Púbica figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação*".

In casu, não há nos autos qualquer prova da existência de ato concreto por parte do Estado de Minas Gerais que possa ser interpretado como negativa ao reconhecimento do direito que os apelados pleiteiam. A meu inteligir, *data venia*, a negativa para ser considerada hábil a ensejar a fluência do prazo prescricional deve ser expressa. Isso não ocorreu aqui, onde a Administração Pública Estadual apenas deixou de pagar aos apelados proventos com base nos vencimentos do cargo de escrivão judicial.

Quanto ao pedido dos apelados visando ao reconhecimento do direito de equiparação dos seus proventos aos vencimentos do cargo de escrivão judicial, *permissa maxima venia*, após cuidadosa análise da matéria dos autos e revendo posicionamento anterior, entendo que a sentença recorrida, neste ponto, contrariou os preceitos constitucionais e legislação infraconstitucional aplicáveis à espécie.

Dispõe o Decreto Estadual nº 21.204, de 20/02/1981:

"*Fixa a contribuição dos servidores da Justiça, não remunerados pelo Estado, para efeito de inscrição no Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg - e dá outras providências:*

(...) Art. 1º. Os servidores da Justiça, não remunerados diretamente pelo Estado, são filiados, em caráter compulsório, ao Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, observados os requisitos estatutários desta entidade.

(...) Art. 3º. A contribuição obrigatória e a taxa de assistência são fixadas, respectivamente, em 5% (cinco por cento) e 2% (dois por cento) do estipêndio de contribuição, nos termos das Leis nºs 1.195, de 23 de dezembro de 1954, 1.587, de 15 de janeiro de 1957, e 7.286, de 3 de julho de 1978.

§ 1º. O estipêndio de contribuição, observada a entrância da comarca em que for lotado o servidor, será equivalente ao nível de vencimento dos cargos de:

I - Escrivão Judicial, para os ocupantes dos cargos de Escrivão, Tabelião, Oficial de Público, Distribuidor, Contador, Partidor, Depositário Público e Tesoureiro".

A meu inteligir, *rogata venia*, o dispositivo normativo destacado acima, ao estabelecer que os agentes públicos, não remunerados diretamente pelo Estado (como o oficial de registro civil e de imóveis), teriam como parâmetro para o cálculo do estipêndio de contribuição os vencimentos do escrivão judicial não garantiu a equiparação dos proventos de aposentadoria daqueles com os vencimentos do escrivão judicial.

Com efeito, não havendo previsão expressa autorizando a equiparação dos proventos do oficial de registro com os vencimentos do escrivão judicial, resta desautorizada a conclusão de que esse cargo ou função de referência possa servir de parâmetro para o cálculo dos proventos dos autores, ora apelados.

Acresça-se a isso que a equiparação pretendida pelos autores, ora apelados, contraria o disposto no art. 37, XIII, da Constituição Federal, que "*veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público*".

Pelo teor do decreto supracitado, a conclusão a que se chega é a de que a fixação dos vencimentos do escrivão judicial como parâmetro do estipêndio de contribuição dos oficiais de registro tinha por finalidade, apenas, garantir ao mesmo e aos seus dependentes os benefícios de assistência social, principalmente médico-hospitalar, prestados pelo Ipsemg.

A esse respeito, permito-me destacar, aqui, parte dos pertinentes fundamentos constante da sentença proferida nos Autos do Processo nº 663.759-5/02 pelo culto e operoso Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, com cujo entendimento compartilho e integro à presente fundamentação:

"*Insta acentuar que a base de cálculo para a contribuição se deveu ao fato de que a autora não possuía vínculo estatutário com o Estado, sendo delegatária de serviço público, portanto, não remunerada pelos cofres públicos, ou seja, não recebia vencimentos. Daí o porquê do Estado tomar como base de cálculo o estipêndio do escrivão. Entretanto, não há, por vedação constitucional, como equiparar os proventos da autora com os vencimentos do escrivão.*

Isto porque a Constituição proíbe a equiparação de vencimentos para cargos diferentes, na medida em que equiparar é tornar igual o que é desigual. É o que ocorre no presente caso. Dispõe a norma constitucional:

'Art. 37. (...)

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º'.

Dar provimento à pretensão dos autores é malferir o artigo 40, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal. Isso porque o que se garante aos requerentes é a aposentadoria no mesmo valor que recebe um oficial de registro público, e não um escrivão judicial. O servidor quando é aposentado tem direito de receber, a título de proventos, o mesmo valor dos vencimentos que recebia quando estava na atividade. Desse modo, a aposentada tem o direito de receber a mesma quantia.

Ocorre que eles eram agentes delegados, portanto, não eram servidores públicos e não possuíam vínculo profissional com o Estado. Assim, o raciocínio do parágrafo anterior, no que se refere à simetria entre vencimentos e proventos, não existe. Porém, por força do Decreto Estadual nº 21.204/81, tais agentes delegados, denominados 'servidores da Justiça não remunerados pelo Estado', passaram a ser filiados ao Ipsemg. A pergunta que se faz é: para que esta filiação? Responde-se: para atender ao disposto na Constituição do Estado, já revogada, mais precisamente a norma inserta em seu artigo 225:

'Art. 225. Ficam assegurados aos servidores da Justiça, não remunerados pelo Estado, os benefícios a que tem direito o funcionalismo público no Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, observados os requisitos estatutários da entidade'.

Assim, percebe-se que esta contribuição era destinada ao recebimento de pensão para os dependentes do agente de assistência social, porque o Ipsemg, pela Lei 9.380/87, é quem paga a pensão aos beneficiários do servidor público civil do Estado.

O fato de os ex-servidores não terem vínculo profissional com o Estado faz com que a interpretação dada até então pelo Poder Judiciário em relação ao princípio da igualdade inserto no art. 40, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal, não possa ser a mesma, pois a situação é diferente.

Resta a questão da retributividade, isto é, o argumento de que se contribuíam com base de cálculo do estipêndio contribuição do escrivão judicial, a aposentadoria deveria ser igual à do vencimento deste cargo. As decisões judiciais no sentido de pagar a aposentadoria integral nunca tiveram como fundamento o princípio da retributividade, pois, com base neste, não haveria como os inativos receberem a integralidade da aposentadoria, portanto, este argumento não serve para o caso".

Desse modo, diante da ausência de previsão legal (constitucional e infraconstitucional) autorizando a equiparação dos proventos dos agentes públicos aposentados na função de oficial de registro aos vencimentos dos ocupantes do cargo de escrivão judicial, impõe-se reconhecer a improcedência dos pedidos deduzidos na exordial.

Os autores, ora apelados, devem arcar com as custas processuais e honorários advocatícios de R$2.000,00, cuja exigibilidade do pagamento restará suspensa nos termos da Lei 1.060/1950.

Com essas considerações, no reexame necessário, reformo a sentença, nestes termos. Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

MULTA DE TRÂNSITO - RADAR - AUTO DE INFRAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DO ART. 2º, II, DA RESOLUÇÃO Nº 23/98 DO CONTRAN - INVALIDAÇÃO - SUPOSTO INFRATOR - GARANTIA DE INSURGIR-SE CONTRA A MULTA NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIÁRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- A prévia autorização do Inmetro ou entidade por ele credenciada e a data de aferição de equipamento eletrônico utilizado para conferir o excesso de velocidade de veículos devem ser consignadas no auto de infração de trânsito sob pena de sua invalidação, em conformidade com o inciso II do art. 2º da Resolução nº 23/98 do Contran.

- Compete aos órgãos rodoviários dos municípios dispor sobre a instalação e operacionalização de radares nas vias de sua circunscrição.

- A aplicação de multa por excesso de velocidade, flagrada por aparelho eletrônico, não afronta o princípio da ampla defesa, na medida em que é assegurada ao suposto infrator a oportunidade de insurgir-se contra o ato reputado inválido nas esferas administrativa e judiciária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.957-1/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Administrativo - Multa de trânsito - Radar - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Aferição pelo Inmetro - Necessidade - Nulidade do auto de infração. - Aplicação de multa por excesso de velocidade, flagrada por aparelho eletrônico, não fere o princípio da ampla defesa, na medida em que, sendo o suposto infrator regularmente notificado, tem a oportunidade de insurgir-se através da via administrativa e também se socorrer do Poder Judiciário. A data de aferição do radar pelo Inmetro é elemento essencial do auto de infração, sob pena de nulidade absoluta.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de recurso voluntário interposto contra a r. sentença de fls. 33/34, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda, Falência, Concordata e Registro Público da Comarca de Contagem que, em ação anulatória fiscal c/c repetição de indébito ajuizada por Felicíssima França em face do Município de Contagem, julgou improcedente o pedido da autora, mantendo íntegras as penalidades a ela impostas devido ao cometimento de infrações de trânsito.

Irresignada, a requerente apelou, sustentando, em síntese, violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, bem como ausência de substrato legal para a autuação por intermédio de radares.

Contra-razões às fls. 45/47.

Conheço do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, Felicíssima França propôs a presente ação em desfavor do Município de Contagem, objetivando a anulação de multas de trânsito a ela aplicadas e conseqüente repetição de indébito.

A decisão objurgada está a merecer reparos, senão vejamos.

Aduz a recorrente que a regulamentação das notificações oriundas de aparelhos eletrônicos é, enquanto não editada lei complementar, de alçada exclusiva da União, nos termos do art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal.

Ab initio, saliente-se que não foi apontada nenhuma legislação municipal ou estadual que, por acaso, tenha tratado da matéria. A mais, a disciplina legal dos instrumentos medidores de velocidade diz respeito ao Sistema Nacional de Trânsito, do qual, *ex vi* o art. 7º do CTB, é órgão integrante o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), competente para "*estabelecer as normas regulamentares referidas neste código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito*" (art. 12, inc. I, do mesmo diploma legal c/c Decreto nº 2.327/1997).

Seguindo comando legal, o Contran, através das Resoluções nºs 23/98 e 79/98, normatizou a utilização dos radares, cabendo aos órgãos rodoviários dos municípios (*in casu*, a Transcon) cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito (art. 21, incisos I, III e VI, da Lei nº 9.503/97 c/c art. 3º da Resolução nº

23/98, este com a seguinte redação: "*A autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via disporá sobre a instalação e operação dos instrumentos*").

Dessa forma, não há falar em afronta ao art. 22 da CRF/88, posto que fora a própria União, através do Contran, coordenador do Sistema Nacional de Trânsito, *órgão* máximo normativo e consultivo, *vinculado* ao Ministério da Justiça (art. 1° do Dec. 2.327/97 c/c art. 7°, I, do CTB).

Em abono ao que até aqui foi versado, trago à baila os seguintes julgados:

"*Ementa: Mandado de segurança - Infração de trânsito - Excesso de velocidade registrada por radar - Incompetência das autoridades impetradas para o excesso do poder de polícia - Inadmissibilidade.*

- Em matéria de trânsito, o município possui competência legislativa suplementar (artigo 30 da Constituição Federal). Existência de previsão legal para que o município exerça o poder de polícia (artigo 104 do CNT e artigos 34 e 37 do RCNT). A utilização do sistema de radares foi autorizada por resolução do Contran, ficando demonstrado que o equipamento utilizado atende aos requisitos técnicos estabelecidos.

- Inocorrência de cerceamento de defesa. A anulação da contratação da empresa para instalação dos radares deve ser buscada em ação própria. Recurso não provido" (Apelação Cível n° 26.713-5, 7ª Câmara de Direito Público do TJSP, Campinas, Rel. Des. Albano Nogueira. j. em 14.10.1998. Cf. *JUIS, CD-ROM* n. 24, 2° trimestre 2001).

"*Ementa: Mandado de segurança - Multa de trânsito - Excesso de velocidade na via pública urbana - Infração penalizada pelo Código Nacional de Trânsito - Delegação legislativa ao município para fiscalizar e autuar os infratores, quando em vias urbanas - Competência, pois, do município para instalar o sistema eletrônico de vigilância (radar) - Legalidade e validade da autuação pelo órgão de fiscalização municipal - Uso de cinto de segurança - Exigência da lei municipal - Competência derivada diretamente do seu poder constitucional de legislar sobre matéria de interesse local, assim caracterizada a prevenção de acidentes automobilísticos fatais, nos limites do município - Artigo 30, I, da Constituição Federal - Inconstitucionalidade afastada - Interesse da impetrante, em face da lei municipal que obriga o uso do cinto de segurança - Carência afastada, denegada, porém, a segurança - Honorários de advogado - Condenação incabível na ação mandamental - Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal - Recurso parcialmente provido*" (Apelação Cível n. 9.451-5 - Campinas - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 11.02.98 - v.u.).

"*Ementa: Mandado de segurança - Concedido - Pretensão de declaração de nulidade das multas, ao argumento de terem sido expedidas por autoridade incompetente, registradas por aparelho inidôneo (radar), pretendendo não mais ser autuado por esse meio de fiscalização - Legalidade e constitucionalidade da lei paulista que firmou convênios com os municípios afirmada pela Suprema Corte; legitimidade do auto de infração por excesso de velocidade, registrada por 'radares', quando fotografado, inequivocadamente, o veículo e, regularmente notificado o infrator da imposição da multa - Recursos oficial e voluntário, providos, para denegar a segurança*" (Apelação Cível n° 98.338-5 - Sorocaba - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Vanderci Álvares - 08.02.00 - v.u.).

Quanto à propalada violação ao princípio da ampla defesa, razão não assiste à demandante, a qual teve oportunidade de se insurgir contra o ato, reputado inválido, na esfera administrativa e também, como ora o faz, na seara do Judiciário, perfazendo a dupla subjetividade ativa da invalidação de atos administrativos.

Nesse sentido:

"*Ementa: Ação ordinária de anulação de multa - Cerceamento de defesa - Inexistência de processo administrativo - Inocorrência. Sentença que se confirma*" (TJ/MG, Apelação Cível n° 272.972-1/00. Rel. Des. Hugo Bengtsson. Publicado no *DJ* do dia 20.12.2002).

"*Ementa: Direito Público não especificado. Infração de trânsito. Desconstituição de multa. Direito de defesa. - O julgamento da consistência do auto de infração, preconizado no art. 281 da Lei 9.503/97, relacionado com os aspectos formais do ato, não reclama o direito de prévia defesa e do contraditório, no rito próprio da lei de trânsito. Direito de defesa, sob a denominação de recurso, exercido a partir da notificação, independente do pagamento da multa, cujo vencimento visa a permitir o pagamento com o benefício da antecipação. Pressupostos para a tutela antecipada não presentes. Agravo improvido*" (7 fls.) (Agravo de instrumento n° 70003000874, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 27.09.01).

Prosseguindo, assevera a autora que o radar eletrônico não pode julgar nem sentenciar, poder restrito ao Estado, sob pena de subversão ao devido processo legal.

Ocorre, entretanto, que o instrumento utilizado é apenas um meio de que se vale a Administração para controlar o trânsito, flagrando agentes que transitam em desalinho com a velocidade máxima permitida, colocando em risco a incolumidade pública. Veja-se o art. 1° da Resolução n° 23/98:

"*Art. 1°. Definir que Instrumento de Medição de Velocidade de Operação Autônoma é aquele que registra e disponibiliza as informações de forma adequada,* dispensando a presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito no local da infração, viabilizando a comprovação da infração" (grifamos).

Outrossim, admitir o argumento de que se faz necessária a presença de um agente público em cada radar, vulgo pardal, seria inviabilizar o controle do tráfego, configurando verdadeira negação ao poder de polícia.

Resta, por fim, tecer algumas considerações sobre eventual irregularidade formal do auto de infração (AIT), que, como salientado pela requerente, não mencionou a validade da aferição do radar, nem o número de certificado do Inmetro.

É cediço que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é extremamente rigoroso para condutores e proprietários de veículos, mas também impõe obrigações para as autoridades do Sistema Nacional de Trânsito. Assim é que, em seu art. 280 c/c Resolução nº 01/98 do Contran, foram estabelecidos, como medida de segurança jurídica, diversos requisitos para a emissão do AIT. Impende observar que dito rol é meramente exemplificativo, como o faz crer a parte final do art. 280, inc. III ("... *e outros elementos julgados necessários à sua identificação*").

Por outro norte, o art. 2º da Resolução nº 23/98 dispõe:

"*Art. 2º. Os requisitos básicos necessários para a instalação dos Instrumentos de Medição de Velocidade de Operação Autônoma são:*

I - estar aprovado e certificado pelo Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualificação ou entidade por ele credenciada, atendendo aos requisitos técnicos estabelecidos pelo Contran e legislação metrológica em vigor;

II - passar por verificação anual do Inmetro ou entidade por ele credenciada, ou quando for observada alguma irregularidade no seu funcionamento ou após sofrer manutenção;

III - estar dotado de dispositivo que registre, de forma clara e inequívoca, as seguintes informações:

a) identificação do equipamento;

b) data, local e hora da infração;

c) identificação do veículo:

1. placa;

2. marca/modelo.

d) a velocidade regulamentada e a velocidade do veículo".

Como se percebe, para a utilização de radares, inafastável a prévia autorização do Inmetro (ou entidade por ele credenciada), bem como sua anual aferição, devendo, por conseguinte, haver referência a estas exigências no AIT.

No caso sob testilha, verifico o cumprimento ao fixado no art. 2º, inc. I, da resolução retro, haja vista a existência do lacre do Inmetro nos dois instrumentos eletrônicos (fls. 08 e 09). Todavia, ausente a data da última aferição dos radares, pelo que impossível a

verificação se atendido o comando legal. *Concessa maxima venia*, não vejo como sustentar o argumento trazido a lume pelo i. Sentenciante de que tal omissão é suprida pela presunção *iuris tantum* de veracidade. Competia ao recorrido demonstrar o atendimento ao art. 2º, II, da Resolução nº 23/98, o que inocorreu. Raciocinar de outro modo acabaria por obrigar o administrado à produção de prova negativa (ou mesmo diabólica), o que, como sabido, é refutado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse toar:

"*Ementa: Administrativo. Multa. Trânsito. Controlador eletrônico. Indicação no auto de infração. Comprovação de homologação. Art. 1º da Resolução 01/98 do Contran. - Havendo alegação de ausência de homologação pelo Contran e aferição pelo Inmetro do aparelho medidor de velocidade referido no auto de infração, e, não tendo o demandado comprovado a emissão pelo órgão fiscalizador de certificado que comprove a homologação para a utilização do equipamento indicado, o mesmo não pode servir como meio probatório para a aplicação da multa de trânsito. Apelação desprovida e confirmada a sentença em reexame necessário*" (Apelação e reexame necessário nº 70004625539, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, julgado em 25.09.02).

Por conclusão, vislumbro a ocorrência de nulidade intrínseca insanável do auto de infração, por lhe faltar elemento essencial, representado pela data de aferição do radar, o que implica a invalidade do ato.

Isto posto, fulcrado no art. 281, parágrafo único, inc. I, do CTB, dou provimento à apelação, para anular as multas impostas à recorrente, condenando o apelado ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, com fincas no art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R$200,00 (duzentos reais).

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

ISSQN - DECRETO-LEI Nº 406/68 - ITEM 95 DA LISTA DE SERVIÇOS - OUTROS SERVIÇOS - CLASSIFICAÇÃO PELO MUNICÍPIO - POSSIBILIDADE

- Para fins de incidência do ISSQN, compete ao município definir os outros serviços previstos, porém não especificados pelo item 95 da lista que integra o Decreto-lei nº 406/68.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.125-4/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2003. - *Ernane Fidélis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Reexame necessário.

Conheço do reexame necessário, na consideração de que o pedido, devidamente corrigido, na data da sentença, ultrapassa a casa dos sessenta salários mínimos.

A defesa do apelado cingiu-se à declaração de nulidade do título executivo e à alegação de prescrição, esta última não examinada em primeiro grau, mas a defesa, neste particular, não tem, de fato, nenhuma consistência, pois, se a constituição do crédito se deu no período de cinco anos, conforme previsto no art. 173 do CTN, a prescrição só teria início após a definitividade de tal constituição, o que não ocorreu antes da propositura da ação, pelo que *rejeito* a preliminar.

Nulidade da CDA.

A CDA apresenta-se, de fato, com certo laconismo, mas faz a indicação precisa dos preceitos legais, contidos no CTM de Uberaba, restando, pois, analisar se tal indicação satisfaria os requisitos do direito de defesa do executado.

Devo confessar que não me apego ao rigorismo formal dos institutos processuais, mormente no que diz respeito a título extrajudicial, de formação não contratual, como é a hipótese da CDA. Neste caso, basta que os fins da lei sejam atingidos, para se afastar o rigor formal que geralmente é ínsito do título executivo.

No caso dos autos, há uma primeira indagação sobre se teria o Município competência para instituir outros tributos, que não os previstos na legislação federal. Creio que a discussão se torna despicienda, se se analisar, com cuidado, o antigo inciso IV do art. 156, hoje inciso III, da Constituição Federal. Na verdade, se se atribuiu ao Município a competência para instituir tributos sobre serviços, levantou-se

qualquer óbice à devida disciplinação. Neste caso, se o número 95 da respectiva listagem do DL 406/68 fez a previsão de outros serviços, não há limite para a classificação dos mesmos a fim da incidência do tributo, o que, naturalmente, compete ao Município definir.

Ao fazer, por outro lado, referência aos artigos de lei, autorizativos do tributo, o Fisco, pelo menos, deu oportunidade para que a parte examinasse a validade das incidências, mesmo porque grande parte da tributação foi de diferença sobre receita bruta, já com parte do imposto apurada.

Além do mais, a entidade bancária, que conta, naturalmente, com habilidosa equipe econômica, solicitou o procedimento administrativo - parte dele até juntada posteriormente, já na apelação, onde há a informação devida da classificação do serviço tributário - mas simplesmente não compareceu à data de exibição e não forneceu nenhum elemento hábil a negar a pretensão fiscal.

Com a vênia devida, ainda que imperfeita tenha sido a CDA, se o processo chegou a tal ponto de se permitir ao apelante a análise minuciosa dos fundamentos da cobrança, com a apresentação do PTA, sua recusa de fazer a indicação das peças de importância à defesa, bem como de demonstração, com fundamento na atuação fiscal realizada, da improcedência dos lançamentos, completa o juízo de certeza do título executivo, devendo os embargos ser julgados improcedentes.

Com tais fundamentos, em reexame necessário, não acato a decisão de primeiro grau e julgo os embargos improcedentes, invertendo os ônus da sucumbência, mas alterando os honorários advocatícios para 10% sobre o líquido da dívida, prejudicado, ainda, o recurso voluntário.

Custas, pelo apelado.

É o meu voto.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - LICENÇA ESPECIAL PARA APRIMORAMENTO PROFISSIONAL - LEI FIXANDO DIRETRIZES - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - AUSÊNCIA DE PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA - CONFLITO DE INTERESSE A SER SOLUCIONADO PELO JUDICIÁRIO - INEXISTÊNCIA - CARÊNCIA DA AÇÃO

- O interesse de agir decorre da concreta necessidade de se obter do Poder Judiciário a solução para um conflito de interesses. Inexistindo a controvérsia pré-processual, ilegítima é a busca da tutela jurisdicional.

- O Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática de ato administrativo, sendo-lhe defeso apreciar o mérito de referido ato. Cabe-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e finalidade. A verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado.

- A existência de norma legal disciplinando a concessão de licença para participação em cursos ou atividades de aperfeiçoamento profissional, no Estatuto dos Servidores Municipais, afasta a alegação segundo a qual o município se omitiu em regulamentar, na lei ordinária, o benefício instituído na Lei Orgânica Municipal. E, deixando o servidor de pleitear a licença, na via administrativa, inexiste qualquer conflito de interesses a ser solucionado, carecendo ele de interesse de agir, ao ingressar diretamente com ação de natureza cominatória antes de ter sido formulado e negado o benefício na via administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.504-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

Ementa oficial: Apelação cível - Ação ordinária - Concessão de licença especial - Lei estabelecendo as condições para o benefício - Ato administrativo discricionário - Falta de pedido administrativo - Inexistência de conflito de interesse a ser solucionado pelo Poder Judiciário - Carência de ação reconhecida de ofício. - 1. O interesse de agir decorre da concreta necessidade de se obter do Poder Judiciário a solução para um conflito de interesses. - 2. A licença especial para servidor público, cujos requisitos estão fixados na lei ordinária local, não pode ser concedida pelo Poder Judiciário se o funcionário deixou de pleiteá-la no plano administrativo. É ato administrativo discricionário da Administração Pública, e o controle jurisdicional somente é exercido se for negada pelo administrador. - 3. Desta forma, o servidor público carece de interesse de agir ao ingressar diretamente com ação de natureza cominatória antes de ter sido formulado e negado o benefício na via administrativa. - 4. Apelação cível conhecida e, de ofício, decretada a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM EXTINGUIR O PROCESSO, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2003. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelante aforou esta ação ordinária, na verdade, cominatória, contra o apelado. Afirmou que é professor municipal e já teria direito a uma licença especial para aprimoramento profissional e denominada, na Lei Orgânica do recorrido, como sendo "período sabático". Acrescentou que, por inércia do apelado, ainda não foi editada lei ordinária disciplinando a licença referida e entende que tem direito à mesma. O recorrido aduziu que o recorrente não satisfaz os requisitos do Estatuto dos Servidores Municipais para obter a licença. Pela r. sentença de fls. 70/72 a pretensão foi rejeitada.

Preliminar *ex officio*.

Instalo, de ofício, uma preliminar.

Conforme se sabe, o interesse processual, que não se confunde com a existência de direito material que ampare a pretensão deduzida, consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes e ainda na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar a elas. Sobre a hipótese ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em *Curso de Direito Processual Civil*, 38ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 52:

"*Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação 'que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)'. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação*".

Aqui, inexiste controvérsia pré-processual a legitimar a busca de tutela jurisdicional.

Ocorre que a concessão da licença pretendida é ato administrativo discricionário, na medida em que o art. 165 do Estatuto dos Servidores Municipais, em especial os seus incisos III, IV, V e VI, estabelecem as condições para que o funcionário possa obter a referida licença.

É claro que o ato administrativo discricionário não tem amplitude para

ensejar arbitrariedades. Contém apenas limites mais flexíveis porque o administrador pode escolher a opção que entende ser melhor. Mas a lei é necessariamente a baliza. Enfim, a lição, em outras palavras, é de HELY LOPES MEIRELLES em *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165:

"*Para cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa, confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato.*

A discricionariedade está - doutrina Fleiner - em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, 'entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei'. Mas deverá sempre estrita observância à lei, porque a exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito, como toda ação voluntária carente de direito".

Ora, o farol máximo do administrador é o bem-estar público. E, no caso, este bem-estar é a continuidade do serviço público de ensino. Daí as exigências da norma legal mencionada e que, no fundo, referem-se à conveniência, ou não, de ser concedida a licença.

Acrescento que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática do ato administrativo. A missão constitucional daquele é a de exercer o controle judicial do ato administrativo. Deve distanciar-se do critério político, isto é, ele fica circunscrito apenas em verificar se o agente público atuou dentro dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade, bem como aos atributos do mesmo ato.

Eis a lição de ALEXANDRE DE MORAIS, em *Constituição do Brasil Interpretada*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 809:

"*Importante destacar a atuação do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos administrativos vinculados e discricionários.*

Em relação aos atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexiste vontade subjetiva da Administração em sua edição.

Em relação, porém, aos atos administrativos discricionários, torna-se importante a definição dos contornos e da amplitude do controle jurisdicional, uma vez que é a própria lei que, explícita ou implicitamente, concede maior liberdade à Administração, permitindo-lhe a escolha da conveniência e oportunidade para a edição do ato.

Assim, em regra, será defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade e moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico. Essa solução tem como fundamento básico o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), de maneira que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado".

Assim, a existência de norma legal disciplinando a concessão de licenças para participação em cursos ou atividades de aperfeiçoamento profissional, no Estatuto dos Servidores Municipais, afasta a alegação segundo a qual o apelado se omitiu em regulamentar, na lei ordinária, o benefício instituído na Lei Orgânica Municipal. E, deixando o apelante de pleitear, na via administrativa, a licença, inexiste qualquer conflito de interesses a ser solucionado. Ademais, insista-se, o Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública na prática de um ato administrativo que a esta a lei incumbe com exclusividade. Se tivesse havido negativa, outra seria a situação porque haveria necessidade do controle jurisdicional.

Portanto, o apelante é mesmo carecedor da ação.

Com estes fundamentos, de ofício, declaro o apelante carecedor da ação por falta de interesse de agir e decreto a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC. Mantenho os ônus da sucumbência tais como fixados na sentença.

Custas, pelo apelante, respeitado o disposto na Lei nº 1.060, de 1950.

O Sr. Des. Lamberto Sant'Anna - De acordo.

O Sr. Des. Rosauro Vieira Júnior - De acordo.

Súmula - EXTINGUIRAM O PROCESSO, DE OFÍCIO.

-:::-

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO - DESCONTOS - INADMISSIBILIDADE - REEMBOLSO DAS PARCELAS DESCONTADAS

- Inadmissível o desconto de contribuição previdenciária nos proventos de aposentadoria e nas pensões, eis que o art. 195 e os incisos da CF/88 não prevêem tal contribuição a cargo dos aposentados e pensionistas, sendo justa a devolução das parcelas descontadas.

- A simples possibilidade de incidência da contribuição previdenciária nos proventos de aposentadoria e nas pensões contraria a própria lógica do sistema previdenciário, que, em última análise, tem como objetivo arrecadar dos trabalhadores parte de valor salarial para custear a própria situação de inatividade ou de eventual infortúnio daqueles que já teriam contribuído ao longo dos anos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.758-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Ação ordinária - Contribuição de aposentados - Ilegalidade - Abusividade - Ofensa - Norma constitucional - Reembolso das parcelas descontadas. - "*Indubidosamente, a simples possibilidade de incidência da contribuição aos aposentados e pensionistas contraria a própria lógica do sistema previdenciário, que em última análise tem como objetivo arrecadar dos trabalhadores parte de valor salarial para custear a própria situação de inatividade, ou de eventual infortúnio daqueles que já teriam contribuído ao longo dos anos*".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recurso de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Segunda Vara da Fazenda Municipal, as aqui apeladas Miriam Auxiliadora Maciel Matias e Vera Lúcia do Nascimento ajuizaram a presente ação ordinária contra o Município de Belo Horizonte, argumentando que são servidoras públicas aposentadas e que, com a promulgação da Lei Municipal nº 7.968/2000, passaram a sofrer descontos mensais concernentes à contribuição previdenciária da qual estavam dispensadas desde quando se aposentaram; externaram que tal proceder viola incontestavelmente a Carta Constitucional; pleitearam a concessão de liminar para que tais descontos fossem interrompidos e, ao final, sua confirmação, bem como a declaração da inconstitucionalidade das Leis 7.978/00, 7.918/99 e 8.189/00; juntaram documentos.

A antecipação da tutela requerida foi deferida, ocorrendo, após a respectiva citação, o pronunciamento do Município-réu, às fls. 50/54-TJ, entendendo perfeitamente legais os descontos realizados.

A decisão monocrática molestada encontra-se lastreada às fls. 69/72-TJ, determinando a suspensão definitiva de descontos previdenciários sobre os proventos de aposentadoria da impetrante e o ressarcimento das parcelas já descontadas.

Inconformado com o deslinde dado à questão, o Município de Belo Horizonte interpôs recurso de apelação cujas razões estão acopladas às fls. 74/83-TJ, alegando perfeitamente constitucionais os descontos ordenados pela Lei Municipal nº 7.968/00: contra-razões de fls. 85/87-TJ, batendo pela manutenção da sentença vergastada.

Data maxima venia, afigura-se-me absolutamente incensurável a decisão fustigada, que, com minudência e detida atenção, deu o desate esperado à lide.

Sem resquícios de dúvida, a pretensão, exteriorizada e colocada a favor dos cofres municipais, determinativa de arrecadar, por desconto nos proventos da aposentadoria ou pensão, não tem fonte oriunda do trabalho e muito menos se amolda à própria lógica do sistema, arrecadando dos trabalhadores da ativa para repassar àqueles que atingiram o tempo necessário de contribuição, ao longo dos anos.

Em verdade, malgrado o disposto da imunidade contida pela regra do artigo 195, II, da CF, a própria complexidade do sistema previdenciário não justificaria a conclusão de que pudesse o município impor arbitrariamente aos aposentados e pensionistas, o autofinanciamento de suas próprias aposentadorias ou pensão.

Demais, a simples leitura do artigo 195 e incisos da Lei Maior mostra hialinamente que a disposição legal não prevê contribuição a cargo dos aposentados ou pensionistas.

A mim me parece, por retratar a situação atual vivenciada nestes autos, prudente transcrever parte de uma sentença da lavra do Magistrado Antônio de Souza Prudente, da Quinta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal:

"*Tributar os proventos da aposentadoria, com a contribuição compulsória de quem já pagou, na ativa, para obtê-la, como um direito social e de gozo legítimo, será mais um atentado contra a cidadania, a violar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na busca de uma sociedade livre, justa e solidária (CF art. 3º, I) ou, no mínimo, um ato de perversão tributária, a penalizar, sem previsão em lei, a quem praticou, no curso de sua vida, somente atos lícitos, a não merecer castigos, mas o prêmio social do trabalho realizado, que há de ser uma aposentadoria condigna e sem temores*".

Em face da ilegalidade dos descontos operados, justa a devolução das parcelas compreendidas no período em que, comprovadamente, operaram-se os indesejados descontos.

Isso colocado, tenho por incontrastável a conclusão da decisão singular, razão pela qual nego provimento ao recurso de apelação para manter íntegra a atritada sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, na forma da lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVENTÁRIO - DESÍDIA DO INVENTARIANTE - PARALISAÇÃO DO FEITO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 995, II, DO CPC - JUSTIÇA GRATUITA - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

- Constituindo a situação de pobreza uma presunção legal, é suficiente que o próprio interessado, ou seu procurador, declare, sob as penas da lei, que o seu estado financeiro não permite arcar com o custeio do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, para fazer jus à gratuidade judiciária.

- A desídia do inventariante que acarreta a paralisação do feito não autoriza a extinção do processo sem julgamento do mérito, já que a partilha do acervo hereditário é direito de ordem pública, cabendo, isto sim, a sua remoção nos termos do art. 995, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.871-3/00 - Comarca de Carandaí - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Processual Civil - Inventário - Justiça gratuita - Concessão - Possibilidade - Extinção do feito, sem julgamento de mérito - Desídia do inventariante - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 995, II, do CPC: - Constituindo a situação de pobreza uma presunção legal, é suficiente que o próprio interessado, ou seu procurador, declare, sob as penas da lei, que o seu estado financeiro não lhe permite arcar com o custeio do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, para fazer jus à gratuidade judiciária. A desídia do inventariante que acarreta a paralisação do inventário não autoriza a extinção do feito, já que a partilha do acervo hereditário é direito de ordem pública, cabendo, isto sim, sua remoção, de conformidade com a Lei de Ritos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Da sentença de fls. 84/85-TJ, que, em autos de procedimento de inventário dos bens deixados por Jaci Moreira da Silva (autos principais) e por Maria do Carmo da Silva (autos em apenso), extinguiu os processos, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, III, do CPC, em virtude da inércia da inventariante, que, apesar de regularmente intimada, deixou de promover os atos necessários para o regular trâmite dos feitos, apela o espólio de Jaci Moreira da Silva e outro, representados pela inventariante Márcia Alice da Silva, objetivando sua cassação, ao fundamento de que, em síntese, é de todo incabível a extinção do processo de inventário em razão da sua paralisação decorrente de sua inércia, uma vez que, muito embora não seja por sua culpa a paralisação do feito, se assim o entendesse o digno Juiz monocrático, competir-lhe-ia, tão-somente, removê-la do cargo e, conseqüentemente, nomear qualquer outro herdeiro para desempenhar o múnus.

Salienta, ainda, que deixa de efetuar preparo cabível à espécie, visto que é pobre no sentido legal, daí por que requer se lhe concedam os benefícios da justiça gratuita, tudo como posto nas argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 88/95-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade, assinalando, de intróito, que, constituindo a situação de pobreza uma presunção legal, é suficiente que o próprio interessado, ou seu procurador, em qualquer grau de jurisdição, declare, sob as penas da lei, que o seu estado financeiro não lhe permite arcar com o custeio do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, para fazer jus à gratuidade judiciária, uma vez que o citado art. 4º da Lei 1.060/50, com a nova redação que lhe deu a Lei 7.510/86, dispensa o "termo de declaração de pobreza" da Lei 7.115/83, motivo pelo qual defiro o benefício.

A questão posta nestes autos é por demais singela, conforme ficará assentado, e, ao que assoma dos autos, estou que o pleito merece acolhida.

É que a desídia da inventariante, de molde a acarretar a paralisação do inventário, não autoriza a extinção do feito, já que a partilha do acervo hereditário é direito de ordem pública, não sendo ele o único interessado no deslinde do processo.

Em episódios que tais, encareça-se, desídia do inventariante, ter por cabente, isto sim, sua remoção, na forma do que preconiza o art. 995, II, do Digesto Instrumental.

É do entendimento remansoso da jurisprudência, como se constata dos arestos adiante colacionados:

"*Apelação cível. Inventário. Extinção do processo. Inércia do inventariante. Inviabilidade. - Não sendo o inventariante o único interessado no prosseguimento do processo de inventário, sua inércia não pode constituir fundamento para a extinção do feito, pois a penalidade a ser aplicada ao inventariante que não dá regular andamento ao processo e a sua remoção e substituição por outro interessado ou, até, terceiro. Recurso provido*" (TJRS - 8ª CC, Apelação Cível nº 598240406, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. em 27.4.00).

"*Inventário. Partilha. Desídia do inventariante. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Descabimento. -*

Ante a existência de soluções legais a serem adotadas (art. 995 do CPC), frente à inércia do inventariante, não cabe a extinção do feito sem julgamento do mérito. O inventário judicial é obrigatório, ainda que todas as partes sejam capazes (art. 982 do CPC). A partilha do acervo hereditário é direito de ordem pública, eis que os herdeiros não são os únicos interessados, mas também o Fisco e terceiros, etc. Daí que não cabe a extinção do processo com base no art. 267 do CPC. Apelacão provida" (TJRS - 7ª CC, Apelação Cível nº 598088458, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 28.10.98).

A propósito, é do escólio de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, com sua invejável didática, a lição segundo a qual:

"*Entre as causas de extinção do processo, sem julgamento de mérito, inclui-se a do abandono da causa, ou seja, a sua paralisação por mais de 30 dias, por culpa do autor (art. 267, III), ou por mais de um ano, por negligência de ambas as partes (art. 267, II). O acertamento da transmissão de bens entre o morto e seus sucessores não interessa apenas a estes. A Fazenda Pública e toda a sociedade têm real interesse na definição do processo sucessório, tanto que até de ofício o juiz deve instaurar o respectivo procedimento (art. 989). Firmou-se, por isso, a jurisprudência no sentido de que a paralisação do inventário ou arrolamento não justifica seja decretada a extinção do processo*" (*in RT*, 515/116).

Confira-se, ainda, o magistral ensinamento de NELSON NÉRY JUNIOR, *verbis*:

"*Diante da norma contida no CPC 995, II, o juiz não pode extinguir o processo sem julgamento de mérito se o inventariante não der andamento regular a ele. Isto porque prevalece a norma especial à geral do CPC 267, III*" (*in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor*, Ed. RT, 4ª ed., p. 1.326).

Em conclusão, repisa-se, se o inventariante se mostra desidioso, deixando o feito paralisado indevidamente por tempo superior a 30 (trinta) dias, incumbe ao magistrado diretor do processo, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, removê-lo e nomear outro em sua substituição, nos precisos termos dos arts. 995, II, e 997, ambos do CPC, e jamais declarar extinto o feito.

Ao impulso de tais razões, dou provimento à apelação interposta, para, em conseqüência, cassar a sentença monocrática, devendo o processo prosseguir em seus ulteriores termos, decidindo-se, a final, como de direito.

Custas recursais, *ex lege*.

Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL - ANULAÇÃO - DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E DISPONÍVEIS DE DETERMINADO GRUPO DE PESSOAS - INADMISSIBILIDADE - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO - EMPRESA DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAL - MUNICÍPIO - AUTONOMIA ADMINISTRATIVA - ARTS. 18 E 29 DA CF/88

- A ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais e disponíveis de restrito grupo de pessoas que pretendem a anulação de concurso público, restando ilegítimo o Órgão Ministerial para a propositura da ação, porque o fato embasador não constitui direito difuso ou coletivo, nos termos da Lei nº 7.347/85, do art. 129, III, da CF e do art. 81, I e II, da Lei nº 8.078/90.

- Dada a autonomia administrativa garantida aos municípios pelos arts. 18 e 29 da CF/88, o ente municipal e suas empresas de economia mista, desde que respeitados os princípios constitucionais federais e estaduais, podem editar normas de concurso público para preenchimento de vagas neles existentes, sem estarem vinculados a preceitos administrativos próprios do Estado estabelecidos por via de decretos estaduais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 325.485-1/00 - Comarca de Uberaba - Relator Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Empresa de economia mista municipal - Concurso público para preenchimento de vagas - Edital fixando prazos e condições - Autonomia administrativa: artigos 18 e 29 da CF/88. - Ação civil pública - Anulação de concurso público municipal taxado de ilegal - Amparo a direitos individuais e disponíveis de determinado grupo de pessoas - Desvalia da mencionada ação - Ilegitimidade do MP para aforar ação para tal fim. - Dada a autonomia administrativa garantida aos Municípios pelos artigos 18 e 29 da CF/88, não se sujeitam eles às normas concursais estatuídas por decreto estadual, desde que respeitadas as normas constitucionais federais e estaduais. - Ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais e disponíveis de restrito grupo de pessoas, restando ilegítimo o Órgão Ministerial para a propositura da ação, quando o fato embasador não constituir direito difuso ou coletivo, nos termos da Lei nº 7.347/85, do art. 129, inc. III, da CF e do artigo 81, incisos I e II, da Lei nº 8.078/90.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2003. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, a Drª Eliane Maria Ferreira Magalhães.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de ação civil pública aforada "*visando à Proteção do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*", embasada nos dizeres do art. 37 da CF e nas disposições dos Decretos do Estado de Minas Gerais 34.706/93, 35.967/94 e 39.403/88, ditos contrariados pelo Edital de Concurso Público Municipal nº 001/2001, buscando o preenchimento de 6 (seis) vagas na Cohagra-Cia. de Habilitação do Vale do Rio Grande, empresa de economia mista do Município de Uberaba. Mas que previu o prazo de inscrição ao concurso de 04 (quatro) dias, quando os decretos estaduais mencionados prevêem o prazo de 5 (cinco) dias, além de outras condicionantes.

Indeferiu-se o pedido de antecipação da tutela, para se suspender a realização do concurso, indeferimento mantido pelo desprovimento do agravo de instrumento manejado (autos apensados).

Julgado improcedente o pedido (sentença às fls. 304/310), advieram as lautas razões apelatórias de fls. 312/332, asseverando que:

"*Não há dúvida que (sic!) a eminente e conceituada Magistrada de primeiro grau* cometeu sério e crasso equívoco, *mostrando-se míope ao afirmar em seu decisório,* em síntese, *pronunciando-se sobre o mérito, no que diz às várias questões ventiladas na inicial,* que não há que se falar em irregularidades ou vícios do concurso combatido, julgando improcedente a ação.

Tal afirmação e conclusão só podem ter sido motivadas ou pela pressa ou pela indisposição mental e falta de vontade política de estudar as questões de fato e de direito explicitadas na peça inaugural da presente ação civil pública" (grifos do original, fls. 315).

O recurso foi contrariado pelas percucientes razões de fls. 339/364, estranhando o uso de palavras ofensivas contra a Magistrada... "*que teve o livre convencimento instituido por lei e detém o poder de decidir à luz da legislação pátria*" (fls. 341).

Conheço do recurso, manejado a tempo e modo, para desprovê-lo, harmonizando-me, *in tontum*, com o entender da preclara Juíza achincalhada, desmerecedora dos impropérios contra ela assacados, com certeza, pelo espírito aguerrido do ilustre autor-apelante, não por ver, acredita-se, ilegalidades e imperfeições jurídicas de todos os lados, parecendo "*morar em palácio de espelhos!*" Nem queiramos espelhar "*Aristides, o Justo*", que de tanto incomodar os cultos atenienses do século V, a.C., com suas críticas impertinentes, foi enviado para o exílio, condenado pelo "ostracismo" pela multidão que enchia a *agorá*, praça pública onde se reunia diariamente para decidir

sobre o melhor para os cidadãos da Cidade-Estado de Atenas.

Efetivamente, há que se alijarem as assertivas temerárias assacadas contra a preclara, justa e criteriosa Juíza sentenciante.

Com tais digressões, pertinentes embora, enfrento o mérito das questões fáticas e jurídicas contrapostas pelas partes.

Induvidosamente, o sistema político adotado pela CF é o federativo, em que seus integrantes: Estados, Distrito Federal e Municípios gozam de autonomia administrativa, estes na forma das próprias leis orgânicas, espécie de "constituição" municipal, autonomia garantida pelos artigos 18 e 29 da CF vigente, "*atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado*", cabendo-lhes "*legislar sobre assuntos de interesse local*" (artigo 30, I, da CF).

Desta forma, o município e suas empresas de economia mista podem editar normas de concurso público para o preenchimento de vagas neles existentes, sem estarem vinculados a preceitos administrativos próprios do Estado, estabelecidos por via de decretos estaduais.

Assim, não se podem admitir interferências a procedimentos administrativos, quais sejam, o número de dias em que ficam abertas as inscrições a concurso, atendo-se a que a convocação editalícia para concurso do Estado pode ser de interesse imediato de todos os municípios, enquanto que a convocação para concurso municipal não se estende, necessariamente, aos demais municípios do Estado. Daí não se divisarem as ilegalidades mencionadas na peça de intróito e apelatórias.

Lado outro, não se caracterizam os alegados "prejuízos aos cofres do município" pelo pagamento dos serviços prestados pelos concursados, mesmo que houvesse irregularidade na contratação de servidor, o que não afetaria os direitos adquiridos pelo trabalho prestado, pois seu não-pagamento resultaria em locupletamento ilícito e exploração indevida do trabalho alheio, cuja valoração vem garantida nos artigos 1º, VI, 170 e 193 da CF/88.

Finalmente, alerto a não se tratar, no caso, de direitos coletivos, mas de interesses individuais homogêneos, de um grupo certo e restrito de pessoas que participaram ou participariam do concurso que se pretende anular, aliás, sem se citarem os litisconsortes passivos necessários, que foram aprovados no concurso.

Colhe-se *in RT*, 841/25 jurisprudência do colendo STJ, *verbis*:

"*Direitos individuais homogêneos são, como já se disse, simplesmente direitos subjetivos individuais, divisíveis e integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de dispor de disposição. Nessas circunstâncias, e ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos (que por não terem*

titular determinado são defendidos, necessariamente, por substitutos processuais), os direitos individuais, em regra, só podem ser demandados em juízo pelos seus próprios titulares".

Reporto-me, ainda, à decisão do eg. TJMG, na Apelação Cível nº 135.744/4 - Peçanha, Relator o em. Des. Garcia Leão, *in MG* de 12.10.99, sob a

"*Ementa - Ação civil pública - Determinado grupo de pessoas - Direitos individuais disponíveis - Fato embasador - Direito difuso ou coletivo - Ministério Público - Ilegitimidade. - Ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais disponíveis de determinado grupo de pessoas, sendo de se reconhecer a ilegitimidade do Órgão Ministerial para a sua propositura, quando o fato embasador não constituir direito difuso ou coletivo, a teor do que estabelecem a Lei nº 7.347, de 24.07.85; o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal; e o artigo 81, incisos I e II, da Lei nº 8.078/90*".

Sob tais aspectos, conquanto irrelevante ao desfecho do apelo, na forma do artigo 249, § 1º, do CPC, alerta-se sobre a ilegitimidade do Ministério Público, não fora o aspecto da suposta ilegalidade dos atos administrativos.

Assim, nego provimento ao apelo *sub examine*.

Custas, *nihil, ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

SONEGAÇÃO FISCAL - AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - IRRELEVÂNCIA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - OBSERVÂNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - RÉU DENUNCIADO EM OUTRA AÇÃO POR OUTRO DELITO - AÇÕES CONEXAS - INEXISTÊNCIA - REUNIÃO DE PROCESSOS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA - AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - CONDENAÇÃO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO POR PENAS ALTERNATIVAS - CABIMENTO

- O crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição do exercício da ação penal.

- Inocorre cerceamento de defesa se o devido processo legal foi rigorosamente observado.

- Não há que se falar em reunião de processos, por conexão, se na outra ação penal intentada foi o réu denunciado por delito ocorrido em outra época e capitulado em outro dispositivo legal.

- A ausência de prova pericial não constitui qualquer nulidade, se as demais provas constantes dos autos são suficientes para demonstrar a materialidade do delito.

- Restando cabalmente comprovadas as práticas, pelos réus, dos delitos previstos nos incisos II e V do art. 1º da Lei nº 8.137/90, a condenação é de rigor, sendo incabível a absolvição.

- Preenchidos os requisitos, há que se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 210.899-1/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Crime de sonegação fiscal - Ausência de procedimento administrativo prévio - Irrelevância - Alegação de cerceamento de defesa - Improcedência - Observância do devido processo legal - Ações conexas - Não-ocorrência - Reunião de processos - Impossibilidade - Denúncia em outra ação por outro delito - Ausência de prova pericial - Nulidade - Inexistência - Prática dos delitos - Comprovação - Condenação - Substituição da pena privativa de liberdade - Cabimento. - O crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição do exercício da ação penal. Não cabe falar em cerceamento de defesa se o devido processo legal foi rigorosamente observado. Não há que se falar em reunião de processos, por conexão, se na outra ação penal intentada foi o réu denunciado pela prática de delito praticado em outra época e capitulado em outro dispositivo legal. A ausência de prova pericial não constitui qualquer nulidade, uma vez comprovada a materialidade delitiva pelas demais provas constantes dos autos. Uma vez provada a prática dos delitos imputados aos réus, incabível a absolvição. Preenchidos os requisitos, há que se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à

unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes Marcos David Gonçalves e Jorge Alves da Silva, a Drª. Viviane Angélica Ferreira Zica.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de fls. 216/220-TJ julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, condenando os réus Jorge Alves da Silva e Firmino Ildeu Camargos da Silva como incursos nas sanções do art. 1°, II e V, da Lei n° 8.137/90, e o réu Marcos David Gonçalves nas sanções do art. 1°, II, da Lei n° 8.137/90. Os dois primeiros foram condenados à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão a ser cumprida em regime aberto e 116 dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época da infração. O terceiro foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão em regime aberto e 70 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época da infração.

Marcos David Gonçalves interpôs recurso de apelação alegando, em preliminar, falta de condição de procedibilidade da ação em razão da ausência de trânsito em julgado de decisão administrativa que julgasse procedente a exigência fiscal; que na pendência de processo administrativo não há que se falar em crime contra a ordem tributária; que há dois processos sobre o mesmo fato e que estes processos devem ser unificados; que houve cerceamento de defesa porque não foi intimado para requerer diligências na fase do art. 499 do CPP e não foi intimado para oferecer alegações finais.

No mérito, alega, em resumo, que não está obrigado a recolher tributo; que se há omissão ou falsidade que não tem o poder de causar prejuízo ao patrimônio público, não há que se falar em crime; que não realizou o fato gerador da obrigação tributária; que houve denunciação espontânea do débito ao órgão fiscal competente, com o objetivo de retificar o demonstrativo mensal, o que demonstra ausência de dolo; que omissões a título de culpa não são puníveis.

Contra-razões foram apresentadas (fls. 326/333-TJ).

Jorge Alves da Silva interpôs recurso de apelação alegando, em preliminar, ausência de condição de procedibilidade, porque a ação penal foi instaurada antes do término do processo administrativo; que não foi observado o disposto no art. 499 do CPP; que não foi intimado para oferecer alegações finais.

No mérito, alega que para a configuração dos crimes contra a ordem tributária é necessário dolo específico de frustrar ou postergar a

obrigação tributária e que a conduta deve ser capaz de produzir o resultado lesivo; que as omissões de mera culpa não são puníveis; que não há sequer indícios de autoria e materialidade de delito contra a ordem tributária; que não é admitida a responsabilidade objetiva; que a sentença condenatória se baseou em mera presunção; que o lançamento foi feito de forma correta nos livros fiscais; que os demonstrativos mensais de apuração apenas informam os valores da movimentação mensal e são passíveis de substituição, o que impede que sirvam de suporte para a exigência tributária; que houve denúncia espontânea retificando os valores constantes do demonstrativo mensal de apuração.

Firmino Ildeu Camargos Silva interpôs recurso de apelação alegando, em preliminar, que a ação penal só poderia ter sido instaurada após decisão do processo administrativo; que não há justa causa para a ação penal. No mérito, alega que nunca foi sócio da sociedade, e sim mero empregado; que não foi produzida prova pericial; que as provas são insuficientes para sua condenação.

Contra-razões foram apresentadas (fls. 396/398-TJ).

Contra-razões ao recurso apresentado por Jorge Alves da Silva foram oferecidas (fls. 404/408-TJ).

O d. Procurador de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 410/418-TJ).

Conheço dos recursos.

Preliminares.

Examino, de início, as preliminares argüidas pelos apelantes.

A alegação de nulidade do feito por ausência de condição de procedibilidade não merece acolhimento, tendo em vista o entendimento já consolidado deste Tribunal, segundo o qual "*o crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição do exercício da ação penal*" (Súmula n° 27, do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais).

O Ministério Público pode iniciar a ação penal se já possui lastro probatório mínimo, antes mesmo de finalizado o processo administrativo fiscal e ainda que não instaurado inquérito policial. Presentes elementos suficientes a embasar a denúncia, ela pode ser imediatamente oferecida, o que se deu no caso dos autos.

Rejeito a preliminar.

Do exame dos autos, não se pode falar em cerceamento de defesa por não-observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A defesa teve oportunidade de conhecer a acusação feita na denúncia, que observou o disposto no art. 41 do CPP, de examinar os documentos que a acompanharam e que foram enviados pelo Fisco.

Sem razão os apelantes ao alegar nulidade por falta de intimação para as providências do art. 499 do CPP, e para oferecimento de alegações finais.

Isso porque, como se vê da fl. 176-TJ, ao contrário do alegado, foi aberta vista à defesa, para fins do art. 499 do CPP, tendo a defesa se manifestado às fls. 177/178-TJ.

Logo após a mencionada manifestação, foi aberta vista dos autos para alegações finais. As alegações finais do MP foram juntadas às fls. 190/193-TJ, e as alegações finais da defesa estão às fls. 204/210-TJ (Firmino Ildeu Camargos Silva) e às fl. 211/215-TJ (Jorge Alves da Silva e Marcos David Gonçalves).

Rejeito a preliminar.

A preliminar argüida pelo apelante Marcos David Gonçalves, de que está respondendo a dois processos pelos mesmos fatos, deve ser afastada.

Isso porque a acusação que lhe foi feita no outro processo diz respeito à conduta prevista no art. 1º, inc. I, 2ª parte, da Lei nº 8.137/90 (fl. 297-TJ), enquanto, no presente feito, foi condenado pela prática da conduta delituosa descrita no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90.

Rejeito a preliminar.

A ausência de prova pericial não constitui qualquer nulidade, vez que as provas constantes dos autos são suficientes para demonstrar a materialidade delitiva.

Além disso, vale notar que, quando da abertura de vista às partes para os fins do art. 499 do CPP, a defesa não reclamou a produção de prova pericial.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Afastadas as preliminares argüidas pelos apelantes, passo ao exame do mérito dos recursos.

E, ao fazê-lo, tenho que a razão não assiste aos apelantes, *data venia*.

É que, conforme se vê dos autos, restou cabalmente comprovado que os recorrentes Firmino Ildeu e Jorge Alves, como sócios da empresa Beloçucar, de forma dolosa, praticaram as infrações previstas nos incisos II e V do art. 1º da Lei nº 8.137/90, de 27.12.1990, e que o apelante Marcos David, como contador, praticou a infração do inciso II do citado art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Conforme salientado pela d. Procuradoria, "*é de fácil aferição que a empresa Beloçucar, através da gestão dos apelantes Firmino Ildeu e Jorge Alves, contando com a efetiva participação do apelante Marcos David, efetuou diversas operações tributárias de forma fraudulenta, objetivando a supressão e a redução dos tributos, deixando, pois, de proceder ao recolhimento do tributo devido ao Estado de Minas Gerais, cujo valor mostrou-se altíssimo*" (fl. 417).

Afinal, a negativa dos apelantes não veio acompanhada de qualquer elemento de prova que pudesse, de alguma forma, elidir o que restou comprovado pela farta prova documental que acompanhou a peça acusatória, a qual, formada por documentos oriundos do Fisco estadual, é bom lembrar, goza da presunção de veracidade, até que infirmada pela parte contrária interessada, o que não se deu na espécie.

Como salientado pelo MM. Juiz sentenciante, "*a alegação de inexistência de dolo ficou circunscrita a meras alegações, que não podem, por isso, desconstituir a farta documentação na qual se estriba a denúncia*" (fl. 219).

A propósito, ainda, dessa prova documental, cabe ressaltar que sequer foi ela questionada, quanto ao seu teor, pelos recorrentes.

Questionaram estes, sim, a sua produção unilateral pelo Fisco e a falta de perícia, o que, como já tratado quando das preliminares, em nada afetou a validade da prova.

Com relação ao apelante Marcos David Gonçalves, cumpre salientar, ainda, que, ao contrário do afirmado no recurso, não foi ele condenado como incurso nas sanções do art. 1º, *inciso I*, da Lei nº 8.137/90, mas nas do art. 1º, *inciso II*, dessa lei.

Assim sendo, correta a condenação dos apelantes.

Corretas, também, as penas aplicadas, uma vez que perfeitamente adequadas e suficientes à reprovação da conduta, a despeito, vale notar, de não se poder ter como rigorosamente atendido o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, uma vez que o exame das circunstâncias judiciais, a par de extremamente sucinto, *data venia*, foi feito considerando simultaneamente dois réus, o que, todavia, deve ser relevado, uma vez que ausente qualquer prejuízo, tanto que nenhuma das partes cuidou da questão.

De outro lado, porém, tenho que reparo há que se fazer, com a devida vênia, no que se refere à não-concessão do benefício do art. 44 do Código Penal.

A um, porque a análise das circunstâncias judiciais, feita para a aplicação da pena, não oferece o mínimo substrato para que se possa negar o benefício.

E, a dois, porque a pena aplicada não é superior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, os apelantes não são reincidentes em crime doloso e inexistem dados em seu desfavor no que diz respeito à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade.

Assim sendo, rejeitadas as preliminares, dou provimento parcial aos recursos de apelação aviados pelos réus, para deferir-lhes o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, na forma a ser estipulada no Juízo de origem.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Estou acompanhando o em. Des. Relator, rejeitando as preliminares levantadas, inclusive com os enfoques feitos da tribuna pela Dra. Viviane Angélica Ferreira Zica, mormente no que diz respeito ao art. 499 do Código de Processo Penal, vez que o prazo de 24 horas para a diligência passou *in albis*.

A defesa foi intimada para tanto e nada requereu, e, como bem dito pelo em. Des. Relator, não se fazia necessária a prova pericial requerida.

Quanto ao mais, subscrevo o voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

-:::-

PREFEITO - PAGAMENTO DE DESPESAS DE CARÁTER INDENIZATÓRIO COMO SE FOSSE DE DESPESAS DE SERVIÇOS REALIZADOS EM BENS MUNICIPAIS - IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA - CRIME DO ART. 1°, II, DO DEC.-LEI N° 201/67 - NÃO-CONFIGURAÇÃO - AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO - ABSOLVIÇÃO

- O pagamento de despesas de caráter indenizatório a terceiro, de responsabilidade do município, efetuado como se fosse de despesas de serviços realizados em bens municipais, caracteriza mera irregularidade administrativa, e não o crime do art. 1°, II, do Dec.-lei n° 201/67.

- Ausente a prova do prejuízo à Administração e inexistindo dolo na conduta do acusado, sendo o administrador inábil, e não desonesto, a absolvição se impõe.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA N° 231.207-2/00 - Comarca de Cláudio - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processo-crime originário - Prefeito municipal - Expediente irregular consistente no pagamento de despesas de responsabilidade do município de caráter indenizatório como se fosse em pagamento de serviços a bens municipais. Irregularidade administrativa que não configura o crime do art. 1°, II, do Decreto-lei n° 201/67 - Absolvição decretada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR IMPROCEDENTE A DENÚNCIA, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, assistiu ao julgamento, pelo Ministério Público, o Dr. Gilvan Alves Franco. Proferiu sustentação oral, pelo denunciado Geraldo Ferreira Vaz, o Dr. José Nilo de Castro.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Senhor Presidente. Eu tenho voto escrito; ouvi atentamente as palavras do ilustre orador, mas a sustentação oral reproduz, em tese, aquilo que está na defesa escrita e no memorial.

Quero fazer um esclarecimento. O Prefeito realmente reconheceu que o estrago do veículo foi reparado pela Prefeitura. Agora eu estou entendendo que não foi conduta dolosa, e nós temos precedentes do Processo-Crime Originário 186.731-6, no sentido de que, sendo o administrador inábil, e não desonesto, a absolvição se impõe.

Trata-se de denúncia ofertada contra Geraldo Ferreira Vaz, Prefeito Municipal de Cláudio, João Marques Moreira Neto e Cláudio Vilaça, todos qualificados nos autos, porque teriam incorrido nas penas do art. 1°, II, do Decreto-lei n° 201/67, tendo em vista que o denunciado Cláudio, ao verificar que o veículo que conduzia na zona rural apresentou defeito mecânico, obteve socorro do mecânico Wilson Gerônimo da Silva, com o auto rebocado para a oficina mecânica situada na sede do Município de Cláudio, sendo os serviços realizados e a nota fiscal emitida com dados falsos para que fossem pagos pela Prefeitura Municipal, como ordenado e providenciado pelos co-réus Geraldo Ferreira Vaz e João Marques Moreira Neto (fls. 03/06-TJ). A denúncia veio instruída com o inquérito policial (fls. 11/121-TJ).

Os rr. foram notificados e se defenderam: 1) o primeiro denunciado sustentando que o co-réu Cláudio foi contratado para fazer transporte de duas pessoas que iriam ser assistidas pelo INSS, quando o veículo quebrou; que o conserto foi pago pela Prefeitura, mas o valor foi restituído; que não é verdadeira a denúncia; que as pessoas eram transportadas em atendimento ao interesse público; que o denunciado não forneceu dados incorretos para a emissão da nota fiscal, apenas ordenou o pagamento, pelo que pediu que a denúncia fosse rejeitada (fls. 156/163-TJ), tendo sido a defesa acompanhada de procuração e documento (fls. 164/165-TJ); 2) o segundo denunciado alega que o transporte foi em atendimento ao interesse público; o denunciado entendeu que a despesa era legítima; que não houve dolo na ação praticada; que o veículo fora danificado quando em serviço para

o município e, por isso, se entendeu que era devido o pagamento; que está provado que não foi utilizado recurso público em benefício próprio ou de terceiro, tendo pedido o não-recebimento da denúncia (fls. 166/171-TJ); 3) o terceiro denunciado por sua vez reproduziu a versão dos outros para acentuar que não agiu com dolo e que não houve crime, pois não exigiu o pagamento de quem quer que seja, pelo que pediu para não se receber a denúncia (fls. 173/180-TJ).

Os rr. foram interrogados (fls. 286/290-TJ) e apresentaram defesa prévia, com o rol de testemunhas (fls. 292/294-TJ e fls. 296/298-TJ). As testemunhas foram ouvidas (fls. 450/455-TJ) e, após as diligências, em razões finais a d. Procuradoria de Justiça pede a condenação dos réus (fls. 499/504-TJ), e a defesa pede a absolvição (fls. 507/519-TJ e fls. 520/529-TJ).

É o relatório.

A prova sem discrepância é no sentido de que o veículo de propriedade de Cláudio Vilaça realizara serviço para o Município de Cláudio transportando uma segurada do INSS a Oliveira para se submeter a exame médico e, no percurso, o veículo estragou, pelo que o Prefeito Geraldo Pereira Vaz autorizou que fosse feito o conserto, às expensas da Municipalidade, acrescentando-se na nota fiscal correspondente aos serviços prestados a identificação de um dos veículos pertencentes à Prefeitura de Cláudio, para que não fosse a despesa glosada, posteriormente, pelo Tribunal de Contas e/ou pela Câmara Municipal.

A irregularidade administrativa é evidente, e não fez o Prefeito Municipal mais do que deu dever ao restituir ao erário a quantia referente ao serviço, não porque se tratasse de despesa que não pudesse ser custeada pelo Poder Público, mas porque não se deveria contabilizar a despesa como serviços realizados para manutenção de veículo próprio, mas sim como despesa com o seu caráter indenizatório a terceiro, no caso ao dono do veículo, Cláudio Vilaça, que estava transportando a indigente à agência do órgão previdenciário, encargo este afeto ao Poder Público, e não ao particular.

A versão apresentada pelos réus está bem calçada na prova testemunhal produzida e não é a pequena contradição entre a versão dos réus e a da testemunha Inês Maria Santos Galvão (fls. 454/455-TJ) quanto ao trajeto em que ocorreu o defeito - se na ida ou na volta no percurso Cláudio/Oliveira - que vai desqualificar a prova apresentada pela defesa, sobretudo porque se nota que, com a testemunha, aconteceu o fato e a Municipalidade assumiu o conserto e não houve outra indicação de irregularidade para fato idêntico.

Pois bem, embora não endosse condutas deste jaez, que ofendem os princípios insertos no art. 37 da Constituição Federal, que orientam a Administração, entendo que os alcaides interioranos se ressentem de uma assistência próxima mais categorizada para que se evitem mascarar despesas que seriam de responsabilidade do Poder Público através de

mecanismos que as comprovem por meio mais fácil, e não pelo meio correto, a justificar uma interpretação menos rígida diante da irregularidade, pois, conforme decidido por esta Câmara no Processo-Crime Originário nº 186.731-6/00, quando não se comprova o prejuízo para a Administração, "*... o pronunciamento dos tribunais é também para reconhecer a inexistência de ilícito mesmo civil, desde que a conduta demonstre que o administrador foi 'inábil, e não desonesto'* " (REsp 213.994-MG, Relator o Min. Garcia Vieira).

No caso, o que existiu foi a obediência à praxe viciosa da Administração, que não trouxe benefício aos réus; irregularidade administrativa, e não o crime figurado no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei nº 201/67, cuja conduta é de utilizar-se, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos. Com efeito, devida a indenização pela Municipalidade do dano ocorrido no veículo que realizava serviço afeto ao órgão público, que não teria trazido tanta celeuma se fosse paga com transparência, pelo que não se apropriaram de receita municipal em benefício próprio ou de terceiro.

Destarte, julgo improcedente a denúncia e absolvo os réus da incriminação feita.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. A irregularidade administrativa atribuída ao denunciado, tida como conduta reprovável, ao meu aviso não constitui crime: é que os autos demonstram a inexistência de vantagem ou benefício a qualquer do povo, em detrimento do Município de Cláudio.

Em assim sendo, endosso a manifestação sempre judiciosa do eminente Relator e também proclamo a absolvição do denunciado.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Diante da especificidade do caso, por estar o denunciado a transportar doente para Oliveira, cidade com mais recurso; porque não estava ele indo a bailes, jogos de futebol, zona boêmia, acompanho o eminente Relator, pois do contrário a minha conclusão não seria a mesma.

Em razão dessa obra benemérita, acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente, pela ordem. Quero fazer um esclarecimento: se fosse para uso próprio, para folguedos, é claro que a nossa decisão seria condenatória.

Súmula - JULGARAM IMPROCEDENTE A DENÚNCIA, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR.

INCÊNDIO - PROVAS INDIRETAS E CIRCUNSTANCIAIS - VALOR - ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE

- O incêndio é um dos crimes cuja natureza clandestina permite a condenação baseada em provas indiretas e circunstanciais. Sendo a prova indiciária bastante forte e segura no sentido de demonstrar de maneira inequívoca a conduta criminosa do acusado, não se apresenta possível a pretendida absolvição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 246.915-3/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Incêndio - Provas indiretas e circunstanciais - Valor - Absolvição - Inviabilidade. - "*O valor probante dos indícios e presunções, no sistema do livre convencimento, que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas. O incêndio integra o elenco dos crimes de natureza clandestina. Sua comprovação há que ser feita mediante indícios e presunções. No caso, a prova indiciária é bastante forte e segura no sentido de demonstrar de maneira inequívoca a conduta criminosa do acusado, não se apresentando como possível a pretendida absolvição*".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Nelson Cobo Victor, com qualificação nos autos, foi condenado como incurso nos artigos 250, § 1º, I; 251, § 3º, primeira parte, c/c art. 258, última parte, na forma do art. 70, todos do Código Penal. Foi-lhe imposta a pena total de 09 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Inconformado, recorreu. Em preliminar, pretende a anulação do processo, falando em cerceamento de defesa decorrente do fato de não terem sido submetidos aos peritos que assinaram o laudo pericial oficial quesitos que mereciam respostas. No mérito, pede a absolvição, alegando não haver provas suficientes para a condenação. Em resumo, argumenta que os depoimentos prestados na fase policial foram retificados em juízo, sendo a perícia técnica falha e repleta de erros e, por isso, não conduz a um juízo de certeza, mas apenas de probabilidade, ao contrário da perícia técnica realizada por empresa particular, concludente e incisiva no tocante à ocorrência de incêndio acidental.

Nas contra-razões de fls. 1.455/1.459-TJ, manifestou-se o representante do Ministério Público pela reforma da sentença, para condenar o acusado nos moldes da denúncia, ou seja, por explosão culposa, afastando-se o aditamento apresentado em razão de decisão judicial a respeito da possível existência de dolo.

O eg. Tribunal de Alçada, para onde os autos foram inicialmente remetidos, declinou da competência para esta Corte, em razão da matéria.

A douta Procuradoria de Justiça, com vista, requereu fosse procedida a intimação pessoal do réu. Cumprida a diligência (fls. 1.476-v.-TJ), opinou pelo provimento parcial do apelo, para condenar o denunciado nas iras do art. 251, § 3º, primeira parte, c/c art. 258, *fine*, todos do Código Penal, endossando pronunciamento ministerial de 1ª instância.

Foi apresentado e juntado aos autos, por linha, memorial em favor do acusado pedindo sua absolvição, por atipicidade de sua conduta, ou, na pior das hipóteses, a condenação pela prática dos crimes na sua modalidade culposa, como querem os representantes do Ministério Público de 1º e 2º graus.

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não procede a preliminar de cerceamento de defesa.

Na verdade, através do fundamentado despacho de fls. 1.353/1.354, a MMª. Juíza *a quo* indeferiu o pedido de encaminhamento de quesitos suplementares formulados pela defesa, pelo simples e suficiente motivo de considerá-lo meramente protelatório, já que todas as questões submetidas aos peritos foram satisfatoriamente esclarecidas, não padecendo o laudo oficial de nenhum dos vícios de que fala o art. 181 do Código de Processo Penal, ou seja, não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição nas respostas.

Quanto à sentença, embora não haja expressa manifestação sobre a preliminar de cerceamento de defesa, a mesma já havia sido objeto de rejeição, conforme se vê da decisão de fls. 1.364/1.366.

Rejeito a preliminar.

No mérito, segundo a denúncia e seu aditamento, no dia 14 de fevereiro de 1999, por volta das 03h20, o acusado, com a intenção de pôr fogo no local onde funcionava um "fliperama" de sua propriedade, situado na Av. Floriano Peixoto, nº 498, na Cidade de Uberlândia, para receber fraudulentamente a importância segurada (cerca de R$2.500.000,00), jogou gasolina nas dependências da referida casa de diversão, dando início a um incêndio e a uma explosão, da qual resultou a morte de José Machado de Oliveira Júnior, que passava em frente ao local,

e a destruição de várias lojas comerciais e residências da vizinhança.

O acusado, ora apelante, não nega que, na madrugada daquele dia, esteve na loja, encontrou-se com um seu funcionário, fez os acertos do dia e consertou algumas máquinas de fliperama. Nega apenas que tenha ateado fogo no local, dizendo que, quando se preparava para ir embora, ao acionar o interruptor para desligar a energia, iniciou-se uma explosão, seguida de incêndio, dando a entender que tudo não passou de um mero acidente.

Entretanto, a conclusão de que o incêndio foi provocado emerge, principalmente, da prova técnica oficial.

Nos exames efetuados no local, encontraram os peritos:

"*... diversos vasilhames contendo restos de líquido de cor amarela com odor de gasolina que foram enviados a exames no laboratório do Instituto de Criminalística (...) e nenhum tipo de vestígio que caracterizasse a presença de explosivos*" (fls. 878-TJ).

Concluindo, relataram os *experts* o seguinte:

"*Indícios coletados apontam para o líquido inflamável como causa mais provável da explosão. A presença dos vasilhames encontrados e as queimaduras do proprietário corroboram para a inferência acima*".

"*A detonação se deu a partir de um elemento em combustão completa em forma de rastilho até o interior da loja de fliperamas. Como havia grande quantidade de gasolina nos galões abertos ou derramada no piso da loja, formou-se um bolsão de grande volume de gás por volatização do dito líquido, o que provocou uma queima abrupta confinada, cujos efeitos foram de uma explosão...*". "*A causa determinante para que ocorresse a dita detonação foi por intermédio de ação humana, através dos elementos anteriormente citados*" (fls. 880-TJ).

A perícia, portanto, ao contrário do alegado, e embora tenha sido concluída pelo método da exclusão, é incisiva no sentido de que o incêndio foi criminosamente provocado e que, em 03 (três) dos 10 (dez) galões coletados, submetidos a exames, havia gasolina, devendo ser ressaltado que não havia necessidade de se apurar quais dos galões foram recolhidos no local e quais os apreendidos na casa do pai do acusado, se os peritos, no dia da explosão, no local dos fatos, coletaram aqueles que continham restos de líquido de cor amarela com odor de gasolina.

De qualquer forma, o incêndio é um dos crimes cuja natureza clandestina permite a condenação baseada em provas indiretas e circunstanciais.

Precedente jurisprudencial a respeito do assunto:

"*O valor probante dos indícios e presunções, no sistema do livre convencimento, que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas. O incêndio integra o elenco dos crimes de natureza clandestina. Sua comprovação tem que ser feita por indícios e presunções*" (TJSP - EI - Rel. Hoeppner Dutra - *RT*, 484/278).

Outro:

"*A natureza do delito de incêndio previsto no art. 250, § 1º, I e II, f, do CP, permite a condenação calcada em indícios*" (STF, *RT*, 506/440).

No caso em discussão e sob exame, a prova, tanto a técnica independente, como a indiciária, é bastante forte e segura no sentido de demonstrar, de maneira inequívoca, a conduta delituosa do acusado.

Além de a perícia esclarecer sobre os galões de gasolina encontrados no local, há nos autos, ainda, a comprovação de que, um mês antes do incêndio, o acusado aumentou o valor do seguro do seu estabelecimento, de R$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para R$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), com a incrível justificativa de que assim procedeu porque havia comprado 14 mil fitas de vídeo, por R$1.000.000,00 (um milhão de reais), em quatro parcelas de R$250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil reais), quitadas em espécie, o que, diga-se de passagem, não restou, nem de longe, provado, havendo o réu, perguntado sobre os comprovantes da transação, declarado que as notas fiscais pertinentes ao negócio acabaram queimadas no incêndio e, por incrível que possa parecer, instado a provar a movimentação bancária daquelas elevadas importâncias, faltou com a verdade ao responder que não mantinha conta em banco, pois está nos autos demonstrado que, em seu veículo, foram apreendidos vários talonários de cheques. Está também nos autos e foi pelo apelante ainda dito, sem o menor pudor, que mantinha a mencionada vultosa quantia de R$1.000,000,00 guardada em sua casa, em espécie, dinheiro esse que usou para a aquisição das tais fitas de vídeo, que, divididas em unidades, custou, cada uma, o exagerado e irreal preço de R$72,00.

E não é só. Corroborando e avalizando a prova oficial técnica realizada, temos ainda a testemunhal.

A testemunha Rosiene Ferreira da Cunha, residente ao lado do fliperama incendiado, ouvida no inquérito, contou:

"*... que dava mamá para seu filho, por volta das 2h30m mais ou menos, quando começou a sentir um forte cheiro de gasolina no ar*; ... que nunca tinha sentido cheiro de gasolina naquele local, sendo isto uma coisa incomum;..." (fls. 277/278-TJ).

Em juízo, apesar de declinar horário diferente, confirmou:

"*... que tem certeza que o cheiro que sentiu no dia dos fatos era de gasolina;...*" (fls. 1.271-TJ).

A testemunha Edna Vital de Oliveira, que residia em frente, disse:

"... *que o cheiro que sentiu antes da explosão era de gasolina, e não de gás de cozinha*" (fls. 1.273-TJ).

A perícia realizada pela empresa Tehor Consultoria e Perícias de Seguros S/C, por sua vez, atribuiu a explosão ao vazamento de gás GLP em um botijão encontrado nos escombros da loja poucos dias antes de ser juntado aos autos o laudo oficial.

Os peritos oficiais descartaram essa possibilidade, pois, além de ter sido constatado que o referido botijão foi submetido a *esforços mecânicos*, e não à *explosão* ou *incêndio*, o próprio réu, na fase inquisitória, declarou que não havia, em seu fliperama, nenhum botijão de gás. Mesmo com a retratação havida em juízo, explicando que, na verdade, havia no local o tal botijão acoplado a um maçarico, usado para se fazer reparos nas máquinas, é de se estranhar que, naquele dia, não tenha percebido ou sentido vazamento de gás.

No que diz respeito à existência, ou não, de um mencionado torno mecânico no local dos fatos, isso, por si só, não serve para desacreditar a perícia oficial, ainda mais diante do que disse a testemunha Maria da Luz Chaves Fernandes: "... *que o torno que se encontrava na garagem era apenas uma 'carcaça' que pertencia ao marido da depoente;...*" (fls. 1.384-TJ), e não "*um objeto de 2 toneladas*", e, no que pertine ao não-encontro de qualquer rastilho, esclareceram os peritos que, devido à monta da explosão, ocorrida instantaneamente, o mesmo certamente se apagou, dada a extensão da queima.

E, mais, sobre a culpabilidade do acusado, vale mencionar uma passagem ocorrida logo em seguida à explosão. Consta dos autos que, atingido o réu no exato instante em que deixava o fliperama, socorrido por um funcionário seu, segundo a testemunha Joaquim de Freitas Coelho, expressou-se da seguinte maneira: "*você viu? não te falei?*", tendo o tal empregado que o amparava, nervosamente, se dirigido àquele que prestava ajuda, dizendo: "*vai, leva, leva;*" (fls. 1.266-TJ). Esse inusitado comportamento dos dois, patrão e empregado, leva à conclusão de que algum excesso havia este último cometido.

Concluindo o meu voto, a título apenas de ilustração e meditação, esclareço que o réu deste processo, senhor Nelson Cobo Victor, já fora antes proprietário de uma pamonharia, também em Uberlândia, que, coincidentemente, acabou destruída por um não muito bem explicado incêndio, do qual resultou, igualmente, pagamento de considerável seguro (fls. 1.122/1.127).

Assim, para mim, sem sombra de dúvida, o réu é mesmo culpado, e correta e merecida foi a condenação que sofreu, devendo o seu empregado dar graças aos céus por não ter sido incluído no processo.

A pena não comporta qualquer alteração. Foi criteriosamente aplicada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, fazendo-o para manter a respeitável decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Também rejeito a preliminar.

Examinei cuidadosamente a prova dos autos e verifiquei que os indícios de que o apelante foi, efetivamente, o autor dos fatos que lhe são atribuídos são tão veementes, que nenhuma dúvida pode existir quanto à autoria do crime. Aliás, com muita felicidade, o voto de Vossa Excelência reproduz essa quantidade imensa de indícios existentes nos autos. Tenho para mim, também, que a pena foi corretamente aplicada, não se lhe podendo fazer qualquer reparo. Nessas condições, colocando-me de pleno acordo com o voto de Vossa Excelência, estou negando provimento ao recurso.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente. De igual modo, rejeito a preliminar.

No início de minha carreira como Magistrado, tive oportunidade de, pela primeira vez, fazer o enfoque do art. 250 do Código Penal, quando recém-chegado à Comarca de Abre Campo, com pouco mais de um mês e meio de trabalho, tive o meu Fórum totalmente destruído. Naquela oportunidade, os posicionamentos que adotei para decidir, quando da ação penal instaurada, são exatamente os que foram enfatizados por Vossa Excelência. Não há outro caminho a seguir. Como disse o eminente Revisor, também eu acredito que o exame feito da prova, a apreciação correta dos indícios e mesmo a presunção que se possa ter ou alimentar leva à certeza da autoria e, no mais, é conseqüência natural, de modo que acompanho inteiramente V. Exª.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PROCESSO PENAL - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - INADMISSIBILIDADE - ACÓRDÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - INOCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP

- Em ação penal, não cabe condenação em honorários de advogado, ante a inexistência de previsão no Código de Processo Penal. O art. 804 do CPP restringiu a condenação às custas processuais. É excesso de hermenêutica entender que, no caso, se aplicariam, analogicamente, as regras de sucumbência do processo civil. A satisfação de tais despesas pode ser reclamada por intermédio de ação civil de indenização. Assim, não é omisso o acórdão que não faz referência àquelas verbas.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 250.299-5/01 (no Processo-Crime de Competência Originária nº 250.299-5/00) - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Embargos de declaração - Acórdão que julgou extinta a punibilidade por perempção da ação penal, por abandono do feito, sem condenar a querelante no pagamento dos honorários advocatícios - Inadmissibilidade de condenação em honorários, por ausência de previsão expressa dessa obrigação no processo penal - Omissão - Inocorrência - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR OS EMBARGOS.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço dos embargos, próprios e devidamente processados.

Trata-se de embargos de declaração, interpostos por Sebastião Lúcio dos Santos, Prefeito Municipal de Congonhal, através de seu advogado, objetivando sanar omissão constante no acórdão de fls. 225/231.

Argumenta, em síntese, que a Turma Julgadora julgou extinta a punibilidade, por perempção da ação penal, por ter a querelante abandonado o feito. Inobstante, não a condenou ao pagamento de honorários advocatícios, como requerido pelo querelado e como acolhido pela jurisprudência de nossos Tribunais, à qual faz referência.

Por este motivo, requer a supressão da omissão apontada, condenando a embargada ao pagamento de honorários advocatícios, em valor arbitrado por esta colenda Câmara.

Na verdade, em que pesem decisões em sentido contrário, inclusive as referidas pelo embargante, via de regra não é admissível a condenação em honorários em ação privada, para reparar a verba advocatícia da parte contrária, por aplicação analógica das regras de sucumbência do nosso processo civil. *In casu*, a satisfação dessas despesas só poderia ser reclamada através de ação civil de indenização, por ausência de previsão expressa dessa obrigação no processo penal.

Neste sentido, confira-se a ementa, *in verbis*:

TACRSP - "*Inexistindo no processo penal o princípio da sucumbência, não se justifica a condenação do vencido ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária*" (*RT*, 557/372).

E mais: *RT*, 695/357, *JTAERGS*, 89/106, *RT*, 589/345.

Com efeito, o art. 804 do CPP determina apenas que o vencido suportará as custas processuais, sem fazer qualquer referência a honorários da parte contrária, sendo excesso de hermenêutica entender, no caso, a utilização dos princípios do processo cível, conforme bem decidiu o egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, consubstanciado na ementa que ora se transcreve:

TARS: "*Condenação em honorários advocatícios. - O art. 804 do CPP determina que o vencido será responsabilizado pelas custas processuais, sem fazer qualquer alusão a honorários da parte contrária. Seria excesso de hermenêutica entender no caso a utilização dos princípios do processo civil. Pode ser admitida analogia* in bonam partem, *porém, não pode ser acolhida uma condenação não consagrada pelo diploma legal aplicável à espécie. Deram parcial provimento, à unanimidade, ao recurso para excluir da decisão monocrática a condenação do querelante na verba honorária*" (*JTAERGS*, 89/106-7).

Assim, não se vislumbra no acórdão embargado a argüida omissão, razão pela qual rejeito os embargos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS.

-:::-

PREFEITO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDOR - EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 37, IX, CF - PODER DISCRICIONÁRIO DO ADMINISTRADOR - AUSÊNCIA DE DOLO - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE

- Havendo necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF), tem o administrador a faculdade de nomear terceiros, em caráter precário, usando do poder discricionário que possui. Em tais nomeações não se vislumbra dolo que possibilite o recebimento da denúncia pela prática do crime previsto no inciso XIII do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 250.945-3/00 - Comarca de Teixeiras - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Prefeito municipal - Nomeação para cargos da Administração Pública sem concurso - Anulação de concurso público por

sentença judicial - Poder discricionário do administrador - Contratações precárias - Ausência de dolo do agente - Rejeita-se a denúncia. - Havendo necessidade da nomeação para cargos públicos e impossibilidade de nomeação dos aprovados em concurso, pela anulação advinda de sentença judicial, tem o administrador a faculdade de nomear terceiros, expressão do poder discricionário que possui, inexistindo dolo a ensejar o recebimento da denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 11 de março de 2003. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo Ministério Público, o Dr. Gilvan Alves Franco.

O Sr. Des. Gomes Lima - Gilvan Alves Franco, Procurador de Justiça, sob delegação, ofereceu denúncia contra José Willian Samartini Queiroz, imputando-lhe haver nomeado, sem concurso público, com o intuito de garantir reeleição e infringindo o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, os seguintes servidores:

- José Bonifácio de Freitas, como Auxiliar Administrativo, junto à Secretaria Municipal de Saúde, pelo período de 1°.10.00 a 31.12.00, e, posteriormente, como motorista, pelo período de 1°.12.00 a 30.06.01;

- José Basílio, como Oficial de Obras e Serviços, no período de 17.01.01 a 30.06.01; e

- Miguel Arcanjo Resende, como motorista, junto à Secretaria Municipal de Saúde, pelo período de 1°.01.00 a 31.12.00.

Aponta a denúncia José Willian como incurso nas sanções do art. 1°, inciso XIII, do Decreto-lei n° 201/67.

Notificado, carreou José Willian para os autos defesa preliminar pedindo a rejeição da denúncia e argumentou alegando falta de caracterização do delito, ausência de dolo específico e inocorrência de prejuízo para os cofres da Municipalidade; alegou tratar-se de contratações que visavam atender a excepcional interesse do Município e tinham caráter provisório, enquanto não se pudesse realizar o devido concurso público.

Disse José Willian que, aprovado pela Câmara Municipal um novo plano de cargos, carreiras e vencimentos, fez realizar concurso público em março de 1998, visando ao preenchimento de vagas nos quadros de pessoal.

Esclareceu que o respectivo concurso foi anulado por sentença

judicial, em ação própria, em 03.04.00; estando a decisão pendente de julgamento em grau de recurso. Assim, não podendo nomear os aprovados, fez contratação temporária de servidores para atendimento de situação de urgência transitória. Disse ainda José Willian que organizou novo concurso para os mesmos fins, com previsão de realização em 17.03.02 e juntou certidões até fl. 260-TJ, sobre os quais se manifestou a Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 262-270-TJ.

Autorizado pelo despacho de fl. 271-TJ, o Ministério Público aditou a denúncia, conforme se vê à fl. 273-TJ, para que a acusação ficasse posta nos termos do art. 1°, inciso XIII, do Decreto-lei n° 201/67, em concurso material, tendo sido o denunciado chamado a se manifestar.

Este, o relatório.

A Municipalidade de Teixeiras-MG, em 10.10.97, editou a Lei n° 1.024 e, em 04.05.98, a Lei Complementar n° 1.035, buscando resolver o problema do plano de cargos, de carreiras e de vencimentos, instituindo o quadro de pessoal devido.

O Prefeito abriu concurso público através do Edital n° 001/98 (março), realizando-o em 13.06.98.

A nomeação dos aprovados não se fez por causa do ajuizamento de uma ação anulatória de concurso em razão de conteúdo impróprio do citado edital, ou seja, inconstitucionalidade de condições impostas. Julgada procedente a ação, houve recurso de ofício (fls. 250-260-TJ).

As três contratações, feitas a título precário e que ensejaram a denúncia, se deram no período de tramitação da ação anulatória. Os Decretos Municipais 005/99, 017/98 e 016/98, de fls. 41, 42 e 43-TJ, se basearam no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 81, inciso IX, da Lei Orgânica do Município, c/c o art. 63 da Lei Complementar Municipal n° 1.035/98, que os autorizavam.

Confesso que não diviso a ocorrência de dolo na conduta do denunciado, que, a meu ver, foi empurrado, foi levado a fazer o que fez, parecendo-me evidente a necessidade dos contratados: dois (2) na área de saúde e o terceiro na área de obras e serviços. O provimento dos cargos foi prejudicado pelo ajuizamento da ação anulatória e, neste caso, fazer o quê?

Não vejo relevância na circunstância de terem, à época, os contratados mudado de cor partidária. Os autos se apresentam recheados de certidões a respeito de desfiliação e de filiação partidárias e as de fls. 150, 152 e 154-TJ contêm declaração dos três (3) no sentido de que suas atitudes não se condicionavam a qualquer promessa de campanha eleitoral.

Nada há a contradizer os contratados, a negar que sua filiação ao partido do denunciado se deu por livre opção dos mesmos. A verdade é que

todos pretendiam concorrer, pelo novo partido, à eleição de vereadores e, de fato, concorreram, podendo-se observar que um deles, Miguel Arcanjo, logrou êxito.

Tenho para mim que as contratações feitas pelo denunciado permaneceram no plano do razoável e não refletiram abuso algum do poder discricionário do administrador público.

É de HELY LOPES MEIRELLES a lição de que:

"*A discricionariedade... é ... a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento*" - *vide Direito Administrativo Brasileiro*, p. 175 (citação de Bartolomé Fiorini).

Assente o exposto, rejeito a denúncia, nos termos do art. 516 do CPP.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Custas, *ex lege*.

*A Sr*ª*. Des*ª*. Jane Silva* - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A DENÚNCIA.

-:::-

ESTUPRO E HOMICÍDIO QUALIFICADO - JULGAMENTO - JÚRI - CONFISSÃO DO APELANTE - FALTA DE PROVAS DA COAÇÃO - AUSÊNCIA DE *ACD* - COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE - POSSIBILIDADE - DESPRONÚNCIA POSTERIOR DE CO-RÉU - OCORRÊNCIA E EFEITOS - RECONHECIMENTO QUANDO DA APELAÇÃO - QUALIFICADORA - AFASTAMENTO - JULGAMENTO - SUBSISTÊNCIA

- Inexistindo prova da coação física do réu, prevalece a confissão extrajudicial, que, estando em harmonia com as demais provas coligidas e somada ao comportamento do acusado, serve de corpo de delito indireto, daí por que a ausência de *acd* não impede a comprovação da materialidade do crime de estupro.

- A posterior despronúncia de co-réu, fato novo que é, a teor do inciso III do art. 621 do CPP, pode ser invocada em ação de revisão criminal, mas, por medida de economia processual, o reconhecimento disso e de seu efeito pode dar-se quando da apelação.

- A causa de aumento de pena, mera *accidentalia delicti*, por não corresponder a qualquer elemento conceitual do tipo, pode ser afastada da fixação da pena, sem prejuízo da subsistência do julgamento feito pelo Tribunal do Júri.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 262.563-0/00 - Comarca de Ferros - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Estupro e homicídio qualificado - Julgamento pelo Tribunal do Júri - Confissão do apelante - Coação não comprovada - Reexame de prova - Ausência de *acd* - Circunstância que não impossibilita a comprovação da materialidade - Despronúncia posterior do co-réu - Decisão que alcança o apelante - Afastamento da qualificadora - Dá-se provimento parcial ao recurso. - Inexistindo prova de coação física do apelante, prevalece a confissão extrajudicial, que está em harmonia com as demais provas coligidas nos autos, sendo que a ausência de *acd* não impede a comprovação da materialidade do crime. - Por medida de economia processual e sendo mera *accidentalia delicti*, é possível o afastamento da qualificadora sem prejuízo do julgamento do Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 25 de março de 2003. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo 2º apelante, o Dr. Jair Colen Filho.

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Ferros-MG, segundo se vê da Apelação Criminal nº 233.748-3, em apenso, Amilton Moreira de Araújo foi condenado como incurso nas sanções do art. 213, c/c os arts. 224, letra *c*, e 226, inciso I, todos do Código Penal, sendo apenado com seis (6) anos de reclusão, em regime fechado, porque, numa sexta-feira do mês de outubro de 2000, constrangeu ele C.P. a com ele manter relação sexual, fato ocorrido no lugar denominado "Córrego do Barbosão", no Distrito de Cubas.

Ao início do julgamento dessa Apelação de nº 233.748-3, proferi voto, negando provimento a ambos os recursos, conforme se vê às fls. 295-297-TJ dos referidos autos.

Agora, no que se refere à Apelação Criminal nº 262.563-0, tem-se que Amilton Moreira de Araújo foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, porque, num sábado do mês de outubro de 2000, ou seja, no dia seguinte ao estupro, de que cuidam os autos da Apelação nº 233.748-4, praticou ele, juntamente com Felício Pedro

Ferreira Filho, novo estupro contra a citada C.P., de sessenta e um (61) anos de idade, matando-a em seguida.

Da pronúncia recorreu Felício, resultando disso o julgamento de Amilton.

Os Senhores Jurados, ao final, condenaram Amilton como incurso nas sanções do art. 213, c/c os arts. 224, letra *c*, e 226, inciso I, bem como nas do art. 121, § 2º, inciso V, todos do Código Penal, sendo o mesmo apenado da seguinte forma:

- quanto ao estupro, com sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão; e

- quanto ao homicídio, com doze (12) anos de reclusão, que, por haver concurso material, totalizaram dezenove (19) anos e seis (6) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime integralmente fechado - *vide* fls. 398-401-TJ.

Inconformado, apelou Amilton, negando a autoria ou a co-autoria. Disse Amilton que apenas "*se encontrava no local dos fatos, sem a mínima participação*", esclarecendo que a decisão é contrária à prova dos autos; disse que sua confissão na fase indiciária foi extorquida mediante coação física, bárbaro espancamento, provocando-lhe marcas roxas no rosto e, por fim, disse que não há prova material do estupro, donde seu pedido de relaxamento da prisão.

Contra-razões, às fls. 434-439-TJ, nas quais o Promotor de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso, dando-se como inicialmente fechado o regime prisional.

Emitindo parecer às fls. 441-445-TJ, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e pelo não-provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

A prisão do apelante, justificada por uma situação de flagrante, tem, agora, como fundamento sentença condenatória.

Não fosse isso, há a considerar que o apelante permaneceu preso durante todo o processo, nada havendo que autorize ou aconselhe seja posto em liberdade.

Da mesma forma, não procede a alegação de que sua confissão foi obtida pela Autoridade Policial mediante coação. Se se atentar para o auto de prisão em flagrante delito, verificar-se-á que o apelante confessou a autoria, aberta e claramente; sua confissão se deu na presença de seu advogado e de testemunhas convidadas para a ocasião, uma delas seu patrão, Expedito Simão.

Não vejo como imaginar que tais pessoas possam ter compactuado com policiais para procederem à coação física na busca da confissão.

Mostram os autos que, antes de ser preso, Amilton compareceu ao velório de sua vítima com o evidente propósito de afastar de si qualquer suspeita, mas, como se encontrava com o rosto arranhado, cheio de marcas de unhas, muito nervoso e respondendo desconexamente, evasivamente, às perguntas de pessoas presentes, desconfiaram dele e informaram à Polícia, que o prendeu.

Uma vez preso, o ora apelante confessou tudo. Nesse sentido, vejam-se os depoimentos de fls. 209 e 388, 232, 236, 207, 208 e 385, bem como os de fls. 170, 171 e 382-384-TJ.

A Expedito Simão, seu patrão, contou o apelante ter matado a vítima - *vide* fls. 234, 235 e 380-TJ. Ao que se sabe, o apelante era vigia da casa de Expedito nas ocasiões em que o mesmo viajava, casa que ficava a cinqüenta (50) metros da casa da vítima. Sabe-se que Expedito havia viajado para São Domingos do Prata, só retornando no domingo, um dia após os crimes, quando ouviu do apelante a confissão, confissão que reiterou quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Observe-se que a mesma confissão fez Amilton em entrevista ao jornal *Diário do Aço*, que cobria o caso; observe-se que a imprensa, que a tudo acompanhava, não noticiou a ocorrência de qualquer violência contra o apelante. Ao contrário, o que se pode ver às fls. 407-410-TJ é que o apelante estava muito à vontade para as declarações prestadas.

A mancha infrapalpebral direita, mostrada na foto de fls. 408-v. ou 410-TJ, não serve como prova de espancamento - é que não é seguro defini-la como hematoma, pois há possibilidade de não passar ela de mera mancha de impressão gráfica, própria de trabalho de clicheria. Acredito que este raciocínio, este entendimento, explique estar também manchado o rosto do co-réu Felício na reprodução fotográfica de fl. 410-v.-TJ. E, mais, testemunha alguma relata a ocorrência de espancamento.

Não fosse isso, é de se ver que o apelante admite que acompanhou Felício ao local dos crimes (fl. 111-TJ - interrogatório judicial - e fl. 429, nas razões recursais).

A requisição de exame de corpo de delito não mencionou interesse na apuração do ou dos estupros. Seguramente, por isso, os peritos não cogitaram de colher material específico para confirmação (fl. 88-TJ); entretanto, a confissão do apelante e as circunstâncias gerais de seu comportamento, as referências testemunhais, tudo serve de corpo de delito indireto.

Ocorre perfeita "*compatibilidade ou concordância*" da confissão do apelante com as demais provas do processo, donde se tratar de elementos de grande potencial de convencimento, conforme o art. 197 do Código de Processo Penal.

De todo o exposto, ressalta a certeza de que a decisão dos Senhores

Jurados não foi contrária à prova dos autos.

Faço restrição à causa especial de aumento que acresceu à pena-base de seis (6) anos, referente ao estupro, de mais um (1) ano e oito (8) meses, com base no art. 226, inciso I, do Código Penal [ação conjunta de duas (2) pessoas].

Dois (2) meses depois desse julgamento pelo Tribunal do Júri, ou seja, a 19 de fevereiro de 2002, apreciando o Recurso em Sentido Estrito nº 245.518-6, em processo desmembrado, despronunciamos o co-réu Felício Pedro Pereira Filho, acolhendo sua tese de negativa de autoria, de negativa de participação no crime de estupro.

Esse fato novo poderia ser invocado em ação de revisão criminal (art. 621, inciso III, do Código de Processo Penal), mas, por medida de economia processual, o reconhecimento disso e de seu efeito pode dar-se agora, nesta apelação.

A causa de aumento de pena, mera *accidentalia delicti*, por não corresponder a qualquer elemento conceitual do tipo, pode ser afastada da fixação da pena, sem prejuízo da subsistência do julgamento feito pelo Tribunal do Júri.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, afasto a causa especial de aumento de pena e, pelo crime de estupro, fixo a pena a ser cumprida pelo apelante em seis (6) anos de reclusão, em regime fechado, mantida, quanto ao mais, a r. sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

NULIDADE PROCESSUAL - FALTA DE ALEGAÇÕES FINAIS - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - CRIME FALIMENTAR - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO

- A falta de alegações finais traduz ofensa irreparável às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, implicando nulidade absoluta do processo, desde o momento em que deveriam ter sido ofertadas. Sendo as alegações finais peça essencial do processo-crime, não deve o juiz sentenciar sem antes suprir a omissão do defensor.

- Ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva, decreta-se, de ofício, a extinção da punibilidade, nos termos do art. 61 do CPP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 263.644-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processual Penal - Nulidade do processo - Ocorrência - Inexistência de alegações finais - Ofensa ao princípio da ampla defesa - Prescrição - Necessidade de decretação *ex officio*. - As alegações finais do réu são peça essencial do processo-crime, não devendo o juiz sentenciar sem antes suprir a omissão do defensor.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na 9ª Vara Criminal da Capital, Lincoln Pettersen Sabino, Álvaro José da Cunha, Rodrigo Graça Mercadante, Ellos Pires de Carvalho Júnior, Ricardo Magalhães Pinto, André Bellini dos Santos e Antônio Lage Filho, já qualificados, foram denunciados nas penas dos artigos 186, VI e VII; 188, VII e VIII, da Lei de Falências, porque suprimiram livros obrigatórios, realizaram escrituração de maneira lacunosa e defeituosa, procederam a lançamento contábil diverso do que deveria constar e, ainda, não apresentaram balanços à rubrica do Juiz, dentro do prazo.

Ao final da instrução, o Sentenciante, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolveu os réus Álvaro, Rodrigo, Ellos, Ricardo, André e Antônio, e condenou tão-somente o acusado Lincoln Pettersen Sabino nos exatos termos da exordial, aplicando-lhe a pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, no regime aberto, que foi substituída por medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Irresignado, o réu interpôs recurso, sustentando, preliminarmente, nulidade do processo por indeferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP e por ausência das alegações finais e, ainda, nulidade da sentença, que não foi fundamentada, contrariando o disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. No mérito, pretende a absolvição, argumentando que não praticou qualquer dos atos que lhe foram imputados.

As contra-razões e a douta Procuradoria de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

A prefacial de nulidade do processo por ausência de oferecimento das alegações finais merece prosperar.

Na sistemática do Código de Processo Penal, a omissão das razões finais não vem expressamente mencionada como causa de nulidade do processo, sendo que apenas a falta de intimação das partes para a sua apresentação ensejaria a nulidade absoluta.

Todavia, considerando-se que não mais é possível interpretar as normas processuais sem antes adequá-las ao ordenamento constitucional e a todos os princípios ali consagrados, o melhor entendimento do texto legal leva-nos à conclusão de que a falta das alegações finais traduz ofensa irreparável às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, importando, assim, nulidade absoluta do processo desde o momento em que deveriam ter sido ofertadas.

MIRABETE, *in Código de Processo Penal Interpretado*, 8ª ed., 2001, p. 1.088, leciona:

"*Hoje é predominante na jurisprudência que a falta de alegações finais pelo acusado é causa de nulidade. Afirma-se que o oferecimento de razões finais é termo essencial do processo, já que a omissão causa o esvaziamento do princípio do contraditório, deixando de se expor as pretensões da defesa. Além disso, o Código sempre exige o oferecimento de defesa, referindo-se a esta nos arts. 262, 382, II, 564, III,* c, *etc. (Súmula 523 do STF). Assim, a falta de alegações finais, ainda que notificado o defensor constituído para oferecê-las, implica nulidade absoluta*".

Da mesma forma, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in Código de Processo Penal Comentado*, 1ª ed., 2002, p. 760, ensina:

"*Embora, aparentemente, trate-se de mera faculdade da parte oferecer sua manifestação derradeira, apreciando toda a prova, é preciso considerar que, para o promotor, constitui dever de ofício, não se compreendendo que deixe de cumprir sua função legal. Cabe, nesse caso, comunicação ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP, para que outro representante da instituição ofereça as alegações, se for preciso. Quanto ao querelante, não o fazendo, implica em perempção (art. 60, III, CPP). E finalmente, em relação à defesa, em homenagem à ampla defesa, é preciso o pronunciamento da defesa técnica sobre a prova produzida, algo que o réu não pode fazer. (...). Na doutrina, entendendo indispensável o seu oferecimento: Tourinho Filho* (Código de Processo Penal Comentado, *v. 2, p.136-137); Tornaghi* (Curso de Processo Penal, *v. 2, p. 245); Noronha* (Curso de Direito Processual Penal, *p. 284-285)*".

A jurisprudência também caminha nesta mesma direção:

STF: "*Nulidade. Falta de defesa. Inércia do defensor do acusado. Alegações finais não apresentadas. Inegável prejuízo para a defesa. Inteligência e aplicação dos arts. 5º, LV, da CF de 1988, 261 e 564, III,* c, *do CPP*" (*RT*, 687/372).

STF: "*Alegações finais. Advogado constituído. Sentença. As alegações finais do réu são peça essencial do processo-crime, e o juiz não deve sentenciar antes de suprir a omissão do defensor*" (*RT*, 623/375).

TJSP: "*As razões finais são termo essencial do processo, que não pode ser decidido sem sua apresentação, sob pena de infringência ao princípio constitucional da ampla defesa. Não apresentadas pelo patrono de escolha do réu ou dativo, deve o juiz nomear advogado* ad hoc *para ofertá-las*" (*RT*, 625/269).

In casu, o Juiz abriu vista às partes no dia 22 de fevereiro de 2001 para fins do art. 500 do CPP.

No dia 18 de abril do mesmo ano, foi publicada vista à defesa do apelante para, então, providenciar as razões finais.

Todavia, o procurador do acusado Lincoln, dirigindo-se à Secretaria Criminal no dia seguinte, não obteve acesso aos autos, porque a defensora de outro acusado o havia retirado de cartório para extrair cópias reprográficas, devolvendo-o somente no final da tarde, quando aquele não mais se encontrava na Secretaria.

Assim, diante da complexidade que envolve o caso e da essencialidade da apresentação das razões, o defensor do apelante requereu, através da petição de fls. 596/597, a devolução do prazo legal para entrega das alegações finais, o que foi indeferido pelo sentenciante, ao fundamento de que o defensor deveria ter aguardado o retorno dos autos ao cartório, e não se comportasse de maneira "impaciente".

Ora, sendo as alegações finais peça fundamental do processo, caberia ao Magistrado dilatar o prazo, evitando-se, assim, a nulidade apontada.

Destarte, diante da inexistência de razões finais, impõe-se a decretação de nulidade do processo.

Contudo, em virtude da nulidade ora reconhecida, que anula, conseqüentemente, a sentença, que é marco interruptivo da prescrição, tem-se a ocorrência desta causa extintiva da punibilidade, devendo, portanto, ser reconhecida de ofício.

Com efeito.

A denúncia foi recebida no dia 03 de maio de 1999 (fl. 239) e, como se

sabe, nos crimes falimentares, independentemente do *quantum* da pena abstratamente cominada ou imposta, o prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória é sempre de dois anos.

Do exposto, dou provimento ao recurso para acolher a alegação de nulidade processual por ausência de apresentação de alegações finais e, de ofício, invocando o art. 61 do digesto processual penal, julgo extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva.

Na origem, façam-se as anotações e cancelamentos necessários.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO.

-:::-

PRONÚNCIA - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - CRIMES CONEXOS - DECISÃO QUE EXCLUI O CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E JULGA OS DELITOS CONEXOS - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EXPLÍCITA - NULIDADE - APELAÇÃO - IMPROPRIEDADE - CONHECIMENTO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

- Em se tratando de processo da competência do Tribunal do Júri, a decisão do juiz primevo, na fase de formação de culpa, tem caráter interlocutório e encerra essa fase. É irrelevante se a decisão é pela pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária do réu, ou mesmo pela desclassificação da infração, o certo é que sua impugnação haverá de ser feita por meio de recurso em sentido estrito, e não por apelação. Entretanto, em casos assim, tendo sido interposta a apelação, pelo princípio da fungibilidade, ela deverá ser conhecida como se fosse o recurso próprio, sendo atendido o requisito temporal.

- Verificando-se o fenômeno da conexão e sendo um dos delitos da competência do Tribunal do Júri, esta prevalece. Assim, deve o juiz, ao final do juízo de formação de culpa, proferir decisão sobre a admissibilidade da acusação tão-somente no que respeita ao crime de competência do Júri. Quanto aos demais crimes, no caso de pronúncia, serão apreciados também pelo Júri; nas hipóteses de impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária, serão examinados pelo juiz singular, em oportunidade própria.

- Ocorrendo impronúncia ou desclassificação, aplica-se a regra do art. 410 do CPP, não podendo o juiz, na mesma sentença, decidir acerca dos crimes conexos pelos quais responde o acusado. Assim também na hipótese de absolvição sumária. Operada a preclusão, transitando em julgado a decisão de impronúncia, desclassificação ou absolvição, aí sim poderá o magistrado julgar os crimes em conexidade, se for o competente. Do contrário, remeterá o processo ao que o for.

- É de ser reconhecida a nulidade da sentença que, sem fundamentação explícita, afasta o crime de competência do Tribunal do Júri e, na mesma decisão, condena o réu por crimes conexos, igualmente sem fundamentação, não observando as formalidades legais e violando as regras de competência.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 277.928-8/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Homicídio qualificado tentado - Crimes conexos - Decisão que exclui o crime doloso contra a vida, sem fundamentação explícita, e julga os delitos conexos - Réu condenado - Recurso de apelação interposto pela acusação - Impropriedade - Princípio da fungibilidade - Conhecimento como recurso em sentido estrito - Nulidade da sentença decretada em preliminar e de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal doTribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ANULAR A SENTENÇA NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Luiz Henrique Pereira viu-se denunciado na Comarca de Pouso Alegre, juntamente com Vicente Gabriel Pereira, incursos, ambos, nos artigos 121, § 2º, II, c/c o artigo 14, II, 157, § 2º, I, 163, parágrafo único I e IV, 158, *caput*, c/c o artigo 14, II, 331 e 147, *caput*, todos do Código Penal, e ainda no artigo 16 da Lei 6.368/76, em concurso material.

Segundo a denúncia, os acusados se desentenderam com Danilo Rezende Pereira, proprietário de um bar situado na Rua Antônio Scodeller, 1.263, Bairro Faisqueira, naquela Cidade de Pouso Alegre, em razão de uma dívida. Enfurecido, Luiz Henrique compareceu ao referido estabelecimento e tentou extorquir da vítima a quantia de setenta reais, ameaçando-a de morte e dizendo que promoveria uma

quebradeira no bar se não recebesse o mencionado valor. Diante da recusa de Danilo a entregar-lhe o dinheiro, Luiz Henrique quebrou um televisor e o vidro de um baleiro, danificando, também, o automóvel da vítima, tendo eles entrado em luta corporal. Em meio ao entrevero, Luiz Henrique sacou uma faca e desferiu inúmeros golpes contra Danilo, sendo auxiliado, neste momento, pelo co-réu Vicente Gabriel Pereira, que também passou a agredir a vítima. Os acusados somente não vieram a consumar um crime de homicídio em virtude da pronta intervenção dos presentes. Durante a confusão que se instaurou, Luiz Henrique subtraiu do caixa a quantia de quarenta e seis reais. Ao ser abordado pela Polícia, constatou-se que este último acusado trazia consigo, no bolso da calça, uma "bucha" de maconha (0,5 grama), que foi apreendida. Preso, passou e ameaçar de morte os policiais e seus familiares, insultando-os com palavras de baixo calão.

Recebida a denúncia, o processo veio a ser suspenso em relação ao acusado Vicente Gabriel Pereira, que, citado por edital, não compareceu para ser qualificado e interrogado. Quanto a Luiz Henrique Pereira, entretanto, o feito prosseguiu até sentença, tendo o MM. Juiz julgado parcialmente procedente a denúncia para condená-lo por infração dos artigos 345 do Código Penal e 16 da Lei 6.368/76, estabelecendo as reprimendas em quinze dias de detenção, pelo primeiro delito, e seis meses de detenção e vinte dias-multa, pelo segundo. Como as penas privativas de liberdade já se encontravam integralmente cumpridas, determinou o Magistrado a expedição de alvará de soltura.

Inconformado, interpôs o órgão do Ministério Público a presente apelação, pugnando pela pronúncia do acusado, nos termos da denúncia. Sustenta o representante do *Parquet* que o réu só não consumou um crime de homicídio contra a vítima por circunstâncias alheias à sua vontade e que os demais crimes descritos na inicial teriam restado devidamente caracterizados.

Com as contra-razões de fls. 220/222, subiram os autos, opinando a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo conhecimento da manifestação recursal como recurso em sentido estrito, porquanto interposto contra sentença de pronúncia, e pela anulação da decisão, em preliminar, por violação ao disposto nos artigos 74, § 3°, e 410, ambos do Código de Processo Penal. No mérito, bate-se pela pronúncia do acusado pelos crimes de homicídio tentado qualificado, exercício arbitrário das próprias razões, dano qualificado, desacato e porte de substância entorpecente para uso próprio, arredando-se os demais (fls. 241/252).

No principal é o relatório.

Procede a preliminar suscitada pela douta Procuradoria de Justiça.

Em se tratando de processo afeto à competência do Tribunal do Júri, eis que foi o réu acusado da prática,

dentre outros delitos, de homicídio qualificado tentado, a decisão do MM. Juiz, nesta fase, tem caráter interlocutório, cabendo-lhe julgar tão-só a admissibilidade da acusação.

Através dessa decisão encerra-se a fase de formação da culpa.

Pronunciado o réu, inaugura-se a fase de preparação do plenário, que conduzirá ao julgamento de mérito. Impronunciado, a decisão terá conteúdo terminativo, em regra, sem juízo de mérito. Desclassificada a infração, a decisão é modificadora da competência, também sem juízo de mérito, embora não faça cessar o procedimento.

Em qualquer hipótese, dada a natureza da decisão, sua impugnação haverá de se dar através de recurso em sentido estrito, seja com fundamento no inciso IV (da decisão que pronunciar ou impronunciar o réu), seja, no caso de desclassificação, com espeque no inciso II ("*que concluir pela incompetência do Juízo*"), ambos do artigo 581 do Código de Processo Penal.

Afigura-se equivocada, portanto, a interposição, na hipótese vertente, de recurso de apelação. Esta, pelo princípio da fungibilidade, há de ser conhecida como recurso em sentido estrito, atendido que se acha o requisito temporal.

Deixo, contudo, de determinar o regular processamento do recurso, oportunizando o juízo de retratação, por identificar nulidade absoluta no *decisum*, a ser decretada em preliminar e de ofício.

É que, tendo-se verificado na hipótese vertente o fenômeno da conexão - porquanto atribuída ao réu, na denúncia, a prática, num mesmo contexto fático, de crime de homicídio qualificado tentado e de seis outros delitos (roubo qualificado pelo emprego de arma, dano a coisa alheia com violência e prejuízo considerável para a vítima, tentativa de extorsão, desacato, ameaça e porte de substância entorpecente para uso próprio) -, haveria de observar o Magistrado, ao decidir, os preceitos contidos nos artigos 76, I e III, e 78, I, do Código de Processo Penal.

Sendo prevalente a competência do Júri, atraída pela imputação do delito de homicídio qualificado tentado, deve o juiz, ao final do juízo de formação da culpa, proferir decisão de admissibilidade da acusação tão-só em relação ao crime doloso contra a vida. Quanto aos crimes conexos, ou serão apreciados também pelo Júri, no caso de pronúncia, ou o serão pelo juiz singular, mas em oportunidade diversa, nas hipóteses de impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Ocorrendo impronúncia ou desclassificação, aplica-se a regra do artigo 410 do CPP (prevista, também, no artigo 74, § 3°). Não pode o juiz, na mesma sentença, decidir também acerca dos crimes conexos pelos quais responda o acusado.

O mesmo ocorre na hipótese de absolvição sumária. Uma vez operada a preclusão, verificando-se o trânsito em julgado da decisão (de impronúncia,

de desclassificação ou de absolvição), aí sim poderá o magistrado julgar os crimes em conexidade, se for o competente. Do contrário, remeterá o processo ao que o for.

No caso em apreço, sem fazer qualquer menção na sentença a circunstância que excluísse o crime de homicídio tentado ou isentasse de pena o réu (hipótese de absolvição sumária), ou mesmo referência expressa a ausência de prova (ou inexistência) do fato, insuficiência de indícios de autoria ou atipicidade da conduta (que autorizariam a impronúncia), simplesmente afastou o Magistrado o crime de competência do Júri, asseverando, de forma incompreensível, em relação à agressão a faca que teria sofrido a vítima, que, "*se não ocorreu o perigo de vida - não houve, s.m.j., o decantado perigo de vida*" (fl. 210).

E, na mesma decisão, julgou os crimes conexos, condenando o réu por exercício arbitrário das próprias razões (promovendo, neste passo, uma nova definição jurídica dos fatos descritos na denúncia) e porte de entorpecente para uso próprio, excluindo os demais - também sem fundamentação expressa na parte dispositiva da sentença.

Manifesta, portanto, a nulidade da decisão recorrida, que, a despeito de afastar o crime de homicídio tentado, acabou por condenar o réu sem observar as formalidades legais, violando regra de competência.

Com essas considerações, em preliminar e de ofício, anulo a decisão, determinando que outra seja proferida, com a estrita observância das formalidades legais.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - ANULARAM A SENTENÇA NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, DE OFÍCIO.

-:::-

MENOR - REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - SUBSTITUIÇÃO POR PAGAMENTO DE CESTA BÁSICA - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 7.210/84 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL - INADMISSIBILIDADE

- As medidas socioeducativas impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional, estão expressamente previstas no art. 112, incisos I a V, da Lei nº 8.069/90. É defeso ao julgador, portanto, invocando subsidiariamente o art. 116 da Lei nº 7.210/84, substituir a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, anteriormente aplicada a adolescente infrator, por pagamento de cestas básicas, uma vez que tal pena alternativa não é prevista na legislação menorista.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 278.621-8/00 - Comarca de Bom Sucesso - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Justiça da Infância e da Juventude - Remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade - Substituição por pagamento de cesta básica - Aplicação subsidiária da Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal - Inadmissibilidade. - As medidas socioeducativas impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional, estão expressamente previstas no art. 112, incisos I a V, da Lei 8.069/90. É defeso ao julgador, portanto, invocando subsidiariamente o art. 116 da Lei 7.210/84, substituir a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, anteriormente aplicada a adolescente infrator, por pagamento de cestas básicas, uma vez que tal pena alternativa não é prevista na legislação menorista. - Recurso conhecido e provido.

RELATÓRIO

A.S.E., já qualificado nos autos, praticou ato infracional análogo ao crime de furto qualificado, na forma tentada, por ter penetrado clandestinamente na casa de Sebastião Luiz, administrador da Fazenda "Candinha", situada no Município de Santo Antônio do Amparo, somente não consumando o furto por circunstâncias alheias à sua vontade.

Após a sua audição na presença de seu responsável, o representante do Ministério Público concedeu-lhe a remissão, como forma de exclusão do procedimento judicial, cumulada com a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (fl. 11). A remissão foi homologada por sentença, aplicando-se-lhe a medida acima mencionada com a obrigação de prestar serviços gratuitos, pelo prazo de seis meses, durante quatro horas diárias, na Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Amparo (fl. 12).

Posteriormente, antes de iniciar o cumprimento da medida imposta, a genitora do adolescente compareceu à Secretaria do Fórum de Bom Sucesso para dizer que o seu filho, já tendo alcançado a maioridade, estava trabalhando numa fazenda no Município de Santo Antônio do Amparo, razão pela qual se via impossibilitado de cumprir a medida socioeducativa que lhe foi imposta, pleiteando então a sua substituição por pagamento de cestas básicas (fl. 15).

Mesmo com o parecer contrário do Ministério Público, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Bom Sucesso concedeu a substituição requerida, fundado no art. 116 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) - fls. 18/19.

Inconformado, interpôs o representante do Ministério Público recurso de apelação para a superior instância, postulando em suas razões a cassação da r. sentença recorrida, ao argumento de ilegalidade da substituição operada, posto que a legislação menorista não prevê, entre as medidas socioeducativas, o pagamento de cesta básica, além do que é inaplicável, na espécie, a Lei de Execução Penal (fls. 20/22).

O recurso foi contra-razoado, mantida a decisão recorrida, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinado pelo seu conhecimento e provimento parcial para o fim de se substituir a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pela de advertência.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 26 de março de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr^a. Des^a. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

É de inteira procedência a irresignação do ilustre representante do Ministério Público com a decisão do douto Magistrado da Comarca de Bom Sucesso que substituiu a medida socioeducativa de prestação de serviços, aplicada ao menor infrator A.S.E., por pagamento de cestas básicas.

Apurou-se nos autos que, no dia 05 de agosto de 2000, A.S.E., mediante arrombamento, penetrou clandestinamente na residência de Sebastião Luiz, administrador da fazenda "Tio Candinha", zona rural do Município de Santo Antônio do Amparo, não conseguindo consumar o delito de furto por circunstâncias alheias à sua vontade. Segundo Sebastião, desde o mês de maio daquele ano vinha notando o desaparecimento de valores em sua casa, mormente nos dias de pagamento dos empregados da fazenda. Assim, no dia do evento, decidiu permanecer em casa para apanhar o ladrão em flagrante, o que realmente ocorreu, pois, por volta das 19h30m, o menor chegou ao local, arrombou a janela e entrou nas dependências da casa.

O menor infrator confessou livremente a prática do ato infracional análogo ao crime de furto qualificado, na modalidade tentada, admitindo ainda ter entrado outras duas vezes na casa da vítima, de onde subtraiu cerca de R$ 236,00 (duzentos e trinta e seis reais).

Apurado o ato infracional, o ilustre representante do Ministério Público concedeu ao menor infrator a remissão, como forma de exclusão do procedimento judicial, requerendo a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade,

durante quatro horas, uma vez por semana, durante o período de seis meses.

A remissão cumulada com a medida socioeducativa foi homologada por sentença. No entanto, em 22 de maio de 2001, a mãe do apelado compareceu à Secretaria do Fórum de Bom Sucesso para informar que, já tendo seu filho adquirido a maioridade penal e estando trabalhando na Fazenda Praia Grande, no mesmo Município de Santo Antônio do Amparo, encontrava-se impossibilitado de cumprir a medida imposta, razão pela qual pleiteava a substituição da prestação de serviços à comunidade por pagamento de cestas básicas.

Mesmo com parecer contrário do Ministério Público, o douto Magistrado monocrático concedeu a substituição, aplicando ao caso, subsidiariamente, o artigo 116 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

A toda evidência, laborou em equívoco o ilustre Sentenciante.

As medidas socioeducativas impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional, estão expressamente previstas no art. 112, incisos I a V, da Lei 8.069/90. É defeso ao julgador, portanto, invocando subsidiariamente o art. 116 da Lei 7.210/84, substituir a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade anteriormente aplicada a adolescente infrator por pagamento de cestas básicas, uma vez que tal pena alternativa não é prevista na legislação menorista.

No caso, em hipótese alguma, pode-se admitir a alegação de impossibilidade de o menor infrator cumprir a medida imposta, pois a prestação de serviços à comunidade, de acordo com a sentença (fl. 12), deve ocorrer na Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Amparo, pelo período de seis meses, e durante apenas quatro horas semanais. Estando ele trabalhando em fazenda situada no mesmo Município, poderá perfeitamente prestar serviços gratuitos àquela Prefeitura Municipal nos dias de folga, de modo a não prejudicar o emprego.

Não me parece recomendável, *data venia*, a sugestão do douto Procurador de Justiça de substituição da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pela singela *advertência*. Admoestar o apelado, que hoje já alcançou a maioridade, dando-lhe conselhos e orientação, pela prática de ato infracional tão grave, representa um prêmio e, talvez, um estímulo para que continue praticando delitos contra o patrimônio. Ainda mais porque, segundo sua própria confissão, ele já tinha lesado a vítima outras duas vezes, utilizando-se do mesmo expediente para a prática do ato infracional.

Isso posto, pedindo vênia ao douto Procurador de Justiça, dou provimento ao recurso do Ministério Público para cassar a decisão recorrida, devendo o menor infrator A.S.E.

cumprir a medida que lhe foi aplicada junto à Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Amparo uma vez por semana, durante quatro horas e no período de seis meses, em dias de folga, de modo a não prejudicar o seu emprego.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

JÚRI - QUESITOS - RESPOSTAS - CONTRADIÇÃO - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - NEGATIVA PELOS JURADOS - ABSOLVIÇÃO - ILEGALIDADE - ENGANO NA INTERPRETAÇÃO DAS RESPOSTAS OU ERRO MATERIAL - APURAÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO - ANULAÇÃO

- Quando o Corpo de Jurados nega a ocorrência de legítima defesa putativa e, ainda assim, o Juiz-Presidente do Júri absolve o réu, deve-se apurar se houve erro material ou engano na interpretação das respostas do Júri. Sendo impossível tal apuração na segunda instância, a alternativa é a anulação do julgamento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 285.687-0/00 - Comarca de Ibirité - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Júri - Nulidade - Ocorrência - Juiz-Presidente que, mesmo tendo os jurados negado a legítima defesa putativa, absolveu o réu da imputação - Impossibilidade de se apurar se houve erro material ou engano na interpretação dada às respostas dos jurados - Novo julgamento ordenado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 25 de março de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Natanael Borges Filho foi pronunciado e libelado como incurso no art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, sob a acusação de haver, no dia 13 de fevereiro de 1996, por volta das 21h, efetuado disparos contra Samuel de Oliveira e Francelino Batista da Silva, não lhes causando, contudo, lesões corporais.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Ibirité, o MM. Juiz-Presidente, entendendo que os Senhores Jurados reconheceram a legítima defesa putativa, absolveu o réu (fls. 246/247).

Inconformado, recorreu o douto Promotor de Justiça, argüindo, em preliminar, a nulidade do julgamento. Alega que as respostas dos jurados aos quesitos de nº 5 e nº 7 são contraditórias.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça, em preliminar, pela anulação do julgamento, por erro na quesitação e, no mérito, pela submissão do réu a novo Júri, por ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

De fato, pelo que se verifica do termo de votação de fl. 245, os jurados, depois de reconhecerem, através de resposta dada ao 5º quesito, que o réu, em conseqüência de erro plenamente justificado, supôs achar-se em face de uma agressão à sua pessoa, na resposta ao quesito seguinte (6º) entenderam que, se existisse a agressão, ainda assim o seu procedimento *não* seria lícito.

Ora, a tese da legítima defesa putativa, ao contrário do decidido pela MMª. Juíza-Presidente, não foi acatada pelos jurados, a partir do momento em que responderam *não*, por 04 votos a 03, ao sexto quesito, da 3ª série.

O equívoco da Prolatora da sentença, portanto, é evidente, pois, ao revés de condenar o acusado e aplicar-lhe a pena, acabou por absolvê-lo, sentenciando contra a decisão tomada pelos jurados.

Deve ser salientado que, uma vez negada a legítima defesa subjetiva, o único questionamento que poderia ser formulado em seguida seria sobre a modalidade culposa do crime, mas apenas se não se tratasse, como se trata, de tentativa.

É de se estranhar, ainda, que a digna Sentenciante, mesmo considerando absolvido o réu, tenha prosseguido na votação de quesitos que somente são pertinentes na hipótese de condenação, como é o caso do 8º, que se refere às circunstâncias atenuantes.

Não havendo como apurar, a esta altura, se se tratou de um mero erro material ou se houve, efetivamente, um engano na interpretação da resposta do Júri à discutida pergunta, outra alternativa não nos resta senão anular o julgamento, até porque tal contradição, evidentemente, não pode ser corrigida nesta instância.

Não bastasse isso, procede inteiramente a irresignação do Ministério Público no tocante à contradição existente nas respostas dadas pelos jurados aos quesitos de números 5 e 7. Embora o 7º seja repetição de parte do 5º, o Conselho de Sentença, por

maioria, admitiu em um (5°) e negou no outro (7°) que o erro era plenamente justificado pelas circunstâncias.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para anular o primeiro Júri a que foi o réu submetido, determinando a realização de novo julgamento, com a observância das formalidades legais.

Diante dessa decisão anulatória, fica também, via de conseqüência, cassada a decisão da MMª. Juíza que colocou o réu Natanael Borges Filho em liberdade, o que obriga a expedição de mandado de prisão contra o mesmo, tão logo cheguem os autos de volta à comarca de origem.

Custas, a final.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

LESÃO CORPORAL - PENA - FIXAÇÃO - INVERSÃO DAS FASES - PREJUÍZO - AUSÊNCIA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - EXCLUSÃO - IMPUTABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - CRIME COM VIOLÊNCIA À PESSOA - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - DESCABIMENTO

- A inversão das fases da pena só conduz à nulidade da sentença quando traz prejuízo para a defesa ou para a acusação.

- Cabe à defesa provar a excludente do estado patológico de inconsciência do agente à época dos fatos.

- A embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal.

- A confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência na segunda fase da aplicação da pena.

- Provadas a autoria e a materialidade do delito de lesões corporais, a condenação é de rigor.

- Justifica-se a aplicação da pena um pouco acima do limite mínimo, se algumas das circunstâncias judiciais são desfavoráveis.

- Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a teor da norma contida no art. 44, I, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 286.604-4/00 - Comarca de Viçosa - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Lesões corporais - Fixação da pena - Inversão das fases - Prejuízo - Ausência - Embriaguez voluntária - Exclusão de imputabilidade - Impossibilidade - Pena acima do mínimo - Circunstâncias desfavoráveis - Pena restritiva de direitos - Crime com violência à pessoa - Impossibilidade. - 1 - A inversão das fases da pena só conduz à nulidade da sentença quando traz prejuízo. - 2 - Cabe à defesa provar a excludente do estado patológico de inconsciência. - 3 - A embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal. - 4 - A confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência na segunda fase de aplicação da pena. - 5 - Justifica-se a fixação da pena um pouco acima do limite mínimo se algumas das circunstâncias judiciais são desfavoráveis. - 6 - Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Previsão legal. - 7 - Preliminar rejeitada. No mérito, recurso parcialmente provido do Ministério Público e denegado da defesa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA E DÁ-LO, PARCIALMENTE, AO DA ACUSAÇÃO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Temos dois recursos:

O primeiro, do Ministério Público, inconformado com a sentença que condenou Wilson José da Silva a dois anos e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, como incurso nas penas do artigo 129, § 1°, I e II, do Código Penal, com posterior substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistentes em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade. Pugna pelo aumento da pena-base do recorrido, uma vez que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis e pelo decote das penas substitutivas em razão da ausência do requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Contra-razões da defesa (fl. 119-TJ) pelo não-provimento do apelo.

No segundo apelo, Wilson José da Silva bate-se pela absolvição, argumentando que não há prova contra ele, apenas sua confissão isolada; se acaso foi o autor, o crime foi cometido em estado de inconsciência total, o que exclui a imputabilidade, nos termos do artigo 26 do Código Penal. Alternativamente,

pretende a redução da pena pela confissão espontânea.

Contra-razões ministeriais às fls. 122/126, pelo não-provimento do recurso.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 11 de fevereiro de 1997, por volta das 04h40m, em um quarto em construção, localizado nos fundos da residência da vítima, Júlio César da Silva, o segundo recorrente, Wilson José da Silva, utilizando-se de uma pá, desferiu golpes que causaram lesão corporal de natureza grave contra Júlio, com perigo de vida.

A denúncia foi recebida no dia 03 de setembro de 1991, e a sentença condenatória publicada em mãos do escrivão no dia 24 de outubro de 2000.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu intimado pessoalmente desta (fl. 105-v.-TJ).

A Procuradoria de Justiça opina, preliminarmente, que seja cassada a sentença por desobediência ao método trifásico. No mérito, pelo provimento do recurso ministerial e pelo não-provimento do apelo da defesa.

Conheço dos recursos, pois os entendo cabíveis, adequados e previstos em lei, bem como por verificar que se encontram presentes os requisitos indispensáveis ao seu processamento.

Quanto à preliminar invocada.

Diz a ilustre Procuradora de Justiça que houve ofensa ao método trifásico. De fato, a Sentenciante inverteu a ordem da segunda e terceira fase de fixação da pena. Esta é uma nulidade relativa, que necessita, para o seu reconhecimento, da efetiva prova do prejuízo, conforme disposição contida no artigo 563 do Código de Processo Penal: "- *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

Mas o referido equívoco não resultou em prejuízo da defesa, em face da ausência de causas especiais de redução ou aumento da pena, com o que a nulidade apontada não produz seus efeitos.

Rejeito a preliminar.

Peço vênia, agora, para inverter a ordem de julgamento dos apelos e examinar primeiramente o da defesa, pois, se acolhido, ficará prejudicado o do Ministério Público.

Passemos assim ao exame do recurso do réu.

A materialidade encontra-se amparada pelo auto de corpo delito (fls. 16/18-v.-TJ), auto de apreensão (fl. 22-TJ) e exame complementar (fls. 41/42-v.-TJ).

Quanto ao pedido de absolvição, analisei cuidadosamente as provas dos autos e não vejo como atendê-lo.

Ao contrário do que afirmou a defesa, a confissão em juízo do

recorrente não foi um evento isolado na apuração da verdade real. No dia seguinte aos fatos, ainda próximo aos acontecimentos, a testemunha Carlos Cristiano da Silva (fl. 74-TJ) confirmou ter acompanhado os detetives até a residência de Wilson e lá "*presenciou quando o acusado afirmou ter entrado na casa da vítima*".

Muito embora Wilson tenha negado qualquer lembrança quanto à agressão em si mesma, perante a autoridade judiciária (fl. 47-TJ), por outro lado, na fase inquisitorial (fl. 11-TJ), descreveu com minúcias a briga que teve com a vítima, inclusive o uso da pá e o momento em que tudo aconteceu, às 04 horas da madrugada. Corroborando sua confissão, temos o testemunho da mãe da vítima, Idalzina Teixeira da Silva (fl. 68-TJ), nos seguintes termos:

"... *percebeu barulho de uma pessoa gritando, porém, sufocada, não atentando de início que poderia ser seu filho; que olhou através da janela e viu uma pessoa sair pelo seu quintal, que se tratava do acusado, que naquele dia trajava bermuda preta e camisa branca...*".

Portanto, a negativa de autoria não encontra suporte na prova dos autos, repita-se, pois o réu foi visto saindo da cena do crime, conforme sua confissão e o testemunho de Idalzina.

Quanto à excludente de imputabilidade requerida pela defesa, nos termos do artigo 26 do Código Penal, sob o argumento de que Wilson estava desequilibrado emocionalmente, esta também não pode ser acatada. O referido artigo trata especificamente das situações em que os agentes são doentes mentais, com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou com perturbação de saúde mental à época dos fatos, não sendo essas hipóteses aplicáveis ao presente caso. A prova do alegado cabia à defesa, que não se desincumbiu da obrigação através de uma competente perícia médica.

Muito ao contrário, o recorrente afirmou, em seu interrogatório judicial, que ingeriu bebida alcoólica juntamente com um entorpecente "bolinha", mas, se o fez, foi voluntariamente e, desta maneira, teria assumido os riscos advindos de reação adversa, nos moldes da teoria da *actio libera in causa*.

Também não há que se falar que o recorrente se pôs em estado de inconsciência sem querer ou mesmo prever que poderia cometer um crime. Faltou-lhe explicar como foi parar na residência da vítima. O interrogatório policial é muito mais coerente e se ajusta perfeitamente ao perfil do agente que procura um desafeto para tirar satisfações, exatamente como ocorreu no presente caso.

A circunstância descrita por Wilson está abarcada pelo artigo 28 do Código Penal, que a exclui textualmente como causa de inimputabilidade, e por derradeiro, a absolvição não pode ser concedida.

Quanto à redução da pena pela confissão espontânea, também não

será possível adotá-la. Há que se observar que o douto Sentenciante já se utilizou da mesma na segunda fase de aplicação da pena, quando compensou o aumento da reincidência à consideração de que a confissão possui peso equivalente. Penso que a providência foi justa e tecnicamente cabível.

Passo ao exame do recurso do Ministério Público.

O Ministério Público recorreu pretendendo aumentar a pena-base do réu, que ficou um ano e seis meses acima do mínimo legal de um ano de reclusão.

À vista da análise das circunstâncias judiciais, realizada pelo ilustre Sentenciante, observo que algumas são desfavoráveis ao recorrido. Das oito relacionadas no artigo 59 do Código Penal, três pesaram negativamente na avaliação inicial, justificando-se a fixação da pena-base em um patamar mais elevado, mas não a ponto de exceder o *quantum* fixado, que me pareceu suficientemente razoável.

Já em relação à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito, entendo que o Ministério Público está com a razão em apontar o equívoco da sentença.

O Juiz *a quo* concedeu o benefício com base no artigo 44, § 3°, do Código Penal, o qual permite a substituição nos casos em que o condenado seja reincidente, mas não especificamente no mesmo delito, e isso seja socialmente recomendável. Entretanto, não atuou o Sentenciante com a sua costumeira atenção e assim se esqueceu de que o artigo 44, I, do Código Penal, excepciona os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa como hipóteses em que não são permitidas as penas restritivas de direitos. A previsão é legal e deve ser atendida ante o recurso da acusação, pois Wilson cometeu um crime de lesão corporal, de natureza grave, plenamente comprovada nos autos.

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso da defesa e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público para excluir a concessão do benefício do artigo 44 do Código Penal.

Mantenho as demais disposições da sentença, inclusive quanto à pena privativa de liberdade, isto é, a condenação em dois anos e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, inicialmente.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA E DERAM-NO, PARCIALMENTE, AO DA ACUSAÇÃO.

-:::-

NULIDADE - ALEGAÇÕES FINAIS NÃO APRESENTADAS - PREJUÍZO PARA A DEFESA - VÍCIO INSANÁVEL - INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DO ART. 5°, LIV E LV, DA CF/88 E ARTS. 261 E 564, III, *C*, DO CPP

- Sendo as alegações finais da defesa peça essencial do processo, em obediência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Carta Magna (art. 5°, LIV e LV), a sua ausência nos autos configura vício insanável, constituindo nulidade absoluta.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 287.320-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processual Penal - Desclassificação de crime doloso contra a vida para outro diverso daqueles de competência do Júri - Art. 410 do CPP - Ausência de alegações finais defensivas - Prejuízo evidente para o acusado - Sentença condenatória prolatada com violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa - Nulidade absoluta declarada. Preliminar acolhida, com recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO UNÂNIME. IMPEDIDO O DESEMBARGADOR EDELBERTO SANTIAGO.

Belo Horizonte, 1° de abril de 2003. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Altair Ferreira Gomes, denunciado por tentativa de homicídio qualificado, obteve a desclassificação do delito para outro diverso daqueles de competência do Tribunal do Júri (fls. 133/135).

O feito prosseguiu nos termos do art. 410 do CPP, com vista às partes para produção de provas e alegações finais, tendo o órgão ministerial requerido a condenação do acusado nas sanções do art. 10 da Lei 9.437/97 (fls. 142).

Sobreveio a sentença de fls. 145/147, restando o réu condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e multa, nos termos da pretensão punitiva.

Inconformado, Altair apelou, argüindo, preliminarmente, nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, vez que não ofertadas as suas alegações

finais, além de ter sido negada a substituição da pena, sem qualquer justificativa. No mérito, requer a reforma da decisão, por ter agido em legítima defesa e porque não foram motivadas a exacerbação e a negativa de substituição da sanção, além de não ter sido examinada a possibilidade de concessão do *sursis* (fls. 155/157).

O recurso foi respondido, pugnando o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo seu desprovimento (fls. 161/166 e fls. 168/170).

A preliminar suscitada merece acolhida.

Com efeito, verifica-se dos autos que não foram apresentadas as alegações finais da defesa, embora o advogado constituído pelo apelante tivesse sido, à época, intimado para o ato (fls. 142-v.).

Trata-se de peça essencial do processo, em obediência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Carta Magna (art. 5º, LIV e LV).

O vício insanável ocorrido fulminou de nulidade absoluta o presente feito, tendo em vista que a apresentação de alegações finais não é somente uma faculdade, mas um dever processual.

Cumpria ao digno Sentenciante, diante do silêncio do ilustre patrono, nomear outro defensor para exercer a defesa constitucionalmente garantida ao acusado.

De acordo com a primeira parte da Súmula 523 do STF:

"*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta*".

Nesse sentido:

"*Nulidade. Falta de defesa. Inércia do defensor do acusado. Alegações finais não apresentadas. Inegável prejuízo para a defesa. Inteligência e aplicação dos arts. 5º, LV, da CF de 1988, 261 e 564, III, c, do CPP*" (STF - *RT*, 687/372).

A doutrina também não discrepa:

"*No caso de omissão do defensor constituído ou dativo, para o qual foi regularmente aberta vista dos autos para apresentação do arrazoado, a eiva também será absoluta, agora sob o fundamento de violação da garantia da ampla defesa; a ausência de argumentos em favor do acusado, nesse importante momento processual, caracteriza a situação de réu indefeso (arts. 261 e 497, V, CPP), cabendo ao juiz, antes de proferir decisão, mandar suprir a falta pela nomeação de defensor ad hoc ou substituição do dativo negligente*" (GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, *As Nulidades do Processo Penal*, 6ª ed., RT, 1997, p. 200/201).

Destarte, por eiva processual insanável e evidente prejuízo ao acusado, nula restou a sentença prolatada.

Ante o exposto, acolho a preliminar invocada, para declarar a nulidade da decisão recorrida, determinando seja dada nova oportunidade para que a defesa ofereça as necessárias alegações finais.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO UNÂNIME. IMPEDIDO O DESEMBARGADOR EDELBERTO SANTIAGO.

-:::-

FALSO TESTEMUNHO - CONCURSO DE AGENTES - RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA - INSUBSISTÊNCIA DO DELITO RELATIVAMENTE AOS PARTÍCIPES - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Se a retratação tornou não punível o crime da testemunha, tanto que ela sequer foi denunciada pelo delito, seria um contra-senso dar seguimento à persecução penal intentada contra os partícipes.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 288.656-2/00 - Comarca de Monte Alegre de Minas - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Falso testemunho - Concurso de agentes - Retratação da testemunha - Insubsistência do delito relativamente aos partícipes - Extinção da punibilidade decretada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RECORRENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2003. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de recurso em sentido estrito interposto pela Promotoria de Justiça da Comarca de Monte Alegre de Minas contra decisão do MM. Juiz daquela Comarca que, em processo criminal a que Elias Jued Guimarães Cury e Ana Cláudia Guimarães Cury Moura respondem por infração ao art. 342, § 1º, revogou o despacho de recebimento da denúncia, ante a retratação do autor do falso testemunho, Adriano Moura Rocha, por entender não ser cabível dar seguimento à ação penal intentada contra os partícipes, relativamente a um fato que deixou de ser punível para o autor principal da infração.

Diz o recorrente, em síntese, ser anômala a decisão guerreada, pois não

prevê a Lei Processual Penal fase de retratação do oferecimento da denúncia.

Afirma que a retratação é circunstância de caráter pessoal e, como tal, incomunicável aos co-autores.

Requer a cassação da decisão recorrida.

Contra-razões às fls. 117/121.

Juízo de retratação à fl. 123.

A douta Procuradoria de Justiça, às fls. 128/132, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos legais.

Como se vê dos autos, na Comarca de Monte Alegre de Minas, foi instaurado procedimento investigatório para apurar a morte da vítima João Cândido Alves Neto, acarretada por um acidente automotobilístico.

No bojo do Inquérito Policial nº 056/98, a testemunha Adriano Moura Rocha, fls. 14/15, fez declaração falsa, instigada pelos denunciados, pai do principal suspeito de estar na condução do veículo abalroado, e pela advogada do mesmo, afirmando que, embora estivesse dentro da camionete, encontrava-se dormindo no momento da colisão, não tendo visto quem se encontrava na direção da mesma.

Ocorre que referida testemunha se retratou expressamente, retificando o que dissera na Delegacia, como fez prova a própria Promotoria de Justiça, através do termo de declarações de fls. 72/74.

Ora, a retratação do agente constitui causa extintiva da punibilidade, prevista nos arts. 108, inc. VI, e 342, § 3º, do CP, *in verbis*: "*o fato deixa de ser punível se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade*".

Pelo que consta dos autos, o procedimento instaurado para apurar as causas do acidente encontrava-se na fase investigativa, quando oferecida a denúncia contra os recorridos pelo crime de falso testemunho.

Conseqüentemente, se a retratação tornou não punível o crime da testemunha, tanto que ela sequer foi denunciada por esse delito, seria um contra-senso dar seguimento à persecução penal intentada contra os partícipes.

DAMÁSIO E. DE JESUS, embora inadmitindo a co-autoria no falso testemunho, sustenta que, na hipótese de admiti-la, a retratação se comunica ao co-réu, porque o § 3º do art. 342 do CP diz que o fato deixa de ser punível se houver a retratação (*Código Penal Anotado*, 9ª ed., p. 973).

Nesse sentido também leciona JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in Código Penal Interpretado*, Editora Atlas, p. 1.867:

"*Visando a lei o interesse da Justiça em chegar à verdade e tendo em conta o arrependimento da testemunha, concede ela a possibilidade da causa de extinção da punibilidade, pela retratação do agente antes da sentença. A retratação, porém, deve ser voluntária e completa, repondo-se a verdade dos fatos,* estendendo-se, nesse caso, ao partícipe".

E a jurisprudência não discrepa:

"*A retratação no crime de falso testemunho, por deixar de produzir seus efeitos, ou seja, devolve a verdade sobre fatos juridicamente relevantes, antes da sentença, comunica-se igualmente ao co-autor que orientou, induziu ou instigou a testemunha a mentir em juízo*" (TJSP - *JTJ*, 168/337).

Isto posto, nego provimento ao recurso, mas, de ofício, declaro extinta a punibilidade do fato, ante a retratação do agente, determinando o arquivamento dos autos.

Custas, a final.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RECORRENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

TORTURA - ART. 1º, I, *A*, DA LEI Nº 9.455/97 - CARACTERIZAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ABUSO DE AUTORIDADE - DESCABIMENTO - LAUDO PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE

- O crime de tortura prescinde de laudo pericial para sua apuração, sendo irrelevante a presença de marcas no corpo da vítima, uma vez que existem formas de tortura que não deixam lesões aparentes, como é o caso de tortura mental feita mediante grave ameaça.

- Caracteriza-se o crime de tortura previsto no art. 1º, I, *a*, da Lei nº 9.455/97 quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange ou submete a vítima a um sofrimento físico ou mental, com o propósito de obter informação, declaração ou confissão sua ou de terceira pessoa. Nesses casos, descabe a desclassificação do delito para abuso de autoridade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 291.870-4/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Tortura - Absolvição - Impossibilidade - Testemunhas que presenciaram parte das agressões dos policiais contra a

vítima - Desclassificação para abuso de autoridade - Descabimento - Caracterização do tipo previsto no art. 1°, I, *a*, da Lei 9.455/97. - Caracteriza-se uma das modalidades do crime de tortura quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange ou submete a vítima a um sofrimento físico ou mental, com o propósito de obter informação, declaração ou confissão sua ou de terceira pessoa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2003. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na Comarca de Ituiutaba, Volmi Silvério Simões, José Geraldo Alves Ribeiro Damasceno e Douglas de Assis Borges, já qualificados, foram denunciados nas penas do art. 1°, I, *a*, c/c § 4°, I e II, da Lei 9.455/97, porque, no dia 18 de dezembro de 1998, agindo na qualidade de policiais civis, dirigiram-se até a residência da vítima A.M.S., de 17 anos de idade, e sem que estivessem munidos de mandado judicial, prenderam-na sob pretexto de estarem investigando seu envolvimento em crimes de furto e "desmanche" de motocicletas e, antes de conduzi-la à Delegacia, levaram-na à região conhecida como "Parque Goiabal", submetendo-a a sessão de tortura, onde foi espancada e enforcada.

Ao final de regular instrução, o Sentenciante, acolhendo a pretensão ministerial, incursou os acusados nos exatos termos da denúncia, aplicando-lhes as seguintes penas:

- Volmi Silvério Simões - 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, no regime inicial fechado, além da perda do cargo público e interdição para seu exercício pelo dobro do tempo da condenação.

- José Geraldo Alves Ribeiro Damasceno - 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além da perda do cargo público e interdição para seu exercício pelo dobro do tempo da condenação.

- Douglas de Assis Borges - 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além da perda do cargo público e interdição para seu exercício pelo dobro do tempo da condenação, tendo a reprimenda corporal sido substituída por duas medidas restritivas de direitos.

Irresignados com o decreto condenatório, os réus recorreram.

A defesa conjunta de Volmi Silvério Simões e José Geraldo Alves Damasceno requer a absolvição, sugerindo a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, e, alternativamente, pleiteia a desclassificação do delito para o crime de abuso de autoridade.

Por sua vez, a defesa de Douglas de Assis Borges pugna pela absolvição, argumentando que o acusado em momento algum participou das agressões contra a vítima.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço dos recursos.

Examino os apelos conjuntamente, dada a identidade de seus conteúdos.

Exsurge dos autos que na data dos fatos o adolescente A.M.S. se encontrava em sua residência, na companhia de sua mãe, seu irmão e sua namorada, quando foi surpreendido com a presença dos acusados, que, sem o devido mandado judicial, invadiram a casa.

Consta que os policiais Volmi e Douglas, ambos portando armas de fogo, pularam o muro dos fundos do imóvel, adentrando pela porta da cozinha, enquanto Damasceno entrou pela porta da sala, surpreendendo todos que ali estavam.

Em seguida, com o intuito de "investigarem" sobre o possível envolvimento da vítima na prática de furtos e desmanche de motocicletas, os denunciados começaram a agredi-la, momento em que Damasceno lhe desferiu tapas na cabeça, solicitando que saísse da casa.

No trajeto para a Delegacia, A. continuou a ser agredido pelos acusados, que, em determinado momento, pararam o veículo na região conhecida por "Parque do Goiabal", a fim de que pudessem dar prosseguimento aos espancamentos.

A vítima, ouvida na fase extrajudicial, detalhou o episódio:

"... que ali mesmo dentro da casa do declarante começaram a agredi-lo, querendo fazê-lo confessar sobre seu envolvimento em desmanche de motocicletas furtadas; que apesar da negativa do declarante em cometer tais crimes, os policiais passaram a agredi-lo ali mesmo, nas presenças de sua mãe, de sua namorada e de seu irmão Aelx, digo, Alex; que o declarante pediu para não fazerem aquilo, pois sua mãe estava passando mal, pois tinha problemas cardíacos; que então saíram para fora, tendo o declarante se disposto a sair com a equipe para conversarem melhor, pois temia pela saúde de sua mãe; que logo o pai do declarante chegou e apesar de argumentar com os policiais, estes não aceitaram os argumentos saindo com o declarante numa viatura, tomando rumo ao Parque do Goiabal; que, no trajeto, o Detetive Vomi batia no declarante com uma borracha e Douglas

com a mão lhe dava socos na altura do estômago; que rumaram para uma plantação de seringueira, que fica pouco para lá do parque do goiabal, onde ali sim o declarante alega ter sofrido todo tipo de espancamento, como chutes, murros, tapas e borrachadas, sempre com o intuti, digo, intuito de confessar sua participação no desmanche de motocicletas furtadas" (fl. 14).

Em juízo, A. ratificou as declarações iniciais, acrescentando que "*quem dirigiu a viatura policial o tempo inteiro foi Damasceno; que Damasceno tentou enforcar o depoente, dentro do carro, quando estava a caminho do Parque do Goiabal, este fez uma parada no veículo, puxou o cordão que o depoente usava e tentou enforcá-lo com as mãos; que Volmi lhe deu uns murros na boca do estômago e tapas, isto lá no Parque do Goiabal; (...); que Douglas também lhe bateu nas mãos, na cabeça e nos pés com uma borracha, isto dentro da viatura; que desceram da viatura no Parque do Goiabal e ali levou umas pancadas dos três*" (fl. 122).

É verdade que o exame de corpo de delito realizado na vítima, embora ateste a ocorrência de ofensa à sua integridade física, não constitui nenhum primor técnico, limitando-se a transcrever o relatório do médico que examinou A. no dia dos fatos, no qual vem registrado: "*paciente alega agressão física. Edema na mão direita (região palmar). Alega dor de cabeça e na região torácico-abdominal*".

Todavia, o laudo pericial torna-se prescindível na apuração dos crimes de tortura, sendo irrelevante a presença de marcas no corpo da vítima e, neste sentido, a jurisprudência vem-se firmando:

"*Tortura pode ser física ou mental; esta não deixa vestígios materiais, prescindindo o tipo de laudo pericial, se o relatório médico, somado aos testemunhos, é substancial*" (TJRS - Ap. 70001485325 - j. em 19.10.2000).

"*É irrelevante o exame da extensão ou a classificação das lesões físicas sofridas pela vítima, principalmente porque há formas de torturas que sequer deixam lesões aparentes, como ocorre com a tortura feita mediante grave ameaça, ou com a psicológica. A narrativa do fato se subsume na definição do tipo penal previsto no artigo 1º, I, da Lei 9.455/97, não havendo, pois, equívoco ou erro evidente a ser reparado nos limites do* habeas corpus *para o fim de se declarar a inépcia da denúncia ou a desclassificação do crime*" (STF - *HC* 79.920).

Ao contrário do alegado pela defesa dos acusados Volmi e Damasceno, os fatos narrados na sentença não se fundamentam apenas nas "fantasias" do menor, mas sim no depoimento das testemunhas, que presenciaram parte das agressões.

Com efeito.

J.A.S. noticiou: "... *que presenciou quando Damasceno dava tapas na cabeça da vítima; que A. reclamava dores por todo o corpo, principalmente no pescoço, no tórax e nas costas; que A. estava bastante machucado*" (fl. 124).

Da mesma forma, A.L.S., irmão da vítima, disse "*que presenciou Damasceno batendo em seu irmão, dentro de sua própria casa, dando tapas na nuca para seu irmão ficar calado*" (fl. 126).

O tio da vítima, J.B.S., ouvido judicialmente, confirma a versão de A.: "... *que, quando chegou na Depol conversou com seu sobrinho, sendo que o mesmo lhe disse que havia apanhado dos três denunciados Damasceno, Douglas e Volmi e que por esta razão fez a carta de fls. 08, a qual confirma o conteúdo e autoria da carta de fls. 08; (...); que A. reclamava de dores no corpo, não explicando as partes, isto quando pediu ao depoente que escrevesse a carta*" (fl. 118).

Os acusados confirmaram a diligência na casa da vítima, mas negaram peremptoriamente a prática do delito de tortura, admitindo, no máximo, eventual abuso de autoridade.

Todavia, a prova coligida demonstra que os três policiais realmente torturaram A.

Caracteriza-se a tortura quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange ou submete a vítima a um sofrimento físico ou mental, com o propósito de obter informação, declaração ou confissão sua ou de terceira pessoa.

In casu, os próprios denunciados informaram que foram até a residência do menor no intuito de investigarem seu envolvimento no tráfico de drogas, delito de furto e desmanche de motocicleta e, para tal, utilizaram-se de meios inescrupulosos na tentativa de obterem a confissão.

A vítima foi clara ao descrever a conduta dos acusados, relatando que Douglas lhe socava com a mão na altura do estômago, enquanto Volmi lhe batia com uma borracha, além de apontar o revólver para sua cabeça e colocar a arma dentro de sua boca, dizendo que iria matá-lo. Damasceno, por sua vez, tentou enforcá-la com o colar que ostentava no pescoço.

Por fim, resta salientar que o comportamento inadequado de A., conhecido nos meios policiais e já condenado pelo próprio Juiz prolator da sentença, em nada contribui para justificar a conduta dos policiais.

Destarte, a conclusão de culpabilidade e incursão dos acusados no art. 1º, I, *a*, c/c § 4º, I e II, do mesmo artigo, da Lei 9.455/97, era mesmo de rigor.

Verifico que a fundamentação na aplicação das penas aos condenados está correta, existindo tão-somente equívoco quanto à operação aritmética na dosimetria, que acabou por beneficiá-los, além da concessão da substituição por medida restritiva de direitos ao réu Douglas. Todavia, à míngua de apelo ministerial, a execução das reprimendas dar-se-á conforme estipulação da sentença.

A perda da função pública bem como a interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da condenação constituem efeitos de aplicação obrigatória, pois previstos no § 5° do art. 1° da lei especial e, portanto, foram corretamente motivados pelo Julgador.

O regime prisional está correto, consoante disposição do § 7° do art. 1° da Lei 9.455/97.

Do exposto, nego provimento aos recursos.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES - REPRIMENDA - ADEQUAÇÃO - FINS EDUCATIVOS - DÚVIDA NA REDAÇÃO DA SENTENÇA - LIBERDADE ASSISTIDA OU SEMILIBERDADE - INTERPRETAÇÃO A FAVOR DO MENOR

- Desde que a vida do menor demonstre a prática reiterada de infrações, sugerindo que sua personalidade demanda corrigenda firme, é correto aplicar-se a medida socioeducativa de liberdade assistida (inc. IV do art. 112 da Lei n° 8.069/90). Em casos tais, a reprimenda do inciso III do art. 12 da citada lei seria insuficiente para levar o menor a deixar o caminho que vem trilhando e que pode conduzi-lo à prática de infrações mais graves.

- Quando a sentença deixa dúvidas quanto à reprimenda a ser imposta, mencionando por extenso a medida socioeducativa de semiliberdade como sendo a do inciso IV do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (liberdade assistida), a interpretação deve-se dar de modo a favorecer o menor, aplicando-se-lhe a medida mais branda.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 294.891-7/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Medida socioeducativa de semiliberdade - Prática reiterada de infrações pelo menor - Recomendação de liberdade assistida - Fins educativos - Dúvida na redação da sentença. - Se a personalidade e a vida do apelante recomendam medida socioeducativa de liberdade assistida, não importa tenha a sentença fixado por extenso a medida de semiliberdade, persistindo dúvida, pelo que se nega provimento ao recurso e, de ofício, se impõe a medida socioeducativa de liberdade assistida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal

de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2003. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Cataguases-MG, ao menor J.B.S. foi imposta a medida socioeducativa de semiliberdade, nos termos do art. 112, inciso IV, da Lei n° 8.069/90, porque, conforme representação de fls. 16 e 17-TJ, em 12 de setembro de 1999, penetrou ele na residência de Juraci Siqueira Vecchi, na Rua José de Almeida Knneip, n° 32, na Vila Tereza, onde se apossou de materiais escolares.

Inconformado, apelou J.B., alegando que confessou a prática de infração e que a medida socioeducativa que lhe foi imposta é grave para o que fez, esclarecendo que deseja a aplicação da medida prevista no art. 112, inciso III, da Lei n° 8.069/90.

Contra-razões, às fls. 63-66-TJ, nas quais o Promotor de Justiça alegou a prática reiterada de infrações e a personalidade rebelde do apelante como razões de manutenção da decisão hostilizada.

A decisão foi mantida à fl. 66-v.-TJ.

Emitindo parecer às fls. 71-73-TJ, enfatizando as reiteradas passagens do apelante pelo Juizado e dizendo que o mesmo teria recebido medida de internação pela prática de latrocínio, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não-provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Pelo que se vê à fl. 19-TJ e dos feitos em apenso, o apelante é dado à prática de furtos, mas não passou para a prática de infrações mais graves. Pelo que se vê, confessou o apelante a prática de diversas infrações, mas negou a dos autos principais (fl. 30-TJ).

Hélio Andrade, à fl. 39-TJ, disse que viu o apelante deitado no local, portando ainda os objetos furtados da vítima.

Marcelo Pinto Lacerda, à fl. 40-TJ, disse que o apelante é conhecido "como larápio contumaz".

Se assim é, não há como negar a autoria da infração.

Medida socioeducativa, di-lo o nome, é medida de caráter pedagógico que visa apenas educar e recuperar o menor, e não puni-lo.

No caso dos autos, a reiteração das infrações não recomenda a imposição de prestação de serviços à comunidade

(art. 112, inciso III, da Lei nº 8.069/90), como quer o apelante, por entendê-la suficiente, mas a vida do apelante demonstra o contrário, demonstra que sua personalidade demanda corrigenda mais firme como meio de levá-lo a deixar o caminho que vem trilhando e que pode levá-lo à prática de infrações mais graves.

Dito isso, observo que a r. sentença (fl. 53-TJ) aplicou ao menor, ora apelante, a "*medida socioeducativa de semiliberdade, por prazo indeterminado, prevista no art. 112, IV, c/c 120 e §§ do ECA*". Ora, a medida de semiliberdade é prevista no inciso V do citado art. 112 e o inciso IV se refere à medida de liberdade assistida e, se assim é, tanto se pode dizer que a r. Sentença determinou a aplicação da medida socioeducativa da liberdade assistida (inciso IV) quanto a da inserção em regime de semiliberdade (inciso V).

A menção da medida aplicada por extenso não tem, neste caso, o valor que se lhe atribui em título de crédito. A dúvida persiste e deve favorecer ao apelante.

Assente isso, nego provimento ao recurso, mas, de ofício, fixo que a medida a que será submetido o apelante é a da liberdade assistida (art. 112, inciso IV, da Lei nº 8.069/90).

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

CRIME FALIMENTAR - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - OFERECIMENTO DA PROPOSTA - RECUSA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - OFERECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO *A QUO* - IMPOSSIBILIDADE

- Havendo recusa por parte do Ministério Público a propor a suspensão condicional do processo, não pode o magistrado *a quo* oferecer, de ofício, tal benefício, mas sim aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP e remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 295.959-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: RSE - Crime falimentar - Suspensão condicional do processo concedida de ofício pelo juiz - Irresignação ministerial - Proposta

privativa do Ministério Público - Aplicação do art. 28 do CPP na hipótese de divergência - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de recurso ministerial *stricto sensu*, fulcrado no art. 581, inciso XI, do Código de Processo Penal, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, que, não obstante o protesto ministerial, concedeu de ofício a suspensão condicional do processo ao denunciado, Rogério Caldas Campos, devidamente qualificado nos autos.

Sustenta o recorrente que, além de ser atribuição privativa do Ministério Público a proposição do referido benefício, não estão presentes os requisitos para tal concessão, vez que as penas cominadas ao denunciado ultrapassam o limite legal de um ano. Aduz, por fim, que se deveria aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, qual seja, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para reavaliação dos pressupostos do benefício.

Contra-arrazoando o recurso, a defensora pública se bate pela manutenção da decisão.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra da ilustrada Procuradora Regina Belgo, opina pelo provimento do recurso ministerial, sendo de se registrar que mantida, no juízo de retratação, foi a r. decisão hostilizada.

Em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, com razão o nobre órgão recorrente.

O réu, por conta da prática de delitos falimentares (arts. 186, VI, e 188, VII, ambos do Decreto-lei nº 7.661/45), não obstante manifestação contrária do representante ministerial, foi contemplado, de ofício, pelo Magistrado *a quo*, com o benefício da suspensão condicional do processo.

A par da controvérsia que permeia a questão de ocorrer ou não concurso material de infrações em crime falimentar, concurso este que, *in casu*, se reconhecido, afastaria o requisito do limite mínimo previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, certo é que, havendo recusa por parte do representante ministerial - que detém legitimidade

para tanto - a propor a suspensão condicional do processo, não pode o magistrado *a quo* oferecer, de ofício, tal benefício, mas sim aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, qual seja, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, conforme reiterada jurisprudência. A propósito:

"*Processual Penal - Suspensão condicional do processo - Deferimento de ofício - Impossibilidade - Legitimidade - Ministério Público - Concurso de crimes - Somatório das penas - CPP, art. 28 - Aplicação analógica - Lei nº 9.099/95, art. 89.*

Ementa: Processual Penal - Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95) - Recusa de oferecimento de proposta pelo Parquet *- Aplicação analógica do art. 28 do CPP - Concurso de crimes - Somatório das penas mínimas cominadas.*

- 1. A Terceira Seção desta Corte tem pacificado entendimento no sentido de que, à falta de proposta de suspensão condicional do processo, por parte do Ministério Público, deve o magistrado aplicar, de forma analógica, o art. 28 do CPP, não podendo, de ofício, deferir a medida (EREsp nº 185.187-SP, DJU *de 22.11.1999).*

- 2. No cálculo da pena mínima, para fins de suspensão do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), leva-se em conta a soma das penas mínimas em abstrato, no caso de concurso de crimes. Assim, não faz jus ao benefício o condenado cuja soma dessas penas ultrapasse o lapso de um ano. Precedentes do STJ - HC *nº 7.389-AM e* RHC *nº 7.779-SP.*

- 3. Recurso especial conhecido e provido". (REsp nº 323.417/0-SP. Relator Ministro Fernando Gonçalves - Sexta Turma, unânime. *DJ* de 04.03.2002. *RSTJ*, 161/552.)

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial para, cassando a decisão hostilizada, possibilitar ao Juízo *a quo* a faculdade de aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal.

Custas, na forma da lei.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

-:::-

ESTELIONATO - FALSO - CONCURSO APARENTE DE NORMAS - ELEMENTO SUBJETIVO - FALSIFICAÇÃO - CRIME-MEIO - CONSUNÇÃO - RECONHECIMENTO - PERDÃO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - PENA

- O crime de falsidade ideológica é absorvido pelo delito de estelionato, previsto no art. 171 do CP, quando o falso se exaure por completo no próprio estelionato, caracterizando-se como meio para a consecução de um crime, sem mais qualquer potencialidade lesiva por si só. O delito de falsidade ideológica, dessa forma, será absorvido pelo estelionato quando o propósito do agente for, tão-somente, o lucro patrimonial em prejuízo alheio.

- O perdão por parte da vítima não afasta o delito de estelionato, pois trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, cujo exercício é confiado ao Ministério Público, não tendo a vítima disponibilidade da ação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 297.493-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Penal e Processo Penal - Estelionato - Falso - Concurso aparente de normas - Elemento subjetivo - Falsificação - Crime-meio - Consunção - Reconhecimento. - O crime de falsidade ideológica é absorvido pelo delito de estelionato, previsto no art. 171 do CP, quando o falso se exaure por completo no próprio estelionato, caracterizando-se como meio para a consecução de um crime, sem mais qualquer potencialidade lesiva por si só. O delito de falsidade ideológica, desta forma, será absorvido pelo estelionato quando o propósito do agente for, tão-somente, o lucro patrimonial em prejuízo alheio. Interpretação do enunciado da Súmula 17 do STJ, que dispõe sobre a absorção do crime de falsidade documental. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 25 de março de 2003. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, foram Jorge Félix Soares e Cláudio Marcelo Alves denunciados e processados pelos delitos descritos nos artigos 171, c/c art. 14, inciso II, e art. 299, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. A sentença de fls. 159/161 absolveu Cláudio Marcelo Alves, por insuficiência de provas, condenando Jorge Félix Soares a um ano e dez meses de reclusão, a serem cumpridos em regime aberto, além de vinte e dois dias-multa, fixada a unidade no mínimo, substituída a pena privativa de liberdade, na forma dos arts. 43 e seguintes do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de fls. 02/03 que, no dia 12 de outubro de 1999, Ana Maria de Medeiros utilizou-se dos serviços de táxi de Jorge Félix Soares, pagando pela corrida a importância de R$ 6,00, através do cheque nº 003576 de sua conta corrente nº 01107715-8, da Agência 1530, da Caixa Econômica Federal.

Consta ainda da exordial que Jorge Félix Soares modificou os dizeres lançados no cheque, alterando-o do valor original para a importância de R$600,00. No mesmo dia, Jorge, utilizando seu táxi, levou o segundo denunciado até o estabelecimento bancário, para que sacasse o novo valor consignado no documento. Após contato do banco com a titular da conta, o golpe foi descoberto, frustrando-se sua consumação.

Inconformado com o desfecho condenatório, recorreu o réu Jorge Félix Soares a tempo e modo, pugnando em suas razões de fls. 186/187, pela "*decotação do art. 171 Código Penal no v.* decisum".

As contra-razões ministeriais encontram-se encartadas às fls. 190/196 e sustentam a integral manutenção da sentença.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina também pelo improvimento do apelo, fls. 201/205-TJ.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação manejado pelo réu da ação penal movida pelo Ministério Público é próprio, tempestivo e regularmente processado, em razão do que dele se conhece.

O apelo está a merecer parcial provimento, decisão que se adota em voto, por ocasião de seu julgamento por esta instância revisora colegiada.

As provas constantes do caderno processual são, ao meu sentir, mais que suficientes à manutenção do édito condenatório prolatado na singela instância, como se verifica do auto de apreensão, fls. 09, do exame de corpo de delito encartado às fls. 57/60, que atesta a falsificação do documento, das declarações da vítima em juízo, fls. 120/121, do depoimento judicial da testemunha Izaltino Vidal Gomes, f. 122, das declarações do co-réu, fls. 91/92, além da confissão do apelante, fls. 93/94. Assim, não remanescem dúvidas acerca da responsabilidade criminal do agente pelos fatos que lhe foram atribuídos, uma vez que fartamente comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, a se impor, assim, a condenação do apelante.

Alega a defesa que o apelante não obteve vantagem alguma, por não ter conseguido sacar o cheque adulterado, alem de não ter recebido o valor referente à corrida. Aduz, ainda, que a vítima não teve qualquer prejuízo e até perdoou o apelante.

Tais teses não estão a merecer guarida. O fato de o apelante não ter recebido o valor devido pelos serviços prestados, somente a ele pode ser debitado. Se não recebeu os R$ 6,00 foi em

razão de ter adulterado o cheque para auferir vantagem indevida. Tampouco o aludido "perdão" por parte da vítima vem em socorro do apelante, posto que o crime de estelionato é de ação penal pública incondicionada. "*A ação penal se diz pública, porque promovida pelo Ministério Público. Incondicionada porque, para promovê-la, o órgão incumbido da* persecutio criminis in judicio *independe de manifestação de vontade de quem quer que seja*" (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, v. I, p. 262, 1972). A ação penal pertence ao Estado, e, nos crimes de ação pública, seu exercício é confiado ao Ministério Público, e a vítima não tem a disponibilidade da ação.

Em relação à não-configuração do estelionato, pela ausência de prejuízo, seus argumentos poderiam ser válidos se ele realmente tivesse sido condenado nas sanções do artigo 171, *caput*, do Código Penal. No entanto, verifica-se que o MM. Juiz *a quo*, corretamente, enquadrou-o na forma tentada. Com efeito, embora tipificado o estelionato, mister se faz ressaltar que o crime se manteve na esfera da tentativa, posto que não chegou a consumar-se.

Neste sentido:

"*No estelionato o delito não se completa se a vítima não chega a ser enganada, como, percebendo a burla, comunica o fato à Polícia. O clímax do estelionato se apresenta quando coincidem, incondicionados e acabados, o projeto do sujeito ativo e o prejuízo do sujeito passivo. Sem tal coincidência, está ainda no* iter criminis *ou na etapa de mera tentativa*" (TACrimSP - AC - Rel. Silva Pinto - *JUTACrim*, 83/297).

A falsificação do cheque somente foi constatada quando e porque a funcionária do banco conseguiu entrar em contato com a correntista.

Assim, não há que se falar em crime impossível, por impropriedade dos meios para a obtenção da vantagem ilícita prevista no delito de estelionato. O apelante só não conseguiu o fim almejado por circunstâncias alheias à sua vontade, como se viu.

No mesmo diapasão:

"*Há de se reconhecer a tentativa de estelionato, e não o crime impossível, quando o agente, de posse do cheque ardilosamente obtido, não consegue descontá-lo e convertê-lo em dinheiro por circunstâncias alheias à sua vontade*" (TACRIM-SP - Rel. Albano Nogueira - *RT*, 561/366).

Lado outro, e com a devida vênia do nobre Magistrado, entendo que a decisão vergastada está a merecer reparo e, neste aspecto, a divergência que se tem com a sentença se prende tão-somente a uma questão de direito, ou seja, de interpretação dos fatos frente ao entendimento jurisprudencial dominante em relação à matéria, ao qual, respeitosamente, filio-me.

Trata-se de aplicação, no caso concreto, do princípio da consunção,

uma das modalidades previstas no ordenamento penal pátrio para a solução do conflito aparente de normas.

Leciona o eminente penalista LUIZ RÉGIS PRADO que se aplicará o aludido princípio quando um determinado crime (norma consumida) é fase de realização de outro (norma consuntiva) ou é uma regular forma de transição para o último (delito progressivo), acentuando ainda que, nestas hipóteses, o conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui etapa daquele, vigorando o princípio *major absorbet minorem* (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, RT - 2ª ed., p. 134). Em outras palavras, tal princípio traduz-se no conhecido brocardo de que "*o crime-fim absorve o crime-meio*".

Não obstante o entendimento adotado na r. sentença recorrida, é entendimento hoje dominante na jurisprudência pátria que o crime de falso é absorvido pelo delito de estelionato, previsto no art. 171 do CP, quando a falsidade se exaure por completo no próprio estelionato, caracterizando-se como meio para a consecução de um crime, sem mais qualquer potencialidade lesiva por si só.

O delito de falsidade ideológica, dessa forma, será absorvido pelo estelionato quando o propósito do agente for, tão-somente, o lucro patrimonial em prejuízo alheio, como se observa no caso concreto, onde o delito anterior, vale dizer, a falsificação do valor originalmente lançado no aludido cheque não teve outro objetivo senão possibilitar a prática do crime-fim.

A análise detida dos autos, ao meu sentir, revela que o recorrente não detinha um propósito autônomo na falsificação do documento, ou seja, não visava a outra finalidade, senão empregá-lo para, induzindo assim as vítimas a erro, auferir lucro de forma ilícita.

O presente entendimento, já manifestado quando do julgamento da Apelação Criminal nº 268.320-9, de minha relatoria, encontra respaldo, também, na Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

"*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*".

Aliás, esta Corte, por diversas ocasiões, já seguiu este entendimento, podendo-se, dentre outros, citar os seguintes julgados, todos bastante recentes:

"*Estelionato - Receptação e falsificação de documento público como meio para a obtenção da vantagem ilícita - Absorção - Admissibilidade - Aplicação da Súmula nº 17 do STJ - Condenação somente quanto ao crime de estelionato - Absolvição quanto aos demais crimes. Recurso parcialmente provido*" (Ap. 254.556-4 - Rel. Des. Zulman Galdino - julg. em 09.04.2002).

"*Falsificação de documento público e particular - Uso de documento falso - Estelionato - Absorção - Súmula nº 17 do STJ. - Se o falso atuou como simples meio, objetivando a prática do estelionato, somente este deve prevalecer - Recurso conhecido e provido, parcialmente, para absolver o apelante dos delitos previstos nos arts. 297 e 298 do Código Penal*" (Ap. 254.630-7 - Rel. Desª. Márcia Milanez - julg. em 26.03.2002).

Isto posto, adotando o entendimento hoje predominante em relação à matéria, especialmente o esposado por esta eg. Câmara, aplico, no caso concreto, o princípio da consunção entre os delitos de falsidade ideológica e estelionato, considerando o primeiro mera etapa de execução do último, portanto, por este absorvido, devendo, pois, prevalecer, *in casu*, somente a condenação pelo estelionato.

Verifico, ainda, que o Sentenciante, embora reconhecendo configurado o delito de estelionato em sua modalidade tentada, não procedeu à redução da pena prevista no art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

Assim, impõe-se seja reestruturada a reprimenda imposta a Jorge Félix Soares.

Passo a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em relação ao delito de estelionato tentado.

A culpabilidade é desfavorável ao apelante, sendo evidente a alta reprovabilidade de sua conduta; como se anotou na sentença, não registra antecedentes; sua conduta social, à míngua de maiores elementos, há que ser tida como boa; sua personalidade, conforme registrado na sentença, não o desfavorece; os motivos do crime não o beneficiam; as circunstâncias, aproveitar-se de oportunidade surgida em razão de seu trabalho e, mais, prevalecer-se da boa-fé de terceiro para receber o cheque por ele falsificado, são desfavoráveis; as conseqüências não o desfavorecem, dado que o delito não foi além da tentativa e, por fim, que o comportamento da vítima, pela falta de cautela ao preencher o cheque, concorreu para o crime.

À vista disso, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal. Considerando que o apelante confessou o delito em juízo, reduzo a pena de 06 (seis) meses e 06 (seis) dias-multa, ficando a sanção, provisoriamente, em 01 (um) ano de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Inexistem agravantes, causas de diminuição ou aumento aplicáveis ao caso concreto.

Em razão da tentativa, e considerando que o apelante esgotou os meios de execução, só não conseguindo consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade, já estando no final da execução, aplico a redução no índice mínimo, um terço, ou seja, quatro meses e quatro dias-multa, concretizando a reprimenda em 08 (oito)

meses de reclusão, que deverão ser cumpridos em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, *c*, do Código Penal, c/c seu § 3º, além de 08 (oito) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal, reprimenda esta que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a modifiquem.

Preenchendo o apelante os requisitos legais e atento ao disposto no § 2º do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade imposta por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo período da condenação, a ser cumprida em entidade pública com destinação social, a cargo do Juízo da execução.

Ante tais fundamentos, *dou parcial provimento ao recurso para reestruturar a pena imposta a Jorge Félix Soares, reduzindo a reprimenda ao patamar acima definido.*

Mantenho as demais determinações da sentença.

É como voto.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

NULIDADE PROCESSUAL - CARTA PRECATÓRIA - PRAZO PARA CUMPRIMENTO VENCIDO - FALTA DE DEVOLUÇÃO - PROLAÇÃO DA SENTENÇA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS §§ 1º E 2º DO ART. 222 DO CPP - JÚRI - PROCEDIMENTO BIFÁSICO - PRONÚNCIA - INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POSTERIOR - POSSIBILIDADE

- Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal. O julgamento poderá realizar-se, findo o prazo para o cumprimento da precatória, juntando-se a carta aos autos, quando devolvida. Não há falar-se em *error in procedendo* ou cerceamento de defesa se o juiz observou rigorosamente a norma processual.

- Dado o procedimento bifásico, no Júri é possível a instrução e julgamento após a pronúncia. O encerramento da instrução antes do cumprimento da precatória não implica cerceamento de defesa, isso porque, havendo necessidade, as testemunhas arroladas pelo acusado na defesa prévia podem ser novamente ouvidas em plenário do Júri.

- A teor do art. 563 do CPP, não havendo prejuízo para a defesa, não existe nulidade, *pas de nullité sans grief.*

- A pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação. Não se exige, nesta fase, exame percuciente das provas (*in dubio pro societate*). Tal exame deverá ser efetuado posteriormente pelo corpo de jurados, sob pena de afronta ao disposto no art. 5º, XXXVIII, da CF.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 298.794-9/00 - Comarca de Itabira - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Recurso em sentido estrito - Nulidade do processo - Inocorrência - Falta de devolução de precatória para oitiva de testemunhas de defesa - Prolação de sentença de pronúncia - Cerceamento de defesa inexistente - Inteligência do art. 222, § 1º, do CPP - Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2003. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por José Liberato da Silva, com fulcro no art. 581, inciso IV, contra a decisão vista em cópia às fls. 263/269, que o pronunciou, juntamente com outros 03 (três) co-réus, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, incisos I e IV, na forma do art. 29, todos do Código Penal, isso porque, no dia 11 de junho de 2001, teriam os mesmos assassinado, mediante disparos de arma de fogo, a vítima Gilberto Alisson da Silva, vulgo "Bananinha".

Irresignado, argúi o recorrente, em preliminar, a nulidade do processo, por não ter sido o seu defensor regularmente intimado para audiência de instrução designada para o dia 1º.10.2001, bem como porque se verificou o encerramento da instrução criminal do presente feito, sem a oitiva das testemunhas arroladas pela sua defesa e que seriam ouvidas por precatória. Nada requereu o dito acusado quanto ao mérito.

Segundo alega ele, em suas razões acostadas às fls. 280/288, resta patente e comprovado nos autos que, uma vez arroladas as testemunhas do mesmo, consoante rol apresentado às fls. 118/120 dos autos, as quais haveriam de ser ouvidas via carta precatória; conseqüentemente pelo MM. Juiz *a quo*/deprecante foi determinada a expedição da carta precatória ao Juízo deprecado da Comarca de Santa

Bárbara-MG, para cumprir tal finalidade, consoante conteúdo de fl. 161 dos autos, onde o i. Juiz deprecante determinou fosse intimado o defensor do recorrente para ciência da audiência de instrução, então designada para 1°.10.01, às 15h30m, bem como se determinou fossem tomados os depoimentos das testemunhas arroladas pelo recorrente às fls. 118/120 dos autos. Entretanto, o MM. Juiz *a quo* não se dignou em aguardar o cumprimento/retorno da citada Carta Precatória de n° 789/01, constante da fl. 161 dos autos. Daí, embora sequer não tendo o defensor do recorrente sido intimado para ciência da audiência de instrução do dia 1°.10.01, bem como não tendo sido tomados os depoimentos das testemunhas do rol de testemunhas apresentado pelo recorrente às fls. 118/120 dos autos, por não cumprir o comando da Carta Precatória de n° 789/01, acostada à fl. 161 dos autos, expedida para essa finalidade; não obstante, o MM. Juiz *a quo* houve por bem avançar nos mais atos do processo, chegando-se ao encerramento da audiência de instrução, abrindo-se prazo para apresentação de alegações finais, e, por derradeiro, pronunciando o recorrente, mandando-o a Júri Popular, sem que fosse dada ao acusado/recorrente a oportunidade para o exercício do consagrado direito ao contraditório e à amplitude de defesa, mediante a produção da pretendida prova testemunhal, cujo rol foi apresentado em tempo e modo pelo recorrente por ocasião da defesa prévia; ficando o recorrente impossibilitado/privado da produção da prova testemunhal, cujo rol foi devidamente apresentado em tempo e modo oportunos.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu desprovimento opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, sendo de se registrar que mantida foi no juízo de retratação a r. decisão recorrida.

É o relatório.

Antes de mais nada, devo dizer que a preliminar de intempestividade do recurso, alegada pelo apelado, não merece acolhida.

Na verdade, tratando o patrono do acusado de defensor constituído, nos termos do art. 370, § 2°, do CPP, sua intimação da sentença condenatória poderia perfeitamente se verificar simplesmente através de publicação no órgão oficial, todavia, como foi determinada a intimação do mesmo via precatória e tal documento só foi juntado aos autos no dia 24.01.02, sendo esta também a data da interposição do recurso, não há se falar em intempestividade do mesmo.

Presentes, pois, os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Contudo, razão não assiste ao recorrente.

As preliminares invocadas, única razão de ser do seu recurso, não comportam acolhimento.

Com efeito, verifica-se às fls. 156/156-verso, que, ao ser o defensor constituído pelo acusado, ora recorrente, pessoalmente intimado para apresentação da defesa prévia, recebeu ele, na mesma oportunidade, a comunicação no sentido

de que suas próximas intimações seriam feitas através do *Diário de Itabira*, órgão oficial local, tendo o mesmo ficado ciente disso, conforme se verifica à fl. 156-verso.

Dessa forma, se, conforme deixou claro o Julgador de primeiro grau, na sentença, foi o nobre defensor do acusado intimado através da imprensa, como certificado pela secretaria daquele Juízo à fl. 164-verso, da audiência que se realizou no dia 1°.10.2001, improcede a sua alegação no sentido de que tal intimação não se efetivou.

Diante disso, é de ser rejeitada a primeira preliminar invocada.

Também não há se falar, no presente caso, na ocorrência de cerceamento de defesa, por ter o Magistrado de primeiro grau encerrado a instrução do feito, sem que tivessem sido ouvidas através de precatória, as testemunhas arroladas pelo acusado na defesa prévia.

Ora, o art. 222 do CPP determina que a testemunha que reside fora seja inquirida através de carta precatória, expedida com prazo razoável para intimação das partes. Todavia, a expedição da carta precatória não suspende o prazo, e o julgamento pode realizar-se, findo o prazo marcado, nos termos dos §§ 1° e 2° do mencionado artigo.

Inclusive, conforme há muito vem decidindo este Pretório:

"*Expedida carta precatória para serem ouvidas testemunhas arroladas na defesa prévia, ao juiz não era vedado realizar o julgamento, quando já vencido o prazo para o respectivo cumprimento*" (*in RT*, 582/390).

Também já se decidiu que:

"*A expedição de precatória não suspende o processo, e, transcorrido o prazo marcado para seu cumprimento, pode o juiz proferir sentença, juntando-se depois a carta aos autos, quando devolvida (art. 222,§§ 1° e 2°, do CPP). Não há falar-se em* error in procedendo *ou cerceamento de defesa, quando o juiz observou com rigor a norma processual*" (*in RT*, 600/366).

Também de acordo com o que preleciona ADRIANO MARREY e outros em sua obra *Teoria e Prática do Júri*, 5ª edição:

"*As cartas precatórias destinam-se à oitiva de testemunhas, arroladas pelo Ministério Público ou pela defesa, que residam fora da jurisdição do juiz. Devem ser expedidas com prazo para o seu cumprimento, findo o qual, com ou sem devolução, o feito poderá ser sentenciado; mas, a todo tempo, uma vez devolvidas, serão juntadas aos autos*" (ob. cit., p. 146).

Foi exatamente o que aconteceu nestes autos. Logo, é correta e adequada a decisão que a defesa, sem razão, procurou afirmar como cerceadora da defesa.

Destaco que as testemunhas ouvidas por precatória não são presenciais e não puderam alterar o inevitável caminho que levará à realização de

julgamento pelo Júri, nem a capitulação do crime admitida na decisão de pronúncia e, ainda, que a juntada posterior da carta precatória satisfaz os objetivos de sua inclusão no rol, destinando-se aos que vão julgar, que são os jurados.

Na verdade, não houve prejuízo para a defesa e, não havendo prejuízo, está no art. 563 do CPP, não existe nulidade, *pas de nullité sans grief.*

Valendo ademais lembrar que, no Júri, por ter procedimento bifásico, é possível a instrução e julgamento após a pronúncia, inexistindo qualquer cerceamento de defesa com o encerramento da instrução antes do cumprimento da precatória, eis que tais testemunhas arroladas pelo acusado na defesa prévia podem perfeitamente, se ele julgar necessário, ser novamente ouvidas em plenário do Júri.

Por fim, cumpre salientar que a pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigido, nesta fase, exame percuciente das provas (*in dubio pro societate*). Tal exame deverá ser efetuado posteriormente pelo Corpo de Jurados, sob pena de afronta ao disposto no art. 5°, XXXVIII, da Constituição Federal.

Diante do exposto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO - NECESSIDADE TEMPORÁRIA - INTERESSE PÚBLICO - PREVISÃO LEGAL - AUTORIZAÇÃO - CRIME - NÃO-CONFIGURAÇÃO

- Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal.

- Existindo lei municipal autorizando a contratação - ainda que a sua invocação pelo prefeito seja equivocada -, não há que se cogitar da prática do delito previsto no art. 1°, inciso XIII, do Decreto-lei n° 201/67.

- Ante a inexistência de dolo, não há se falar em crime funcional. Se a apelada agia com base em lei municipal que lhe atribuía poderes para contratar, além de lhe dar a necessária cobertura jurídica, não cabe ao Judiciário restringir o âmbito de sua abrangência, uma vez tratar-se de matéria afeita ao Legislativo municipal, que, ao manter-se inerte, legou à prefeita a valoração do que seria ou não necessidade de excepcional interesse público.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 299.760-9/00 - Comarca de Barão de Cocais - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Apelação criminal - Prefeitura municipal - Contratação de pessoal sem concurso - Necessidade temporária - Interesse público - Previsão legal - Autorização - Crime - Não-configuração. - "*Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal. Os tipos do Decreto-lei n° 201/67 pressupõem o dolo*" (STF - *HC* 73.131 - Rel. Min. Marco Aurélio). - "*Em existindo lei municipal autorizando a contratação - ainda que a sua invocação pelo prefeito seja equivocada -, não há que se cogitar da prática do delito previsto no art. 1°, inciso XIII*", do Decreto-lei 201/67. - Ante a inexistência de dolo, não há se falar em crime funcional. Se a apelada agia com base em lei municipal que lhe atribuía poderes para contratar, além de lhe dar a necessária cobertura jurídica, não cabe ao Judiciário restringir o âmbito de sua abrangência, uma vez tratar-se de matéria afeita ao Legislativo Municipal, que, ao manter-se inerte, legou à prefeita a valoração do que seria ou não necessidade de excepcional interesse público. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 11 de março de 2003. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. João Batista de Oliveira Filho.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Ministério Público contra r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Barão de Cocais, nos autos da ação penal movida pelo apelante contra a apelada, Inês Luzia Santos, por suposta prática de delito capitulada no art. 1°, XIII, do Decreto-lei 201/67, por vinte vezes, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em sede de razões recursais, exsurge o inconformismo do apelante, que pretende a reforma da r. decisão vergastada para que se condene a apelada como incursa nas sanções do art. 1°, XIII, do Decreto-lei 201/67, por seis vezes, na forma do art. 69 do Código Penal.

O i. RMP *a quo* ainda pretende que seja declarada a suspensão dos direitos políticos da apelada, pelo período em que durar a condenação, nos termos precisos do art. 15, III, da Constituição da República.

As contra-razões da defesa vieram em óbvia infirmação.

Manifestando-se em parecer da lavra da Dra. Camila de Fátima Gomes Teixeira, a douta Procuradora de Justiça opinou pelo improvimento do apelo.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação manejado pelo i. RMP *a quo* é próprio e tempestivo, além do que preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual dele se conhece.

A pretensão recursal deduzida é mais singela do que parece, pois, do teor dos documentos probatórios juntados aos autos, verifico que razão não assiste ao apelante.

O ponto central da denúncia versa sobre a autorização legislativa para contratação de funcionário, por tempo determinado e para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Segundo a apelada, "*em 1° de janeiro de 1993, a denunciada, ao assumir a Prefeitura do Município de Bom Jesus do Amparo (MG), encontrou o quadro de funcionários totalmente irregular, pois não houve, na gestão anterior, concurso público conforme dispõe a Constituição da República, sendo que todos os funcionários que ali trabalhavam se encontravam sob o regime celetista*" (fl. 422).

Ocorre que, visando adequar a situação do funcionalismo municipal aos ditames da Constituição Federal de 1988, instituindo o regime jurídico único, exonerou todos os servidores contratados de forma irregular pela Administração anterior, com base em decreto municipal.

Acontece que, após a maciça exoneração, mister se fez, para dar continuidade aos serviços públicos, a contratação temporária de pessoal, com base na Lei Municipal 693, de 12 de agosto de 1993.

Com efeito, estando a contratação dos funcionários temporários escudada em decreto municipal, ao menos *in thesi*, não há se falar que houve atentado contra disposição de lei, muito menos em ocorrência de conduta dolosa nesse sentido. Senão vejamos.

Dispõe o art. 1°, XIII, do Dec.-lei 201/67, que são crimes funcionais, sujeitos ao julgamento pelo Judiciário, "*nomear, admitir ou designar servidor,* contra expressa disposição de lei".

O i. RMP *a quo* aduz que, na época em que foram realizadas as contratações, não havia necessidade temporária de excepcional interesse público que justificasse tal ato.

Não obstante, o Ministério Público, que *in casu* arca com o ônus *probandi*, nada fez provar nesse sentido, limitando-se a dizer que havia servidores suficientes para o desempenho

das atividades da Prefeitura. Da mesma forma, não ficou demonstrado no presente caso que a apelada agiu com intuito único exclusivo de livrar-se dos agentes públicos pelos quais não nutria simpatia - seus inimigos políticos.

Oportuno salientar, ainda, que a conduta descrita na denúncia (art. 1°, XIII, do Decreto-lei 201/67), como suposto crime cometido pela apelada, restou caracterizada em razão de situação de emergência, na qual, com base na lei, contratou pessoal, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária da Administração, visando, com isso, regularizar, por meio de concursos, a situação do funcionalismo municipal.

Nesse sentido, a Constituição da República em seu art. 37, incisos II e IX, dispõe o seguinte:

"*II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*".

"*IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*".

Observe-se que a lei exigida pela Constituição, capaz de especificar o conteúdo genérico de seu texto (necessidade temporária e excepcional interesse público) só foi elaborada depois de efetuadas as contratações (Lei Municipal 693/93) e, mesmo assim, sem qualquer conteúdo especificador.

As contratações, por sua vez, aperfeiçoaram-se com base em outra lei municipal (Lei Municipal 659, de 02 de abril de 1992), que, em seu art. 1°, dispõe o seguinte:

"*Fica a Prefeita Municipal autorizada nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, a contratar pessoal por tempo determinado para atender a necessidade de excepcional interesse público (...)*".

Com efeito, verifico que os atos praticados pela Chefe do Executivo Municipal - que ora são tidos como delituosos - concretizaram-se em conformidade com a lei, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Min. Marco Aurélio, já assentou que:

"*(...) Ação penal - Justa causa - Contratação de prestador de serviços sem concurso público - Inciso XIII do artigo 1° do Decreto-lei n° 201/67. Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal. Os tipos do Decreto-lei n° 201/67 pressupõem o dolo*" (*HC* 73.131/PR - Rel. Min. Marco Aurélio - *DJ* de 17.05.96, p. 16.325 ement. vol. 01828-03, p. 00554).

Certo é que houve uma designação pela forma de contratação, haja vista tratar-se de ato pelo qual a Chefe do Executivo atribuiu a algumas pessoas o encargo de exercer determinadas funções no serviço público, em caráter precário e temporário, tudo em conformidade com a lei.

Com efeito, não há se falar em crime funcional, conforme pretende o Ministério Público *a quo*.

Demais disso, como bem ponderou o culto Magistrado *a quo*, "*no caso dos autos, tais constatações tiveram como finalidade, com já afirmado, o perfeito andamento da máquina administrativa, a fim de assegurar, inclusive a instituição do Regime Jurídico Único (Lei Municipal 693, de 12 de agosto de 1993 - fls. 82/85) e a organização de concurso público (fl. 422) e o que realmente aconteceu. Foram dispensados 51 funcionários (relação de fls. 480) e contratados 20, menos da metade dos dispensados, então, realmente uma quantidade mínima de pessoal com os quais se permitiria a continuidade da máquina administrativa, que, sabe-se não pode parar, e a instituição do Regime Jurídico Único que foi instituído poucos meses depois em agosto/93 e o concurso público em janeiro/94*".

Ademais, não há se falar em crime funcional, se não existir dolo - elemento subjetivo que compõe a formação do tipo penal - e, no presente caso, não vislumbro que a apelada tenha agido dolosamente quando procedeu às contratações, "*eis que naquele momento tinha uma lei municipal que lhe dava tais poderes, que lhe dava a necessária cobertura jurídica, não cabendo aqui restringir o âmbito de sua abrangência*", uma vez tratar-se de matéria afeita ao Legislativo municipal, que, mantendo-se inerte, legou à Prefeita a valoração do que seria ou não necessidade de excepcional interesse público, o que ocorreu com fundamento na lei.

Agindo corretamente ou de forma equivocada, certo é que a apelada acionou a legislação municipal para realizar a contratação ora analisada e, como bem ponderou a i. defesa, "*em existindo lei municipal autorizando a contratação - ainda que a sua invocação pelo Prefeito seja equivocada -, não há que se cogitar da prática do delito previsto no art. 1º, inciso XIII*" do Decreto-lei 201/67.

Especificamente em relação aos contratados João Martins da Mata, José Maltez Fernandes e Waldemar da Silva, apesar de documento que informe com maior precisão o período em que ingressaram no serviço público, bem como as saídas e retornos, cumpre salientar que, *in thesi*, suas contratações se deram antes do mandato da apelada (cf. docs. fls. 135/140, 454, 455, 458), uma vez que, em 1993, início do mandato de Inês Luzia, eles já integravam os quadros da Administração Pública municipal.

Frise-se que, ao constar dos autos, todos ingressaram nos quadros

da Administração municipal, antes mesmo da promulgação da Constituição da República de 1988, fazendo-se mister, *in casu*, proceder-se à aplicação das normas de transição.

Observo que inaplicável é o disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, haja vista ausência de comprovação do período exigido no *caput* do aludido dispositivo, todavia, mesmo que despida de melhor precisão, ou diria, mesmo contendo irregularidades, tendo em vista a ausência de controle de legalidade, entendo que se aperfeiçoou corretamente a aplicação do disposto no art. 3º da Lei Municipal 693/93 (Regime Jurídico Único dos Servidores Civis do Município de Bom Jesus do Amparo), que dispõe, *verbis*:

"*O atual servidor da administração direta, ocupante de emprego regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) terá seu emprego transformado em função pública, no primeiro dia após a publicação desta lei*".

Assim, entendo que não há se falar em prática delitiva prevista no Decreto-lei 201/67.

Se equívocos e irregularidades existem nas leis municipais, o correto é proceder-se com seu controle, e não imputar-se prática de delito ao alcaide.

Como bem ponderou a culta Procuradora de Justiça, "*em sede criminal, dentro do contexto fático dos autos, não vislumbro ter a apelada cometido ilícito, não obstante, o admirável esforço do nobre Órgão do Ministério Público oficiante naquela Comarca. De fato, ocorreu uma imoralidade, e não uma ilegalidade. É que o liame de repulsa entre ambas é tênue*" (fl. 539).

Assim, esgotadas as matérias de análise, é que finalizo o voto, fazendo-o para acolher o bem-lançado parecer da Procuradoria de Justiça e negar provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença fustigada.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Edelberto Santiago, Zulman Galdino, Márcia Milanez e Reynaldo Ximenes Carneiro (convocado) - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

-:::-

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PERDIMENTO DE BENS - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL

- O fato de não constar da denúncia o pedido de perdimento do bem é totalmente irrelevante, visto que esse perdimento deve ser decidido pelo juiz, na sentença de mérito, como uma conseqüência do édito condenatório, nos termos do art. 34, § 13, da Lei nº 6.368/76, e art. 48 da Lei nº 10.409/02 - nova Lei de Tóxicos -, não podendo, dessa forma, ser alegada surpresa do acusado em ver o perdimento de seu carro declarado somente na sentença.

- Tendo o recorrente, após o depósito do veículo em poder da Polícia Federal, apresentado defesa prévia sem nada mencionar acerca da questão, conclui-se que a v. sentença recorrida não foi *extra petita* e, também, não ocorreu qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal, na declaração do perdimento de seu bem.

- Com o advento da Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999, e, mais recentemente, da Lei nº 10.409, de 10 de janeiro de 2002, o entendimento de que só se deveria decretar o perdimento dos bens empregados habitualmente na prática dos crimes previstos na Lei nº 6.368/76, ou que, para tanto, tivessem destinação específica, deve sofrer alteração. É que, com o advento dessas leis, estão sujeitos ao perdimento, como efeito da condenação, todos os bens utilizados na prática dos referidos crimes, desde que, entre esses bens e o crime, haja relação de instrumentalidade.

- Estão também sujeitos ao perdimento, a partir dessas leis, todos aqueles que constituem produto ou proveito auferido com o cometimento dos crimes, sendo certo que, em relação aos crimes previstos no art. 12 e seus parágrafos e art. 13 da Lei nº 6.368/76, se os bens chegaram a ser seqüestrados ou indisponibilizados pelo juiz, em face da existência de indícios veementes de sua procedência ilícita (art. 126 do CPP), e o acusado interessado não conseguiu provar a origem lícita dos mesmos, o seu perdimento deve ser decretado na hipótese de condenação do agente, é claro.

- Em se tratando de tráfico de droga, o regime de cumprimeto da pena será o integralmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

- V.v.: - Não foi dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei nº 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros. *(Desª. Jane Silva)*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 302.357-9/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Tráfico de entorpecentes - Perdimento de bens - Regime de cumprimento da pena

corporal. - Comprovado o uso do veículo para a prática do tráfico de entorpecentes e havendo nexo de instrumentalidade entre o bem e o delito, correta a declaração de seu perdimento, nos termos da Lei nº 10.409/2002. - Se o MM. Juiz, no curso do processo, determinou o seqüestro ou indisponibilidade de bens ou valores do autor do crime de tráfico, por haver indícios veementes de serem produtos ou constituírem proveito auferido pelo agente com a prática do crime, incumbe ao acusado provar a origem lícita desses bens ou valores, de acordo com o parágrafo único do art. 44 da Lei 10.409/2002. - Em se tratando de tráfico de droga, o regime de cumprimento da pena será o integralmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. VOGAL.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2003. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. José Márcio da Rosa Lopes.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Valteci Luiz de Moraes foi condenado pelo art. 12 da Lei nº 6.368/76, à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, e 50 (cinqüenta) dias-multa, à razão unitária de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Irresignado, apela, alegando preliminar de nulidade da sentença, por ser *extra petita*, eis que determinou o perdimento do veículo do acusado, em total inobservância ao princípio do devido processo legal, posto que isso não havia sido pedido na denúncia.

No mérito, pede a restituição de seu bem e a fixação do regime *inicialmente* fechado.

Há contra-razões, às fls. 135/140, pela rejeição da preliminar e manutenção da v. sentença recorrida.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 145/147, opina pelo desprovimento do recurso, salientando que o bem não poderia ter sido destinado diretamente à Polícia Federal, porque a Lei nº 10.409/02, em seu art. 46, § 4º, prevê que o bem será confiscado em favor da Senad-Secretaria Nacional Antidrogas, que, então, indicará seu destino.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos legais.

A preliminar de nulidade da sentença por ser *extra petita*, não merece guarida.

O fato de não constar da denúncia o pedido de perdimento do bem é totalmente irrelevante, posto que esse perdimento deve ser decidido pelo juiz, na sentença de mérito, como uma conseqüência do édito condenatório, nos termos do art. 34, § 13, da Lei nº 6.368/76, e art. 48 da Lei nº 10.409/02 - nova Lei de Tóxicos.

Dessa forma, não há que se alegar surpresa do acusado, em ver o perdimento de seu carro declarado somente na sentença.

Por outro lado, a alegação de que o réu não teve oportunidade de se defender quanto a essa questão não procede, *data venia*.

Como se vê da decisão de fl. 69 e do termo de depósito de fl. 70, o veículo do apelante foi depositado em poder da Polícia Federal de Uberlândia, cerca de um mês após o dia dos fatos, e, desde então, o acusado teve todas as oportunidades para se defender.

Constata-se que o recorrente apresentou defesa prévia, após o referido depósito, sem nada mencionar acerca da questão. Da mesma forma, as testemunhas por ele arroladas não se manifestaram sobre o uso de seu automóvel, nem para acusá-lo, tampouco para defendê-lo.

Conclui-se, portanto, que a v. sentença recorrida não foi *extra petita* e, também, não ocorreu qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal, na declaração do perdimento de seu bem.

Rejeito, pois, a preliminar.

Passo a analisar o mérito.

No tocante ao mérito, limita-se o apelante a reivindicar a devolução do veículo apreendido e a fixação do regime inicialmente fechado.

Quanto à primeira pretensão, considerando que o processo criminal relativamente ao tráfico de entorpecentes se vem transformando em constantes disputas pela posse do bem apreendido, travadas, na maioria das vezes, de forma paradoxal, pelos próprios órgãos públicos encarregados de coibir o tráfico, e considerando as constantes mudanças da legislação que trata da matéria, cumpre inicialmente fazer pequena digressão a respeito, sobretudo para precisar o meu ponto de vista sobre a questão.

Anteriormente à Lei nº 6.368/76, a perda de bens relativamente aos crimes de tráfico de entorpecentes era, tanto quanto aos demais crimes, regulada pelo artigo 92 do Código Penal, que estabelecia, como efeito da condenação:

a) a perda em favor da União dos instrumentos do crime, desde que consistissem em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituísse *fato ilícito*;

b) do produto do crime ou de qualquer outro bem ou valor que constituísse proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Vê-se, pois, que somente os instrumentos do crime de origem ilícita e o produto ou qualquer outro bem auferido pelo agente com a prática do crime implicavam, como efeito da condenação, perda em favor da União.

Para que tal ocorresse, porém, era exigida a comprovação segura da origem ilícita dos instrumentos do crime, assim como a prova também segura de ter sido o bem ou valor apreendido produto ou proveito auferido pelo agente com a prática do crime.

Com o advento da Lei nº 6.368/76 e tendo em vista o disposto em seu artigo 34 e seus parágrafos, os bens utilizados para a prática dos crimes definidos na lei eram apreendidos e, transitada em julgado a sentença que tivesse declarado a sua perda, passavam eles à propriedade do Estado (com a revogação do § 2º desse artigo, a perda passou a ficar sob o regime do Código Penal, como efeito da condenação, e em favor da União, e não mais do Estado).

Três correntes surgiram a respeito da interpretação de tais dispositivos legais.

Uma, adotando interpretação literal, se posicionava no sentido de que bastava a utilização do bem na prática de qualquer dos crimes definidos na lei para que fosse determinada a sua perda, não se distinguindo os crimes, abrangendo, portanto, também o crime do artigo 16 da referida lei, ou seja, a posse de substância entorpecente, ainda que para uso próprio.

WALDIR SZNICK, por exemplo, ao comentar o artigo 34 acima referido, assim se expressa:

"*Basta apenas que tenham sido 'utilizados para a prática de crimes' definidos na Lei de Entorpecentes. A lei não distingue os crimes, abrangendo, pois, também, o art. 16*" (*Comentários à Lei de Entorpecentes*, Forense, 1987, p. 257).

Uma segunda interpretação, defendida por VICENTE GRECO FILHO e seguida por larga jurisprudência, dá à norma contida no artigo 34 da citada lei interpretação menos ampla, exigindo para a perda do bem apreendido a necessidade de nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. *In verbis:*

"*Nos termos da lei basta, para a perda, que os veículos tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz, para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada. A excessiva amplitude do texto legal exige uma interpretação restritiva, sob pena de chegarmos ao absurdo de, p. ex., vermos a perda de um automóvel só porque nele foram encontrados 'pacaus' de maconha. Para a perda, repetimos, há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. Haveria a perda, p.ex., de um caminhão especialmente utilizado para*

o transporte de maconha" (*Tóxicos, Prevenção-Repressão*, Saraiva, 10ª ed., p. 172).

Relativamente à interpretação do citado artigo 34 da Lei nº 6.368/76, terceira corrente, sobretudo de natureza jurisprudencial, formou-se, no sentido de que somente poderia ser confiscado o veículo ou outro bem que se destinasse especialmente à prática de crimes previstos na Lei 6.368/76, inferida essa destinação, seja da utilização habitual do bem nessa atividade, seja do fato de ter sido especialmente preparado para isso.

Segundo essa corrente, não deveriam ser objeto de perdimento os veículos ou bens apenas usados eventual ou ocasionalmente para a prática do delito.

É o que se vê das ementas dos acórdãos abaixo transcritas:

"*Veículo - Apreensão - Transporte de entorpecentes - Hipótese em que não ficou demonstrado que o veículo era usado costumeiramente para esse fim - Expressão 'utilizados' do art. 34 da Lei Antitóxicos que deve ser interpretada restritivamente - Restituição do veículo determinada - Recurso provado para esse fim*" (TJSP - AC 126.697-3 - Rel. Álvaro Cury - *RJTJSP*, 138/451).

"*Se para a perpetração do delito de tráfico de entorpecente o acusado se serve de automóvel, usando-o eventual ou ocasionalmente, tal uso não se integra no âmbito consumativo do crime - dado que este teria ocorrido de outras formas caso não tivesse o agente sua disponibilidade - Não se justificando sua perda em favor da União como efeito da condenação*" (TJSP - AC 48.488-3 - Rel. Jarbas Mazzoni - *RT*, 616/278).

"*Veículo - Apreensão - Porção de tóxico encontrada em seu interior - Utilização eventual - Inaplicabilidade do art. 34 da Lei 6.368/76*" (TJSP - MS 53.225-3 - Rel. Cid Vieira - *RJTJSP*, 106/502. No mesmo sentido: *RT*, 577/352, *RJTJSP*, 137/485 e *JTJ*, 147/311).

"*O confisco em prol do erário público somente se justifica em princípio, em relação aos bens de posse proibida e não há proibição de posse e uso de veículo. Não se confunde o veículo como produto da infração penal, nem se constitui em* instrumenta sceleris, *quando não evidencia o seu uso continuado e corrente como elemento disseminador da traficância. Para a perda, há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática*" (voto vencido do Des. Ângelo Gallucci, na AC 48.500-3, idem, p. 445).

"*Quando o art. 34 da Lei 6.368/76 determina a perda dos instrumentos do delito, quer se referir, logicamente, àqueles ligados diretamente à prática da infração, e não aos instrumentos ocasionalmente vinculados à conduta do agente*".

"*Não se inclui na área daquela sanção a perda de veículo pelo simples e único fato de que nele possam ser acidentalmente encontradas substâncias nocivas, a não ser que a sua utilização o seja específica e permanentemente para condução e transporte de drogas*" (TJMG - AC 13.617 - Rel. Reis Alves).

Tão logo assumi as minhas funções neste Tribunal, adotei esse ponto de vista, por entender que a melhor interpretação estava com essa última corrente jurisprudencial, não só porque, em se tratando de norma excepcional e penalizadora, deveria ser interpretada, segundo regra básica de hermenêutica, restritivamente, como ainda porque me parecia mais justo e se afinava melhor com o próprio espírito da lei, que era o de tratar mais severamente a criminalidade habitual e permanente, bem mais grave do que a meramente episódica na vida de uma pessoa.

Nunca me impressionou o argumento de que esse ponto de vista não se harmonizava com o disposto no parágrafo único do artigo 243 da Constituição Federal. Isto porque esse parágrafo também deve ser interpretado restritivamente, limitado pelo que dispõe o *caput* do mesmo artigo. Isso significa que "*todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*" ali mencionado se restringe à situação de traficância descrita no *caput*.

Ainda que assim não fosse, o confisco ali determinado não afasta as condições do perdimento acima sustentadas, ou seja, ser o bem apreendido produto da atividade ilícita ou destinar-se especificamente a essa atividade.

Procurei ser coerente em todos os votos que proferi, fosse para determinar o confisco ou a liberação de veículos ou bens apreendidos em decorrência do tráfico, conforme se vê dos acórdãos abaixo mencionados, dos quais fui Relator:

Confisco determinado.

Apelação Criminal 87.820-7: "*Por outro lado, o confisco do veículo, que é efeito da condenação, no presente caso, está perfeitamente correto, já que o mesmo, além de ter sido usado como meio de aquisição de droga, também estava sendo usado para a distribuição da mesma*".

Apelação Criminal nº 129.245-7: "*No tocante aos pedidos formulados pelo apelante de revogação da perda do veículo determinada pela v. sentença recorrida e de sua restituição ao mesmo, cumpre observar que lhe falta legitimidade para tanto.*

Isto porque foi o próprio réu que afirmou que o automóvel não lhe pertencia, não sendo seu proprietário ou possuidor, posto que apenas o transportava, com a droga, a pedido de pessoa, que ele não identificou, para ser entregue a outrem, também por ele não identificado.

Aliás, a falta de indicação precisa da identidade do proprietário ou

possuidor do automóvel pelo réu, sendo, porém, certo que essa pessoa também se dedicava ao tráfico, já que o veículo e a droga foram pela mesma entregues ao réu, para que esta pudesse ser por este comercializada, circunstâncias essas acrescidas do fato de que, até o presente momento, ninguém se apresentou como proprietário ou possuidor do veículo para reivindicar a sua restituição, são indícios veementes de que o automóvel se destinava, especificamente e de forma habitual, a tráfico de drogas.

Correta, portanto, se revela a v. sentença recorrida ao determinar a perda do veículo em favor da União".

Apelação Criminal nº 153.878-4: "No tocante ao confisco do veículo determinado na v. sentença, deve prevalecer, em face dos termos do art. 34 da Lei 6.368/76, de vez que o recorrente, em seu interrogatório (fls. 11/TJ), informou a habitualidade do uso do bem para o transporte da droga por ele comercializada".

Apelação Criminal nº 214.313-9: "No tocante ao confisco dos bens pela v. sentença de primeiro grau, deve o mesmo prevalecer.

Não ficou provado nos autos que os bens confiscados (auto de apreensão fls. 17/18) foram adquiridos com o produto de seu trabalho, ainda mais por encontrar-se desempregado quando de sua prisão em flagrante.

Além do mais, se os bens não lhe pertencem, como informa, não tem sequer o apelante legitimidade para requerer a sua devolução.

Extrai-se do interrogatório do réu à fl. 10:

'Esclarece ainda que estava vendendo drogas, pois estava desempregado e não conseguia arrumar emprego'.

Ora, quem está desempregado não tem condições financeiras para adquirir uma infinidade de bens materiais, alguns consideravelmente de valor elevado, ficando evidente, pois, que referidos bens são provenientes do dinheiro que o réu arrecadava com a venda da droga.

Quanto à moto, ele mesmo declarou que era utilizada para venda da droga.

Ademais, não tendo o réu provado a propriedade dos bens e nem tampouco a procedência lícita dos mesmos e, ainda, aliado ao fato de ter alegado que os bens confiscados não lhe pertenciam, não há que se falar em devolução dos mesmos (fls.45 e 79), pelo que mantenho o perdimento dos bens, decretado na sentença hostilizada, nos termos do art. 34 da Lei Antitóxicos e art. 91, II, b, do CP".

Apelação Criminal nº 229.723-2: "A questão cinge-se tão-somente em torno da declaração de perdimento dos veículos como efeito extrapenal automático da condenação.

Consta da certidão de fls. 762-TJ que os automóveis pleiteados foram objetos de apreensão no processo nº 02494.081.498-4.

Como esclareceu o MM. Juiz da Vara Especializada de Tóxicos, à fl. 768-TJ, esse processo foi julgado extinto em virtude de litispendência, reconhecida inclusive pelo v. acórdão de fls. 605/642-TJ, por versar sobre os mesmos fatos delituosos apurados no presente feito, tendo sido os apelantes excluídos daquela relação processual. Assim, a apreensão levada a efeito naquele processo, ficou vinculada ao atual, não se podendo falar, assim, em ausência do auto formal de apreensão.

Quanto à proveniência ilícita dos automóveis, não há qualquer dúvida a esse respeito.

O recorrente é traficante de grande porte, especialista no refino de cocaína, tendo largo envolvimento com o tráfico internacional, como expressamente admite no seu interrogatório de fls. 157/158-v., o que, por certo, rendia-lhe fantástica soma em dinheiro.

Os veículos estavam sendo usados em pleno ápice de sua atividade ilícita, como se vê dos documentos de fls. 17 e 158-TJ.

Por outro lado, não demonstrou o apelante tivesse qualquer ocupação lícita que lhe proporcionasse condição para adquirir aludidos veículos, não por falta de oportunidade, mas porque não tinha como fazer tal comprovação, de vez que, desde os 28 anos de idade, como ele próprio afirmou, já se encontrava envolvido com esse tipo de criminalidade.

Assim, os automóveis só podem ter sido adquiridos com o dinheiro advindo do comércio de drogas.

Vê-se, ainda, que a decisão recorrida não declarou o confisco do bem em razão de o mesmo estar sendo usado no tráfico, mas sim o seu perdimento por constituir proveito auferido com a prática de o fato criminoso, ex vi *do disposto no art. 91, II, b, do CP.*

As argumentações expendidas pela Promotoria igualmente não procedem.

Como bem acentuou a douta Procuradoria de Justiça, se o perdimento dos veículos não está vinculado à sua utilização na prática do ilícito, mas aos proventos que o apelante auferiu ao longo dos anos com sua atividade ilícita, e se ele é efeito da condenação, não precisando sequer ser declarado, pouco importa não tenha sido o apelante condenado por crime de bando (associação permanente)".

Apelação Criminal nº 244.347-1: "Relativamente ao veículo apreendido, não há como ser devolvido, já que evidentemente fora utilizado para a prática do tráfico, visto que o apelante, com esse carro, fazia os contatos com os compradores do tóxico, bem como foi flagrado em pleno transporte da cocaína em seu interior".

Devolução do bem.

Apelação Criminal nº 47.120-1: "Relativamente ao pedido deduzido por Sílvio Cabral Flecha, para que seja revogado o confisco do veículo BMW 73, placa BU 5387, tem razão o recorrente.

Recebida a droga das mãos de Sílvio Frossard, Sílvio Flecha guardou-a dentro do citado veículo, que estava estacionado na garagem de sua residência.

Ora, a eventual utilização do veículo para a guarda do material não induz à situação prevista no art. 34 da Lei 6.368/76.

E, inexistindo prova de que tenha sido o veículo adquirido com os proventos do tráfico ou servido de instrumento para o cometimento do crime, não há que se declarar o seu confisco, data venia".

Apelação Criminal nº 77.217-8: "Quanto à restituição do veículo apreendido requerida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, entendo assistir razão ao pedido.

É que não ficou comprovado que o réu fazia o uso reiterado do veículo para a comercialização da droga apreendida, ainda que os policiais federais que abordaram o mesmo tivessem dito que conseguiram identificar o acusado através do carro descrito pelas denúncias anônimas (auto de prisão em flagrante - fls. 05/12)".

Apelação Criminal nº 87.849-6: "O confisco dos cheques emitidos por Jairo e entregues a Nélio para pagamento da droga adquirida não merece censura, já que realizado nos termos do art. 91, II, b, *do CP.*

Já o confisco do veículo motocicleta não há como prosperar.

É que não ficou comprovado que o réu fazia o uso reiterado do veículo para a comercialização da droga apreendida".

Apelação nº 48.987-2: "... O que não se pode afirmar, contudo, é se o avião era destinado ao tráfico de entorpecentes, ou se ocasionalmente foi utilizado nessa atividade.

Conforme se vê do laudo de fls. 121/124-TJ, os peritos não constataram qualquer compartimento preparado especificamente para o transporte de droga, o que demonstra que a aeronave pode ter sido utilizada para o mister somente por eventualidade.

Havendo dúvida, não há como prevalecer o confisco determinado".

Em todos esses votos fui acompanhado por toda Turma Julgadora e não me consta que tenha o Ministério Público recorrido de qualquer deles ou que algum deles tenha sido reformado em julgamento de recurso interposto pelas partes.

Do exposto, pode-se concluir que, segundo entendimento esposado

pela Câmara, somente em duas situações, o perdimento de bens, como efeito de condenação criminal por crimes previstos na Lei 6.368/76, podia ser decretado:

1º) quando, considerados como instrumentos do crime e tendo origem ilícita ou não, ficasse comprovado o seu emprego habitual na atividade criminosa;

2º) quando fossem considerados como produto do crime ou tivessem sido adquiridos com recursos advindos do fato criminoso.

Com o advento, porém, da Lei nº 9.804, de 30.06.99, que deu nova redação ao artigo 34 da Lei 6.368/76, e especialmente dos termos do seu § 8º, e, agora, mais recentemente, da determinação contida no artigo 46, § 7º, da Lei nº 10.409, de 10 de janeiro de 2002, essa orientação há de sofrer alteração.

É que, no tocante à primeira situação, esses dispositivos legais exigem, como requisito para que o juiz, cumpridas as formalidades nela estabelecidas, autorize a venda, ainda no curso do processo, dos bens utilizados para a prática dos crimes previstos na lei vigente, apenas o nexo de instrumentalidade entre o delito e tais bens e o risco de perda do valor econômico dos mesmos pelo decurso do tempo.

Ora, se para a venda, no curso ainda do processo, a lei passou a exigir apenas o nexo de instrumentalidade entre o delito e o bem utilizado na prática do crime, com muito mais razão somente esse requisito poderá ser exigido para a decretação do seu perdimento como conseqüência da condenação criminal. Chega-se, assim, à conclusão de que não há mais como se incluir a habitualidade ou a destinação específica do bem para o tráfico, como condição para a decretação do seu perdimento.

O legislador resolveu, de maneira mais técnica, e por razões de política criminal, colocar fim à controvérsia então existente em torno da questão, optando, de vez, por conferir o mesmo tratamento tanto à criminalidade habitual e permanente, quanto à eventual ou episódica.

Quanto à segunda situação, ou seja, ao perdimento de bens apreendidos, que constituíssem proveito auferido pelo agente com a prática do crime de tráfico de entorpecentes, é de se observar que esse endurecimento legislativo, justificado pela necessidade de se conter o acentuado aumento desse tipo de criminalidade, tem um novo capítulo, com a publicação da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, tendo em vista especialmente o disposto no parágrafo único do seu artigo 44. Apesar do veto presidencial ao *caput* do artigo 44 dessa lei, a norma contida no parágrafo único continua em vigor.

Esse dispositivo estava assim redigido:

"Art. 44. O juiz, a requerimento do representante do Ministério Público ou da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro)

horas, pode decretar no curso do inquérito policial ou da ação penal, o seqüestro ou a indisponibilidade do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática dos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18.

Parágrafo único. Incumbe ao acusado, durante a instrução criminal, ou ao interessado, em incidente específico, provar a origem lícita dos bens, produtos, direitos e valores referidos neste artigo".

Vê-se que o objetivo do parágrafo único acima transcrito era o de inverter o ônus da prova em relação à origem lícita do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constituísse proveito auferido com a prática dos crimes ali mencionados, passando esse ônus ao acusado ou ao interessado na sua devolução, desde que o juiz tivesse, no curso do inquérito policial ou da ação penal, determinado o seu seqüestro ou a sua indisponibilidade. Estabeleceu a lei, nessa hipótese, presunção *juris tantum* da proveniência ilícita dos bens.

Com o veto presidencial ao *caput* do artigo e não tendo sido o parágrafo único vetado, a norma neste contida passou a ter vida autônoma. Continua em vigor, inserindo-se àquelas que regulam o seqüestro de bens, previstas nos artigos 125 e seguintes do Código de Processo Penal.

Não se diga que a determinação constante do parágrafo único se tenha tornado inaplicável, em face do veto relativo ao *caput* do artigo e à falta de correspondência perfeita entre os crimes a que este se referia e os definidos pela Lei 6.368/76.

Embora não seja o usual e fuja à técnica legislativa, nada impede que o parágrafo subsista como norma autônoma. Mesmo porque, segundo regra de hermenêutica, o intérprete não pode presumir em uma lei a existência de palavras inúteis e muito menos de disposições legais ineficazes, o que fatalmente ocorreria se se considerasse inaplicável a norma. Máxime quando, como na hipótese, há regras preexistentes regulando a matéria.

Por outro lado, os crimes a que se referia o *caput* desse artigo 44 (artigos 14, 15, 16, 17 e 18), embora não tenham correspondência perfeita com todos os previstos pela Lei 6.368/76, a têm com os dos artigos 12, *caput*, § 1°, incisos I e II, § 2°, incisos I, II, III, e 13, desta lei. Assim, não vejo por que não se aplicar, a esses crimes, a inversão do ônus da prova estabelecida, quando seqüestrado o bem. Isso pelas mesmas razões por que as normas procedimentais criadas pela Lei n° 10.409/2002 têm sido aplicadas aos crimes previstos na Lei 6.368/76, apesar de vetados todos os artigos que redefiniam as infrações relativas ao uso e tráfico de entorpecentes.

Em resumo, com o advento da Lei n° 10.409/2002, estão sujeitos ao perdimento, como efeito da condenação, todos os bens utilizados na prática

dos crimes previstos na Lei n° 6.368/76, desde que, entre esses bens e o crime, haja relação de instrumentalidade, bem como todos aqueles que constituem produto ou proveito auferido com o cometimento dos crimes. Em relação aos crimes previstos no artigo 12 e seus parágrafos e no artigo 13 da Lei n° 6.368/76, se os bens chegaram a ser seqüestrados ou indisponibilizados pelo juiz, em face da existência de indícios veementes de sua procedência ilícita (artigo 126 do CPP) e o acusado ou interessado não conseguiu provar a origem lícita dos mesmos, o seu perdimento deve ser decretado, na hipótese de condenação do agente, é claro.

Na espécie, verifica-se da prova do autos, especialmente dos depoimentos de fls. 5/6, 6/7, 7/8, 87/88, 89/90 e 91, da própria confissão do acusado no auto de prisão em flagrante e das fotografias de fls. 31/35, que o acusado foi surpreendido transportando em seu automóvel oito quilos de cocaína, escondida dentro de um compartimento secreto entre o banco traseiro e o porta-malas.

Assim, nos termos da legislação vigente, como acima exposto, vê-se que o perdimento do bem foi corretamente decretado pelo MM. Juiz de primeiro grau, não tendo o apelante direito à restituição do veículo apreendido e nenhum reparo se podendo fazer à v. sentença recorrida.

A douta Procuradoria de Justiça alega que o MM. Juiz sentenciante não poderia ter destinado o bem diretamente à Polícia Federal de Uberlândia, mas somente ter decretado seu perdimento em favor da União, que decidiria sua destinação.

Ressalte-se que tal alegação não foi objeto de recurso, nem constitui nulidade, motivo pelo qual se mantém o perdimento, nos termos em que foi decidido na sentença.

Por fim, é de se ressaltar que o crime de tráfico de entorpecentes está relacionado no art. 2° da Lei n° 8.072/90, cujo § 1° determina o cumprimento da pena por esse crime no regime integralmente fechado.

Dessa forma, inviável a fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento de sua sanção corporal.

Com essas considerações, rejeitando a preliminar, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Acompanho o eminente Relator no que se refere à rejeição da preliminar.

Quanto ao mérito, examinei cuidadosamente o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator e, não obstante concordar com a maioria das conclusões apresentadas, peço vênia para, mais uma vez, discordar da imposição do regime integralmente fechado.

A individualização da pena, que compreende também a individualização do regime, faz-se em três oportunidades: pelo legislador, ao definir a conduta criminosa e estabelecer a cominação; pelo juiz, ao aplicar a pena e na fase de sua execução, pois esta obedece ao sistema prisional progressivo constante de nosso ordenamento jurídico, que deve ser dotado de dinamismo e flexibilidade, consoante acentua ALBERTO SILVA FRANCO (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, fl. 549), não podendo prescindir da necessidade de uma individualização judicial das diversas modalidades de regime, desde que ouvida a Comissão de Classificação e presentes os requisitos subjetivos, ou seja, demonstrando o réu que se empenhou para conquistá-la.

Assim, quando não se permite na fase de execução da pena privativa de liberdade a devida progressão, estamos impedindo a aplicação do princípio constitucional de individualização da pena na sua terceira fase, não se podendo admitir a prevalência da Lei 8.072/90, lei ordinária, que não tem supremacia sobre os princípios constitucionais, e não pode sequer arranhá-los.

Entendemos, na hipótese dos autos, que não é só o princípio da individualização da pena com raízes constitucionais que foi violado, mas também o princípio constitucional da humanidade da pena, contido no artigo 5º, III, XLVII e XLIX, da Carta Magna, vez que negar a progressão a um apenado que reúne os requisitos subjetivos para sua obtenção é sujeitá-lo a um regime desumano, não lhe permitindo um tratamento adequado, impedindo-o de conquistá-la com seu próprio esforço mediante inequívoca demonstração de que adquiriu novos valores. É negar-lhe a esperança de conquistar mais rapidamente a liberdade, quando se mostra ressocializado, pronto para o retorno ao convívio social do qual foi alijado, por sua conduta passada.

Não posso entender que o cumprimento da pena seja apenas uma punição à qual o apenado tem de se sujeitar, por ter praticado um mal, retirando-lhe qualquer caráter ressocializador, conforme acentua ALBERTO SILVA FRANCO:

"*Um texto legal que proscreva toda e qualquer progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade, deixando o recluso subordinado unicamente ao regime fechado, num estabelecimento prisional de segurança máxima, tem, portanto, um significado claro e preciso: transforma a finalidade da pena numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na evitação de um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal*".

Reiteradas vezes venho externando o entendimento de que não foi

dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros.

Pode, sem qualquer dúvida, o legislador ordinário criar critérios diversos para individualização do regime, levando em consideração circunstâncias diversas, mas o que jamais poderá fazer é suprimi-la.

Poderia o legislador ordinário determinar para a progressão, no caso dos autores dos chamados crimes hediondos, o cumprimento inicial de um terço da pena, por exemplo, o que seria altamente salutar e atenderia a uma situação de maior gravidade.

É mister não esquecer que o apenado continua a manter a dignidade humana com a qual nasceu e que não perde com a condenação e em virtude de tal condição deve eticamente lhe ser permitido no cumprimento da pena ir conquistando, paulatinamente, a liberdade.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei 8.072, à qual não se deve dar interpretação extensiva, pois se trata de questão penal material, aplicável apenas em relação aos crimes de tortura, mas sim de ser respeitada a Constituição Federal, de se fazer valer os seus princípios.

Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas, sim, aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la, ou seja, só devem obtê-la aqueles que se esforçarem para conquistá-la, mediante a obediência das regras inerentes à execução da pena imposta, assim como aquisição de novos valores que os façam voltar para o meio social e dar a contribuição que cada homem deve dar para a manutenção da ordem e da paz social.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo, apenas para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado, acompanhando, no mais, o cuidadoso voto proferido pelo eminente Desembargador Mercêdo Moreira.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. VOGAL.

TÓXICO - TRÁFICO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONFIGURAÇÃO DO DELITO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - INADMISSIBILIDADE - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - REGIME PRISIONAL - PROGRESSÃO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - VALIDADE

- Os policiais não estão impedidos de depor, podendo a condenação ter suporte nas suas palavras.

- Provado que o réu tinha em depósito e guardava substância entorpecente em quantidade exagerada para consumo próprio, estando a droga acondicionada em embalagens próprias para o comércio, fica configurado o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, sendo inadmissível a sua desclassificação para o delito do art. 16 da mesma lei.

- O STF considerou constitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, segundo o qual a pena por crimes hediondos e os a eles equiparados, como o de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser cumprida integralmente em regime fechado. Firmou também o entendimento de que a Lei nº 9.455/97 se refere exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais crimes elencados na referida Lei nº 8.072/90, em relação aos quais se mantém vedada a progressão de regime prisional. No mesmo sentido sumulou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Súmula nº 16).

- O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não pode ser concedido a condenado por crime equiparado a hediondo, como o de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que a pena por tal delito deve ser cumprida integralmente em regime fechado em face da Lei nº 8.072/90.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 303.202-6/00 - Comarca de Águas Formosas - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Tóxico - Tráfico - Autoria e materialidade comprovadas - Pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 não acolhido - Crime equiparado a hediondo - Regime integralmente fechado - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade - Recurso improvido.

RELATÓRIO

Miguel Costa Aguilar, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, porque, na tarde de 25.05.2001, policiais militares, munidos de mandado de busca e apreensão, encontraram em sua residência doze buchinhas, contendo cerca de 30g de maconha.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Águas Formosas, julgando procedente o pedido contido na denúncia, condenou-o a cumprir a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, mais o pagamento de 50 dias-multa.

Irresignado, recorreu, pleiteando a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76.

Contra-arrazoando o recurso, o representante ministerial se bate pelo seu não-provimento.

O parecer da Procuradoria de Justiça, na pessoa do ilustre Procurador Laurides Paz Nascimento Júnior, recomendou à defesa que juntasse novas razões de apelação, dada a inconsistência do recurso apresentado, o que não ocorreu. Por fim, opinou pelo não-provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão do Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 19 de março de 2003. - *Edelberto Santiago.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM INDEFERIR PEDIDO DE ADIAMENTO; À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 06 de maio de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Solicitou adiamento o Dr. Joab Ribeiro Costa, representado por Gelle Cassiana Miranda (secretária), que foi indeferido.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

Os autos informam que, no dia 25.5.2001, policiais militares, após receberem informações sobre a posse de substâncias entorpecentes por parte do apelante, no interior de sua residência, para lá se dirigiram, munidos de mandado de busca e apreensão. Encontrado minutos depois nas imediações, foi convidado a acompanhar a diligência. Nas buscas efetuadas, encontraram doze papelotes de maconha, além de certa quantidade em dinheiro.

A materialidade delitiva restou comprovada através do auto de apreensão (fls. 18), laudo de constatação (fls. 19) e do laudo de exame toxicológico (fls. 61), por meio dos quais restou comprovado tratar-se de 29,09g (vinte e nove gramas e nove centigramas) de maconha.

A autoria é induvidosa, especialmente em face da confissão do apelante, que declarou, quando do auto de prisão em flagrante, ser proprietário da droga apreendida, porém, para seu consumo (fls. 9). Em juízo (fls. 47), o apelante reitera tal versão, acrescentando, ainda, que o dinheiro encontrado consigo foi doado pelo irmão, já que ele é epilético e tem dificuldade para conseguir trabalho.

A defesa, como de praxe, em tema de comércio clandestino de drogas,

tentou desmerecer o testemunho dos policiais executores da prisão. Entretanto:

"*Não há obstáculos em que se tome a palavra de policiais no suporte de condenações. Não estão impedidos de depor, nem se pode previamente suspeitar da veracidade nos seus depoimentos. Sopesam-se como quaisquer outros; sujeitam-se aos obstáculos do impedimento e da suspeição, como quaisquer outros*" (*RT*, 736/625).

"*Inexistente qualquer indício que possa desabonar os depoimentos prestados por policiais, de molde a caracterizar que fossem desafetos do acusado, tivessem hostil prevenção contra ele, ou quisessem indevidamente prejudicá-lo, nada obsta que o decreto condenatório pelo uso de entorpecente seja baseado nesse tipo de prova*" (*RT*, 765/584).

"*A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (STF/*HC*, 70.237 - Rel. Carlos Velloso - *RTJ*, 157/94).

Certo é que a condenação está em consonância com as provas carreadas nos autos. A droga apreendida, além de exagerada para consumo próprio, tanto que ele alegou dispor de pouco recurso para sua subsistência, estava acondicionada em doze invólucros de plástico, indicando destinação comercial.

É sabido que o crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, para sua configuração, descreve dezoito condutas possíveis, entre elas "*ter em depósito e guardar substância entorpecente*", que, inegavelmente, foram praticadas pelo réu.

Acertada, pois, a condenação decretada, não merecendo acolhida o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 16 da referida lei.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, é de se enfatizar que o Plenário do Pretório Excelso já considerou constitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, segundo o qual, a pena por crimes hediondos e os a eles equiparados, afins, como o de tráfico ilícito de entorpecentes, "*será cumprida integralmente em regime fechado*", assim como se posicionou sobre a possível revogação da lei acima citada pela Lei nº 9.455/97.

"*Ementa: Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes: Regime de cumprimento de pena integralmente fechado. Parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90: Constitucionalidade. Lei nº 9.455: Inaplicabilidade ao caso.*

*- 1. O Plenário do STF considerou constitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 26.7.1990, que, nos casos de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, impôs o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (*HHCC *nºs 69.657 e 69.603).*

*- 2. Firmou-se, também, sua jurisprudência, no sentido de que o regime mais benigno - só inicialmente fechado - no regime de cumprimento de pena, em caso de tortura, previsto pela Lei nº 9.455/97, não se aplica aos demais crimes referidos no mesmo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 26.7.1990, inclusive o tráfico de entorpecentes, que é o caso dos autos (*HHCC *nºs 76.543 e 76.371).*

- 3. HC *indeferido*" (*HC* nº 76.511-6/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, in *DJU* de 18.09.98, p. 04).

Recentemente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua colenda Quinta Turma, à unanimidade, decidiu, *verbis*:

"*Ementa: Penal. Crime hediondo. Regime prisional fechado. Lei 8.072/90. Art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. Progressão de regime prisional em face da Lei 9.455/97. Impossibilidade.*

*- Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (*HC *69.603).*

- De outra parte, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que 'A Lei 9.455/97 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei nº 8.072/90, em relação aos quais se mantém a vedação à progressão de regime' (REsp 170.841-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 28.02.2000). Precedente do STF.

- Recurso conhecido e provido" (RE nº 401.321-MT, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *in DJU* de 13.05.2002, p. 225).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no mesmo sentido, tem sumulado o entendimento de que "*a Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), razão pela qual não cabe progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, exceto o de tortura*" (Súmula 46).

Destarte, reconhecido que está a prática de crime, equiparado a hediondo, de tráfico ilícito de entorpecentes, incensurável se mostra a sentença condenatória que não facultou ao ora apelante a substituição da pena privativa de liberdade, benefício este que, como pacificado na jurisprudência pátria, não pode ser concedido aos condenados pelo crime em tela.

"Habeas corpus. *Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 6.368/76). substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei nº 9.714/98): inaplicabilidade.*

- 1. O preceito insito no art. 44 do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei nº 6.368/76, visto tratar-se de lei especial.

- 2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na Lei de Tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei nº

8.072/90, *impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.*

- *3.* Habeas corpus *indeferido (por unanimidade)*" (STF - *HC* nº 79.567-6 - Rel. Min. Maurício Corrêa - 2ª Turma - 14.12.99).

"*Ementa:* Habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. Penal. Condenação no art. 12 da Lei 6.368/76. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei 9.714/98. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade. - À luz do princípio da especialidade (art.12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, art. 2º da Lei 8.072/90). Inteligência da Súm. 171. STJ. Ordem denegada*" (*HC* nº 9.271-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *in DJU* de 19.09.99, p. 79).

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter, na íntegra, a r. sentença hostilizada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - INDEFERIDO PEDIDO DE ADIAMENTO; À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

NULIDADE DO PROCESSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL - DECISÃO CONDENATÓRIA - OXIGENAÇÃO DAS PROVAS - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - INOBSERVÂNCIA - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - CARACTERIZAÇÃO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE

- Tratando-se de crime de ação penal pública, o fato de o representante ministerial deixar de oferecer a denúncia em face de um dos agentes, em razão de este ter aceitado a transação penal, não permite considerar que a denúncia oferecida contra o outro co-réu seja inepta por quebra do princípio da indivisibilidade da ação penal.

- O princípio da indivisibilidade da ação penal aplica-se principalmente aos crimes de ação penal privada, não podendo ser confundido com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, aplicável à ação penal pública.

- Para que uma decisão condenatória possa ser proferida, é imprescindível que tenha ocorrido a oxigenação das provas produzidas na fase extrajudicial, sob pena de se ferirem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que acarreta nulidade do julgamento.

- A tarefa de promover a segurança da população é atribuição do Poder Público. Não pode o particular, a pretexto de garantir a própria segurança, manter sob sua guarda, ilegalmente, arma de fogo. Tal atitude caracteriza o crime do art. 10 da Lei nº 9.437/97.

- Em delito de porte ilegal de arma de fogo é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em se tratando de réu tecnicamente primário, que não apresenta personalidade voltada para o crime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 303.364-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Nulidade do processo - Inépcia da denúncia - Indivisibilidade da ação penal - Decisão condenatória - Prova meramente policial - Impossibilidade. - Não pode ser considerada inepta a denúncia por quebra do princípio da indivisibilidade da ação penal em se tratando de crime de ação penal pública, em que o representante ministerial deixa de oferecê-la em face de suposto co- réu, ante o oferecimento da transação penal, regularmente aceita por ele. Para que uma decisão condenatória possa ser proferida é imprescindível que tenha ocorrido a oxigenação das provas produzidas na fase extrajudicial, sob o crivo do contraditório, sob pena de se ferir princípios constitucionalmente garantidos, o que acarreta a nulidade do julgamento. Absolvição decretada quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Dado parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Adilson Pereira da Silva, inconformado com a decisão que o condenou às penas de

três anos e seis meses de reclusão, em regime integralmente fechado e, 01 ano de detenção, em regime aberto e setenta e cinco dias-multa, fixada a unidade em seu mínimo legal, como incurso nas sanções dos artigos 12 da Lei nº 6.368/76 e 10 da Lei nº 9.437/97, interpôs o presente apelo à fl. 115-verso, pretendendo em suas razões recursais de fls. 127/128, preliminarmente, a inépcia da denúncia, alegando a indivisibilidade da ação penal pública quanto ao investigado Rodrigo Luiz dos Santos e, no mérito, a absolvição, ao argumento de que inexistem provas suficientes para sustentar a condenação.

Contra-razões às fls. 129/133, em que se pretende a manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 15 de fevereiro de 2002, durante patrulhamento de rotina pelo Bairro Grajaú, nesta cidade e comarca, suspeitaram policiais militares de um indivíduo que saía da favela Morro do Cascalho, deliberando, por isso, abordá-lo, submetendo-o à busca pessoal.

Apuraram, nesta ocasião, que esse indivíduo tinha consigo certa quantidade de *Cannabis sativa lineu*, conforme laudo de constatação de fl. 16, substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica, que havia sido a ele fornecida por Adilson, pela quantia de R$35,00 (trinta e cinco reais).

Apreenderam, ainda, na residência do apelante, uma pistola calibre 765, sem autorização legal ou regulamentar.

O réu foi processado, nos termos do relatório da sentença, que ora adoto.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento do apelo, rejeição da preliminar argüida e, no mérito, pelo seu não-provimento.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois, previsto em lei, adequado, cabível e presentes os requisitos de processamento.

Quanto à preliminar de nulidade do processo, alegada pela defesa, em razão de suposta inépcia da denúncia.

Não assiste razão ao recorrente, pois o fato de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia contra um dos agentes não impede que ela seja oferecida e recebida em desfavor do recorrente, visto que, posteriormente, caso surjam novos elementos, poderá o ilustre Representante Ministerial oferecer denúncia contra aqueles que inicialmente não foram apontados como autores de crimes.

Cumpre-nos ainda ressaltar que o princípio da indivisibilidade da ação penal, apontado pela defesa do recorrente, se aplica principalmente aos crimes de ação penal privada, não podendo ser confundido com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, aplicável à ação penal pública.

Por outro lado, cumpre-nos ainda ressaltar que o ilustre representante do Ministério Público requereu à fl. 52, a designação da audiência preliminar em relação ao co-réu Rodrigo, para que ao mesmo seja oferecida a proposta de transação penal.

Assim, rejeito a preliminar argüida pela defesa.

Quanto ao mérito:

Analisei cuidadosamente as razões trazidas pela defesa e vejo que lhe assiste integral razão quando aponta a fragilidade do conjunto probatório contido nos autos, pois nenhuma prova foi produzida em juízo, mediante o crivo do contraditório, já que a principal testemunha ouvida, Rodrigo Luiz dos Santos, responsável pela indicação do recorrente como sendo a pessoa que lhe teria vendido a maconha, que foi apreendida em seu poder, negou de forma expressa e enfática, em seu depoimento de fls. 92/93, que tenha sido Adilson a pessoa que havia lhe vendido os cinqüenta gramas de maconha.

Afirma, ainda, que o local estava escuro, pois já eram mais de 19 horas e a iluminação insuficiente, sendo que várias pessoas lá se encontravam jogando futebol, todas sem camisa, o que o levou a se confundir, ao apontar o recorrente como sendo a pessoa que lhe havia vendido a droga que foi apreendida em seu poder, ressaltando, também, que não chegou a ver Adilson na Delegacia de Polícia, na ocasião de suas declarações extrajudiciais.

Os policiais militares que efetuaram a abordagem a Rodrigo, quando ouvidos em juízo, ratificaram as declarações prestadas anteriormente, afirmando que Adilson foi por ele apontado como sendo a pessoa que lhe havia vendido a maconha. Contudo, tais depoimentos se basearam exclusivamente nas declarações prestadas por Rodrigo, por ocasião de sua prisão em flagrante, não tendo os agentes públicos presenciado qualquer transação comercial entre Rodrigo e o ora apelante.

Deve ainda ser ressaltado que, após a Constituição Federal de 1988, para que uma decisão condenatória seja proferida, é imprescindível a oxigenação das provas produzidas na fase extrajudicial, sob o crivo do contraditório, ocasião em que será conferida ao acusado a ampla defesa, também garantida constitucionalmente. Assim sendo, não vejo como prosperar integralmente a sentença, pois meros indícios ou suposições são insuficientes para sustentar uma condenação. Neste sentido:

"*É certo que há nos autos as mencionadas declarações extrajudiciais, as quais, no entender dos apelantes, justificam a condenação do apelado. Essas declarações, porém, ainda que lavradas sob a forma notarial, não se revestem das condições de garantia e segurança que cercam o testemunho em juízo e, por via de conseqüência, não constituem elementos probatórios hábeis para lastrear um decreto condenatório. Ademais, basear uma decisão condenatória nas aludidas declarações violaria o princípio*

da ampla defesa assegurado pela Carta Magna, bem como outro princípio, também de índole constitucional, o do contraditório, que, como o próprio nome indica, contém implícita a possibilidade de afirmação, a prova feita em favor de uma das partes, ser contrariada pelas perguntas da outra" (TAPR - 4ª Câmara - AP nº 128.119-1 - Rel. Tadeu Costa - *RT*, 685/343).

"*Sentença condenatória - Decreto baseado somente em inquérito policial - Inadmissibilidade. - Condenar-se alguém com base unicamente no que se apurou em inquérito policial afronta o princípio constitucional do contraditório e da defesa ampla, dado que estão ausentes tais garantias no procedimento investigatório, peça meramente informativa, destinada apenas a autorizar o exercício da ação penal*" (- TACRIM-SP - AP - Rel. Gonzaga Franceschini - *RJD*, 19/144).

"*Sentença condenatória - Decisão embasada apenas em elementos probatórios de inquérito policial - Inadmissibilidade - Absolvição - Necessidade. - É inadmissível a prolação de édito condenatório com base, exclusivamente, nos elementos do inquérito policial, máxime se, durante a instrução penal, ou seja, sob o crivo do contraditório, não se verificam dados que convirjam para a certeza da autoria, sendo mister, no caso, absolver-se o increpado*" (TACRIM-SP - 3ª Câmara - AP nº 105.779-3 - Rel. Poças Leitão - Julg. em 1º.07.1997 - Roloflash 1.113/375).

"*Por mais que os elementos probatórios extrajudiciais carreiem para os autos a impressão de materialidade e da autoria do delito, impossível firmar-se neles uma sentença condenatória, pena de nulidade do decisório. Impõe-se a solução, porque, caso contrário, estaria o Magistrado infringindo o princípio constitucional do contraditório, com graves prejuízos para os direitos e as garantias individuais*" (TACRIM-SP - AP - Rel. Geraldo Ferrari - *JUTACRIM-SP*, 32/256).

Diante de tais elementos, não vejo como manter a condenação proferida no que se refere ao crime previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76. Contudo, a sentença deverá prosperar em sua íntegra, no que diz respeito ao crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, visto que existem provas contundentes acerca de sua prática pelo ora apelado, já que foi encontrada em sua residência, sob sua guarda, uma pistola automática calibre 765.

A alegação do ora recorrente de que possuía tal arma para sua proteção pessoal, pois vinha sendo ameaçado por um elemento de nome Marcos, não merece acolhida, já que não cabe ao particular promover a sua própria segurança pessoal, tarefa esta incumbida ao Poder Público, através das Polícias Militar e Civil. Assim, caberia ao ora recorrente comunicar o fato às autoridades competentes, para que elas pudessem tomar as providências cabíveis ao caso, conforme a necessidade.

Quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo, entendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois se trata de réu tecnicamente primário, que não apresenta personalidade voltada para o crime, sendo tal medida suficiente para a reprovação do crime, ora praticado e socialmente recomendável.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo, para absolver Adilson Pereira da Silva, no que se refere ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, nos termos do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, e substituir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta em razão do crime de porte ilegal de arma de fogo por restritiva de direitos.

Assim, nos termos dos artigos 43 e seguintes do Código Penal, substituo a pena de um ano de detenção aplicada ao recorrente, por prestação de serviços à comunidade, por igual prazo ao da condenação, em local e condições a serem determinados pelo Juiz da Execução.

Expeça-se o competente alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CRIME AMBIENTAL - INFRAÇÃO QUE DEIXA VESTÍGIOS - EXAME DE CORPO DE DELITO - AUSÊNCIA - NULIDADE INSANÁVEL - INTELIGÊNCIA DO ART. 158 C/C ART. 564, III, *B*, AMBOS DO CPP

- A teor do art. 158 c/c art. 564, III, *b*, ambos do Código de Processo Penal, a ausência de realização de exame pericial para efeito de demonstração da materialidade de crime ambiental, infração que deixa vestígios, enseja a nulidade da ação penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 304.034-2/00 - Comarca de Formiga - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processual Penal - Crime ambiental - Ausência de exame de corpo de delito - Infração que deixa vestígios - Nulidade insanável. - Enseja a declaração de nulidade da ação penal a ausência de realização de exame pericial, para efeito de demonstração da materialidade de crime de natureza ambiental, segundo a inteligência do art. 158 c/c art. 564, III, *b*, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls.,

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO, ESTENDENDO OS EFEITOS DO JULGADO AOS 2 OUTROS APELANTES, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CPP.

Belo Horizonte, 06 de março de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelações criminais interpostas, separadamente, pela defesa de José Pinto Sobrinho, bem como pela defesa conjunta de José Vicente Leal e José Rosimar da Silva, contra a sentença de fls. 172/177, em razão da qual restaram condenados como incursos nas sanções do art. 15, § 1°, II, da Lei n° 6.938/81, alterada pela Lei n° 7.804/89, às penas idênticas de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, bem como à pena pecuniária de 01 (um) salário mínimo, no valor vigente à época dos fatos.

As respectivas penas privativas de liberdade foram substituídas pelo *sursis*, pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante o cumprimento das condições previstas no art. 78, § 2°, alíneas *a*, *b* e *c*, do CP.

A defesa do primeiro apelante argüiu (fls.193/198), preliminarmente, a nulidade da ação penal, ao fundamento de que não teria sido realizado exame pericial, prova esta tempestivamente requerida por ocasião da defesa prévia, com o objetivo de se apurar se a mistura de serragem com borracha seria ou não poluente; que o MM. Juiz *a quo* se teria equivocado ao se referir a um "indeferimento implícito" quanto ao pedido de realização da referida perícia, vez que não seria admissível tal posicionamento no ordenamento jurídico pátrio, porque, ao se entender conforme decidiu o julgador, restaria violado o princípio constitucional da ampla defesa.

Pontificou a defesa, por conseguinte, a ocorrência de nulidade insanável, a partir do despacho de fls. 123, em face de não ter havido qualquer pronunciamento a respeito do pedido de realização de perícia e, ainda, que outra teria surgido após a fase do art. 499 do CPP, quando indeferido o requerimento para a remessa de ofícios a vários órgãos da Administração Pública, o que também teria constituído cerceamento à defesa do acusado.

Quanto ao mérito, argumentou a defesa do primeiro apelante que seria imperiosa a sua absolvição, uma vez que não teriam sido devidamente demonstradas a autoria e materialidade delitivas mais especificamente, não se evidenciaram os elementos objetivos e subjetivos da imputação constante da denúncia, mormente em face de não ter sido demonstrado o dolo na conduta do agente, no que concerne à mistura química em tese poluente; que, do laudo pericial constante dos autos, não seria possível extrair qualquer conclusão dos *experts*, vez que não houve alusão direta à toxidez do produto, bem como aos possíveis danos e malefícios em tese causados ao meio ambiente; que a prova testemunhal carreada pela acusação também nada elucidou sobre o dano ambiental

imputado ao apelante, ao passo que as testemunhas da defesa foram firmes ao afirmar que não teria havido qualquer alteração climática na região, ou da ocorrência de doenças na população provocadas por poluição, pelo que nenhuma infração ambiental fora cometida, a impor o decreto absolutório.

A seu turno, defesa do segundo e terceiro apelantes argumentou (fls. 187/191), em resumida síntese, que não possuiriam os mesmos a potencial consciência da ilicitude, um dos elementos da culpabilidade, em razão do que inexistiria o "caráter doloso" do delito ambiental que lhes é imputado, notadamente considerando-se a circunstância de serem pessoas simples, de pouca instrução, asseverando, pois, que não seria razoável que entendessem o caráter ilícito dos fatos; que, quando muito, teriam agido em obediência hierárquica às ordens de seu patrão, fato que também excluiria a culpabilidade do crime; sustentou a defesa, por outro lado, que, deixando o crime vestígios, seria imprescindível a realização de laudo pericial, bem como que a ausência de sua realização conduziria à falta de comprovação da própria materialidade do crime, impondo-se, por conseguinte, a absolvição de ambos.

Contra-razões ministeriais às fls. 199/201, no sentido do conhecimento e do improvimento das apelações interpostas.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se, do mesmo modo, pelo conhecimento e improvimento dos apelos (fls. 205/206-TJ).

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, passando a analisá-los de forma conjunta, dada a identidade de questões, deliberando, inicialmente, sobre a preliminar de nulidade suscitada no recurso interposto pela defesa do primeiro apelante.

Quanto à prefacial de nulidade, argüida pela defesa do primeiro apelante, sob o fundamento de cerceamento de defesa, em razão de ter sido indeferido o pedido de realização de exame pericial, para efeito de se comprovar a potencialidade lesiva da mistura química de borracha, emitida pela "caieira" de propriedade do réu, entendo assistir inteira razão à defesa ao suscitá-la, porquanto, é cediço, em tema de infração que deixa vestígios, tal como ocorre na esfera dos crimes ambientais, revela-se indispensável a realização do exame de corpo de delito, seja ele direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado, conforme estatui expressamente o art. 158 do CPP.

Ressalte-se que a inobservância da referida formalidade, ante a sua evidente essencialidade, tendo em vista que notoriamente necessária à comprovação da própria existência do crime, traduz nulidade absoluta, não passível de ser convalidada pela falta de interposição de recurso no momento oportuno. É que, na hipótese de *delicta factis permanentis*, somente se poderá comprovar a materialidade pelo exame pericial, notadamente no caso dos autos, em que é imputada ao réu e também a outros dois empregados seus a prática de crime ambiental, donde a

comprovação do dano, por meio de perícia técnica, exsurge como condição essencial à validade da ação penal.

Calha assinalar, por oportuno, que a própria tipificação penal do crime ora imputado - art. 15, § 1º, II e III, da Lei nº 6.938/81, alterada pela Lei nº 7.804/89 - induz à conclusão de que a comprovação da potencialidade do dano, como forma de expor a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal somente poderia mesmo ser feita através de prova técnica.

No mesmo sentido, confira-se o teor do seguinte julgado, *mutatis mutandis*, aplicável à espécie dos autos:

"*A inexistência de exame pericial quando se cuida de delito que deixa vestígios, como o falso, não leva somente a reconhecer a nulidade processual, mas implica ter-se como não provada a materialidade da infração*" (*RT*, 530/316).

Não aproveitaria à acusação o laudo de fls. 42/43, que em nada se relaciona com os acusados, ora apelantes, pois, a despeito de se tratar de empresa de cal situada na mesma região em que se localiza a caieira do primeiro apelante, fora cunhado para comprovar a ocorrência de atividade poluidora realizada por outra empresa, pertencente a outro proprietário, não podendo, por óbvio, ser utilizado para efeito de sanar o vício que ora se detecta, nem mesmo a título de prova emprestada.

Por fim, há que se dizer que o próprio Código de Processo Penal considerou, de forma expressa, haver nulidade pela falta do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios (art. 564, III, *b*, do CPP), pelo que a outra conclusão não se poderá chegar senão a de que padece o presente feito de nulidade insanável, já que o prejuízo para a defesa dos réus ressai de forma evidente.

Assim, impõe-se o acolhimento da preliminar suscitada, para o fim de se declarar a nulidade da presente ação penal, ante a incidência da regra prevista no art. 564, III, *b*, do CPP.

Em face do exposto, acolho a preliminar de nulidade argüida pela defesa do primeiro apelante e, por via de conseqüência, dou provimento ao recurso interposto, considerando prejudicada a análise da outra preliminar, bem como do mérito de ambos os recursos aviados, estendendo-se os efeitos da referida decisão ao segundo e terceiro apelantes, nos termos do art. 580 do CPP.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, ESTENDENDO OS EFEITOS DO JULGADO AOS DOIS OUTROS APELANTES, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CPP.

-:::-

MENOR INFRATOR - ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DOS ARTS. 148, 157 E 214 DO CP - ROUBO - AUTORIA INDUVIDOSA - REPRESENTADO - PARTICIPAÇÃO NOS ATOS EXECUTÓRIOS - MATERIALIDADE - PROVA INDIRETA - POSSIBILIDADE - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - LAUDO PERICIAL - DESNECESSIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR PROBATÓRIO - CÁRCERE PRIVADO - ABSORÇÃO PELO ROUBO - INADMISSIBILIDADE - DESÍGNIOS AUTÔNOMOS - CONFIGURAÇÃO

- A não-apreensão da *res furtiva* não obsta à comprovação da materialidade do ato infracional análogo ao roubo, o que, aliás, pode ser demonstrado, de forma indireta, pela confissão do réu, declarações firmes e uniformes da vítima e demais elementos de convicção reunidos.

- O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do ato infracional equiparado ao crime de atentado violento ao pudor, pois este não está incluído entre os que, obrigatoriamente, deixam vestígios que possam ser detectados pelo exame pericial.

- Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, ainda mais quando corroborada por outros elementos dos autos, inclusive pela confissão do réu.

- Se o cárcere privado não serviu de meio para a execução do roubo e também não era imprescindível para assegurar a execução deste, não se tratou de exaurimento da subtração patrimonial, mas sim de desígnio autônomo. Havendo dois atos infracionais distintos, não se pode falar em absorção do primeiro pelo segundo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 304.210-8/00 - Comarca de Extrema. - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos aos previstos nos artigos 148, 157 e 214, todos do CP. - I) Roubo - Autoria induvidosa - Efetiva participação do representado nos atos executórios dos aludidos atos infracionais - Materialidade - Prova indireta - Possibilidade. - A não apreensão da *res furtiva* não obsta à comprovação da materialidade do roubo, o que, aliás, pode ser demonstrado de forma indireta, como no presente caso, através da confissão do apelante, das declarações firmes e uniformes da vítima e dos demais elementos de convicção reunidos. - II) Atentado violento ao pudor - Laudo pericial - Desnecessidade. - O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do crime de atentado violento ao pudor, pois este não está incluído entre aqueles que obrigatoriamente deixam

vestígios. - III) Cárcere privado - Absorção pelo roubo - Inadmissibilidade - Alegação do cárcere privado como crime-meio - Não-caracterização - Desígnios autônomos configurados - Vontade dirigida à ilegítima privação à liberdade alheia - Ademais, consumação da subtração quando ainda privada a vítima da sua liberdade - Sentença confirmada - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Na Comarca de Extrema/MG, o adolescente R.A.M., ora apelante, nos termos da Lei nº 8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), foi representado em 03 de novembro de 1999 e processado por ter praticado atos infracionais análogos às condutas descritas nos artigos 148, 157 e 214, todos do Código Penal brasileiro.

Descreve a representação que, no dia 12 de outubro de 1999, por volta das 03h da madrugada, no Bairro das Furnas - Extrema/MG, o representado, de 16 (dezesseis) anos de idade, em companhia de Alessandro Messias dos Santos, privou a vítima Leandro Aparecido Leonardes de sua liberdade, mediante cárcere privado, amarrando-o com arame dentro de uma casa abandonada, após o que o constrangeram, mediante violência, agredindo-o com um pé de cabra, além de ameaçá-lo com arma de fogo, a permitir que praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como sexo anal, e, ainda, depois de reduzido à impossibilidade de resistência, subtraíram para si o tênis Mizuno, a calça jeans e a camiseta que ele usava e R$20,00 em dinheiro, deixando-o seminu, apenas de cueca.

Após concluída regularmente a instrução do feito, proferiu o MM. Juiz de Direito a r. sentença de fls. 81/85, onde julgou procedente a representação contra R.A.M., impondo-lhe, com fundamento no artigo 122, incisos II e III, do ECA, a medida sócioeducativa prevista no artigo 112, inciso VI, da Lei nº 8.069/90, ou seja, internação, em estabelecimento educacional apropriado, com as restrições impostas no artigo 185 da norma substantiva, por 03 (três) anos, cuja manutenção deverá ser revalidada, mediante decisão fundamentada, de seis em seis meses, na forma do disposto no artigo 121 do Estatuto Menorista, pela prática dos atos infracionais análogos aos delitos previstos nos artigos 148, 157 e 214, todos do Código Penal.

Presente a atenuante cravada no artigo 65, inciso III, letra *d*, do Código Penal - confissão espontânea -, o douto

Julgador diminuiu o prazo da internação do menor infrator em 01 (um) ano, concretizando-a em 02 (dois) anos.

Inconformado, o representado interpôs o presente recurso de apelação, em cujas razões recursais, acostadas às fls. 89-v. e 90, requer a reforma da decisão *a quo*, para o fim de ser absolvido, alegando: a) que o ato infracional análogo ao delito do artigo 148 do CP deve ser julgado improcedente, já que o cárcere privado funcionou como meio de execução do roubo; b) em relação ao roubo, não há prova da materialidade do ato infracional, tendo sido Alessandro o responsável pela subtração; c) quanto ao ato infracional análogo ao delito do artigo 214 do CP, por faltar nos autos o exame de corpo de delito da vítima.

O recurso foi contra-arrazoado às fls. 92/94.

Em juízo de retratação a decisão foi mantida (fl. 95).

Nesta instância revisora, a douta Procuradoria de Justiça (fls. 99/104), em parecer da lavra do Dr. Sérgio Parreiras Abritta, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se sem qualquer alteração a decisão guerreada.

É o relatório, no que interessa.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Não há que se falar em absolvição do representado, posto que suficientemente comprovados, ao contrário do entendimento da douta defesa, através de provas contundentes e cabais, os atos a ele atribuídos, devendo ser confirmada a sentença primeva. Vejamos:

Na fase administrativa (fls. 13 e 14), disse o menor infrator que:

"*... na noite de 12.10.99, terça-feira passada, Alessandro de tal conduziu Leandro Aparecido Leonardes até o bairro de Furnas; que foram até uma casa abandonada, onde o declarante permanecia; que o declarante aguardava a chegada de Alessandro, mas não sabia que o mesmo estaria acompanhado de Leandro; que confirma que Alessandro portava um revólver; que confirma ter agredido Leandro com um pé-de-cabra, a mando de Leandro* (sic), *confirma ainda que praticou sexo anal com Leandro, também a mando de Alessandro; que confirma também que Leandro permaneceu horas preso com arame farpado; que Leandro foi liberado por volta das 07:00 horas de ontem, 13.10.99; que sabe dizer ainda que Alessandro queria matar Leandro; que Alessandro roubou toda a roupa, tênis e dinheiro de Leandro; que Leandro foi obrigado a ir embora de cueca*".

Ouvido pelo Promotor de Justiça (fl. 15), o apelante, mudando alguns pontos de suas declarações policiais, salientou que:

"*... na terça-feira dia 12, foi até Toledo com Paulinho, que dirigia um*

Fusca; que ficaram numa festa e o depoente ficou numa casa pertencente a seu padrinho Antônio Alves para dormir; que essa casa fica no bairro de Furnas; que por volta de 3h da madrugada foi acordado por Alessandro, um conhecido do depoente e que residia no bairro, e atualmente reside em Itatiba; que Alessandro que veio de carona no veículo de Paulinho, veio acompanhado de um rapaz, de nome Leandro; que Alessandro vende drogas e Leandro veio para comprar; que Alessandro, no interior da casa onde estava o depoente passou a discutir com a vítima sobre questão familiar e sobre uma dívida que a mesma tinha; que Alessandro agarrou Leandro pelo pescoço, dominando-o e amarrou o mesmo com arame no cano da pia, imobilizando-o; que logo que chegaram, esclarecendo que Paulinho nem chegou em sua casa, Alessandro tirou toda a roupa de Leandro; que não sabe se a vítima é homossexual; mas sua roupa foi tirada sem resistência; que depois de amarrada a vítima, Alessandro passou a violentar a mesma, fazendo sexo anal; que também o depoente fez sexo anal com a vítima; que o depoente foi obrigado a fazer sexo com a vítima, visto que Alessandro o ameaçava com um 'pé-de-cabra'; que Alessandro veio até a sua casa dizendo que tinha escondido a droga que pretendia passar para Leandro; que procuraram pela droga, mas não encontraram; que por volta de 7 horas da manhã o depoente que estava dormindo, despertou, mas não viu mais o Alessandro; que então o depoente retirou as amarras da vítima libertando-a; que Alessandro estava com uma arma de fogo e a toda hora ameaçava a vítima; que Alessandro roubou roupas da vítima, deixando-o só com a cueca; que por volta de 9h da manhã viu Alessandro no terminal rodoviário tomando um ônibus; que a vítima foi embora para casa só de cueca" (...).

Perante o Juiz (fl. 31), o menor infrator relatou que:

"*... a casa onde os fatos ocorreram pertence ao padrinho do depoente, de nome Antônio Alves da Mota; que o representado estava morando na residência, há mais ou menos um mês; que tinha amizade com o Alessandro Messias dos Santos; que, conhecia a vítima Leandro muito pouco; que foi o Alessandro quem levou a vítima para o interior da residência, juntamente com um companheiro, chamado Paulinho Geraldo do Amaral; que a vítima foi levada a casa num veículo Fusca, pertencente ao Paulinho; que a vítima foi levada para a referida casa por volta das 3:00 horas da manhã; que o representado, quando a vítima chegou, na casa já se encontrava, dormindo; que o Alessandro disse ao representado que tinha levado a vítima à residência para lhe vender drogas, daí os R$20,00 no bolso da vítima, para comprar a droga; que, na verdade, não existia droga no local, sendo a intenção do Alessandro subtrair da vítima o dinheiro que possuía, já que queria ir embora para Ilha Bela; que, após chegar ao local, o Alessandro disse à vítima que iria apanhar a droga saindo*

um a um dos cômodos da residência, e voltando em seguida com um pé-de-cabra; que neste instante o Alessandro obrigou a vítima a deitar na cama e tirar toda a roupa, dizendo ao representado para com ela fazer sexo anal; que o representado resistiu, no entanto, o Alessandro lhe ameaçou, dizendo que se não fizesse iria matá-lo; que, diante da ameaça, o representado praticou sexo anal com a vítima, tendo o Alessandro também participado; que, em seguida, o Alessandro queria matar a vítima, para que não contasse nada a ninguém, no entanto, o representado não deixou; que todos foram dormir e no dia seguinte ao acordar o Alessandro já não mais se encontrava na casa; que foi o representado que soltou a vítima; que a vítima passou a noite toda amarrada com um arame farpado; que ninguém fez uso de arma de fogo; que a vítima não foi agredida com um pé de cabra; que o ferimento encontrado na vítima foi provocado pelo arame farpado; que foi o Alessandro quem subtraiu os R$20,00, o tênis, calça jeans e camiseta; que ao soltar o Leandro no dia seguinte, o mesmo saiu só de cueca".

Dessas três declarações do adolescente percebemos, claramente, sua ativa participação nos fatos. Certo que tentou ele demonstrar que só cometeu os atos infracionais a mando de Alessandro. No entanto, sua versão não encontra apoio nos autos, conforme demonstram os relatos a seguir:

- Da vítima (fl. 10):

"*... na noite de 12.10.99, 'terça-feira', que permanecia numa festa na cidade de Toledo; que Alessandro de Tal, conhecido por 'Sargento' o chamou para ver um par de tênis que o depoente havia encomendado; que um rapaz chamado Paulinho, proprietário de um Fusca vermelho, conduziu o depoente, juntamente com Alessandro até o bairro de Furnas; que, no local o depoente foi deixado juntamente com Alessandro, que assim que desceram do veículo, Alessandro sacou de uma arma, revólver, cal. 32, e apontou contra o declarante e seguidamente entraram numa casa abandonada; esclarece que R. de tal estava no interior da casa e passaram a agredir o declarante; que as agressões se faziam com um pé-de-cabra; que as agressões se fizeram por bastante tempo, concomitantemente ameaçavam o declarante de morte; que, num determinado momento amarraram o declarante com arame farpado e passaram a praticar sexo anal com o mesmo; confirma que foi violentado tanto por Alessandro, como por R.; que o declarante permaneceu em cárcere privado até as 07:30 horas de ontem, ou seja, 13.10*" (...) "*... que os autores ainda levaram o tênis, a calça, camiseta, R$20,00 em dinheiro, carteira, uma blusa, um boné e ainda queimaram o RG do declarante; que R. e Alessandro são conhecidos no bairro pela prática de furtos*".

Sob o crivo do contraditório (fl. 59), declarou o ofendido que:

"*... sempre foi amigo do representado e do Alessandro; que estava na rua com o Alessandro, sendo que*

*este lhe ofereceu um tênis; que o declarante se interessou pelo tênis; que, com isto, acompanhou o Alessandro até o local onde ele dizia que estava o referido calçado; que, já no caminho, num dado momento, o Alessandro começou a mandar o declarante calar a boca; que ao chegarem numa casa abandonada lá estava o menor R.A.M., esperando; que, neste instante, eles disseram que queria (*sic*) a motocicleta do declarante, no entanto, o declarante disse que a motocicleta estava em sua casa; que o declarante foi agredido e amarrado com arame; que, antes de ser amarrado, o declarante foi todo despido; que passou a noite sem roupa e amarrado com o arame; que no outro dia cedo o Alessandro deixou o local, levando o tênis, a calça* jeans, *a camiseta e R$20,00 em dinheiro pertencentes ao declarante; que logo depois R. foi embora, contudo, antes de sair, desamarrou o declarante; que o R. após desamarrar o declarante disse-lhe que se contasse o fato à polícia o mataria; que, ao deixar o local foi direto para a casa de um senhor conhecido por Dito, pedindo roupas e contando-lhe o ocorrido; que, em seguida o Sr. Dito o levou até a Delegacia de Polícia, onde contou todo o ocorrido; que, quando estava amarrado o representado R. e o seu colega Alessandro praticaram sexo anal com o declarante; que não disse isto acima porque ficou envergonhado; que quem deu início à prática deste ato libidinoso foi o representado R.; que, repete, no momento em que os dois praticavam sexo anal com o declarante o mesmo estava com os braços amarrados*".

- Da mãe do representado (fl. 32):

"*... desde os 12 anos que o menor R. vem 'fazendo coisas erradas', tendo desta época em diante abandonado os estudos*" (...) "*... que atualmente o menor vem 'andando com pessoas de bem', porém, até pouco antes dos fatos, só andava com más companhias*" (...).

- De Benedito Fabril (fl. 60):

"*... estava em sua casa quando, por volta das 7:30 horas da manhã, escutou os cachorros latindo; que, aproximou-se e viu a vítima Leandro pedindo por socorro; que Leandro estava apenas de cueca e com marcas no corpo, mais precisamente no pescoço e nos braços; que acolheu a vítima Leandro dando-lhe roupa para vestir; que já dentro de casa Leandro lhe contou que havia ficado 'em cativeiro durante toda a noite' (...)*".

- De Sidraque Correia da Rocha (fl. 70):

"*... em outubro de 1999, o depoente estava a serviço como Detetive da Polícia Civil em exercício na comarca e cidade de Extrema, quando foi comunicado na parte da manhã bem cedo, pela PM, para comparecer ao local onde havia acontecido um crime; que o depoente dirigiu-se para o local, na zona rural, em uma casa abandonada, no município de Extrema; que, lá chegando, encontrou a casa fechada e em estado de abandono; que teve que arrombar a porta para adentrar ao imóvel, quando deparou o representado R., que se encontrava estirado no chão como se com efeito de droga com uma garrucha bem próximo dele; que a PM, que comunicou o fato para o depoente, estivera de plantão e encontrara com a vítima Leandro e seu pai, quando contaram o fato para o Policial que acionou o depoente; que R. contou que vinha de uma festa com Alessandro, abordando a vítima e colocaram-na em um carro de outro elemento; que o representado e Alessandro levaram a vítima para a casa abandonada, onde permaneceram com o menor de 20:00 horas até às 08:00 horas do dia seguinte; que durante toda a noite o adolescente R. e seu companheiro Alessandro mantiveram a vítima amarrada com arame farpado, constrangeram-na mediante violência, agredindo-o com um pé-de-cabra, conforme confessou o R., constrangendo-o além de amordaçá-lo com arma de fogo para permitir que praticassem com ele ato libidinoso o que foi praticado pelos dois co-autores, referindo-se a coito anal; que, além da prática do ato pornográfico, (...) depois da impossibilidade de resistência, subtraíram para si o tênis, a calça jeans e a camiseta usada pela vítima, além de R$20,00, deixando a vítima seminua, deixando-o de cueca; que, enquanto era conduzido para a Depol, o apreendido R. foi contando tudo para o depoente, informando até do paradeiro de Alessandro, que naquele momento estava foragido*" (...) "*... que R. encontrado ao chão, logo entrou em luta corporal com o depoente que a pulso conseguiu detê-lo; que no local além da arma foi encontrado o arame que foi utilizado para prender a vítima presa à pia*" (...).

No concernente ao delito de roubo, a materialidade encontra-se demonstrada, ainda que por via indireta.

Em que pese a *res furtiva*, no caso, não ter sido apreendida, tendo em vista a fuga do réu Alessandro, que se apossou dos objetos subtraídos, a prova indireta apresenta-se suficiente para a configuração do ato infracional: a confissão do ora apelante, as declarações da vítima e os demais elementos de convicção reunidos.

"*É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira induvidosa*" (*RT*, 673/357).

E ainda:

"*O crime de roubo não depende, para que se considere provado, da apreensão dos bens subtraídos da vítima, pois o que importa é que o restante da prova indique com segurança a ocorrência do delito, e não deixe qualquer dúvida quanto à autoria*" (- TACRIM/SP - AC - Rel. Ferreira Rodrigues - *RJD*, 23/102).

A autoria também é inconteste. O representado praticou todos os atos de execução do roubo, conforme os

relatos contundentes da vítima acima transcritos.

Lado outro, irrelevante a afirmação recursal de que não houve prova dos vestígios do atentado violento ao pudor.

Isto porque a conduta é semelhante ao delito previsto no artigo 214 do CP, que é aquele que nem sempre deixa vestígios aproveitáveis à prova pericial, conforme reconhece farta jurisprudência.

A propósito:

"*O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do crime de atentado violento ao pudor, pois este não está incluído entre aqueles que exigem obrigatoriamente o exame pericial*" (*RT*, 752/525).

"*Inadmissível afirmar que o delito definido no art. 214 do CP de 1940 possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é, ao contrário, a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interfemural, na* fellatio *e na* irrumatio in ore, *no* osculum illicebrosum, *no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc.*" (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mazzoni - *RT*, 607/304).

E ainda:

"*Os sinais traumáticos não constituem condição do crime de atentado ao pudor, que pode se consumar independentemente deles. Mesmo porque nem sempre ficam vestígios, aproveitáveis pela perícia, nos toques impudicos*" (TJSP - *HC* - Rel. Humberto da Nova - *RT*, 397/66).

Como cediço, nos crimes (*in casu*, atos infracionais) contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, ainda mais quando corroborada por outros elementos dos autos, inclusive pela confissão do representado.

Quanto ao cárcere privado, opostamente ao entendimento do apelante, não foi meio para a execução do roubo, e também não era imprescindível para assegurar a execução deste. Não se tratou, portanto, de exaurimento da subtração patrimonial, mas, sim, de desígnio autônomo, gerando dois atos infracionais distintos, não havendo que se falar em absorção do primeiro pelo segundo.

Com efeito, a vítima ficou horas amarrada com arame farpado, presa a uma pia, assim permanecendo ainda após a subtração patrimonial.

Nos termos do relatado pelo ofendido (fl. 59):

"*... foi agredido e amarrado com arame; que, antes de ser amarrado, o declarante foi todo despido; que passou a noite sem roupa e amarrado com o arame; que no outro dia cedo o Alessandro deixou o local, levando o tênis, a calça jeans, a camiseta e R$20,00 em dinheiro pertencentes ao declarante (...)*".

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que:

"*Seqüestro - Absorção pelo crime de roubo - Inadmissibilidade - Alegação de seqüestro como crime-meio - Não-caracterização - Desígnios autônomos configurados - Subtração já consumada quando da privação da liberdade da vítima - Delito que se consuma no momento em que há restrição da liberdade de locomoção - Recurso não provido*" (TJSP - Ap. 192.727-3 - Rel. Prado de Toledo).

No mesmo passo, o STJ definiu que:

"*Privando as vítimas de sua liberdade de locomoção durante várias horas e obrigando-se a ir do local onde se encontravam para outro, bem distante, praticaram seqüestros, sem nenhuma vinculação com os roubos em concurso material*" (*RT*, 726/626).

Por fim, cumpre salientar que a medida de internação mostra-se a mais adequada ao caso concreto, tendo em vista a fundamentação do Magistrado primevo, "*primeiro, pela prática de três delitos (atos infracionais) gravíssimos; segundo, por possuir maus antecedentes e personalidade deformada, voltada ao mundo do crime (fl. 20); terceiro, como bem ponderou o douto Promotor, porque de nenhuma valia, na verdade inócua, foi a medida de prestação de serviços à comunidade anteriormente aplicada, fazendo ele, ademais, uma espécie de pouco caso a uma remissão que também já lhe foi concedida de uma outra feita (fl. 20)*".

Destarte, não há como acatar as teses defensivas, não merecendo qualquer reparo a decisão proferida pelo Julgador de primeiro grau.

Por tudo isto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

QUESITOS - INVERSÃO NA ORDEM DE APRESENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES - JULGAMENTO - NÃO-DECLARAÇÃO DA NULIDADE - PERGUNTA - REDAÇÃO LACÔNICA - NULIDADE - HOMICÍDIO DOLOSO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CULPOSO - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SINGULAR - CONSELHO DE SENTENÇA - DELIBERAÇÃO SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE

- Invertendo o magistrado a ordem de apresentação dos quesitos, formulando aqueles referentes às causas excludentes de ilicitude antes do relativo à tese de desclassificação, incorre em grave erro que, se nenhum prejuízo acarretou à parte, nem sempre obrigará à declaração de nulidade do julgamento.

- Impõe-se reconhecer nulidade, de caráter evidentemente absoluto, quanto à lacônica redação de quesito, pelo fato de não haver a explicitação da conduta imprudente do acusado em tema de homicídio culposo.

- Operada a desclassificação pelo Júri, passará ao juiz singular a competência para o julgamento da espécie criminosa, sendo ilícito ao Conselho de Sentença, assim, deliberar acerca de qualquer outra matéria subseqüente referente ao julgamento, sob pena de nulidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 305.487-1/00 - Comarca de Mesquita - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processual Penal - Júri - Inversão da ordem de apresentação dos quesitos - Nulidade do julgamento - Comprovação de prejuízo - Necessidade - Quesitos - Elaboração - Nulidade. - Invertendo o magistrado a ordem de apresentação dos quesitos, formulando aqueles referentes às causas excludentes da ilicitude antes do relativo à tese de desclassificação, incorre em grave erro que, todavia, nem sempre acarretará como conseqüência a declaração de nulidade do julgamento, se nenhum prejuízo acarretou às partes. Impõe-se reconhecer nulidade, de caráter evidentemente absoluto, quanto à lacônica redação de quesito, pelo fato de não haver a explicitação, de forma clara, no que consistiu a conduta imprudente do acusado em tema de homicídio culposo. Operada a desclassificação pelo Júri, passará ao juiz singular a competência para o julgamento da espécie criminosa, não sendo lícito ao Conselho de Sentença, assim, deliberar acerca de qualquer outra matéria subseqüente que seja pertinente ao julgamento, sob pena de nulidade.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2003. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público, em face da r. decisão de fls. 223/226, que, acatando o veredicto exarado pelo eg. Conselho de Sentença, considerou o réu Francisco Roberto Rodrigues como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, c/c art. 65, III, *d*, todos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 01 (um) ano de detenção, a ser cumprida em regime aberto, a qual fora substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à proporção de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação.

O i. Representante do *Parquet* estadual argüiu, em preliminar, a nulidade do julgamento, em razão de ter o i. Magistrado singular, no momento da elaboração e exposição dos quesitos, formulado o referente à tese de legítima defesa antes daquele relativo à tese de desclassificação, encerrando grave equívoco, vez que o Júri não poderia ser indagado sobre a referida excludente antes mesmo de firmada a sua competência.

Asseverou, quanto ao mérito, que a decisão colegiada seria manifestamente contrária à prova dos autos, posto que a dinâmica dos fatos revelaria que o apelante agiu com ânimo de provocar o resultado morte da vítima, não tendo agido, assim, *a contrario sensu*, com falta de observância do dever objetivo de cuidado, pois que, ao deflagrar seis tiros contra a pessoa de Hélio, que se encontrava parcialmente embriagado, não se evidenciou que os tiros tivessem sido disparados de forma acidental.

Sustentou a acusação que, em verdade, o apelante, valendo-se de sua arma, teria respondido de forma desproporcional e violenta a uma fútil provocação da vítima, estando imbuído, na ocasião, de *animus necandi*, conforme, inclusive, se poderia inferir do depoimento prestado pela testemunha de acusação Joaquim Vilela Gomes, a impor a cassação do veredicto, por contrário à prova dos autos.

Contra-razões às fls. 244/251, pugnando pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do acolhimento da preliminar de nulidade do julgamento e, quanto ao mérito, uma vez ultrapassada a prefacial, opinou pelo provimento do recurso interposto, para que fosse determinada a submissão do réu a novo julgamento (fls. 255/259-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Inicialmente, em que pese o acerto da invocação da preliminar de nulidade do julgamento, por se detectar, realmente, equívoco na ordem dos quesitos, entendo que o julgamento, a despeito disso, não deverá ser anulado tão-somente por esta exclusiva razão, porquanto nenhum prejuízo à defesa do réu exsurgiu com a inobservância da ordem correta de formulação.

Com efeito, segundo a melhor técnica, devem ser indagados ao Conselho de Sentença, ainda que se trate de quesitos relativos a teses

sustentadas pela defesa, aqueles pertinentes à desclassificação, por dizerem respeito à própria competência do órgão julgador, pois, uma vez reconhecida a desclassificação, haverá deslocamento da competência, antes afeta ao Júri, para o Juiz singular.

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

"*Proposta uma questão desclassificatória cuja conseqüência seria deslocar do Tribunal do Júri para o juiz singular a jurisdição na espécie, cumpria enfrentá-la liminarmente. A primeira função do juiz é verificar a própria competência. Assim, antes de examinar a defesa, haviam os julgadores, em face da proposição surgida em Plenário, de aceitar ou repudiar a jurisdição. Nem há falar em surpresa. O processo-crime comporta as proposições das partes, sobre as quais se abre largo campo de debates. O art. 492, § 2º, do CPP prevê a eventualidade da desclassificação, que tanto pode ser suscitada pela defesa como pela acusação. Se a doutrina admite o Ministério Público pedir até mesmo a absolvição, com abandono total do libelo (cf. Espínola Filho, em comentário ao art. 471 do CPP), por que não poderia ele reconhecer o delito menor e sustentá-lo em Plenário, ainda a tempo de abordar a defesa o novo tema?*" (TJSP - AP - Voto vencedor: Acácio Rebouças - *RT*, 420/82).

Ocorre que, na hipótese vertente, analisando-se a conformação do julgamento, segundo a elaboração dos quesitos então proposta, conclui-se que, a despeito de não ter sido observado o rigor da técnica, tal inversão nenhum prejuízo acarretou à defesa do réu ou à própria acusação.

É que os quesitos referentes à excludente de ilicitude restaram rejeitados pelo Júri, passando os jurados, em momento imediatamente seguinte, a ser indagados sobre a tese desclassificatória, ocasião em que se admitiu a versão de que o acusado teria praticado o crime mediante conduta negligente, vale dizer, que teria cometido um homicídio culposo; procedendo-se, por conseguinte, à verdadeira desclassificação imprópria, sem que restasse maculada qualquer garantia de defesa ou prerrogativa da acusação.

Calha acentuar que, com a evolução do conceito de nulidade no âmbito do processo penal, o que deve informar o seu reconhecimento é a necessária ocorrência de prejuízo para uma das partes, decorrente do ato realizado em desconformidade com o ordenamento jurídico. Assim, sem a prova da ocorrência de prejuízo palpável, restringindo-se o equívoco no campo das meras irregularidades, não há qualquer sentido prático em se anular um julgamento popular.

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

"*Nulidades que, à falta de comprovação de prejuízo, não podem ser pronunciadas*" (STF - RHC - Rel. Xavier de Albuquerque - *RTJ*, 95/180).

Contudo, o julgamento plenário deve ser anulado em face da redação lacônica do 6º quesito, relativo à tese de ter sido o crime cometido mediante conduta culposa, isso porque não elucidou o d. Magistrado aos jurados em que consistira a conduta imprudente desenvolvida pelo acusado, mormente para que entendessem se realmente o ato de deflagrar seis tiros contra alguém realmente poderia se adequar ao conceito de "conduta negligente".

Não fosse por isso, há que se dizer que também se equivocou o i. Magistrado ao prosseguir no julgamento das atenuantes, após firmada a sua competência para o julgamento do feito, logo que operada a desclassificação, pois, a partir desse momento, não mais competia aos jurados deliberar a respeito de qualquer matéria pertinente à espécie, eis que o seu conhecimento fora devolvido de forma integral ao Juiz-Presidente, a impor também a declaração de nulidade do julgamento, em face do seu caráter absoluto.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso ministerial, declarando a nulidade do julgamento do acusado Francisco Roberto Rodrigues, determinando que outro seja realizado, dentro da maior brevidade possível, observando-se os parâmetros traçados no presente voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

-:::-

PREFEITO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO - LEGITIMIDADE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA PARA INSTAURÁ-LO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - NULIDADES - REJEIÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE O CRIME DE FALSO E O DE PECULATO - QUESTÃO A SER ANALISADA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL - CO-AUTORIA NO PECULATO - POSSIBILIDADE - DELITOS DESCRITOS E CAPITULADOS NA DENÚNCIA - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL

- Tendo o promotor de justiça curador do patrimônio público da comarca tomado conhecimento, através de notícia veiculada na imprensa local, de gastos excessivos com viagens, despidos de comprovação, feitas pelo prefeito municipal, fato que, em tese, constitui ato de improbidade administrativa, passível de punição na esfera administrativa, além do ilícito penal previsto no Dec.-lei nº 201/67, legitimado estava para, através das prerrogativas que lhe confere a Lei nº 7.347/85, em seu art. 8º, § 1º, instaurar inquérito civil público contra aquela autoridade.

- Nada obsta que o Ministério Público, valendo-se de elementos de convicção coletados em inquérito civil ou em processo administrativo, ainda que instaurado para o propósito de ação civil, ofereça denúncia e dispense o inquérito policial.

- Não é a denúncia inepta porque descreve um crime em tese - o de peculato, praticado pelo prefeito municipal, com a participação de outros denunciados. A teor do art. 29 do Código Penal, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua participação.

- A argüição de que o crime de falso testemunho não ocorreu não procede se a petição inicial narra, de forma clara e detalhada, a conduta dos denunciados que levou o Ministério Público a incriminá-los.

- O princípio da consunção não há de ser aplicado na fase de admissibilidade ou não da acusação, e sim ser analisado no curso da instrução criminal.

- A Súmula 142 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais não tem aplicação na esfera penal, mas tão-somente na área administrativa.

- Para a caracterização do delito contra a probidade da Administração, basta que o denunciado, tendo a posse jurídica da receita pública municipal, decorrente da condição de prefeito, dela se aproprie em proveito próprio e/ou de terceiros, e passe a usá-la como se própria fosse, causando dano à Administração, pouco importando a ausência do *animus rem sibi habendi*.

- É cabível a co-autoria no peculato, se a ação delituosa do prefeito contou com a participação de outros servidores, estando as ações interligadas.

- Não havendo nos autos nenhuma circunstância que autorize inferir que, no cargo, o acusado poderá criar dificuldades ao desenvolvimento do processo, não se justifica a medida excepcional de seu afastamento.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 306.247-8/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Nulidade do inquérito conduzido por promotor de justiça sem competência institucional - Inquérito civil público promovido por promotor de justiça, devidamente legitimado - Inépcia da denúncia - Peça exordial juridicamente idônea, contendo os requisitos do art. 41 do CPP e permitindo o exercício pleno do direito de defesa pelo denunciado - Nulidades - Rejeição - Aplicação do princípio da consunção entre o crime de falso e o de peculato - Questão a ser analisada no curso da instrução criminal - Co-autoria no peculato - Possibilidade - Caracterização, em tese, dos delitos descritos e capitulados na denúncia - Procedência da peça exordial - Recebimento - Prosseguimento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E RECEBER A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 13 de março de 2003. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo Ministério Público, o Dr. Gilvan Alves Franco, e proferiu sustentação oral, pelo denunciado Clóvis Aparecido Nogueira, o Dr. José Rubens Costa.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente, pela ordem.

Declaro-me suspeito de participar deste julgamento.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Acuso o recebimento de memorial encaminhado pelo douto advogado do denunciado, o qual examinei com atenção.

A Procuradoria-Geral de Justiça, devidamente legitimada, ofereceu denúncia em face de Clóvis Aparecido Nogueira, Prefeito Municipal de São Lourenço, Adauto Lúcio Cardoso, Presidente do SAAE, Arlindo Barbosa Marques, Secretário de Obras da Prefeitura de São Lourenço, e Antônio Carlos de Carvalho Guimarães, Secretário de Serviços Urbanos da Prefeitura de São Lourenço, incursando o primeiro, nas sanções do art. 1º, incisos I e V, do Decreto-lei 201/67, c/c os arts. 70 e 71 do Código Penal, e os demais, nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/67, c/c os arts. 29 e 71, e art. 342, c/c art. 69, todos do Código Penal.

Narra a peça exordial, alicerçada em processo administrativo, que o denunciado Clóvis Aparecido Nogueira realizou diversas supostas viagens às mais variadas cidades, dentre as mais freqüentes Belo Horizonte e Brasília, apropriando-se de numerário em benefício próprio, contando, para tal, com a participação dos outros denunciados.

Conforme apurado em inquérito civil público, a conduta do primeiro denunciado acarretou aos cofres públicos um prejuízo de R$184.370,00 (cento e oitenta e quatro mil, trezentos e setenta reais), ofendendo frontalmente diversos princípios da Administração Pública.

Os demais denunciados, quando ouvidos neste inquérito, forneceram informações falsas ao Ministério Público, além de omitirem a verdade, apontando os supostos hotéis onde

teriam pernoitado em companhia do Prefeito Municipal, mesmo cientes de não terem sido realizadas as viagens e despesas, objetivando serem os crimes encobertos.

Consta, ainda, da denúncia quadro demonstrativo contendo o suposto destino das viagens, a data do pagamento da nota de empenho, o seu valor, o número do empenho e a folha, nestes autos, de tais documentos.

Às fls. 14/570, foi anexado o Procedimento Administrativo nº 1.545/02, que deu causa à denúncia.

No curso das investigações, apresentou o douto Procurador de Justiça pedido de diligências e o afastamento temporário do Prefeito Municipal de São Lourenço.

A teor do art. 4º da Lei 8.038/90, foi determinada a notificação dos denunciados, via carta de ordem, para oferecer resposta preliminar.

Nesse mesmo despacho, ficou assinalado que o pleito ministerial seria apreciado quando do recebimento ou não da denúncia.

Devidamente notificados, apresentaram os denunciados, através de um mesmo defensor, sua defesa preliminar, pleiteando, às fls. 606/627, a improcedência da denúncia, ou o seu arquivamento, por falta de provas e de tipicidade penal.

Argúem, preliminarmente, a nulidade do inquérito, porque promovido por Promotor de Justiça de entrância inicial, sem a necessária delegação do Procurador-Geral de Justiça, e com inobservância do devido processo legal, por ser de natureza punitiva, não sendo possível aceitar, no caso concreto, procedimento administrativo intramuros, realizado pela Promotoria, sem a mínima competência institucional, a teor de orientação doutrinária e jurisprudencial que colacionam.

Argúem ainda, *in limine*, a inépcia da denúncia, por imputar aos denunciados fato legal não previsto em lei. Argumentam que, em sendo estes também indiciados, não comparecendo perante o Ministério Público como testemunhas, mas como "suspeitos", não podem ser sujeitos ativos do crime capitulado no art. 342, CP.

Alegam a inexistência de dolo ou culpa na conduta do primeiro denunciado, porquanto agiu por orientação administrativa do Tribunal de Contas, não contendo, ainda, a denúncia, a descrição do comportamento culposo ou doloso, possibilitando a este defender-se. Sustentam, mais, não ser o juízo criminal adequado para a discussão e comprovação das viagens, mas sim o juízo cível, ausente o ilícito de peculato.

Por derradeiro, alegam que não esclarece a peça inaugural a razão do concurso formal no peculato, mesmo porque imputa, exclusivamente ao primeiro denunciado, o recebimento de verbas que reputa lesivas.

Instruem a defesa preliminar com cópias de decisões de nossos

Tribunais Superiores e com as declarações de fls. 679 a 682.

Novamente instada a manifestar-se, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.038/90, pugna a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo afastamento das questões preliminares e pelo recebimento da denúncia, por estarem devidamente comprovados nos autos, pela prova documental, os fatos nela descritos, reiterando o pedido de afastamento do Prefeito Municipal de São Lourenço, durante a tramitação do processo.

É o relatório, no essencial.

De início, hão que ser analisadas as questões preliminares suscitadas pelos denunciados em sua resposta preliminar.

A) Nulidade do inquérito "penal" conduzido por Promotor de Justiça.

Sustenta o denunciado, por seu combativo defensor, a nulidade do procedimento investigativo no qual se alicerçou a denúncia, porque conduzido por Promotor de Justiça sem a mínima competência institucional, em procedimento administrativo de natureza punitiva, realizado intramuros, sem a observância do devido processo legal, transformando-se num "*escoadouro de paixões subalternas*" e violando os princípios do "*Promotor Natural*" e do "*devido processo legal*".

Não obstante, do exame atento dos autos verifica-se que o Promotor de Justiça Curador do Patrimônio Público da Comarca de São Lourenço teve conhecimento, através de notícia publicada no jornal local *O Município Jornal*, do dia 25.09.01, de gastos excessivos com viagens, despidos de comprovação, do Prefeito Municipal Clóvis Aparecido Nogueira, fato que, em tese, constitui ato de improbidade administrativa, passível de punição na esfera administrativa, além do ilícito penal previsto no Decreto-lei 201/67.

Assim, devidamente legitimado, através das prerrogativas que lhe confere a Lei nº 7.347/85, em seu art. 8º, § 1º, resolveu instaurar o inquérito civil público, através da Portaria nº 06 - 2ª PJ (fls. 47/48).

Ademais, a Constituição Federal atribui ao Ministério Público a função institucional de promover inquérito civil (art. 129, III) e ação penal pública, privativamente e na forma da lei (art. 129, I), assim como a ação civil pública (art. 129, III).

In casu, devidamente legitimado, conduziu o Dr. Promotor de Justiça procedimento administrativo, encaminhando-o à Procuradoria de Justiça Especializada em Crimes Contra Prefeitos, que, tendo recebido referida documentação e concluindo que seu teor era suficiente para dar início à ação penal, ofereceu a denúncia.

Assim, não realizou aquela Promotoria Especializada as medidas investigativas censuradas no acórdão anexado aos autos, nos quais a defesa

dos denunciados se sustenta para nulificar a peça exordial.

De resto, "*não é de rigor que preexista inquérito policial para que o Ministério Público possa instaurar a ação penal pública, podendo ele oferecer denúncia com base em outros elementos de prova, desde que atenda às exigências da lei (CPP, artigo 41)*", conforme consignado no acórdão trazido aos autos pela própria defesa dos denunciados (fl. 671).

Ora, conforme entendimento pacificado em nossos tribunais, não é o inquérito policial indispensável à promoção da ação penal, se a Promotoria dispõe de elementos indiciários suficientes que lhe sejam oferecidos a exame para a formalização da demanda penal, como *in casu*.

Vale transcrever a ementa colacionada pelos doutos Procuradores de Justiça, em seu lúcido parecer de fls. 686/702:

"*O inquérito policial, procedimento de natureza informativa, não é peça indispensável à promoção da ação penal, exigindo-se tão-somente que a denúncia seja embasada em elementos demonstrativos da existência do fato criminoso e de indícios de sua autoria*" (*RHC* nº 5.642/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, publ. *DJU* de 30.09.96, p. 36.653).

No caso, nenhum inquérito policial foi instaurado contra os denunciados, mas tão-só um processo administrativo para apurar a possível ocorrência de atos de improbidade administrativa, com fundamento no art. 129, III, da CF, art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, e art. 25, inciso V, da Lei nº 8.625/93.

Já decidiu o colendo STJ que: "*O Ministério Público, como órgão de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis (CF, art. 127), tem competência para instaurar inquérito civil público para investigar a prática de atos abusivos susceptíveis de causar lesão a tais interesses coletivos*" (STJ - *RHC* 5.628, Rel. Vicente Leal, *DJU* de 21.10.96, p. 40.274).

Assim, nada obsta que o Órgão Ministerial, valendo-se de elementos de convicção coletados em inquérito civil ou em processo administrativo, ainda que instaurado para o propósito de ação civil, ofereça denúncia e dispense o inquérito policial, conforme consignado no artigo "Investigação Criminal pelo Ministério Público", de autoria de ELA WIECKO V. DE CASTILHO, transcrito no parecer de fls. 686/702, destes autos.

Há que se ressaltar, ainda, que a espécie dos autos trata de crimes de responsabilidade, "*para os quais cuidou a lei de estabelecer um rito especial, tendo em vista os elevados interesses da Administração Pública, resguardando-a no que respeita à probidade, ao decoro, à segurança e a outros bens jurídicos que lhe são essenciais ao bom funcionamento, com determinadas cautelas*", nos dizeres de MIRABETE. E, por este motivo,

assinala esse renomado jurista: "*a queixa ou a denúncia pode ser instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas. Embora, em regra, não haja qualquer diferença na apuração dos crimes praticados pelos funcionários públicos, sendo eles objeto de regular inquérito policial, que constituirá a* informatio delicti *da denúncia ou queixa, podem elas ser fundamentadas nos citados elementos*" (*in CPP Interpretado*, 8ª ed., p. 1.104 e 1.105).

Ora, como é cediço, tem o Ministério Público, como órgão de defesa de interesses individuais e coletivos indisponíveis, competência para instaurar inquérito civil público para investigar a prática de atos abusivos, suscetíveis de causar lesão a tais interesses coletivos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

Por oportuno, há que se acrescentar que o julgado por mim relatado e as citações jurisprudenciais nele contidas a que se refere o douto causídico em sede de "memorial" não dão sustentação à tese argüida in limine *de "nulidade de inquérito 'penal' conduzido por Promotor de Justiça", neste processo.*

Ao contrário, coerentemente com essa decisão, reafirmam a legitimidade do Promotor de Justiça para conduzir procedimentos administrativos ou inquérito civil público em crime de responsabilidade de prefeitos e, a final, encaminhá-los à Procuradoria de Justiça Especializada em Crimes contra Prefeitos, afastando a violação ao princípio do Promotor Natural, alegada naquela oportunidade.

B) Inépcia da denúncia por imputar aos denunciados fato penal não previsto em lei.

Argumentam os denunciados Adauto Lúcio Cardoso, Arlindo Barbosa Marques e Antônio Carlos de Carvalho Guimarães, por seu defensor, que compareceram nas "dependências ministeriais" não como testemunhas, mas como suspeitos de envolvimento nos fatos investigados, razão pela qual não podem figurar como sujeitos ativos do crime capitulado no art. 342 do Código Penal, inscrito na exordial acusatória.

Todavia, observa-se que o procedimento administrativo foi instaurado, especificamente, contra o Sr. Clóvis Aparecido Nogueira, Prefeito Municipal de São Lourenço, visando investigar possíveis gastos excessivos com viagens (portaria de fl. 47). No curso do procedimento, foram estes 03 outros denunciados ouvidos como testemunhas, mediante compromisso legal, prestando as declarações de fls. 435/437, 438/439 e 440/441. Na ocasião, prestaram declarações presumivelmente falsas, indicando hotéis em que teriam se hospedado em companhia do Prefeito de São Lourenço, mesmo sabendo não terem sido realizadas tais viagens, como comprovado *a posteriori* no curso das investigações

(documentos de fls. 443/457), prestando, assim, falso testemunho, com o objetivo de facilitar a apropriação do dinheiro público, praticando, em tese, o crime descrito no art. 342, CP, em concurso material com o crime de peculato.

In casu, não é a denúncia inepta, porque descreve um crime em tese - o de peculato -, praticado pelo Prefeito Municipal, com a participação dos outros 03 denunciados.

Ora, a teor do art. 29, CP, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua participação. Também descreve, pormenorizadamente, o fato que resultou na incriminação desses outros três denunciados pelo crime de falso testemunho, possibilitando-lhes a ampla defesa.

C) Inexistência de imputação de dolo ou culpa na conduta dos denunciados.

Alega a defesa do denunciado que a denúncia não descreve, expressamente, em que consiste o falso testemunho, fazendo simples imputação genérica, insuficiente a caracterizar o elemento subjetivo do crime em questão.

Não obstante, de forma clara e detalhada, narra a peça inicial a conduta dos denunciados que ensejou o Órgão Ministerial a incriminá-los nos crimes em questão. Senão, vejamos:

"*O denunciado Adauto Lúcio Cardoso, Presidente do SAAE, ouvido no dia 09.04.02, informou falsamente que ficou em companhia do denunciado Clóvis Aparecido Nogueira, quando foram para a cidade de Brasília, nos hotéis Kubistcheck Plaza e San Paul, e quando foram para Belo Horizonte nos hotéis Serrano, Amazonas, Belo Horizonte, Plaza, Mercure e Estoril.*

O denunciado Arlindo Barbosa Marques, Secretário de Obras, ouvido no dia 10.04.02, informou falsamente ter ficado em companhia do denunciado Clóvis Aparecido Nogueira em Belo Horizonte nos hotéis Serrano, Amazonas e Estoril.

Por outro lado, o denunciado Antônio Carlos de Carvalho Guimarães, Secretário de Serviços Urbanos, ouvido no dia 11.04.02, informou falsamente ter ficado em companhia do denunciado Clóvis Aparecido Nogueira nos hotéis Turista e Serrano.

Estas informações, segundo apurou o Ministério Público, são falsas, pois foram requisitadas de todos os hotéis elencados pelos denunciados Arlindo Barbosa Marques, Antônio Carlos de Carvalho Guimarães e Adauto Lúcio Cardoso informações sobre estas estadas, todavia, nenhum deles registrou qualquer passagem do chefe do executivo municipal em seus aposentos (fls. 430, 431, 432, 435, 436, 437, 441, 442 e 444-PJECPM), vindo estes acusados, com estas condutas, mesmo sabendo não terem sido realizadas estas viagens, prestado falso testemunho com objetivo de facilitar a apropriação do dinheiro público".

Assim, o fato típico imputado aos denunciados foi exposto em sua inteireza, permitindo-lhes o exercício da defesa.

D) Falta de importância jurídica do suposto falso testemunho.

Despropositadamente, alega a defesa dos denunciados que a própria peça exordial descaracteriza o imputado falso testemunho, sendo que, na opinião ministerial, os fatos narrados pelos denunciados em nada influirão na apuração da verdade penal.

Ora, o trecho transcrito da denúncia, no qual sustenta a defesa sua afirmativa, registra apenas que, ainda que prospere a alegação do Prefeito Municipal de que os valores por ele embolsados cobrem parte das despesas de seus eventuais acompanhantes, estar-se-ia, de qualquer forma, burlando a lei, porquanto os eventuais acompanhantes já recebem diárias para reembolso de seus próprios gastos, de acordo com a legislação municipal pertinente.

Portanto, absurda a pretensão de retirar de tal conduta sua importância jurídica.

E) Princípio da consunção.

Alegam ainda os denunciados que, mesmo que verdadeiros os fatos narrados na denúncia (realização de viagens sem a observância das normas financeiras), tal conduta seria apenas crime-meio para a prática do suposto crime de peculato, não se configurando a hipótese prevista no inciso V do art. 1º do Decreto-lei 201/67.

Dispõe o referido artigo ser crime de responsabilidade "*ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes*".

Na verdade, em tese, tal conduta poderá ser reconhecida como crime-meio da prática de peculato, operando-se a consunção. Todavia, não há que ser aplicado este princípio nesta fase de admissibilidade ou não da acusação.

Conforme bem assinalado no parecer ministerial, se vislumbrada, na instrução criminal, a acusação principal de apropriação de receitas públicas em proveito próprio, poderá ser aplicado o princípio aventado pelos denunciados.

Em princípio, pode-se aceitar que o Prefeito Municipal denunciado fez despesas irregulares com viagens, sem a necessária comprovação, infringindo a norma prevista no art. 1º, V, do Decreto-lei 201/67.

Engana-se a defesa ao fazer referência, na resposta preliminar, aos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, não contemplados na denúncia.

Quanto à aplicação da Súmula 142 do Tribunal de Contas/MG ao caso presente, de todo despropositada tal pretensão.

A uma, que a súmula em questão se refere à regularidade das despesas de

viagem do Chefe do Executivo Municipal, se acompanhadas de relatórios de gastos feitos, enquanto a hipótese destes autos versa sobre a *não-realização* de viagens, com a indevida apropriação, pelo Prefeito/denunciado, do dinheiro público, a tal título.

A duas, que, se não ocorreram as despesas, não há que se falar em empenho, relatórios ou notas fiscais.

A três, que referida súmula não tem aplicação na esfera penal, mas tão-só na seara administrativa.

As demais questões suscitadas pela defesa dos denunciados referem-se à caracterização do crime de peculato. Argumenta-se que não há, na denúncia, a indicação da inversão da posse ou da detenção do bem móvel vindo de terceiro, razão pela qual não pode subsistir o crime de peculato ou o de apropriação indébita, previstos nos arts. 312 e 168 do Código Penal.

In casu, afirma que o denunciado recebeu, na condição de Chefe do Executivo, dinheiro público para despesas de viagens, na qualidade de seu proprietário, e não para guardá-lo e, a seguir, devolvê-lo.

Estranha-se a "singeleza" com que é tratada a questão pela defesa dos denunciados. Trata-se, no caso, de crime de responsabilidade praticado por Prefeito Municipal, no exercício do cargo, de natureza funcional, sujeito, portanto, à legislação especial, embora encontre similitude com o peculato-apropriação e o peculato-desvio, previstos no art. 312, CP. Todavia, não é delito perpetrado contra o patrimônio, mas contra a probidade da Administração.

Na espécie, basta que o denunciado, tendo a posse jurídica da receita pública municipal, decorrente da condição de Prefeito, dela se aproprie em proveito próprio e/ou de terceiros, e passe a usá-la como se própria fosse, causando dano à Administração, pouco importando a ausência do *animus rem sibi habendi*.

Quanto à co-autoria no peculato, entende-se cabível se a ação delituosa do Prefeito contou com a participação de outros servidores, estando interligadas.

Neste sentido, confira-se a ementa, *in verbis*:

"*A inclusão do Vice-Prefeito, como co-autor, juntamente com o Prefeito é cabível, estando interligadas a ação de um e de outro, no mesmo fato delitivo, excluídas as medidas especiais só aplicáveis, por sua natureza, ao Prefeito*" (*RT*, 494/382).

Quanto ao concurso formal de delitos, é reconhecido, na peça exordial, apenas em relação aos crimes pelos quais o Prefeito/denunciado foi indiciado, ou seja, os previstos nos incisos I e V do art. 1º do Decreto-lei 201/67.

Os demais denunciados foram incursos nas sanções do art. 1º, inciso I, do DL 201/67, c/c os arts. 29 e 71, CP, e art. 342, CP, praticados em concurso material (art. 69, CP). Ademais, a conduta de todos os indiciados encontra-se detalhadamente descrita na denúncia, não deixando dúvidas quanto ao seu enquadramento nos tipos penais capitulados na peça exordial.

Quanto à prova produzida por ocasião da apresentação da resposta preliminar dos denunciados, as declarações acostadas às fls. 679/682 não têm o condão de elidir, *prima facie*, a robusta prova testemunhal e documental produzida no inquérito administrativo.

Há que se ressaltar que os denunciados Adauto Lúcio Cardoso, Arlindo Barbosa Marques e Antônio Carlos de Carvalho Guimarães, inquiridos como testemunhas no referido inquérito, apontaram os supostos hotéis onde teriam pernoitado em companhia do Prefeito/denunciado.

Em sindicância promovida pelo Ministério Público, foram requisitadas aos hotéis indicados pelos denunciados informações sobre estas estadas. No entanto, nenhum deles confirmou a hospedagem do Prefeito Municipal, conforme ressai dos documentos de fls. 448 a 457-TJ, constantes dos autos.

Aliada à prova documental, há ainda a prova testemunhal dos fatos descritos na denúncia, principalmente o termo de declarações de fls. 458/460-TJ, prestado pelo vereador Cássio Mendes, afirmando que, em um churrasco oferecido pelo Presidente da Câmara Municipal, teria ouvido do denunciado Clóvis Aparecido Nogueira que "*pegava mesmo o dinheiro além do necessário para as suas viagens, porque só assim poderia fazer frente à ajuda que ele dá para as pessoas, para fazer política, e que não haveria problema porque a Câmara Municipal sempre aprovaria suas contas*".

Relata ainda o declarante que, posteriormente, em um discurso na Câmara Municipal, na comemoração do "Dia do Zumbi", o Prefeito manifestou publicamente que "*se ele disse-se o que faz com a sobra do dinheiro que ele retira para suas viagens, ele seria cassado no dia seguinte*". Informa ainda que o discurso foi gravado em vídeo e se encontrava nos arquivos da Câmara.

Por este motivo, foram estes requisitados e anexados a estes autos. O conteúdo deste vídeo e também o de uma fita cassete constante dos autos vêm a confirmar as declarações do vereador, conforme expressamente assinalado pelo Dr. Promotor de Justiça à fl. 573-TJ.

De resto, a elevada quantia obtida pelo denunciado com esta finalidade (R$184.370,00) e o número excessivo de viagens supostamente realizadas (139, no período de 10 de janeiro de 2000 a 07 de junho de 2002) autorizam deduzir que o denunciado se teria apropriado de pelo menos parte desta quantia.

Consta ainda, do inquérito civil público anexado aos autos, pesquisa de preço de diárias e passagens de avião

para os locais onde o Prefeito teria viajado, a demonstrar a defasagem de valores entre o que realmente teria sido gasto em tais viagens realizadas e o seu excessivo reembolso, conforme demonstrado no relatório final do inquérito civil público pelo douto Promotor de Justiça, Dr. Antônio Borges Silva (fls. 17 a 46-TJ).

In casu, está a denúncia formalmente perfeita, descrevendo detalhadamente as condutas dos denunciados e que, em tese, retratam os crimes nela capitulados, tendo por sustentáculo o inquérito civil público, existindo sérios indícios de sua procedência. Deve, portanto, ter prosseguimento.

Quanto às afirmativas retiradas de outros acórdãos por mim relatados, referidas pelo combativo advogado em sede de memorial, procurando ajustá-las ao caso presente, no afã de inocentar o denunciado, há que se lembrar que não se aplicam no caso destes autos, pois, como é cediço, cada processo há que ser examinado à luz do contexto probatório nele contido, sendo que, naqueles casos, diversamente do aqui tratado, autorizava-se tal entendimento.

Por derradeiro, há que se analisar o pleito ministerial de afastamento temporário do denunciado Clóvis Aparecido Nogueira do cargo de Prefeito Municipal, durante o curso da instrução criminal, formulado às fls. 572/574-TJ e reiterado às fls. 701/702, objetivando o resguardo do patrimônio público.

Não obstante os fatos aqui descritos e as provas reveladas nestes autos, o afastamento do cargo é medida excepcional, que só deve ser decretada quando se revele conveniente aos interesses da Justiça. O fato de a denúncia atribuir ao denunciado um crime em tese de responsabilidade funcional, embora com suficientes indícios de sua prática pelo mesmo, não justifica, de plano, o seu afastamento do exercício do cargo de Prefeito.

Não há nos autos nenhuma circunstância que autorize inferir que, no cargo, poderá criar dificuldades ao desenvolvimento do processo.

Ademais, não se justifica a medida excepcional por indicações, *in abstracto*, da possibilidade de o denunciado, na permanência no cargo, continuar a dilapidar o patrimônio municipal, além de estar respondendo a outro processo por delito da mesma natureza.

Ora, "*Nem a Constituição e nenhuma lei em vigor exigem que o Prefeito seja afastado do cargo para que possa ser processado criminalmente pelo Ministério Público por crime de responsabilidade. Estando a infração penal a ele atribuída prevista no Decreto-lei 201/67, a apuração de sua responsabilidade há de ser feita estando no exercício do cargo ou fora dele*" (*RT*, 549/305).

Assim sendo, indefiro, nesta fase processual, o pleito ministerial da medida excepcional, que poderá ser novamente analisada no curso da instrução criminal.

Com essas considerações, que reputo suficientes, recebo a denúncia, determinando o prosseguimento da ação penal em seus demais termos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Vê-se que a denúncia está lastreada em inquérito civil público, sendo que o Ministério Público é legitimado para presidir esse inquérito.

A denúncia não está lastreada em inquérito policial, mas sim em procedimento administrativo, onde o Ministério Público está perfeitamente legitimado. No mais, ela atende às exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, descreve fato típico em tese, e não se tem como coactar a pretensão ministerial e comprovar os fatos.

Rejeito, portanto, as preliminares.

Também recebo a denúncia nos termos do voto do em. Relator, pois a matéria posta é exculpativa e deve ser examinada sob o fogo do contraditório.

Parece que não existe pedido de prisão preventiva contra o Sr. Prefeito. Existe o pedido de afastamento do cargo. Acompanho S. Exa. porque, também, não há nenhuma motivação plausível para se decretar o afastamento do Prefeito.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Quanto às preliminares, ponho-me de acordo.

O contraditório fornecerá os elementos bastantes para a decisão final, de modo que acompanho o Relator, inclusive no que toca a nenhuma sanção sofrida ora pelo ilustre Prefeito de São Lourenço, que não deve ser nem preso nem afastado do cargo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Quanto às preliminares, de acordo.

Também acompanho o eminente Des. Relator em todos os termos de seu voto.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Sr. Presidente. Quanto às preliminares, ponho-me de acordo.

Acompanho o voto do eminente Des. Relator, recebo a denúncia e também não vejo necessidade do afastamento do Prefeito do cargo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E RECEBERAM A DENÚNCIA.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - CRIME HEDIONDO - INADMISSIBILIDADE

- A ausência de prova nova demonstrando que todos os depoimentos colhidos no inquérito policial são falsos, bem como de qualquer elemento sério capaz de evidenciar o desacerto da sentença condenatória, retrata a pretensão de transformar a revisão numa espécie de segunda apelação, o que é inadmissível dentro de nosso ordenamento processual.

- Na revisão criminal, é vedada a rediscussão de questões já analisadas no juízo da ação penal, salvo quando existir prova nova a respeito (Súmula 66 do TJMG).

- A Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714/98) não se aplica aos condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, especialmente aos traficantes de drogas.

- V.v.: - Não foi dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei nº 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros.

- Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas sim aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos para obtê-la, ou seja, só devem obtê-la aqueles que se esforçarem para conquistá-la. *(Desª. Jane Silva)*

REVISÃO CRIMINAL Nº 307.351-7/00 - Comarca de Matozinhos - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Revisão criminal - Decisão contrária à evidência dos autos - Inocorrência - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Crime hediondo - Inadmissibilidade. - Na revisão criminal, é vedada a rediscussão de questões já analisadas no juízo da ação penal, salvo quando existir prova nova a respeito (Súmula 66 do TJMG). - A Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714/98) não se aplica aos condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, especialmente aos traficantes de drogas. - Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM INDEFERIR O PEDIDO, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. JANE SILVA. AUSENTE O DES. SÉRGIO RESENDE.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Conheco da revisão criminal formulada pelo sentenciado Devanyr Marques de Souza, mas a indefiro por ausência de seus pressupostos de admissibilidade.

De acordo com o processado, no dia 15 de agosto de 1998, cerca das 11 horas, o denunciado foi preso em flagrante na Rua Primeiro de Maio, na Cidade de Matozinhos, por estar dirigindo um veículo em alta velocidade sem a devida habilitação. Na oportunidade os policiais encontraram em seu poder 15 gramas de maconha divididos em sete papelotes, apurando-se que o mesmo vinha exercendo o tráfico em companhia do menor L.C.C.

Acabou condenado à pena mínima de três anos de reclusão, em regime fechado, pelo crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, e mais seis meses de detenção pela infração do art. 309 do CTB, em regime aberto.

Como a própria defesa proclama na petição inicial, o sentenciado percorreu todas as vias na tentativa de modificar a sentença condenatória. Interpôs recurso de apelação, que foi improvido por unanimidade de votos; inadmitido o recurso especial, bem como improvido o agravo de instrumento.

A pretendida revisão, em que pese o esforço do ilustre advogado do peticionário, não merece acolhimento, por não preencher nenhum dos pressupostos previstos no artigo 621 do CPP.

Ressalta JÚLIO FABBRINI MIRABETE (*in Processo Penal*, p. 646), que, "*em primeiro lugar, o artigo 621 admite a revisão 'quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso em lei' (inciso I, 1ª parte). Contrária ao texto expresso da lei é a sentença que nega a sua existência, ou seja, não foi proferida segundo o que a lei estabelece.*

Há também cabimento da revisão, segundo o art. 621, quando a sentença condenatória for contrária à 'evidência dos autos'. É contrária à evidência dos autos a sentença que não se apóia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo.

É cabível ainda a revisão 'quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos' (inciso II). Evidentemente não pode ser mantida decisão que tenha por fundamento prova que se demonstrou falsa, seja depoimento, exame pericial ou documento. Não basta, porém, que seja a prova falha, precária ou insuficiente. Não fundamenta a revisão, por exemplo, simples falta de fundamentação de laudo pericial.

O último fundamento para a revisão, nos termos do art. 621, está presente quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena (inciso III)".

No caso, ao tentar invalidar toda a prova colhida nos autos, que

indicou de modo satisfatório a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos, percebe-se com facilidade que a pretensão do peticionário é uma reapreciação dos elementos de convicção já exaustivamente examinados pelo Juízo de primeiro grau e pela egrégia Primeira Câmara Criminal em grau de recurso.

Na verdade, a alegação do ilustre advogado de que a prova dos autos está contaminada pelos depoimentos falsos colhidos na fase inquisitorial não pode de modo algum prevalecer.

Em tema de comércio clandestino de drogas, o comum é o usuário de drogas, apanhado em flagrante, apontar à autoridade policial o traficante que lhe repassou a droga e ao chegar na instrução criminal desmentir o depoimento anterior sem nenhuma justificativa. Portanto, esse tipo de retratação não chega a surpreender e, pela sua total desvalia, não pode contaminar o conjunto probatório.

O tão combatido depoimento do menor infrator L.C.C., vulgo "G", sócio do peticionário na empreitada criminosa, foi colhido pela autoridade policial na presença da genitora do mesmo, não havendo, portanto, o mais pálido indício de que tenha sido ele, de algum modo, coagido nas dependências da Delegacia de Polícia para faltar com a verdade. Qual motivo teria o douto Julgador de primeiro grau para desprezar as declarações do menor prestadas na fase indiciária e aceitar como verdadeiro o seu depoimento judicial em cuja fase, sem sombra de dúvida, ele compareceu com o marcado propósito de tentar inocentar o comparsa?

Na verdade, repita-se, sem trazer nenhuma prova nova demonstrando que todos os depoimentos colhidos no inquérito policial são falsos, qualquer elemento sério capaz de evidenciar o desacerto da sentença condenatória, o que visa ele é transformar a revisão numa espécie de segunda apelação, o que é inadmissível dentro de nosso ordenamento processual.

"*A revisão criminal não se presta para uma nova valoração de provas, visando absolvição por insuficiência probatória, e muito menos para redução de penas, dosadas pelos critérios normais, segundo a discricionariedade do juiz, sem erro técnico, pois nos termos do art. 621 do CPP seus objetivos são bem delimitados, não proporcionando aos julgadores a amplitude do recurso de apelação*" (TJSP, *RT*, 764/542).

"*Para que a sentença condenatória seja cassada via revisão criminal é imprescindível que a decisão seja considerada contrária à prova dos autos, o que não ocorre na condenação fundamentada em elementos de convicção colhidos exclusivamente em inquérito policial*" (*RT*, 779/628).

A questão suscitada, por tantas vezes reiterada e com a mesma solução, já foi sumulada por este egrégio Tribunal com a aprovação do Grupo de Câmaras Criminais, Súmula n. 66: "*Na revisão criminal é vedada a rediscussão de questões já analisadas no juízo da ação penal, salvo quando existir prova nova a respeito (maioria)*".

Quanto ao pedido alternativo de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também não tem nenhuma razão o peticionário.

A Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98) não se aplica aos condenados por crimes considerados hediondos, ou a eles equiparados, especialmente aos traficantes de drogas.

Durante algum tempo o Superior Tribunal de Justiça, em decisões isoladas e minoritárias, já entendeu possível a aplicação da Lei n. 9.714/98 aos crimes considerados hediondos, inclusive o tráfico de drogas (*HC* 8.753-RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 17.05.99, p. 244; REsp 6.046-SP, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 30.06.99, p. 138).

Posteriormente, o mesmo Tribunal evoluiu sua posição para a inaplicabilidade da lei das penas alternativas aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, inclusive e principalmente o tráfico de drogas.

"*Recurso em* habeas corpus - *Penal e Processual - Paciente que respondeu ao processo sob custódia - Condenação no art. 12 da Lei nº 6.368/76 - Direito de apelar em liberdade - Vedação legal - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Art. 44 do CP - Lei nº 9.714/98 - Crime equiparado a hediondo - Impossibilidade.*

- Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes.

- Firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, caput, *da Lei nº 8.072/90.*

- À luz do princípio da especialidade (art. 12 do CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes e, de resto, todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Inteligência da Súmula 171-STJ).

- Recurso desprovido" (STJ - *RHC* 8.620-PR - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 16.08.99, p. 80 - grifos nossos).

Aliás, recentemente teve o egrégio Superior Tribunal de Justiça oportunidade de julgar caso idêntico em recurso oriundo deste Tribunal e desta Câmara, e a solução não foi outra.

"RHC - *Tráfico de entorpecentes - Execução - Regime prisional - Progressão - Lei nº 9.455/97 - Aplicação exclusiva à pratica de tortura - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Lei n. 9.714/98 - Impossibilidade - Recurso desprovido.*

- I - A condenação por crime elencado ou equiparado a hediondo pela Lei nº 8.072/90 deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

- II - A Lei nº 9.455/97 refere-se exclusivamente à prática de tortura, não ensejando analogia e extensão aos demais delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

- III - A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei nº 9.714/98, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei nº 8.072/90 e ressalvando-se a incidência da Súm. nº 171-STJ.

- IV - Recurso desprovido" (Superior Tribunal de Justiça, R*HC* 9.051-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 08.11.99, p. 81/82, grifo nosso).

No mesmo sentido: R*HC* 9.271-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 19.09.99, p. 79; *HC* 9.694-SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 18.10.99, p. 244; *HC* 10.195-MS, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 18.10.99, p. 247; *HC* 10.390-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 27.09.99, p.106; R*HC* 8.406-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 27.09.99; *HC* 9.875-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 04.10.99, p. 70; R*HC* 10.440-SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 25.10.99, p.109; R*HC* 9.062-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 25.10.99, p. 103; *HC* 9.953-RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 29.11.99, p. 179; *HC* 10.796-MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 22.11.99, p. 173; R*HC* 9.157-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 06.12.99, p. 103; R*HC* 9.059-RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 06.12.99, p. 103; *HC* 10.169-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 17.12.99, p. 390; *HC* 10.169-RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 17.12.99, p. 387; R*HC* 9.385-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 28.02.2000, p. 96; R*HC* 8.584-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 28.02.2000, p. 124; *HC* 10.108-RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 28.02.2000, p. 97; *HC* 10.812-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 21.02.2000, p. 146; REsp 289.117-MG - 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 2.4.2001, etc.

A questão já aportou no colendo Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra na interpretação das leis, e a decisão não foi outra.

"Habeas corpus - *Tráfico ilícito de entorpecentes - (Lei nº 6.368/76 - Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei nº 9.714/98) - Inaplicabilidade.*

- 1. O preceito insito no art. 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei nº 6.368/76, visto tratar-se de lei especial.

- 2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na Lei de Tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei nº 8.072/90, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.

- 3. Habeas corpus *indeferido*" (Supremo Tribunal Federal, *HC* 79.567-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, *DJU* de 03.03.2000, p. 62).

Isso posto, indefiro o pedido de revisão criminal formulado pelo sentenciado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Devanyr Marques de Souza, por seu ilustre representante processual, cf. instrumento de procuração encartado à fl. 33 - doc. 1, requer o presente pedido de revisão criminal aos fundamentos da petição inicial de fls. 02/14 e com base na documentação que a acompanha, devidamente comentada e de forma a conduzir à procedência do pedido.

Por dever de ofício e porque todo o processo guarda em si a sua individualidade, li-o, com muita atenção, comparando e conferindo as alegações com os documentos colacionados e referidos.

Merece louvor o trabalho do combativo advogado do peticionário, sobretudo ao organizar todas as peças processuais em folha separada, a partir da sentença, fl. 15, passando pelo acórdão dos embargos infringentes referentes à substituição de pena, certidão de trânsito em julgado, fl. 31, e pelo rol de documentos, dezessete ao todo, catalogados à fl. 32.

Maior destaque e por isso igual atenção foram dispensados aos documentos referentes a depoimentos apresentados, lado a lado, a peça administrativa (do inquérito) acompanhada da peça judicial (em juízo).

Considera-se dispensável a pura e simples repetição de fragmentos de depoimentos, ainda que como resposta a colocações de petição inicial já adjetivada.

O certo é que ela não conseguiu demonstrar o seu item de fl. 04, isto é, "*sentença condenatória contrária à evidência dos autos - depoimentos falsos*".

O peticionário não trouxe aos autos o acórdão referente ao julgamento da apelação pela Primeira Câmara, colacionou, apenas, o acórdão do julgamento do recurso de embargos infringentes referente à pena alternativa, já se anotou.

Não é por isso que se indefere o pleito absolutório via ação revisional criminal.

O exame acurado e antes apontado conduz a que a pretensão não tem

como ser atendida porque o peticionário não conseguiu demonstrar eventual desacerto judicial, quer na sentença rescindenda, quer no acórdão que a confirmou.

O parecer ministerial do segundo grau anotou, e a anotação confere, por isso é que deve ser transcrita, em parte, a sua fundamentação, assim:

"*Ínclitos julgadores, não há como sustentar a absolvição do peticionário, porquanto estão corroboradas nos autos a autoria e materialidade delitivas.*

Se ao depoimento das testemunhas acima referidas na fase judicial não foi dada credibilidade como aduz a d. defesa, é porque o MM. Magistrado a quo *não sentiu segurança nos testemunhos, verificando o interesse de ludibriar a justiça.*

Em contrapartida, a mera dúvida acerca da veracidade dos depoimentos não tem o condão de gerar a desconstituição da sentença condenatória.

Por outro vértice, além de incabível a absolvição do peticionário a substituição da pena privativa imposta ao mesmo também não pode se operar.

Visceral é compreender que a pena aplicada em reprimenda ao delito de tráfico de entorpecentes deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, nos termos da Lei 6.368/76.

Há de ressaltar-se, ainda, que a revisão criminal somente é cabível nos casos especificados no art. 621 do CPP.

Sentença contrária ao texto expresso da lei é aquela que contrasta com o preceito legal. Portanto, não há que se falar no presente caso, em decisão contrária ao texto expresso da lei, muito menos à evidência dos autos.

Nesse sentido:

'*REsp - Processual Penal - Revisão criminal. - O Código de Processo Penal (art. 621, I) autoriza a revisão criminal quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos. Essa norma tem a seguinte extensão: o julgado condena o réu, ao arrepio das provas, contra a inocência caracterizada no conjunto probatório*' (REsp n. 86.581-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 29.04.96, *DJU* de 13.10.97, p. 51.652).

Em contrapartida, se é impossível a progressão do regime de pena para o crime de tráfico, elencado na lista dos crimes hediondos, muito mais encontra-se vedada a substituição da pena aplicada para o delito de tráfico.

A novel lei que definiu os crimes denominados de 'Tortura', embora prevendo a possibilidade de progressão aos autores destes, não se aplica aos demais crimes de natureza.

A Lei 9.455/97 apenas autorizou o benefício da progressão aos autores dos delitos nela elencados, concedendo-lhes tratamento mais benevolente que a Lei dos Crimes Hediondos. Não se pode buscar a revogação da Lei dos Crimes Hediondos por via oblíqua e nem se utilizar de analogia onde não há lacuna a ser suprida.

Nesse sentido:

'*Recurso especial. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. - Nos crimes hediondos o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão. O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 é compatível com a atual Carta Política. Precedentes. Ordem denegada*' (HC *10.717/RS* - DJU *de 22.11.1999, p. 173).*

'*Recurso especial. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. - Nos crimes hediondos o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão. O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 é compatível com atual da Carta Política. Precedentes*' (*REsp 168.317/RS,* DJU *de 13.09.1999, p. 89 - Rel. Min. Jorge Scartezzini).*

Também não é direito do réu progredir no regime prisional.

O regime integralmente fechado é imposição legal aos autores de crimes hediondos.

Esta é a orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, afastou os questionamentos quanto à inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Assim, cometido delito hediondo, fica vedada a progressão do regime, bem como o benefício da substituição da pena por uma mais branda".

Com estes breves fundamentos e, em revisão, indefiro o pedido.

A Srª. Desª. Jane Silva - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA A DESª. JANE SILVA, APÓS VOTAREM A RELATORA E O REVISOR, AMBOS INDEFERINDO O PEDIDO REVISIONAL. AUSENTE JUSTIFICADAMENTE O DES. SÉRGIO RESENDE.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10.03.2003, a pedido da Desª. Jane Silva, após votarem a Relatora e o Revisor, ambos indeferindo o pedido revisional. Ausente, justificadamente, o Des. Sérgio Resende.

Com a palavra a Srª. Desª. Jane Silva.

A Srª. Desª. Jane Silva - Sr. Presidente. Pedi vista para melhor reexaminar os autos e, depois de fazê-lo, vi que só restava, mesmo, expressar meu entendimento quanto ao regime.

Examinei com cuidado os autos da condenação, o pedido revisional e o voto da eminente Relatora para a revisão

criminal, comparando-o com a sentença atacada, e devo dizer que comungo do entendimento expressado, mas vejo que à revisão deva ser dado parcial deferimento, ainda que por questão não ventilada no pedido.

Primeiramente, devo dizer, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, que nada impede o Tribunal, ao examinar um pedido revisional por motivo diverso do pleiteado, que reconheça causa legítima de revisão que não foi deduzida.

Conforme acentua Manzini, referido por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

"*Petulante formalismo seria pretender que a Corte de Cassação fingisse não se aperceber de uma causa legítima de revisão, somente porque não foi deduzida*". (Manzini, Trattato cit. 1932, v. 04, p. 701/702, ref. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 13ª ed., 1992, p. 478.)

E, enfaticamente, aduz:

"*pode e deve, mesmo de ofício, considerá-la*".

Também MAGALHÃES NORONHA assim se posiciona:

"*No decidir o pedido revisional, não está a instância superior adstrita ao invocado pelo réu. Não se compreenderia cruzasse os braços o Tribunal, deixando que aquele cumprisse a injusta sentença, só porque a razão em que fundamentou seu pedido, insubsistente, quando razões outras há, por ele não percebidas, que clamam contra a permanência daquela decisão. Pensar o contrário seria sobrepor estreito formalismo ao interesse social existente no* status libertatis *do indivíduo*" (NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 15ª ed., p. 389).

Nesses termos e, não obstante concordar com a maioria das suas conclusões, mais uma vez quero pedir vênia para discordar do aludido voto, no que se refere ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao peticionário.

A individualização da pena, que compreende também a individualização do regime, se faz em três oportunidades: pelo legislador, ao definir a conduta criminosa e estabelecer a cominação; pelo juiz, ao aplicar a pena e na fase de sua execução, pois esta obedece ao sistema prisional progressivo constante de nosso ordenamento jurídico, que deve ser dotado de dinamismo e flexibilidade, consoante acentua ALBERTO DA SILVA FRANCO (*Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, fl. 549), não podendo prescindir da necessidade de uma individualização judicial das diversas modalidades de regime, desde que ouvida a Comissão de Classificação e presentes os requisitos subjetivos, ou seja, demonstrando o réu que se empenhou para conquistá-la.

Assim, quando não se permite na

fase de execução da pena privativa de liberdade a devida progressão, estamos impedindo a aplicação do princípio constitucional de individualização da pena na sua terceira fase, não se podendo admitir a prevalência da Lei 8.072/90, lei ordinária, que não tem supremacia sobre os princípios constitucionais, e não pode sequer arranhá-los.

Entendemos, na hipótese dos autos, que não é só o princípio da individualização da pena, com raízes constitucionais que foi violado, mas também o princípio constitucional da humanidade da pena, contido no artigo 5º, III, XLVII e XLIX, da Carta Magna, vez que negar a progressão a um apenado que reúne os requisitos subjetivos para sua obtenção é sujeitá-lo a um regime desumano, não lhe permitindo um tratamento adequado, impedindo-o de conquistá-la com seu próprio esforço, mediante inequívoca demonstração de que adquiriu novos valores. É negar-lhe a esperança de conquistar mais rapidamente a liberdade, quando se mostra ressocializado, pronto para o retorno ao convívio social do qual foi alijado por sua conduta passada.

Não posso entender que o cumprimento da pena seja apenas uma punição à qual o apenado tem de se sujeitar, por ter praticado um mal, retirando-lhe qualquer caráter ressocializador, conforme acentua ALBERTO SILVA FRANCO:

"*Um texto legal que proscreva toda e qualquer progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade, deixando o recluso subordinado unicamente ao regime fechado, num estabelecimento prisional de segurança máxima, tem, portanto, um significado claro e preciso: transforma a finalidade da pena numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na evitação de um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal*".

Reiteradas vezes venho externando o entendimento de que não foi dado ao legislador ordinário impedir a invidualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros.

Pode, sem qualquer dúvida, o legislador ordinário criar critérios diversos para individualização do regime, levando em consideração circunstâncias diversas, mas o que jamais poderá fazer é suprimi-la.

Poderia o legislador ordinário determinar para a progressão, no caso dos autores dos chamados crimes hediondos, o cumprimento inicial de um terço da pena, por exemplo, o que seria altamente salutar e atenderia a uma situação de maior gravidade.

É mister não esquecer que o apenado continua a manter a dignidade humana com a qual nasceu e que não

perde com a condenação e em virtude de tal condição deve eticamente lhe ser permitido no cumprimento da pena ir conquistando paulatinamente a liberdade.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei 8.072/90, à qual não se deve dar interpretação extensiva, pois se trata de questão penal material, aplicável apenas em relação aos crimes de tortura, mas sim de ser respeitada a Constituição Federal, de se fazer valer os seus princípios.

Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas sim aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la, ou seja, só devem obtê-la aqueles que se esforçarem para conquistá-la, mediante a obediência das regras inerentes à execução da pena imposta, assim como aquisição de novos valores que o façam voltar para o meio social e dar a contribuição que cada homem deve dar para a manutenção da ordem e da paz social.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao pedido revisional, apenas para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado, acompanhando, no restante, o cuidadoso voto da eminente Desembargadora Márcia Milanez.

Os Srs. Desembargadores Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues e José Antonino Baía Borges - Com a Relatora.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. JANE SILVA. AUSENTE O DES. SÉRGIO RESENDE.

-:::-

SENTENÇA - NULIDADE - ALEGAÇÕES FINAIS - EXAME DE PRELIMINARES ARGÜIDAS PELA DEFESA - AUSÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA - SUPRIMENTO DA FALTA PELO TRIBUNAL *AD QUEM* - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU - CASSAÇÃO

- A sentença é nula, se silencia sobre matéria preliminar argüida pela defesa em sede de alegações finais. A ausência de exame de qualquer tese defensiva configura cerceamento de defesa. É vedado ao Tribunal *ad quem* suprir tal falta, sob pena de supressão de instância. Em tais casos, a decisão primeva deve ser cassada, para que o juiz *a quo* possa pronunciar-se novamente, apreciando todas as questões propostas.

APELAÇÃO CRIMINAL 311.509-4/00 - Comarca de Abre-Campo - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Preliminar de nulidade da sentença por ausência de exame das preliminares suscitadas pela defesa nas alegações finais - Preliminar acolhida. - "*É nula a sentença que silencia sobre matéria preliminar argüida pela defesa em sede de alegações finais, sendo defeso ao Tribunal* ad quem *suprir a falta, sob pena de supressão de instância*". Decisão cassada para que outra seja prolatada, decidindo todas as questões postas à apreciação do magistrado *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 1° de abril de 2003. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Marcos Túlio Gomes, vulgo "Marcão," inconformado com a r. sentença de fls. 275/281, que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, e em 05 (cinco) meses de prisão simples, como incurso no art. 18 da Lei das Contravenções Penais, interpôs apelação, argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, que não se pronunciou sobre as preliminares levantadas pela defesa nas alegações finais.

Alega, ainda, nulidade da sentença por não ter o Magistrado fundamentado as razões que o levaram a fixar a pena acima do mínimo legal; nulidade do processo por inobservância do rito previsto na Lei n° 10.409/02 e por deficiência da denúncia, que não individualizou a conduta de cada agente.

No mérito, pleiteia sua absolvição da contravenção penal e a desclassificação da imputação do art. 12 para o art. 16 da Lei de Tóxicos (fls. 288/291).

Quanto aos fatos, consta dos autos que, no dia 08 de maio de 2002, por volta de 08h20min, na Rua Antônio Cardoso, s/n, Bairro Gomes Cardoso, em Sericita/MG, o acusado Marcos Túlio Gomes tinha em depósito, para fins de entrega a consumo, aproximadamente 2,05g (dois gramas e cinco centigramas) de maconha, dividida em três buchinhas, substância entorpecente, conforme laudo de fl. 39, sem autorização legal ou regulamentar.

Consta, ainda, que o mesmo havia adquirido a substância apreendida, no dia anterior, do também denunciado Gênesis Soares dos Reis, que restou absolvido. E, ainda, que, durante a diligência de busca e apreensão, foi encontrada, também, na residência do acusado Marcos Túlio, uma arma

conhecida como "soco inglês", a qual era mantida em depósito sem permissão.

Em contra-razões recursais, o douto representante do Ministério Público pugna pelo acatamento da preliminar referente à nulidade da sentença pelo não-enfrentamento das preliminares anteriormente argüidas. Pela rejeição das demais preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do apelo (fls. 293/302).

Subiram os autos e, nesta instância revisora, a douta Procuradoria de Justiça também é pelo acolhimento da primeira preliminar, manifestando-se pela decretação da nulidade da sentença. Quanto às demais preliminares, pelas suas rejeições e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório sucinto.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Passo ao exame das preliminares.

Nulidade da sentença por ausência de exame das preliminares suscitadas pela defesa nas alegações finais.

Inteira razão assiste ao recorrente.

Conquanto o ilustre Sentenciante tenha feito um extenso e bem-elaborado trabalho, não posso deixar de reconhecer que o mesmo se olvidou de analisar as teses preliminares apresentadas pela defesa em suas alegações finais.

Conforme se verifica, a r. decisão nem sequer mencionou no seu relatório a existência das referidas preliminares expressamente argüidas pela defesa e, como se sabe, a ausência de exame de qualquer tese defensiva configura cerceamento de defesa, além do art. 381, em seu inciso II, dispor que a sentença deve conter o resumo das alegações da acusação e da defesa.

Tem-se até admitido que, se ocorrerem omissões no relatório, mas houver exame na fundamentação e decisão que as abranja, sanada fica a nulidade, mas tal não ocorreu, na presente hipótese, acarretando a nulidade do *decisum*.

Pacífico o entendimento jurisprudencial nesse sentido:

"*Se o magistrado, ao sentenciar, desconsidera qualquer fundamento utilizado por uma das partes, ignorando tese sustentada por um dos litigantes, está descumprindo a exigência legal e constitucional da fundamentação do julgado, prevista nos artigos 381 do Código de Processo Penal e 03, IX, da Constituição Federal, tornando a sentença nula, pois carece de requisito estrutural*" (TJSP - 2ª Câmara - AP - julg. em 14.12.98 - Rel. Canguçu de Almeida - *RT*, 761/604).

"*Nula é a sentença que deixa de apreciar toda a acusação ou matéria relevante apresentada pela defesa. Assim, é de se reconhecer a eiva se o decisório silencia quanto às preliminares de nulidade argüidas pelo acusado*" (TACRIM-SP - *HC* - Rel. Edmond Acar - *JUTACRIM*, 25/111).

"*Írrita é a peça decisória se nela foram desatendidos os mandamentos dos artigos 381 e 387 do Código de Processo Penal, sendo nula a sentença se inteiramente omisso seu relatório, quanto às alegações da acusação e da defesa*" (TACRIM-SP - AP - Rel. Manoel Pedro Pimentel - *JUTACRIM*, 26/403).

E não há possibilidade de este Tribunal, *ad quem* suprir a falha apontada, sob pena de supressão de instância.

Nesse aspecto, também pacífico o entendimento jurisprudencial:

"*Restando inapreciada preliminar oportunamente argüida, nula é a decisão, não apenas porque o juiz é obrigado a expor na sentença, ainda que sucintamente, toda matéria alegada pelas partes, como, também, porque da omissão decorre a impossibilidade de ser atendido o princípio do duplo grau de jurisdição*" (TACRIM-SP - *HC* - Rel. Geraldo Ferrari - *JUTACRIM*, 26/147).

Diante do exposto, acolho a preliminar de nulidade sustentada pelo recorrente Marcos Túlio Gomes e anulo a sentença de fls. 275/281, para que outra seja prolatada, decidindo todas as questões postas à apreciação do Magistrado *a quo*.

Deixo de determinar a soltura do recorrente, tendo em vista que a instrução processual já se encontra finda.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR E ANULARAM A SENTENÇA.

-:::-

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - ÔNUS DA PROVA - INVERSÃO - CARGAS ROUBADAS - QUADRILHA OU BANDO - SUFICIÊNCIA ACUSATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PENA - MODIFICAÇÃO - INADMISSIBILIDADE

- Cuidando-se de quadrilha e receptação, não há, em tese, incompatibilidade entre os dois crimes; a receptação exige o crime anterior e um produto objeto material, precisamente o que a quadrilha, pelos elementos que se associaram, lhe fornece; o receptador completa a atuação da quadrilha.

- Em delito de receptação, a apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, induvidosamente, a inversão do ônus da prova.

- Pratica crime de receptação qualificada o agente que atua com intuito de vender a terceiro, no exercício de sua atividade comercial, seja ela regular ou irregular, coisa que sabia ser produto de crime.

- Impossível cogitar-se de absolvição ou desclassificação da receptação para a modalidade culposa quando as circunstâncias que envolveram o fato deixam evidenciada a anterior ciência pelo réu da procedência ilícita do bem.

- O delito de quadrilha ou bando não se desnatura com o fato de apenas dois quadrilheiros terem sido denunciados, desde que demonstrado que as ações da *societas delinquentium* eram compostas por mais de três quadrilheiros.

- Estando a pena fixada em parâmetros razoáveis e tendo sido observado com coerência o sistema trifásico, é impossível qualquer tentativa de modificá-la.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 312.165-4/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Apelação criminal - Receptação qualificada - Cargas roubadas - Quadrilha ou bando - Provas - Ônus invertido - Suficiência acusatória - Absolvição - Desclassificação - Impossibilidade. - "*Cuidando-se de quadrilha e receptação, não há, em tese, incompatibilidade entre os dois crimes; a receptação exige o crime anterior e um produto objeto material, precisamente o que a quadrilha, pelos elementos que se associaram lhe fornece; o receptador completa a atuação da quadrilha*" (STF - Rel. Min. Oscar Corrêa). - Em delito de receptação, a apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, induvidosamente, a inversão do ônus da prova. Pratica crime de receptação qualificada o agente que atua com intuito de vender a terceiro, no exercício de sua atividade comercial, seja ela regular ou irregular, coisa que sabia ser produto de crime. - "*Impossível cogitar-se de absolvição ou desclassificação da receptação para a modalidade culposa quando as circunstâncias que envolveram o fato (...) deixam evidenciada a anterior ciência pelo réu da procedência ilícita do bem*" (*RJTACrim*, 38/288). - "*A denúncia de apenas dois dos indivíduos da associação é de somenos importância, uma vez que a falta de identificação de um ou mais dos componentes da mesma conexão criminosa não exclui o crime*" (TJMG - AP 29.042-9 - Rel. Odilon Ferreira). - O delito de quadrilha ou bando não se desnatura com o fato de apenas dois quadrilheiros terem sido denunciados, desde que demonstrado que as ações da *societas delinquentium* eram compostas por mais de três quadrilheiros. Recursos a que se negam provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DESPREZAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 11 de março de 2003. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo primeiro apelante, o Dr. Carlos Alberto Gonçalves.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Cuidam os presentes autos de dois recursos de apelação manejados por Valdenir Bueno e Mauro Antônio Martins, contra r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal e Execuções Penais da Comarca de Uberlândia, nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público contra os apelantes, por infração do disposto nos arts. 288, parágrafo único, 180 e 298 c/c 69, todos do Código Penal.

Em sede de razões recursais exsurge o inconformismo do primeiro apelante, Valdenir Bueno, que, nos termos do art. 386, II, III, IV e V, do CPP, pretende ser absolvido das imputações contidas na denúncia e, alternativamente, seja a pena estabelecida no mínimo legal com a fixação do regime aberto.

No mesmo diapasão, a defesa do segundo apelante, Mauro Antônio Martins, formula pedido absolutório, com fundamento no art. 386, III, do CPP, e, alternativamente, pede a desclassificação para o delito previsto no art. 180, § 3º (receptação culposa), ou, se ainda não for o caso, que seja o delito desclassificado para a figura típica prevista no art. 180, *caput*, 2ª parte, do Código Penal.

As contra-razões ministeriais vieram em infirmação a ambos os recursos.

Manifestando-se em parecer da lavra da Dra. Fátima Aparecida de Souza Borges, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento das apelações.

É, em síntese, o relatório.

Os recursos de apelação devem ser conhecidos, por serem próprios e tempestivos, além de preencherem os demais requisitos objetivos e subjetivos essenciais ao conhecimento e admissibilidade. Assim, deles se conhece.

Preliminar de intempestividade recursal.

A douta Procuradora de Justiça argúi preliminar de intempestividade com referência ao recurso do primeiro apelante, Valdenir Bueno.

Analisando atentamente os documentos presentes, entendo que tal vacilo não se operou, haja vista que, na certidão do Oficial de Justiça (fl. 741-v.),

Valdenir Bueno manifestou seu desejo de recorrer.

Em casos como este, entendo que se deve abrir mão do formalismo jurídico e possibilitar o conhecimento do recurso, para que se possam alcançar padrões mais razoáveis da tão almejada justiça.

Portanto, rejeito a preliminar argüida.

1° Apelante - Valdenir Bueno.

O apelante Valdenir Bueno, irresignado com a r. sentença condenatória decretada em seu desfavor, pretende ser absolvido das imputações contidas na denúncia, com fundamento no art. 386, II, III, IV e V, do CPP.

Em detida análise dos autos, entendo que razão melhor não assiste ao apelante, não havendo se falar, portanto, em qualquer reforma da r. decisão *a quo*. Senão vejamos.

A materialidade do delito é inconteste, exsurgindo dos documentos de fls. 22/24 e do laudo de fls. 118/119.

A autoria dos crimes pelos quais o apelante fora condenado, por sua vez, restou sobejamente demonstrada pela induvidosa prova dos autos, mormente porque o produto do crime, diga-se de passagem, uma imensa quantidade de materiais e defensivos agrícolas, foi encontrado e apreendido em galpões de sua propriedade.

Tentando esquivar-se da imputação delitiva, o apelante Valdenir Bueno alegou que o material roubado pertencia a terceira pessoa, que lhe pedira para guardá-lo em seu galpão, todavia, nada foi provado nesse sentido.

Em casos como este, em que a *res* é apreendida na posse do réu, ocorre uma inversão do *onus probandi*, competindo, tão-somente a ele, produzir provas em sentido contrário.

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica ao consignar que "*a apreensão da* res furtiva *em poder do acusado enseja, induvidosamente, a inversão do ônus da prova*" (*RT*, 728/543). No mesmo sentido, *RT*, 746/629; *RJTACrim*, 34/235.

Com efeito, em sendo a coisa subtraída encontrada em poder do apelante, há presunção de sua responsabilidade, invertendo-se, dessa maneira, o ônus da prova. Se a justificativa por ele apresentada não for inequívoca, mostrando-se dúbia e inverossímil, bem como, se existirem outros elementos de prova nos autos, a presunção se transmuda em certeza, autorizando, assim, a expedição de decreto condenatório em seu desfavor.

Como se não bastasse, o apelante Mauro Antônio Martins (fl. 160), nas suas declarações prestadas em juízo, mesmo que indiretamente, imputou a autoria delitiva ao apelante Valdenir Bueno, ao afirmar o seguinte:

"*Que confirma o seu depoimento de fl. 89/91 o qual lhe foi lido nesta oportunidade; que o interrogando não tinha conhecimento de que os fertilizantes vendidos pelo Sr. Valdenir era produto de roubo; que mesmo considerando o preço abaixo do de mercado, não achou que houvesse alguma ilicitude*".

Dessa forma, não tendo o apelante conseguido desincumbir-se de tal ônus, impõe-se confirmar sua condenação pela prática de crime de receptação.

Por outro lado, a prática delitiva se deu de forma qualificada (art. 180, § 1°, CP), uma vez que restou evidenciada a utilização da coisa receptada no exercício da atividade comercial do apelante.

Observe-se que, para configurar a relação comercial prevista no § 1° do art. 180 do Código Penal, não é necessário um ato de comércio legal, regular, bastando que a atividade se equipare a qualquer forma de comércio, seja irregular ou clandestino, desde que habitual.

Ora, a prática que ensejou a condenação pela qualificadora prevista no aludido dispositivo legal está demonstrada de forma clarividente pelo próprio depoimento do apelante (fls. 86/88), oportunidade em que mencionou ser corretor de produtos e defensivos agrícolas, por cerca de 08 anos.

Certo é que os elementos dos autos confirmam que o apelante, consciente da origem ilícita, praticava com habitualidade a venda de produtos roubados, não havendo como se eximir, portanto, da figura da receptação qualificada.

Corolário do que já foi anteriormente considerado, não prospera a tentativa defensiva de desclassificar o delito de receptação qualificada para culposa, mormente porque a prova existente é suficiente para demonstrar que o apelante conhecia a origem ilícita dos bens apreendidos. Não se pode desclassificar um delito para a modalidade culposa, quando as circunstâncias dos fatos evidenciarem a origem ilícita da *res*. Nesse sentido:

"*Impossível cogitar-se de absolvição ou desclassificação da receptação para a modalidade culposa quando as circunstâncias que envolveram o fato (...) deixam evidenciada a anterior ciência pelo réu da procedência ilícita do bem*" (*RJTACrim*, 38/288).

Noutro giro, no que se refere ao delito de formação de quadrilha, razão melhor não assiste ao apelante, pois, do que fora carreado aos presentes autos, restou demonstrado de forma induvidosa que ocorreu essa prática delitiva.

Tal afirmativa é corroborada pelo depoimento testemunhal de fls. 623, de Douglas Henrique Jacinto, ao assinalar que "*foi assaltado por 04 pessoas encapuzadas na cidade de Araguari- MG, sendo que eles levaram o caminhão 1316, não se recordando mais a placa, que estava sendo dirigido pelo depoente e se encontrava carregado de produtos agrotóxicos, consistentes em 9.000 ou 10.000 quilos de defensivos agrícolas (...)*".

No mesmo diapasão, a testemunha Lúcio Ferreira, Delegado de

Polícia, em juízo, assinalou que confirmava os termos do relatório final do inquérito policial que apurava a prática de vários roubos de carga por uma quadrilha composta de diversos indivíduos (fl. 639). No relatório, a douta autoridade, após grande investigação e profundo conhecimento dos fatos, entendeu por bem indiciar os apelantes, conforme disposto no doc. de fl. 147.

Paulo Roberto Ferreira (fl. 479), testemunha compromissada, em juízo, declarou que estava trabalhando no posto policial de Araguari-MG, "*quando ali compareceu um rapaz dizendo que havia sido assaltado, tendo sido abordado por quatro elementos que trajavam coletes da Polícia Civil os quais lhe renderam mediante arma de fogo, vendaram-lhe os olhos, colocaram-no num outro veículo e o abandonaram no mato nas proximidades da BR 050, levando seu caminhão carregado com agrotóxicos*".

Certo é que a formação de quadrilha constitui modalidade delituosa que ofende a paz pública. A configuração dessa figura típica deriva da conjugação dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de pelo menos 04 pessoas; b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de crimes e c) estabilidade e permanência da associação criminosa.

Observe-se que todos os elementos caracterizadores do crime se fazem presentes no caso em tela, o que torna induvidosa a assertiva da MMª. Juíza de Direito *a quo* ao proferir sentença condenatória em desfavor do apelante.

Com efeito, não há se falar em inexistência de crime de formação de quadrilha, uma vez que veio à baila robusta prova em sentido contrário.

Frise-se, como forma de reforçar a prova da autoria delitiva de Valdenir Bueno, que a mercadoria roubada no caminhão dirigido por Douglas Henrique Jacinto (fl. 623) fora encontrada em um depósito (galpão) de sua propriedade.

Ocorria que, após a subtração das mercadorias (cargas), estas eram armazenadas em galpões e posteriormente distribuídas com a utilização de documentos falsos, não restando sombra de dúvida de que o apelante se associava, com mais de quatro pessoas, com habitualidade, para cometer crimes contra o patrimônio, especificamente os que se relacionam com roubo de cargas.

Observe-se que a denúncia de apenas dois dos indivíduos da associação é de somenos importância, uma vez que a falta de identificação de um ou mais dos componentes da mesma conexão criminosa não exclui o crime (TJMG - Apel. 29.042-9 - Rel. Odilon Ferreira).

Entendo que o delito de quadrilha ou bando não se desnatura com o fato de apenas dois quadrilheiros terem sido denunciados, desde que demonstrado - conforme se fez *in casu* - que as ações da *societas delinquentium* eram compostas por mais de três quadrilheiros.

Assim, é factível afirmar que subsiste o delito de quadrilha ou bando, ainda que não possam ser identificados todos os quadrilheiros.

Insofismável, portanto, afigura-se a prática do delito de formação de quadrilha, bem como a autoria do apelante Valdenir Bueno.

Mesmo ciente de que trabalhamos com o Direito Penal do fato, e não do autor, a título de ilustração cumpre mencionar que o apelante, apesar de não ter sofrido condenação, é possuidor de vários registros por cometimento de delitos desta espécie, bem como pela prática de roubo, inclusive com mandados de prisão expedidos em seu desfavor, pela prática de tais crimes (cf. doc. fls. 309/317, 320/323, 404 e 728).

No que tange à alegação da inexistência do crime de falsificação de documento (art. 298), razão não assiste ao apelante, pois, conforme bem mencionado na r. sentença monocrática, "*tendo sido os documentos tidos como falsificados, utilizados para comercialização dos produtos receptados, temos que deve também ser tido como crime-meio para a consumação do delito de receptação qualificada e, sendo este mais gravemente apenado, somente ele deve prevalecer*".

Com efeito, verifica-se que o apelante não fora condenado pelo crime de falsificação de documento, motivo pelo qual rejeito as pretensões defensivas a esse respeito.

Quanto à pena aplicada, verifico que o *quantum* inicial se mostra adequado à análise realizada pela culta Magistrada das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, assim como o restante da operação trifásica estabelecida pelo art. 68 do mesmo estatuto.

Assim, encontrando-se a pena fixada em parâmetros razoáveis e tendo sido observado com coerência o sistema trifásico, impossível se mostra qualquer tentativa de modificá-la, conforme pretende o apelante.

2º Apelante - Mauro Antônio Martins.

Por sua vez, o apelante Mauro Antônio Martins pretende ser absolvido das imputações a que fora condenado e, subsidiariamente, a desclassificação da receptação qualificada, art. 180, § 1º, do CP, para as figuras previstas no art. 180, § 3º, e/ou 180, *caput*, 2ª parte, todos do Código Penal.

Razão melhor não assiste ao apelante Mauro Antônio Martins, pois o conjunto probatório é plenamente apto a embasar condenação em seu desfavor, pela prática de receptação qualificada.

O próprio apelante demonstrou conhecimento da origem ilícita da *res*. Como mencionou o i. RMP *a quo*, inclusive com profusão de detalhes. Vejamos:

"*Que quanto sua participação dos assaltos ocorridos em Araguari-MG e São Paulo, tendo como mercadorias roubadas defensivos agrícolas,*

o declarante gostaria de esclarecer em primeiro lugar que sua participação era apenas de corretor" (fls. 89/91).

O apelante Valdenir Bueno, prestando declarações em juízo, foi enfático ao imputar a prática do delito de receptação ao apelante Mauro Antônio Martins. Senão vejamos:

"*Que a venda do defensivo Karate citada nos autos foi efetivada apenas pela pessoa de Mauro Antônio Martins (...); que tal produto foi vendido por Mauro para Capinópolis-MG para a empresa Canaã Produtos Agrícolas (Terra Roxa), de propriedade do Sr. Carlos Humberto da Silva; que passados sessenta dias, engenheiros agrônomos da cidade de Capinópolis, manuseando o produto, descobriram através do lote, tratar-se de produto roubado; que através da empresa Canaã chegaram à pessoa do acusado Mauro (...)*" (fl. 342).

Ademais, em suas declarações prestadas em juízo, o próprio apelante deixa escapar que tinha, sim, conhecimento da origem ilícita da *res*, conclusão que se extrai em razão de ter alegado a aquisição dos produtos com preços aquém dos praticados no mercado. Vejamos.

"*Que confirma o seu depoimento de fl. 89/91 o qual lhe foi lido nesta oportunidade; que o interrogando não tinha conhecimento de que os fertilizantes vendidos pelo Sr. Valdenir era produto de roubo; que* mesmo considerando o preço abaixo do de mercado, *não achou que houvesse alguma ilicitude*".

Frise-se que, em se tratando de crime de receptação dolosa, "*a demonstração de que o agente tinha ciência sobre a origem ilícita da coisa pode ser deduzida de conjecturas ou circunstâncias exteriores*", tais como comportamento externo, *modus operandi* do comprador e o baixo preço da mercadoria adquirida, uma vez que "*não há como aferir-se o dolo de maneira direta ou positiva*" (*RJDTACrim*, 35/286).

Ademais, como bem ponderou a douta Magistrada em primeiro grau de jurisdição (fls. 733/734), é de se estranhar a aquisição de produtos abaixo do valor de mercado, bem como o desconhecimento de notícias recentes que indicavam o roubo ao caminhão carregado com o produto vendido por Valdenir.

Como bem ponderou a culta Procuradora de Justiça, Dra. Fátima Aparecida de Souza Borges (fl. 812), o apelante, na condição de comerciante experiente, "*não poderia desconhecer as irregularidades contidas nas notas fiscais dos produtos. Ademais, o preço bem abaixo daquele ofertado no mercado e a notícia de roubos de carga equivalentes à daqueles produtos não poderiam ter passado despercebidos por um comerciante*".

Com efeito, ante a robusta confirmação de que o delito cometido foi o de receptação dolosa qualificada (art. 180, § 1°, do CP), não há como aceder ao pleito desclassificatório formulado pela defesa.

Mesmo não tendo sido objeto de recurso, verifico que a pena foi corretamente fixada em seu mínimo legal, não havendo se falar em qualquer modificação.

Conclusão.

Ante o teor dos argumentos expendidos é que finalizo o voto, fazendo-o para acolher parecer da Procuradoria de Justiça e negar provimento aos recursos aviados, mantendo incólume a r. sentença vergastada.

É como voto.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

PORTE ILEGAL DE ARMA - CARACTERIZAÇÃO DO DELITO - ART. 10, § 3°, IV, DA LEI N° 9.437/97- INCIDÊNCIA

- O crime de porte ilegal de arma de fogo previsto no art. 10 da Lei n° 9.437/97 não exige que a arma tenha potencialidade lesiva. O delito se caracteriza pelo simples porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente, sendo irrelevante o fato de a arma estar ou não desmuniciada.

- Nos crimes de porte ilegal de arma, para a incidência da qualificadora prevista no art. 10, § 3°, IV, da Lei n° 9.437/97, basta que o agente possua condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 315.996-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de porte ilegal de arma em sua forma qualificada (art. 10, § 3°, IV, da Lei n° 9.437/97) - Delito que se caracteriza pelo simples porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente - Circunstância de estar a arma desmuniciada ou não - Irrelevância - Desclassificação para a sua forma simples - Impossibilidade - Condenações anteriores por crimes contra o patrimônio - Decisão mantida - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2003. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Nesta Comarca de Belo Horizonte, após regular instrução criminal, foi Valdivino Antônio da Mata condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e 20 dias-multa, no seu valor mínimo, como incurso nas sanções do art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei nº 9.437/97, pelo fato de, em 12.10.2000, de madrugada, no "Guaribas Bar", situado na Rua Guaicurus, nº 695, nesta Capital e Comarca, estar portando arma de fogo sem autorização legal.

Inconformado com o decreto condenatório, interpõe, via Defensoria Pública, o presente recurso de apelação, buscando a sua absolvição, por atipicidade de conduta, porquanto a arma apreendida estava desmuniciada, não apresentando, portanto, potencialidade lesiva.

Alternativamente, pleiteia a desclassificação do delito para a sua forma simples. Sustenta que foi condenado anteriormente pelo crime de furto simples e que, ao tipificar o crime em questão, o legislador pretendia antever conduta delituosa, reprimindo-a ainda nos atos preparatórios, e que o crime de furto, por óbvio, não envolve o uso de arma de fogo. Assim, os antecedentes criminais do apelante não poderiam qualificar o crime de porte ilegal de arma, mas, tão-só, repercutir como simples agravante da pena.

O apelo foi contrariado, manifestando-se o Dr. Promotor de Justiça pela manutenção da sentença de primeiro grau.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

Ao contrário das argumentações trazidas pelo apelante, o crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, não exige que a arma, quando apreendida, tenha potencialidade lesiva, entendendo como suficiente o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente.

Neste sentido, vale transcrever a ementa colacionada pelo douto Procurador de Justiça em seu lúcido parecer, consubstanciando entendimento majoritário de nossa Corte Superior:

"*I - A circunstância de estar a arma desmuniciada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, pois entende-se suficiente para a sua configuração tão-somente o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente. II - Ordem denegada*" (STJ - *HC* 14.747/SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp - *DJU* de 19.03.2001, p. 00127).

De resto, ressai do auto de apreensão de fl. 15 que o revólver apreendido com o apelante apresentava 01 cartucho deflagrado e 01 cartucho percutido e não deflagrado (picotado), não se podendo dizer estar a arma desmuniciada, além de possuir o mesmo potencial ofensivo (laudo de eficiência de fl. 91).

Quanto à pretendida desclassificação do delito para a sua forma simples, para caracterizar a norma prevista no § 3º, inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.437/97, basta apenas que a posse desautorizada da arma tenha sido praticada por quem possua condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

In casu, conforme se verifica pela certidão de fls. 129/131, o apelante já sofreu nove (09) condenações por crime contra o patrimônio.

Assim, impossível a pretendida desclassificação.

A pena imposta ao apelante foi bem dosada, com a análise criteriosa das circunstâncias judiciais dos arts. 59 e 68 do Código Penal, dispensando outras considerações.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter, em sua íntegra, a bem-lançada sentença de primeiro grau.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGIME PRISIONAL - FALTAS GRAVES - JUSTIFICATIVAS NÃO QUESTIONADAS OPORTUNAMENTE - BOM COMPORTAMENTO DO CONDENADO - CARÁTER HUMANITÁRIO DA PENA - RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO - REGRESSÃO DO REGIME - INADMISSIBILIDADE

- O acatamento, pelo representante ministerial e pelo juiz, das justificativas para as faltas graves praticadas pelo condenado as torna inexistentes. Outrossim, considerando o caráter humanitário da pena e a sua finalidade primordial, que é a ressoacialização do preso, e, ainda, levando-se em conta o bom comportamento deste, é de se indeferir o pedido de regressão do regime, devendo-se manter o reeducando no trabalho e no convívio familiar.

- A regressão do regime prisional para um mais gravoso deve ser cuidadosamente analisada, e a decisão que a concede, ou rejeita, devidamente motivada, para se evitarem prejuízos não só para o apenado como para a própria sociedade. A pena de prisão só deve ser imposta em casos extremos, quando o sentenciado representar efetivamente um perigo para a sociedade, pois os males carcerários evidenciam-se a cada dia.

RECURSO DE AGRAVO Nº 317.128-7/00 - Comarca de Araxá - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Agravo - Regressão de regime - Faltas graves - Justificativas não questionadas oportunamente. - O acatamento, pelo representante ministerial e pelo juiz, das justificativas apresentadas para as faltas, as torna inexistentes. - A manutenção do reeducando no trabalho e a continuidade do seu convívio familiar devem ser também consideradas. - Negado provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2003. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público contra a decisão do Juiz que indeferiu o pedido de regressão de regime prisional de Roberto Rodrigues Gonçalves, condenado por furto e estupro. O recorrente alega que o agravado cumpre pena em regime semi-aberto, mas que, no momento, está no albergue municipal, que equivale ao regime aberto, sendo que desobedeceu às regras de cumprimento de pena do albergue municipal, já que deixou de comparecer ali, para pernoite, em vários dias, sem autorização legal para tanto, não se podendo acatar as justificativas por ele apresentadas.

Pretende o provimento do recurso, com a regressão do regime de cumprimento, já que Roberto Rodrigues Gonçalves não possui comportamento adequado e cometeu faltas graves.

Contra-razões do agravado à fl. 55, pela manutenção do *decisum*.

Despacho de sustentação à fl. 58.

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas preliminares e não foram encontradas nulidades a serem declaradas, de ofício, por este Tribunal.

No mérito.

Examinei cuidadosamente os autos e não vejo como acolher a pretensão do agravante, pois comungo o entendimento adotado pelo Juiz *a quo*, sempre levando em consideração os ditames legais, mas sem perder de vista o caráter humanitário da pena e sua função primordial: a ressocialização do preso.

Roberto tem tido bom comportamento, não cometeu nenhum delito ou sanção disciplinar em época recente, tem mantido contato freqüente com esposa e filho, nada existe que desabone

seu comportamento no trabalho externo que lhe foi autorizado.

Quanto às faltas graves, consistentes no não-comparecimento de Roberto no albergue municipal, para pernoite, em certas ocasiões, já discriminadas nos autos, entendo, tal como o ilustre Procurador de Justiça, que o representante ministerial deveria, na oportunidade própria, ter-se insurgido contra as decisões que deram por justificadas as faltas praticadas pelo agravado, o que não ocorreu, tendo o *Parquet* aquiescido às justificativas (fls. 20 e 39).

E, aceitas aquelas, as faltas são consideradas inexistentes.

Desse modo, peço vênia para transcrever a correta e sensível análise feita pelo Juiz, no despacho de sustentação, que condiz perfeitamente com meu posicionamento sobre o fim último da pena:

"*Uma análise mais detida dos autos da execução traduz o contrário, que o Reeducando desde o início do cumprimento da pena em nada a estorvou e, ademais disso, o rigor e a disciplina hão de equilibrar-se com o fim primordial da pena, a ressocialização.*

Manter o Reeducando no trabalho e no convívio da sua família a esta altura do cumprimento da pena é a medida mais acertada, data venia".

Não podemos nos esquecer de que julgar e punir alguém, sobretudo com pena privativa de liberdade, é atribuição de grande responsabilidade, mormente quando se verifica que a prisão vem representando um grave risco para a sociedade, pois a contaminação dos males carcerários evidencia-se a cada dia, a tal ponto que hoje se entende que a pena de prisão só deve ser imposta em casos extremos, quando o sentenciado representar, efetivamente, um perigo para a sociedade.

No caso, a regressão para o regime mais rigoroso também deve ser cuidadosamente analisada, e a decisão que a concede, ou rejeita, devidamente motivada, para se evitarem prejuízos não só para o apenado como para a própria sociedade.

E o Juiz *a quo* obedeceu exemplarmente a tal princípio, não sendo o caso de não-aplicação imotivada dos ditames legais, mas sim do devido uso do poder discricionário do magistrado.

A decisão não merece modificações.

Quanto à designação de nova audiência, que já deve ter sido realizada, sua finalidade não era somente para analisar a questão da regressão de regime, mas também para examinar pedido de livramento condicional.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

HABEAS CORPUS - EXTENSÃO DE EFEITOS DE OUTRO *HC* - CABIMENTO

- Impõe-se a extensão dos efeitos do *habeas corpus* que, em outra decisão de caráter estritamente objetivo, determinou o trancamento de ação penal com relação a co-réu ao qual se imputou idêntica prática delituosa e que se encontrava na mesma situação processual do paciente do segundo *habeas corpus* impetrado.

HABEAS CORPUS Nº 320.575-4/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Extensão de efeitos de outro *HC* - Cabimento. - Impõe-se a extensão dos efeitos do *habeas corpus* que, em decisão de caráter estritamente objetivo, determinou o trancamento de ação penal com relação a co-réu ao qual se imputou idêntica prática delituosa e que se encontrava na mesma situação processual do paciente do segundo *HC* impetrado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2003. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Ricardo Silveira Ferreira de Melo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Ricardo Silveira Ferreira de Melo e José Guimarães Ferreira de Melo, advogados, com escritório nesta Capital, solicitam uma ordem de *habeas corpus* a favor de Leonardo Fares Menhem, qualificado nos autos, pedindo, em suma, a extensão dos efeitos do *HC* nº 240.631-2 ao paciente, ao fundamento de que sua situação é idêntica à do paciente daquela impetração, na qual a ordem foi concedida, para o fim de trancar a ação penal intentada.

O MM. Juiz prestou informações (fls. 99/100).

A douta Procuradoria opinou pela denegação da ordem (fls. 491/493).

Determinei a juntada do memorial apresentado pelo paciente.

É o sucinto relatório.

Decido.

Ao exame dos autos, verifica-se que o paciente foi denunciado, em 10 processos, juntamente com mais quatro acusados, pela suposta prática do delito do art. 54, § 2º, V, c/c art. 2º, ambos da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 29 do Código Penal.

Nas denúncias, foi imputada ao paciente - que, ao tempo dos fatos era membro da Câmara de Atividades Industriais do Conselho de Política Ambiental (Copam) da Fundação Estadual do Meio Ambiente (Feam) - a mesma prática delituosa imputada ao paciente do *HC* nº 240.631-2, Shelley de Souza Carneiro - que era o Presidente da citada Câmara.

No aludido *HC* nº 240.631-2, este Tribunal de Justiça, por sua Terceira Câmara Criminal, concedeu a ordem ali pleiteada em favor de Shelley de Souza Carneiro, ao fundamento básico de que a peça acusatória pecou pelo laconismo e imprecisão, ao não expor, com todas as suas circunstâncias, o fato criminoso imputado ao paciente, que "*não é dono de malharia, não poluiu rio algum e não pode ser processado nem apenado somente pelo fato de presidir a Câmara de Atividades Industriais do Copam, quando da prática, por outrem, da suposta poluição ambiental*" (cópia do acórdão às fls. 107/111).

Além disso, argumentou-se, àquela oportunidade, que não se podem acolher "*divagações sobre hipotéticas omissões do agente fiscalizador*".

Ora, se tais argumentos se prestaram ao trancamento da ação penal com relação ao co-réu Shelley de Souza Carneiro - paciente no *HC* nº 240.631-2 -, há que se considerá-los válidos também no que toca ao co-réu Leonardo Fares Menhem - paciente na presente impetração.

Afinal, a imputação é idêntica com relação aos dois pacientes, que se encontram em idêntica situação, mesmo porque integrantes da Câmara de Atividades Industriais do Conselho de Política Ambiental (Copam) da Fundação Estadual do Meio Ambiente (Feam), um como membro, como já visto, e o outro como seu Presidente.

No mais, não há qualquer condição pessoal específica que torne distinta a situação de um paciente da do outro, além do que a decisão proferida naquele primeiro *HC* tem fundamento de caráter estritamente objetivo.

Assim, tenho que a razão assiste aos impetrantes quando pedem a extensão, ao paciente, dos efeitos do *HC* nº 240.631-2, procedimento esse, cumpre salientar, perfeitamente cabível, conforme, aliás, já decidido pelo STF, ao que se pode ver:

"*Cabível a extensão dos efeitos do acórdão proferido em* habeas corpus impetrado *pela co-ré, que tem fundamento de caráter estritamente objetivo.* Habeas corpus *deferido*" (*JSTF*, 210/389).

Diante do exposto, concedo a ordem para estender os efeitos do *HC* nº 240.631-2 ao paciente, determinando, assim, o trancamento, com relação a ele, das ações penais relacionadas na inicial da impetração, processos com os seguintes números na comarca de origem: 145.00.026.038-3; 145.00.026.028-4; 145.00.026.034-2; 145.00.026.024-3; 145.00.026.022-7; 145.00.026.030-0;

145.00.026.026-8; 145.00.026.020-1; 145.00.026.040-9 e 145.00.026.032-6.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Estou acompanhando o em. Des. Relator, concedendo a ordem, após ter ouvido a sustentação do em. advogado. Creio até que, contra o acórdão já proferido em outro *habeas corpus*, deveriam ter sido opostos embargos declaratórios, porque o acórdão poderia ter feito a extensão. É a situação específica deste caso.

Não há dúvida alguma de que se deve trancar a ação penal em relação ao paciente.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM. COMUNICAR.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA TRÂNSITA EM JULGADO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - OCORRÊNCIA - EQUIVOCADO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - PEDIDO - DEFERIMENTO - PREJUÍZOS AO PETICIONÁRIO - INDENIZAÇÃO - POSSIBILIDADE

- Se, à época do trânsito em julgado da sentença condenatória, já havia decorrido a prescrição da pretensão punitiva, mas o juiz da execução, equivocamente, reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão executória, é de se deferir o pedido revisional, para decretar a extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficando cancelados todos os efeitos da condenação que sofreu o peticionário. Ressalte-se que o mesmo poderá requerer justa indenização no juízo cível pelos danos ocasionados em razão da equivocada decisão.

REVISÃO CRIMINAL Nº 320.696-8/00 - Comarca de Luz - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Revisão criminal - Prescrição da pretensão punitiva - Ocorrência - Possibilidade de decretação - Equivocado reconhecimento da prescrição da pretensão executória - Pedido deferido - Possível indenização pela ocorrência de prejuízo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DEFERIR O PEDIDO REVISIONAL.

Belo Horizonte, 09 de junho de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Luiz Otávio Gontijo Carvalho, qualificado nos autos, foi condenado como incurso no art. 213 do Código Penal a cumprir a pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, por haver, em 15 de dezembro de 1991, mediante violência, constrangido S.F.S. à conjunção carnal.

Apelou, e a egrégia Primeira Câmara Criminal deste Tribunal, sendo Relator o eminente Des. Gudesteu Biber, negou provimento ao recurso, vencido parcialmente o Vogal, Des. Sérgio Resende, que, entendendo tratar-se de estupro tentado, e não consumado, dava provimento à apelação para reduzir a pena pela metade (fls. 218/231 - autos principais).

Após a interposição de vários recursos, inclusive para os Tribunais Superiores, todos desprovidos, retornaram os autos à comarca de origem para o início da execução da pena. O representante do Ministério Público, com vista, verificando que já havia decorrido o prazo prescricional, requereu ao Juízo a decretação da extinção da punibilidade do réu, obtendo o deferimento (fl. 348).

Pretende agora o peticionário, pela via revisional, fazendo-o através de advogado, desconstituir a decisão que julgou extinta a sua punibilidade, sustentando que, quando do trânsito em julgado da sentença condenatória, já havia ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, mas, equivocadamente, o Juiz da execução reconheceu a ocorrência da prescrição executória, decisão esta que lhe acarretou prejuízos, pois pagou indevidamente as custas processuais, teve o nome lançado no rol dos culpados e continua figurando nos cadastros criminais. Requer, ainda, indenização pelo erro judiciário, nos termos do art.630 do Código de Processo Penal.

Requisitados e apensados os autos originais, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo deferimento do pedido.

É o relatório, na parte essencial e que interessa.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do pedido revisional.

O peticionário está coberto de razão.

A ele foi imposta a pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado. Neste caso, ocorre a prescrição em 08 (oito) anos, segundo dispõe o art. 109, IV, do Código Penal. Todavia, como, à época dos fatos, contava 19 anos de idade, a contagem do prazo é reduzida pela metade, ou seja, 04 anos, lapso ocorrido entre a data da publicação da sentença, em 23.03.1993, e o seu trânsito em julgado, em 14.10.1997.

Realmente, neste caso, a prescrição é da pretensão punitiva, e não

executória, pois, quando decorreu o prazo de 04 anos, em março de 1997, ainda não havia transitado em julgado a decisão para a defesa.

Segundo DAMÁSIO, *in Direito Penal*, Saraiva, 1997, v. I, p. 711, "*A prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício*", verificando-se a primeira antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória e, a segunda, depois do trânsito.

A diferença conceitual das duas espécies de prescrição acarreta efeitos também diferentes. Enquanto o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em que o direito de punir do Estado prescreve, tem como conseqüência a verdadeira inexistência de todo o acontecimento, como se jamais tivesse ocorrido, considerando-se o réu inocente, a prescrição executória afasta apenas a prisão, mas não absolve ou extingue o crime, que prevalece, inclusive, para efeitos de reincidência.

Nesse sentido:

"*A prescrição da pena é menos que a prescrição da ação. Fato de aquela ter sido decretada não impede que esta também o seja, mormente quando aquela ainda vem tendo efeitos negativos em relação ao condenado, ao ponto de levá-lo a pedir a reabilitação*" (*RT*, 504/369).

No caso em exame, realmente não se trata da prescrição da pretensão executória, para a qual se exige o trânsito em julgado da decisão para as partes, pois ainda não havia ocorrido para a defesa, em razão do recurso de apelação interposta, bem como do especial. A prescrição a ser reconhecida é a intercorrente, que é a que ocorre após a sentença condenatória não transitada em julgado para a defesa e antes do início da execução da pena.

Sendo assim, acolhendo parecer da douta Procuradoria de Justiça, defiro o pedido revisional, para decretar extinta a punibilidade de Luiz Otávio Gontijo Carvalho, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficando, por via de conseqüência, cancelados todos os efeitos da condenação que sofreu, ressaltando que, se com a equivocada decisão de primeiro grau sofreu o mesmo algum prejuízo, poderá sim requerer justa indenização no juízo cível.

Os Srs. Desembargadores Sérgio Resende, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baia Borges, Márcia Milanez, Jane Silva, Edelberto Santiago e Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL.

EXECUÇÃO PENAL - CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - SENTENÇA - DÚVIDA QUANTO AO REGIME PRISIONAL IMPOSTO - INTERPRETAÇÃO A FAVOR DO CONDENADO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 47 DO TJMG

- Se a sentença deixa dúvidas quanto ao regime prisional imposto ao condenado, ora mencionando um dispositivo que acolhe o sistema progressivo, ora se referindo a outro, que determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, deve-se aplicar a Súmula 47 deste Tribunal para interpretar-se a condenação a favor do apenado.

RECURSO DE AGRAVO Nº 320.859-2/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Execução penal - Agravo - Condenação por homicídio duplamente qualificado - Pedido de progressão de regime - Sentença que deixa dúvidas quanto ao regime prisional imposto ao condenado - Recurso parcialmente provido, tão-somente para afastar óbice do parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER PARCIALMENTE O RECURSO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de recurso de agravo, fulcrado no art. 197 da Lei de Execuções Penais, interposto Por Wemerson Aparecido da Silva, contra decisão da MMª. Juíza de Direito da Comarca de Contagem, que indeferiu seu pedido de progressão de regime, sob o fundamento de que, condenado por crime equiparado a hediondo, deverá cumprir a pena em regime integralmente fechado.

O recorrente, que fora condenado a cumprir a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão pelo crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CP, sustenta que, pairando dúvida a respeito do regime prisional fixado na sentença condenatória, se integralmente ou inicialmente fechado, deve ser ela interpretada em seu favor. Outrossim, alega que já cumpriu um sexto da pena e possui bom comportamento carcerário, fazendo jus à progressão para o regime semi-aberto. Lado outro, argumenta pela inconstitucionalidade da Lei 8.072/90 e pugna pela aplicação extensiva da Lei 9.455/97 ao crime em tela, para fins de concessão do pleiteado benefício.

Contra-arrazoando o recurso, a representante ministerial se bate pelo não-provimento. No mesmo sentido é

o entendimento da douta Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista, sendo de se registrar que foi mantida, no juízo de retratação, a r. decisão agravada.

É o relatório, em síntese.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, merece parcial reforma a r. decisão recorrida.

Encontra-se já consolidado o entendimento de que a Lei 8.072/90 não contraria a Carta Magna, vedando, por conseguinte, a progressão de regime aos condenados por crime equiparado a hediondo, a despeito de expressa menção à expressão "integralmente fechado" na sentença condenatória. O Supremo Tribunal Federal, outrossim, tem sua jurisprudência firmada no sentido de que o regime mais benigno - só inicialmente fechado - no regime de cumprimento de pena, em caso de tortura, previsto pela Lei nº 9.455/97, não se aplica aos demais crimes referidos no mesmo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Todavia, a sentença condenatória deixa dúvidas quanto ao regime prisional imposto ao recorrente, ao dispor que a pena "*deverá ser cumprida pelo sentenciado em regime fechado consoante dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea* a, *do Código Penal e art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90*".

Ora, como se vê, a referência aos artigos mencionados aponta para uma contradição na fixação do regime prisional, vez que o art. 33, § 2º, *a*, do CP, acolhendo o sistema progressivo, dispõe que o condenado iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, ao passo que a Lei 8.072/90 determina o seu cumprimento integral no regime fechado, vedando-lhe a progressão.

Destarte, havendo dúvida manifesta, entendo pela aplicação, *in casu*, da Súmula 47 deste egrégio Tribunal:

"*Na sentença condenatória transitada em julgado, havendo dúvidas a respeito do regime prisional imposto, deve ser ela interpretada sempre a favor do condenado*".

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, tão-somente para afastar o óbice inscrito no parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, deixando a cargo do juízo competente a análise dos demais requisitos exigidos para concessão do pleiteado benefício.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, PROVERAM PARCIALMENTE O RECURSO.

-:::-

DESAFORAMENTO - PRESSUPOSTOS LEGAIS AUTORIZADORES - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE DA MEDIDA

- O desaforamento é medida de caráter absolutamente excepcional e só pode ser concedido mediante comprovação dos fatos objetivos previstos no art. 424 do CPP. Inexistindo prova de ameaça à ordem pública, de dúvida sobre a imparcialidade dos jurados e de que a segurança do réu se encontra ameaçada, não se pode autorizar a *mutatio fori*.

- A manifestação dos parentes da vítima e a repercussão do fato na mídia não autorizam a medida do desaforamento. A opinião da imprensa não reflete, necessariamente, o estado de ânimo da população e, por extensão, dos membros do Conselho de Sentença.

- Se o impacto causado no seio da comunidade, em razão da natureza trágica do evento tido como criminoso, afigura-se normal e se a emoção e a tristeza ocasionadas pelo fato não se traduziram em hostilidade para com o réu, que não sofreu qualquer agressão, e contra ele não houve nenhuma manifestação popular de repúdio, não se pode pressupor a existência de parcialidade dos jurados, mostrando-se desnecessário o desaforamento.

- O tribunal não está vinculado, exclusivamente, às informações do juiz, para a concessão do desaforamento. A manifestação do magistrado, apesar de sua enorme valia, deve ser analisada em conjunto com os demais elementos probatórios. Ausente a comprovação dos pressupostos que autorizam a medida, o pedido deve ser indeferido.

DESAFORAMENTO Nº 323.248-5/00 - Comarca de Bicas - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Desaforamento - Pressupostos legais autorizadores da medida que não se mostram claramente definidos - Inexistência de prova de ameaça à ordem pública; de dúvida sobre a imparcialidade dos jurados e de que a segurança do réu se encontra ameaçada - Repercussão do fato na mídia e manifestação dos parentes da vítima não autorizam a medida - Informações do Juiz aconselhando o desaforamento não vinculam o Tribunal - Co-réu, autor direto do evento, que não se opõe ao julgamento no distrito da culpa. - A opinião da imprensa não reflete, necessariamente, o estado de ânimo da coletividade e, por extensão, dos membros integrantes do Conselho de Sentença. O impacto causado no seio da comunidade, em razão da natureza trágica do evento tido como criminoso, se afigura normal. Se a emoção e a tristeza ocasionadas pelo fato não se traduziram em hostilidade para com os réus, que, após os fatos, não sofreram agressão, e

contra os quais não houve nenhuma manifestação popular de repúdio, não se pode pressupor a existência de parcialidade por parte dos jurados. O fato de os familiares das vítimas procurarem envolver outras pessoas com o seu sofrimento, com a remessa de correspondências e cópias de jornais, não é suficiente para comprometer a imparcialidade dos jurados, não se tratando de pressão, ou de intimidação, mas de mera tentativa de fazer com que o fato não caia no esquecimento. A manifestação do magistrado, apesar de sua enorme valia, deve ser analisada em conjunto com os demais elementos probatórios. - Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 1° de abril de 2003. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Ademar Pessoa Cardoso e Ismael Keller Loth foram pronunciados e libelados como incursos no art. 121, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 05.04.96, por volta das 12h40m, na estrada MG 126, no Distrito de Santa Helena, Município de Bicas, ao participarem de um "pega" ou "racha", cada um nos seus respectivos veículos abalroou o automóvel VW/Fusca, placa GRB - 4447, de Maripá de Minas (MG), causando a morte de todos os seus cinco ocupantes, a saber: Júlio César Ferreira Viana, Adriana Carnaúba Correia de Souza, Victória Carnaúba Ferreira Viana, Theodora Carnaúba Ferreira Viana e Isabel Soares Benedito.

Em petição protocolizada neste Tribunal, no dia 16.01.2003, requer o advogado do acusado Ademar o desaforamento do processo para esta Capital, sob o fundamento de que o interesse da ordem pública reclama a mudança; que existem dúvidas sobre a imparcialidade dos jurados e também a respeito da segurança do réu. Alega que os fatos pelos quais se vê o mesmo processado causaram grande comoção social, além de repercussão na imprensa nacional e local, que, reiteradamente, vem veiculando cartas com ataques pessoais contra ele. Sustenta que o referido réu, aqui requerente, reside na Cidade de Mar de Espanha, vizinha à de Bicas, sendo notória a rivalidade existente entre os moradores dos dois Municípios. Salienta que a Sra. Delizete Carnaúba, sogra, mãe, avó e sobrinha das vítimas vem procurando exercer incessante influência no corpo de jurados, além de tentar "jogar" a população contra o réu, procurando instigar o linchamento daquele, que, inclusive, chegou a ameaçar de morte. Enfatiza, por fim, que, por se tratar de comarca pequena, Bicas não tem

condições de oferecer o aparato policial necessário ao bom e regular desenvolvimento do julgamento e que as comarcas vizinhas não têm condições de sediar o julgamento.

Nas informações que prestou, esclarece o MM. Juiz de Mar de Espanha, em substituição na Comarca de Bicas, que o Fórum local possui tímidas instalações e recursos para abrigar o Júri em questão, considerando a repercussão nacional do caso; que o aparelhamento policial se mostra insuficiente; que os meios de comunicação vêm veiculando notícias desde a época dos fatos; que, segundo informações dos servidores da comarca na qual é titular, ocorreram incidentes envolvendo populares, que se posicionaram, alguns em defesa, outros contra o réu; que o fato gerou intensos reflexos na opinião pública e apaixonadas discussões entre a população.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido.

Depois do parecer, foi apresentada e juntada aos autos manifestação do outro acusado, de nome Ismael Keller Loth, bem como cópia de decisão do MM. Juiz em substituição na comarca, suspendendo o julgamento dos dois réus, marcado para o dia 11.03.2003.

É o relatório resumido.

HERMÍNIO MARQUES PORTO, em sua obra *Júri - Procedimento e Aspectos do Julgamento*, ensina o seguinte:

"*É o desaforamento um ato excepcional da instância superior, modificador da regra de competência territorial e com restrita aplicação do procedimento do Júri. Porque o crime deve ser julgado na comarca em que foi praticado (art. 70), firmada a competência do Tribunal do Júri pela decisão de pronúncia transitada em julgado, terá caráter excepcional a mudança de foro para julgamento (art. 424) determinada pela decisão que determina o desaforamento, decisão que derroga regra de competência territorial por satisfeitos requisitos da lei, e que também é excepcional por afastar o julgamento da causa pelos cidadãos do local do crime. Assim, os pressupostos do desaforamento devem estar seguramente definidos, não devendo ser esquecido que a medida enseja reflexos na defesa técnica e na assistência da acusação e representados pela necessária locomoção para nova comarca, bem como reflexos em relação ao acusado*" (obra citada, p. 109).

Sobre a questão, o mestre FREDERICO MARQUES diz o seguinte:

"*O desaforamento é medida de exceção. Constitui ele uma verdadeira mudança nas regras de competência territorial justificável tão só pelas peculiaridades do Júri. Por isso mesmo, como dizia o Des. Rafael Magalhães, é mister que as circunstâncias especiais do caso manifestem um aspecto de acentuada anormalidade,*

capazes de escusar as inconveniências naturais do desaforamento" (*O Júri no Direito Brasileiro* - Saraiva, 1995, p. 112/113).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já decidiu que:

"*Por se tratar de exceção ao princípio geral de competência em razão do lugar, só se concede o desaforamento em casos raros, resultantes dos fatos inequívocos previstos no art. 424 do CPP*" (STF - *HC* - Rel. Néri da Silveira - *RT*, 579/442).

Como se vê, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o réu deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado, revestindo-se o desaforamento de medida de caráter absolutamente excepcional.

No caso em julgamento, no meu entendimento, não existem motivos suficientes a autorizar a *mutatio fori*.

Para mim, não há fatos objetivos comprovando que a ordem pública esteja ameaçada; que os jurados serão parciais ou que a segurança de qualquer um dos réus se encontre ameaçada.

É natural que o fato que ensejou a pronúncia dos acusados tenha causado, e ainda cause, grande repercussão na imprensa nacional e local. Afinal, não se pode esquecer que o trágico acidente resultou na morte de 05 pessoas, todas elas da mesma família.

Ademais, o estrépito da imprensa provinciana, e mesmo da estadual, não pode ser confundido com manifestação da coletividade e nem sempre interfere ou reflete o estado de ânimo da população, conforme ilustra o seguinte exemplo colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"*A maior divulgação do fato e dos seus incidentes e conseqüências pela imprensa, pelos meios de comunicação social, não basta, por si só, para justificar o desaforamento, sempre excepcional, do julgamento pelo Júri. A opinião da imprensa não reflete, necessariamente, o estado de ânimo da coletividade e, por extensão, dos membros integrantes do Conselho de Sentença*" (*RT*, 701/408).

Quanto ao impacto causado no seio da comunidade, em razão da natureza trágica do evento tido como criminoso, se afigura normal. Se a emoção e a tristeza ocasionadas pelo fato não se traduziram em hostilidade para com os réus, que não sofreram qualquer agressão, e contra os quais não houve nenhuma manifestação popular de repúdio, não se pode pressupor a existência de parcialidade.

A revolta, realmente, ocorre, mas, pelo que pude constatar e pelo que está efetivamente comprovado nos autos, se restringe aos familiares das pessoas atingidas.

A alegação de que a Sra. Delizete Carnaúba, parente próxima das vítimas, vem instigando a população ao

linchamento não procede. A manifestação dessa senhora, publicada na imprensa local, é do seguinte teor: "*é por isso que eu não me surpreendo quando acontece um linchamento em algum lugar deste país. Deus me perdoe, mas estes safados não mereciam melhor sorte*" (fl. 42), revela muito mais a expressão da dor e da revolta daquela que, recentemente, fora privada de dois netos, um filho, uma nora e uma tia, do que propriamente uma convocação ao extermínio dos acusados.

É importante realçar que aquela manifestação foi publicada no jornal que circulou no dia de 16 de novembro de 1996, ou seja, 05 meses depois do acidente, quando ainda viva na memória a dor pela perda dos entes queridos.

No que diz respeito às propaladas ameaças, não se revestiram de gravidade, tanto que a pessoa ameaçada, no caso, o requerente, retratou-se da representação que firmou contra aquela referida senhora e seu marido, o que levou à extinção da punibilidade (fl. 94). Além disso, foram elas proferidas no calor dos acontecimentos, poucos dias após o acidente, conforme demonstra o TCO de fls. 71/73, quando o estado emocional de sua autora ainda se encontrava extremamente abalado.

O que importa é que, depois disso, serenados os ânimos, não existem notícias de qualquer outra ocorrência desse teor.

O comportamento de D. Delizete, que vem, segundo o MM. Juiz, procurando envolver outras pessoas com o seu sofrimento, com a remessa de correspondências e cópias de jornais, não é o suficiente para comprometer a imparcialidade dos jurados. Não se trata de pressão, ou de intimidação, mas de mera tentativa de fazer com que o fato não caia no esquecimento.

A circunstância de o contingente policial de Bicas ser insuficiente para se manter a ordem, em caso da eventual ocorrência de tumulto, pode muito bem ser contornada, podendo o Juiz requisitar reforço policial na cidade vizinha de Juiz de Fora.

Por outro lado, embora seja comum a existência de rivalidade entre cidades próximas, mormente as do interior, daí não se pode extrair a certeza, ou mesmo presumir, que faltará aos jurados da Comarca de Bicas a necessária isenção para julgar o requerente, apenas pelo fato de residir ele, na cidade contígua de Mar de Espanha.

Chama a atenção, ainda, que o co-réu Ismael Keller Loth, autor direto do acusado crime, já que somente o seu carro atingiu o que era ocupado pelas vítimas, não requereu a *mutatio fori*. Inclusive, na manifestação de fls. 207/208, depois de deixar claro que não temia ser julgado no distrito da culpa, pediu, caso deferido o presente requerimento, que o julgamento fosse desaforado para Juiz de Fora, e não para esta Capital.

Ora, se realmente procedentes os motivos para a *mutatio fori* me parece óbvio que este acusado também o requereria, pois não se arriscaria a ser

julgado no foro da culpa se a sua segurança estivesse ameaçada, houvesse suspeitas quanto à imparcialidade dos jurados, ou possibilidade de perturbação da ordem pública.

Assim, ainda que as informações do Juiz da Comarca de Mar de Espanha, em substituição em Bicas, aconselhem o desaforamento, a medida não se mostra necessária, diante da falta de comprovação da presença dos pressupostos que a autorizam.

Como é sabido, o tribunal não fica vinculado às informações do juiz, como, aliás, já teve a oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Federal:

"*Júri - Desaforamento - Tribunal que, ao examinar o pedido, não está vinculado, exclusivamente, à informação do juiz da comarca em que normalmente seria realizado o julgamento - Comunicação que, apesar de sua enorme valia, deve ser analisada em conjunto com os demais elementos probatórios*" (*RT*, 787/539).

No mais, sempre faço questão de enfatizar que "*a maior virtude do Júri é o julgamento do homem pelos que o conheçam, ou estejam mais em condições de apreciar-lhe o caráter, pela ciência pessoal de seus antecedentes e os da vítima. Segundo, porque, embora exaltada a população local, contra ou a favor do réu, sempre é possível, pelas acusações em Plenário e pelo processo de suspeição prévia, selecionarem-se os homens de alguma isenção de ânimo, ou mais prudentes, capazes de ouvir razões. Terceiro, finalmente, porque, se todo o mundo for extremado, contra ou a favor do réu, não será de desprezar esse elemento importantíssimo para o julgamento, do alarde do crime, ou temibilidade de alguns contendores, que a própria lei enumera como fator de realce na apreciação do ato, que nunca poderá ser bem julgado por pessoas alheadas daqueles conhecimentos e impressões*" (*RJTJSP*, 73/371).

Pelo exposto, *indefiro o pedido*, determinando que desta decisão se dê imediata ciência ao MM. Juiz de Direito de Bicas, ou àquele que esteja no exercício de substituição na comarca, para que possa remarcar o julgamento adiado dos réus Ademar Pessoa Cardoso e Ismael Keller Loth, no mais breve espaço de tempo possível.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

JÚRI - QUESITOS - DEFEITOS - DÚVIDA QUANTO À CORRETA INTERPRETAÇÃO DOS FATOS - ANULABILIDADE DO JULGAMENTO

- Demonstrado o prejuízo para a defesa, decorrente de quesitação ambígua ou defeituosa, que gerou inegável dúvida quanto à correta compreensão dos fatos pelo Conselho de Sentença, há de ser anulado o julgamento proferido pelo Júri Popular, a fim de que novo seja realizado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 325.055-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Júri - Quesitação defeituosa - Fato que gerou inegável dúvida quanto à correta compreensão dos fatos pelo Conselho de Sentença - Anulabilidade do julgamento - Demonstrado o prejuízo para a defesa, decorrente de quesitação ambígua ou defeituosa, que gerou inegável dúvida quanto à correta compreeensão dos fatos pelo Conselho de Sentença, há de ser anulado o julgamento proferido pelo Júri Popular, a fim de que novo seja realizado. - Recurso conhecido e provido para anular o julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARA ANULAR O JULGAMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Preliminarmente.

Sustenta a defesa a nulidade do julgamento, por cerceamento de defesa, consistente na falta de esclarecimento na redação do 6º quesito (fls. 175), acerca de qual teria sido o recurso que dificultou a defesa da vítima.

E, no caso, segundo a manifestação do culto Procurador de Justiça, tem razão o recorrente, pois que "*é indubidoso o cerceamento de defesa quando se submete ao Júri quesito qualificado do qual não consta, ainda que de forma sucinta, a descrição da circunstância que a acusação sustenta ser enquadrável na figura legal qualificada*".

Conforme leciona HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, "*devem, em regra, os quesitos de qualificadoras - e, igualmente, os artigos do libelo - além da referência à expressão usada pela lei penal ('motivo fútil', 'motivo torpe', 'traição', etc.),* descrever a conduta que recebe a adjetivação penal*; assim, e por exemplo, em hipótese de 'traição' (inciso IV do § 2º do art. 121 do CP), o quesito será: 'o réu praticou o crime à traição,* atacando a vítima pelas costas*?'*" (*Júri*, 5ª ed., 1987, p. 173).

Afinal, "*a competência do Júri é estritamente determinada pelo fato, e*

assim, o questionário deve ser apresentado em termos de sentido prático ou vulgar, evitadas as proposições de caráter genérico, cópia servil da lei *e formuladas questões de cunho objetivo*" (STF, *HC* 40.242-GO, *DJU* de 5.4.64, p. 293).

A quesitação ambígua ou defeituosa, indiscutivelmente, gera inegável dúvida quanto à correta compreensão dos fatos pelo Conselho de Sentença, o que justifica a nulidade do julgamento, a fim de que outro seja realizado.

Por tais fundamentos e acolhendo a manifestação da douta Procuradoria de Justiça, dou provimento ao recurso da defesa para anular o julgamento pelo Júri, mandando que a outro seja o réu submetido, obedecidas as formalidades legais.

Custas, a final.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARA ANULAR O JULGAMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

HABEAS CORPUS - TÓXICO - TRÁFICO - INSTRUÇÃO ENCERRADA - DEFESA - PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA E DE SANIDADE MENTAL - EXCESSO DE PRAZO - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA

- Se a instrução está encerrada e se está apenas aguardando a realização de exame de dependência toxicológica e de sanidade mental, pedido pela defesa, não se há de falar em excesso de prazo.

HABEAS CORPUS Nº 327.583-1/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa: *Habeas corpus* - Tráfico de entorpecentes - Pedido de realização de exame de dependência e de sanidade mental formulado pela defesa - Excesso de prazo - Não-ocorrência - Ordem denegada. - Se a instrução está encerrada e se se está apenas aguardando a realização de exame de dependência toxicológica e de sanidade mental, pedido pela defesa, não se há de falar em excesso de prazo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 20 de março de 2003. - *José Antonino Baia Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - Trata-se de ordem de *habeas corpus*, impetrada em favor de Luciano Gomes Vilela, ao fundamento de que há excesso de prazo na instrução, já que preso desde o dia 2.10.2002.

O MM. Juiz prestou informações com documentos (fls. 14/16 e 23/99).

A d. Procuradoria opinou pela denegação da ordem (fls. 18/22).

Decido.

Segundo se vê das informações prestadas pela autoridade coatora, o paciente foi preso em flagrante, em 3.10.2002, na posse de cerca de 115 g de maconha em sua residência e, depois, denunciado, em 15.10.2002, pela prática do delito do art. 12 da Lei de Tóxicos.

Após o paciente ser ouvido em juízo e depois de colhidos os depoimentos de todas as testemunhas, requereu a defesa a realização do exame de dependência toxicológica e de sanidade mental, o que foi deferido.

Assim sendo, vê-se que a instrução criminal já está encerrada, estando-se a aguardar apenas a realização dos exames pedidos pela defesa.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de prazo ilegal, porque, segundo a Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, "*encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*".

De outra parte, ainda que se tenha como não encerrada a instrução, ao entendimento de que a realização dos exames pedidos pela defesa a integram, deve a ordem ser denegada, pois, conforme já decidido também pelo STJ, em aresto invocado pela d. Procuradoria, que, pela sua pertinência, permito-me citar, "*não constitui constrangimento ilegal o razoável excesso de prazo ocorrido, justificado pela suspensão do processo a fim de ser realizado exame de sanidade mental do acusado, requerido pela própria defesa*" (*RHC* 1.794, Rel. Min. Fláquer Scartezzini, *DJU* de 9.3.1992, p. 2.591).

Diante de todo o exposto, e acolhendo, na íntegra o parecer da d. Procuradoria, denego a ordem.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

FALSO TESTEMUNHO - AÇÃO PENAL - PEDIDO DE TRANCAMENTO - DEPOIMENTO PRESTADO COMO INFORMANTE - EXAME APROFUNDADO DA PROVA - RESTRITO ÂMBITO DO *HC* - ART. 206 DO CPP

- Demanda exame aprofundado e valorativo da pena, o que não pode ser feito no restrito âmbito do *habeas corpus*, a alegação de que o delito de falso testemunho não restou configurado.

- A teor do art. 206 do CPP, a paciente, sendo mãe de um dos acusados e esposa de outro, poderia se recusar a prestar depoimento, mas, uma vez se dispondo a tanto, deve ela, sim, dizer a verdade sobre os fatos, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. O fato de, nos termos do art. 208 do CPP, não estar sujeita ao compromisso a que se refere o art. 203 não dá à testemunha informante o direito de falsear a verdade, não excluindo, em conseqüência, a prática do crime de falso testemunho.

- Se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade, o fato deixa de ser punível, sendo tal retratação uma das causas de extinção da punibilidade expressa no art. 107, inc. VI, do CP.

- É pelo exame da prova produzida que se poderá concluir a respeito de algum falso depoimento. Isso se dá ao final do processo, após a fase probatória, ou seja, por ocasião da sentença, não tendo sentido, assim, dar início a um processo por falso testemunho, ficando esse paralisado até que outro fosse concluído.

HABEAS CORPUS Nº 327.641-7/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Crime de falso testemunho. - Imprescindível a prolação da sentença no processo onde, em tese, ocorreu o falso testemunho, para o oferecimento da denúncia pela prática desse delito. Ordem concedida, para os fins de trancamento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2003. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de *habeas corpus* impetrado em favor de Maria das Graças Costa, denunciada como incursa no art. 342, § 1º, c/c art. 29, ambos do Código Penal.

Alega a impetrante que falta justa causa para o processamento da ação penal, uma vez que: não há prova de ter cometido o crime de falso testemunho a ela atribuído; inexiste esse crime, em razão da relação de parentesco com os acusados, e por ter atuado nos autos do inquérito policial como mera informante; a ação penal não pode ser iniciada antes de proferida a sentença no processo em que teria sido constatada a alegada falsidade.

Pede o trancamento da ação penal.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações necessárias, e a douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Passo a decidir.

Como se vê dos autos, a pretensão inicial busca o trancamento da ação penal sob três fundamentos: inexistência de prova do crime; depoimento prestado na qualidade de informante e impossibilidade de se iniciar ação penal por falso testemunho, antes de proferida a sentença no outro processo.

A alegação de que o delito de falso testemunho não restou configurado é questão que demanda exame aprofundado e valorativo de prova, o que não pode ser feito no restrito âmbito do *habeas corpus*.

Por sua vez, a alegação de que prestou depoimento na qualidade de informante, por ser mãe de um dos acusados e esposa de outro, não procede, posto que, conforme o disposto no art. 206 do CPP, a paciente, no caso, poderia se recusar a prestar depoimento, mas, uma vez se dispondo a tanto, deve ela, sim, dizer a verdade sobre os fatos, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho.

Isso porque o seu depoimento, tendo em vista o princípio do livre convencimento do juiz, que informa o nosso processo penal, poderá servir de base para a decisão judicial. Tem, pois, o dever de falar a verdade. O fato de, nos termos do art. 208 do CPP, não estar sujeita ao compromisso a que se refere o art. 203 não dá à testemunha informante o direito de falsear a verdade, não excluindo, em conseqüência, a prática do crime de falso testemunho.

Nesse sentido foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 66.511/RS, que teve como Relator o Ministro Néri da Silveira:

"Habeas corpus. *Ação penal. Trancamento. Código Penal, art. 343, parágrafo único. Delito de corrupção ativa de testemunha. - Não ampara o pedido a alegação de faltar à mãe da menor ofendida a qualidade de testemunha.* O Código Penal não exclui da prática do crime de falso testemunho a pessoa que, embora impedida, venha a falsear em depoimento que preste, negando, afirmando ou calando a verdade. Tampouco o dever de dizer a verdade foi condicionado pelo legislador à prestação do compromisso. *Não cabe*

em habeas corpus *discutir aspectos de prova concernentes aos fatos em que resultou a denúncia. Não é, na espécie, de se reconhecer falta de justa causa à ação penal.* Habeas corpus *indeferido*" (*HC* nº 66.511/RS, 1ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* de 16.2.94, p. 929).

Não há que se falar, portanto, em atipicidade do fato, por esse motivo.

Por outro lado, verifica-se que a paciente foi denunciada pela prática do crime do art. 342, § 1º, do CP, ao fundamento de ter prestado depoimento falso no inquérito policial instaurado contra seu marido, seu filho e terceira pessoa, indiciados pelo cometimento de crime de homicídio.

A denúncia contra a paciente foi oferecida ainda no curso do inquérito policial movido contra as pessoas a quem pretendia beneficiar, sendo certo que contra essas pessoas houve a propositura da ação penal, achando-se o processo em fase de cumprimento de diligências requeridas pelo Ministério Público.

Já tive oportunidade de me manifestar, anteriormente, no sentido de que a propositura da ação penal pela prática do crime de falso testemunho só pode ocorrer quando o juiz, por ocasião da prolação da sentença, verificar que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade. Isto está expresso no CPP, como se vê da norma contida no art. 211 desse diploma legal. *In verbis*:

"*Se o juiz,* ao pronunciar sentença final, *reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito*".

Por outro lado, o art. 342, § 3º, do CP, é expresso quando diz que o fato deixa de ser punível, se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade.

Infere-se, portanto, que a lei, em última análise, dá a oportunidade a quem prestou falso testemunho de se retratar, até o momento da prolação da sentença, em benefício da administração da Justiça.

Por outro lado, o art. 107, inc. VI, do CP considera essa retratação como causa de extinção da punibilidade, incluindo-a, expressamente, na relação dessas causas.

Assim, se se instaurar ação penal, por falso testemunho, antes do momento da prolação da sentença, estar-se-á castrando o direito daquele que prestou falso testemunho de se retratar, ficando, assim, impedido de se beneficiar da extinção da punibilidade estabelecida.

É esse o entendimento esposado pelo eminente Ministro do STJ Edson Vidigal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 5.539-SP, em 18.6.96. Senão, veja-se:

"*Processual Penal. Falso testemunho. Denúncia antes da sentença no processo em que o crime teria ocorrido. Trancamento. - 1. A denúncia por falso testemunho deve ser feita após a sentença no processo em que esse crime tenha ocorrido. - 2. Não depende do trânsito em julgado da sentença o oferecimento da denúncia; é só o juiz reconhecer na sentença a falsidade do depoimento da testemunha, para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia. - 3. Recurso conhecido e provido*" (*DJU* de 29.9.97, p. 48.230. *RT* v. 747, p. 606).

Alguns eminentes intérpretes entendem que a ação penal pelo crime de falso testemunho pode ser instaurada antes da prolação da sentença, no processo em que o falso depoimento se verificou, não podendo, porém, aquela sentença ser proferida antes dessa.

Data venia, trata-se de ponto de vista que, a meu ver, contraria os dispositivos legais acima referidos.

É pelo exame da prova produzida que se poderá concluir a respeito de algum falso depoimento. Isso se dá ao final do processo, após a fase probatória, ou seja, por ocasião da sentença.

Assim, não teria sentido dar início a um processo por falso testemunho, ficando esse paralisado até que o outro fosse concluído.

Por outro lado, para a existência do crime de falso testemunho, é necessário que ele tenha incidido sobre parte relevante do processo. É indispensável que o depoimento falso tenha potencialidade lesiva. Isso só pode ser verificado no final do processo, dependendo do cotejo entre o teor dos depoimentos e os fundamentos da sentença.

Por tudo isso, é que, sabiamente, a lei processual e a lei substantiva se referem, expressamente, ao momento da sentença, para a ocorrência da extinção da punibilidade e da requisição pelo juiz da instauração de inquérito policial e, portanto, de ação penal.

Nesse sentido, podemos transcrever a seguinte ementa:

"*RHC 81.327/SP - Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento realizado em 11.12.2001. - Ementa: Recurso ordinário.* Habeas corpus. *Falso testemunho (art. 342 do CP). Alegação de atipicidade da conduta, consistente em depoimento falso sem potencialidade lesiva. Aferição que depende do cotejo entre o teor do depoimento e os fundamentos da sentença. Exame de matéria probatória, inviável no âmbito estreito do* writ. *Co-autoria. Participação. Advogado que instrui testemunha a prestar depoimento inverídico nos autos de reclamação trabalhista. Conduta que contribuiu moralmente para o crime, fazendo nascer no agente a vontade delitiva. Art. 29 do CP. Possibilidade de co-autoria. Relevância do objeto jurídico tutelado pelo art. 342 do CP: a administração da Justiça, no tocante à veracidade das provas e ao prestígio e seriedade da sua coleta. Relevância robustecida quando o partícipe é advogado, figura indispensável à administração da Justiça (art. 133 da CF). Circunstâncias que afastam o*

entendimento de que o partícipe só responde pelo crime do art. 343 do CP. Recurso ordinário improvido".

Com essas considerações, *concedo a ordem*, para determinar o trancamento da ação penal, em relação à paciente Maria das Graças Costa, não importando essa decisão na impossibilidade de outra ação vir a ser proposta, na hipótese de assim se entender, no momento da prolação da sentença, no processo em que o depoimento acoimado de falso foi prestado.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Sr^{a}. Des^{a}. Jane Silva - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

-:::-

TRANSAÇÃO PENAL - HOMOLOGAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO - DESCUMPRIMENTO DO ACORDO CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - RETOMADA DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA QUE PREVIU A APLICAÇÃO DE MULTA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO

- Tratando-se de delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, a ação penal instaurada contra o paciente não poderia ter sido retomada em face do descumprimento da obrigação assumida, se a sentença homologatória do benefício transitou em julgado, sem interposição de qualquer recurso, restando esgotada a prestação jurisprudencial.

HABEAS CORPUS Nº 329.864-3/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Transação penal - Homologação transitada em julgado - Descumprimento do acordo consistente em prestação de serviços à comunidade - Retomada da ação penal - Impossibilidade - Decisão homologatória que previu a aplicação de multa, em caso de inadimplemento do avençado - Constrangimento ilegal caracterizado - Trancamento do feito. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A ORDEM IMPETRADA, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2003. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Gilmar Rodrigues, que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MM^{a}. Juíza de Direito da 1^{a} Vara Criminal da Comarca de Governador Valadares.

Consta da impetração que o paciente foi denunciado por infração do art. 16 da Lei 6.368/76. Em virtude do advento da Lei 10.259/02, foi beneficiado com a transação penal proposta pelo Ministério Público, consistindo o acordo em prestação de serviços à comunidade. Todavia, uma vez não satisfeita a obrigação assumida, o órgão ministerial pleiteou a declaração de insubsistência da transação penal, ancorado em recente decisão do Supremo Tribunal Federal. O pedido foi acatado pela Magistrada *a qua*, desconsiderando-se o trânsito em julgado da sentença homologatória. Requer a concessão da ordem, para trancamento da ação penal ajuizada em seu desfavor (fls. 2/5).

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 6/18.

Indeferida a liminar e requisitadas as informações da indigitada autoridade coatora (fls. 23 e 27), foram estas prestadas às fls. 28/30 e 38/40, juntamente com os documentos de fls. 41/58.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem (fls. 31/37).

O instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) atribui ao Ministério Público a faculdade de dispor da ação penal pública, desde que atendidas as condições legais, propondo a aplicação de pena não privativa de liberdade, sem a instauração de processo, ao autor da infração de menor potencial ofensivo. Decorre dos princípios da oportunidade da propositura da ação penal e da discricionariedade regrada.

In casu, sem embargo da discussão acerca do cabimento, ou não, da transação penal, em se tratando de delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, a ação penal instaurada contra o paciente não poderia ter sido retomada em face do descumprimento da obrigação assumida. É que a sentença homologatória do citado benefício transitou em julgado, sem interposição de qualquer recurso, restando esgotada a prestação jurisdicional.

Não se trata de decisão meramente homologatória, mas impositiva de pena, sendo defeso ao magistrado inovar na transação penal definitiva, declarando-a insubsistente (fls. 55/58). Aliás, quando da homologação do acordo, o paciente foi advertido "*de que o não-cumprimento da prestação de serviços no prazo, dá ensejo à exigência da cobrança da multa, que também se não paga, ensejará a sua execução*" (*sic*) (fls. 45/46).

Destarte, conforme consta do próprio ato homologatório, o descumprimento da restrição imposta tem o condão de acarretar a exigência de multa que, se não adimplida, deverá ser executada.

Não cabe instauração de processo criminal em relação ao mesmo fato objeto de acordo homologado. Ocorreu

coisa julgada formal e material. O art. 77 da Lei 9.099/95 é claro ao dispor que o Ministério Público oferecerá denúncia quando não ocorrer hipótese prevista no art. 76 da citada lei.

Este é o entendimento jurisprudencial majoritário:

"*Juizado Especial Criminal - Transação penal - Descumprimento do acordo após o trânsito em julgado de sua homologação - Oferecimento de denúncia - Impossibilidade - Execução da pena - Cabimento. - Após transitar em julgado a decisão homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, é impossível o oferecimento de denúncia contra o autor do fato que descumprir o avençado, uma vez que a prestação jurisdicional já se encontra esgotada, sendo admissível, somente, a execução da pena.*" (TACRIM-SP - Apelação nº 1.300.427/0 - Itu - 11ª Câmara - Relator: Wilson Barreira - 25.3.2002.)

"Habeas corpus - *Transação penal homologada - Questão definitivamente constituída que impede a apresentação de nova denúncia sobre mesmo fato criminoso - Denúncia apresentada e recebida - Constrangimento ilegal caracterizado - Trancamento da ação penal ordenado - Ordem concedida.*" (TJMG - *HC* nº 202.744- 9/00 - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - j. em 19.10.00.)

Ante o exposto, estando plenamente caracterizado o alegado constrangimento ilegal, concedo a ordem impetrada para trancar a ação penal instaurada contra o paciente.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM IMPETRADA.

-::::-

TÓXICO - TRÁFICO - CONDENAÇÃO - LEI Nº 10.409/02 - FATO POSTERIOR À SUA VIGÊNCIA - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM A DEVIDA DEFESA PRELIMINAR - DESOBEDIÊNCIA AO ART. 38 DA NOVA LEI DE TÓXICOS - NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO *EX RADICE*

- Impõe-se a aplicação do procedimento relativo à instrução criminal previsto na Lei nº 10.409/02, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública.

- É imprescindível a observância da citação do acusado, sendo nulo *ex radice* o procedimento que não a considere, por importar óbvia violação do direito constitucional à ampla defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 331.928-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Entorpecente - Tráfico - Condenação - Lei 10.409/02 - Fato posterior à sua vigência - Recebimento da denúncia, sem a devida defesa preliminar - Desobediência ao art. 38 da nova Lei de Tóxicos - Nulidade absoluta do processo *ex radice* - Declaração de ofício. Recursos prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, EM PRELIMINAR E DE OFÍCIO, ANULAR *AB INITIO* O PROCESSO, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2003. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Madeilson Alves Cruz e Cristiano Pereira da Cruz, qualificados, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 12, *caput*, c/c art. 14, ambos da Lei 6.368/76, e art. 155, § 4º, IV, c/c art. 69, todos do CP, porquanto, no dia 28.02.2002, por volta das 21h30m, na Rua Santo Antônio de Paiva Meireles, nº 478, no Bairro Serra Verde, os acusados subtraíram uma bicicleta importada que se encontrava junto ao portão da residência de propriedade de Lourival Tiago da Silva, bem como transportavam certa quantidade de maconha, cuja finalidade seria mercantil.

Finda a instrução criminal, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Madeilson Alves Cruz por infração do art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, e art. 155, *caput*, c/c art. 69, ambos do CP, às penas de 04 (quatro) anos, sendo 03 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado e multa e 01 (um) ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, absolvendo Cristiano Pereira da Cruz, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

Inconformados com a sentença condenatória de fls. 83/94, apelaram o acusado Madeilson (fls. 102/104) e o Ministério Público (fls. 106/123).

Em suas razões, argúi o primeiro, preliminarmente, a nulidade da r. decisão, diante da insuficiente análise individualizada do art. 59 do CP. No mérito, requer a absolvição pelo crime de furto ou a aplicação da Lei 9.714/98. Alternativamente, pleiteia a desclassificação do delito de tráfico para o do art. 16 da Lei de Tóxicos, ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da inexistência de óbice quanto ao fato de ser o crime hediondo (fls. 102/104).

Já o Órgão Ministerial pugna pela condenação dos réus nos exatos termos da denúncia (fls. 106/123).

Os recursos foram respondidos, pugnando cada qual pelo desprovimento da irresignação adversa (fls. 106/123, 126/128 e 138/139).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo defensivo e pelo parcial provimento do recurso ministerial (fls. 144/152).

Preliminarmente, verifica-se que o MM. Juiz *a quo* não observou o rito da nova Lei de Tóxicos, que é mais benéfica, pois faculta ao réu a defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia.

Os fatos ocorreram em 28.02.2002 e a denúncia foi recebida em 14.03.2002 (fls. 37), tendo, portanto, a ação penal se iniciado sob a égide da nova lei. Contudo, adotou-se o procedimento já revogado.

Como se vê, a Lei 10.409/02 provocou a derrogação da Lei 6.368/76 no tocante ao procedimento criminal a ser observado nos delitos de tráfico de entorpecentes.

O Capítulo IV da nova Lei Antidrogas trata do procedimento penal e o art. 27 estabelece que: "*o procedimento relativo aos crimes definidos nesta lei rege-se pelo disposto neste capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal*".

Acontece que o Capítulo III, que definia os crimes e as penas da nova lei, foi integralmente vetado, o que poderia levar à conclusão de que todo o procedimento da Lei 6.368/76 estaria ainda em vigor, já que o da Lei 10.409/02 teria perdido seu objeto, e, assim, não existiriam alterações no âmbito penal ou processual penal.

Todavia, entendo estar o Capítulo IV vigente, haja vista que a sanção presidencial em tais artigos indica a intenção de que fossem eles aplicados.

Cumpre ressaltar que o Capítulo IV trata, em sua quase totalidade, do inquérito policial e de medidas investigatórias específicas. Já o Capítulo V (instrução criminal) regulamenta, em todos os aspectos, o novo rito judicial em relação ao tráfico de entorpecentes.

Ocorre que a ressalva do art. 27, que restringe a aplicação do novo procedimento "aos crimes desta lei", foi feita apenas em relação ao Capítulo IV. Já no Capítulo V não foi feita qualquer menção "aos crimes desta lei", portanto, qualquer que seja a orientação adotada em relação ao Capítulo IV, as normas ali previstas, que tratam da instrução criminal em juízo, são perfeitamente aplicáveis, tendo em vista que o legislador não vinculou as regras deste capítulo aos crimes da Lei 10.409/02.

O art. 38, *caput*, Capítulo V, da nova Lei de Tóxicos, criou a fase da defesa preliminar, por escrito, no prazo de dez dias, antes do recebimento da denúncia.

O legislador, prevendo a obrigatoriedade da citação do acusado para apresentação de resposta escrita antes de ser recebida a exordial, impondo o dever de nomear-se defensor dativo se referida peça não for apresentada, demonstrou sua intenção de possibilitar ao réu a alegação, por exemplo, de que o flagrante foi forjado, que sua confissão decorreu de coação, etc., fornecendo, assim, maiores subsídios aos magistrados, para, depois da manifestação do Órgão Ministerial, receber ou rejeitar a peça acusatória.

Certo é que a inobservância do aludido artigo acarreta a violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, maculando o feito de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, *c*, do CPP.

O estudo procedido pelo e. Des. Mercêdo Moreira relata que: "... *a Lei 10.409/02 foi objeto de vários vetos do Presidente da República. O capítulo relativo aos crimes por ele definidos foi todo vetado, enquanto que os capítulos referentes ao procedimento penal, à instrução criminal e à sentença não foram objetos de veto presidencial. Assim, os crimes previstos na Lei 6.368/76 continuam a subsistir, mas com novo procedimento especial estabelecido pela Lei 10.409/02*".

É este o entendimento de DAMÁSIO DE JESUS: "*As disposições do Capítulo V da Lei nº 10.409/02 (arts. 37 a 45), que disciplinam a instrução criminal, revogaram parcialmente a mesma parte processual da Lei nº 6.368/76 (permanecem as normas da lei anterior sobre institutos não regulados pela Lei nº 10.409/02)*" - (JESUS, Damásio de. *Nova Lei Antitóxicos (Lei nº 10.409/02) - Mais Confusão Legislativa*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2002).

No mesmo sentido: "*A lei posterior revoga a anterior quando regula de forma diversa a matéria de que tratava a lei anterior, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC*".

Nos precisos termos do art. 6º da LICC, a lei em vigor terá efeito imediato e geral.

O art. 2º do Código de Processo Penal estabelece que a lei processual penal se aplicará desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A Lei 10.409/2002 está em vigor e não padece de inconstitucionalidade. É de rigor, portanto, a aplicação do procedimento relativo à instrução criminal nela previsto, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública.

A supressão da oportunidade outorgada legalmente à defesa para a apresentação da resposta escrita, precedente ao recebimento da denúncia, fulmina o procedimento de nulidade,

conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 564, inc. IV, do Código de Processo Penal. Não observadas as regras, o remédio jurídico é o *habeas corpus*.

Se adotado o procedimento da nova lei, e não encontramos razão para não adotá-lo, eventual posicionamento da superior instância no sentido de sua inaplicabilidade não acarretará qualquer nulidade, visto tratar-se de procedimento mais benéfico, que amplia as chances de defesa, notadamente em razão da possibilidade de resposta escrita e dilação probatória antecedentes ao recebimento da inicial acusatória, para o efeito de apurar elementos para o acolhimento desta ou não.

Por outro lado, a não-adoção do procedimento introduzido com a Lei 10.409/2002 sujeita o processo e a Justiça Criminal aos transtornos decorrentes do reconhecimento de nulidade por violação da ampla defesa e quebra do procedimento, podendo acarretar a soltura de traficantes que não merecem ganhar a liberdade.

Como se vê, ainda que se pense não ser aplicável o procedimento novo, a prudência recomenda a sua adoção em benefício da estabilidade das decisões do Poder Judiciário e em prol da sociedade que já não suporta a convivência com os "*Senhores do Tráfico e nem entenderá a soltura destes em razão de questiúnculas técnico-jurídicas*" (MARCÃO, Renato Flávio. "Anotações Pontuais sobre a Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos) - Procedimento e Instrução Criminal", *RT*, 797/493; MARCÃO, Renato Flávio. *Legislação Antitóxicos - Novos Problemas Iminentes* (Projeto de Lei 6.108/2002, que altera a Lei 10.409/2002).

Consoante a jurisprudência: "Habeas corpus - *Entorpecente - Denúncia recebida - Inobservância do disposto no artigo 38,* caput, *da Lei 10.409/2002 - Nulidade - Infringência ao princípio da ampla defesa - Ordem parcialmente concedida, para anular o processo criminal* ab initio, *impondo-se observar o rito especial da lei em vigência. - A inobservância da regra prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/2002, que alterou disposições da Lei nº 6.368/76, impõe seja declarado nulo* ex radice *o procedimento, por importar óbvia violação do direito constitucional à ampla defesa*" (Tribunal de Alçada do Paraná, *HC* 206.389-4, impetrado por Sandra Regina Rangel Silveira, Quarta Câmara Criminal, Rel. Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo, em 05.09.02, cf. *DJ* de 13.09.02).

LUIZ FLÁVIO GOMES comenta a supracitada decisão: "*Na fundamentação do acórdão invocou-se a doutrina de Renato de Oliveira Furtado, que comentando referido dispositivo legal, assinalou: '... vale registrar a verdadeira evolução que este artigo imprime no procedimento criminal que balizará a nova Lei de Tóxicos, em sentido claramente garantístico.*

Ao instituir a resposta escrita à acusação, antes do recebimento da denúncia, está-se, em última análise, a criar garantias de refutação, de possibilidades de enfrentamento do articulado na peça acusatória antes que esta deságüe, inquestionada e em vôo solo, em tormentosa ação penal que, em alguns casos, desde o início se mostra desarrazoada, por ausente o fumus commissi delicti, *transformando-se em verdadeiras matrizes de erros judiciários.*

Portanto, gera-se, assim, eficácia garantística ao processo penal...

Este novo momento processual, se não for mitigado e dilacerado pelos Tribunais como aconteceu com o antigo despacho saneador, irá transformar-se em instante de verdadeira salvaguarda da sociedade, atuando como um verdadeiro filtro às acusações temerárias.

Imprescindível, portanto, a observância da 'citação' do acusado, sendo que, a nosso ver, nulo ex radice *o procedimento que não a considere, por importar óbvia violação do direito constitucional à ampla defesa.*

Esta diligência é tão imprescindível que a própria lei condiciona o recebimento da denúncia à resposta escrita do acusado, uma vez que esta poderá, inclusive, afastar todo o processo' " (*Revista Jurídica,* 295 - maio/2002, p. 85).

No caso *sub judice*, agrega a decisão colegiada, "*realmente não foi observado o rito previsto na Lei nº 10.409/2002, estando, portanto, nulos todos os atos processuais, desde o recebimento da denúncia, consoante, aliás, reconhecido pela r. decisão de fls. 30/31-TA, do em. Presidente desta Corte, Juiz Clayton Camargo, ao conceder parcialmente a liminar, para o fim de se declarar à nulidade da ação penal* ab initio".

A decisão retro foi muito acertada. Toda lei vigente e válida deve ser observada estritamente. Não pode o juiz negar vigência a uma lei adequadamente aprovada pelo Parlamento e válida. Havia polêmica em torno da Lei 10.409/02 no que diz respeito à sua eficácia jurídica. Mas ocorre que ela entrou em vigor no dia 28.02.02 e tem compatibilidade vertical com a Constituição (é válida, portanto, como diz Ferrajoli).

Discutia-se, entretanto, sua eficácia jurídica em virtude do que dispõe o seu art. 27 ("*Nos crimes previstos nesta lei, será observado o procedimento...*"). Pergunta-se: quais crimes, se todos os que estavam previstos na Lei 10.409/02 foram vetados pelo Presidente da República?

Apesar disso, como não existe a menor dúvida sobre a quais crimes se refere o art. 27 da Lei 10.409/02 (é evidente, óbvio e ululante que esse dispositivo legal diz respeito aos crimes previstos na Lei 6.368/76), parece muito claro que o novo procedimento tem que ser observado em todos os seus termos, sob pena de nulidade total do processo (por inobservância do devido processo legal) (LUIZ FLÁVIO

GOMES - "Nova Lei de Tóxicos (10.409/02): Nulidade do Processo por Inobservância da Defesa Preliminar" - www.ielf.com.br).

Em 10 de setembro de 2002, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também concedeu *habeas corpus* em processo por crime de tráfico que tramita na Comarca de Santa Isabel, anulando o processo a partir da citação, determinando seja ele renovado com a adoção do rito dos arts. 38 a 41 da Lei 10.409/2002, relaxando a prisão em flagrante por excesso de prazo no término da instrução (*Habeas Corpus* nº 390.665-3/6, Rel. Des. Hélio de Freitas).

Destarte, tendo sido recebida a exordial pelo Magistrado sem a devida defesa escrita preliminar, providência obrigatória, que não pode ser afastada, declaro nulo o presente feito, para que o MM. Juiz abra vista ao réu para que, no prazo de 10 dias, ofereça sua defesa escrita, prosseguindo, então, a ação penal, com fulcro na legislação vigente.

Ante o exposto, declaro, de ofício, a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, devendo ser observados os termos previstos na Lei nº 10.409/02, restando, outrossim, prejudicados os apelos.

Expeça-se alvará de soltura em favor do apelante Madeilson Alves Cruz, se por al não estiver preso.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, EM PRELIMINAR E DE OFÍCIO, ANULARAM *AB INITIO* O PROCESSO, COM RECOMENDAÇÃO.

-:::-

PRISÃO CIVIL - DÍVIDA DE ALIMENTOS - INADIMPLEMENTO DE PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS - ANÁLISE DOS ASPECTOS FORMAIS DO DECRETO PRISIONAL - AUSÊNCIA DE PARCELAS PRETÉRITAS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA - ORDEM DENEGADA

- O *habeas corpus* relativo à prisão de natureza civil restringe-se à análise do aspecto formal do ato judicial impugnado, conforme o entendimento da Súmula nº 60 da Jurisprudência Criminal deste Tribunal.

- Evidenciado, a uma simples leitura do quadro de fls., não se tratar de parcelas pretéritas a dívida de alimentos do paciente, tendo sido obedecidos os princípios constitucionais do *due process of law* e da ampla defesa e não havendo qualquer tipo de vício formal que possa macular o decreto de prisão, é de se denegar a ordem.

HABEAS CORPUS Nº 334.967-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão civil - Dívida de alimentos - Inadimplemento de prestações alimentícias - Análise dos aspectos formais do decreto prisional - Ausência de parcelas pretéritas - Constrangimento ilegal - Inexistência - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM IMPETRADA, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - O ilustre advogado Marcos Frederico C. M. Soares, OAB/MG nº 52.584, impetra ordem de *habeas corpus* em favor de Sérgio José Antunes de Siqueira, qualificado nos autos, alegando estar o paciente sofrendo de constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, que decretou sua prisão civil.

Afirma o impetrante que o paciente figura como réu em ação de execução de alimentos, mas vem atravessando grave situação financeira, estando desempregado. Argumenta que o executado não se furtaria ao pagamento da pensão, mas apenas que não tem condições de, no presente momento, quitar a dívida alimentar.

Diz ainda que a ex-companheira do paciente tem condições de manter seus filhos menores, além do que o montante objeto da execução seria relativo a uma dívida pretérita, sem caráter alimentar.

Pugna pela concessão da ordem, recolhendo-se o mandado de prisão já expedido. Juntou os documentos de fls. 06/20-TJ.

A autoridade dita coatora prestou informações à fl. 25-TJ.

Tendo em vista o requerimento ministerial (fls. 26-TJ) e o despacho de fls. 28-TJ, a impetração foi instruída com as cópias de fls. 31/43-TJ.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 45/46-TJ).

É o relatório.

Decide-se.

Sabe-se que o *habeas corpus* relativo à prisão de natureza civil se restringe à análise do aspecto formal do ato judicial impugnado, conforme o entendimento já sumulado deste Tribunal através do Enunciado Criminal nº 60, que dispõe:

"*60 - Em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do* habeas corpus *se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente*".

Registre-se ainda o entendimento há muito consolidado por esta eg. Corte de Justiça:

"Habeas corpus - *Prisão civil - (...) A via mais adequada para atacar decisão que decreta prisão civil do devedor por alimentos é o agravo de instrumento, cujo procedimento prevê liminar suspensiva. - De regra, o* habeas corpus *não é meio hábil a discutir o mérito da dívida alimentícia, pois seu âmbito de cognoscibilidade se restringe ao aspecto formal (Súmula nº 60 da Jurisprudência Criminal do TJMG) - (...) Ordem denegada, cassada a liminar*" (*HC* nº 187.251-4 - Rel. Des. Gudesteu Biber - j. em 03.10.2000, pub. 06.10.2000 - ementa parcial).

No tocante ao aspecto formal, não vislumbro qualquer tipo de irregularidade a ensejar a concessão da ordem. O paciente foi devidamente citado, apresentando sua justificativa, que foi julgada improcedente pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara de Família da Capital (informações de fls. 25-TJ e decisão de fls. 43-TJ), o que ensejou a decretação da prisão civil.

Os estreitos limites do remédio heróico, ainda mais se tratando de prisão civil, impedem a análise dos argumentos trazidos na peça inicial referentes à grave situação financeira pela qual atravessa o paciente, que estaria desempregado. Como foi obedecido o *due process of law*, não há razão para se recolher o mandado de prisão já expedido em desfavor do paciente.

Diga-se ainda que o fato de a mãe dos menores ter condições financeiras de contribuir na criação dos filhos não isenta o paciente de arcar com sua obrigação alimentar.

Assiste razão ao ilustre Procurador de Justiça ao afirmar que não estão sendo executadas parcelas pretéritas.

O enunciado da Súmula Criminal nº 59 deste eg. Tribunal de Justiça conceitua dívida antiga, segundo o entendimento majoritário desta Corte. Diz a referida súmula:

"*59 - Dívida de alimentos antiga (aquela* vencida há mais de três meses antes do início da execução*) não pode justificar a decretação da prisão civil*" (grifo nosso).

Resta apurar, portanto, se a dívida que ensejou a decretação da prisão civil é ou não antiga, obedecendo-se ao conceito trazido pela súmula acima mencionada.

A ação de execução de alimentos foi ajuizada em novembro de 2002 (fls. 32-TJ). Portanto, os três meses anteriores são agosto, setembro e outubro/2002.

Uma simples leitura do quadro de fls. 32-TJ revela que estão sendo executadas exatamente as parcelas relativas aos meses de agosto, setembro e outubro/2002. Portanto, não se trata de parcelas pretéritas, com a devida vênia do combativo Defensor.

Ressaltando que foram obedecidos os princípios constitucionais do *due process of law* e da ampla defesa, conforme determina a mencionada Súmula nº 60, e não havendo qualquer tipo de vício formal que possa macular o decreto de prisão, denego a ordem, em consonância com a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM IMPETRADA.

Superior Tribunal de Justiça

INTERVENÇÃO FEDERAL - GOVERNADOR - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA - DESCUMPRIMENTO - RETARDO POR VÁRIOS ANOS

- O retardo no cumprimento de decisão judicial, por mais de 05 (cinco) anos, enseja o deferimento do pedido de intervenção. Precedentes.

INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 69-PR - Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS

Reqste.: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. UF: Estado do Paraná. Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros. Interessados: Carlos Wavel Chaves e cônjuge. Advogados: Míriam Canfield Petrecca e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, "*Preliminarmente, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, ainda por maioria, vencidos os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio de Pádua Ribeiro e Francisco Peçanha Martins, deferir o pedido de intervenção nos termos do voto do Sr. Ministro Relator*". Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Edson Vidigal, Fontes de Alencar e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Vicente Leal e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 05 de fevereiro de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Nilson Naves* - Presidente. - *Ministro Humberto Gomes de Barros* - Relator.

RELATÓRIO

Ministro Humberto Gomes de Barros - O Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do

Paraná descreveu a controvérsia, assim (fls. 212/213):

"*Trata-se de representação formulada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Curitiba, visando à intervenção Federal no Estado do Paraná, para que se cumpra decisão judicial, que ordenou a reintegração de posse em imóvel de propriedade de Carlos Wavel Chaves e sua mulher Maria Aparecida Dias Chaves.*

O então Desembargador Presidente desta Corte de Justiça oficiou ao Sr. Governador do Estado, no sentido de que removesse a causa do pedido, no prazo de quinze (15) dias, solicitando, ainda, informações acerca das providências tomadas (fls. 94).

Em sua resposta, o Chefe do Poder Executivo estadual afirma, de início, que não é justo atribuir ao mesmo Poder responsabilidade pela situação fundiária do país e que, se de um lado, é dever do Estado prover a execução de ordem ou decisão judicial, de outro, o emprego indiscriminado de força policial numa situação dramática como a em espécie, na qual estão presentes famílias inteiras, pode acarretar danos pessoais irreparáveis. Argüi, em seguida, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que, segundo a melhor doutrina, 'a ordem ou decisão judicial' a que se refere o inciso IV do art. 34 da Constituição Federal, e cujo eventual descumprimento enseja o processo de intervenção federal não é qualquer ordem ou decisão, mas, sim, aquela que tem caráter definitivo, não sendo mais passível de reforma ou suspensão. No mérito, sustenta que inexiste decisão judicial apta a ensejar o pedido interventivo, inexistindo, também, descumprimento de ordem judicial, pois a Administração Pública Estadual coloca-se à disposição da composição do litígio, uma vez que é possível encontrar no plano administrativo solução que equacione o grave problema em questão.

Os interessados manifestaram-se às fls. 132-140, pleiteando a procedência do pedido.

Frustrada a solução administrativa e distribuídos os presentes autos, foram solicitadas novas informações junto ao Sr. Governador do Estado, o qual repisou as argumentações expedidas anteriormente.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer, opinando pela improcedência do pleito interventivo".

O pleito foi acolhido, porque (fls. 211/212):

"*Intervenção federal - Proteção constitucional aplicável a qualquer ordem judicial ou decisão judicial, independente de seu caráter cautelar ou definitivo - Preliminar rejeitada.*

- Qualquer ordem ou decisão judicial descumprida, independente de seu caráter cautelar ou definitivo, pode ensejar o pedido de intervenção federal".

"*Intervenção federal - Reintegração de posse - Medida cautelar concedida e ação julgada procedente - Requisição de força policial para a execução da decisão judicial não atendida - Pedido deferido.*

- Comprovado que o Poder Executivo estadual, demonstrando total indiferença às requisições do Poder Judiciário, não pretende fornecer os meios necessários para que se execute ordem de reintegração de posse, perfeitamente legítima, expedida em consonância a diversos mandamentos legais e constitucionais, a intervenção federal é a única medida que resta para dar ao caso solução que preserve a autoridade da referida decisão judicial".

O Exmo. Sr. Governador prestou ao STJ as informações de fls. 244/251, acompanhadas da documentação de fls. 252/257.

Nelas, em síntese, sustenta:

a) impossibilidade jurídica do pedido, visto que um exame do elenco das hipóteses ensejadoras de Intervenção Federal, com efeito, deixa claro que essas configuram situação que presumidamente colocam em risco, potencial ou atual, a unidade nacional e a integridade da Federação. A regra é a não-intervenção. A medida é de caráter excepcionalíssimo, demanda muito rigor por ocasião do juízo de admissibilidade do pedido;

b) constitui a medida negação da autonomia do Estado-membro, decorrente do princípio federativo. É este o entendimento exposto pelo Min. Celso de Mello:

"*Não se pode perder de perspectiva a circunstância de que a Intervenção Federal representa, ainda que transitoriamente, a própria negação da autonomia institucional reconhecida aos Estados-membros pela Constituição da República*" (fl. 248).

c) desse modo, somente a manifesta negativa e rebeldia ante a decisão judicial, com o intento de nulificar o Poder Judiciário, seria apta a ensejar a possibilidade de intervenção. Trata-se, pois, de situação totalmente diversa da que ocorre no caso em tela, em que se busca a todo custo fazer cumprir a decisão judicial;

d) inexiste descumprimento de ordem judicial, colocando-se a Administração Pública estadual inteiramente à disposição da solução do litígio. Cabe ressaltar, mais uma vez, que não está afastada a hipótese de solução administrativa da questão. Nesse sentido há todo empenho do Poder Executivo estadual. O Executivo, através da Cohapar, tem envidado incansáveis esforços na busca de uma solução para o problema;

e) a Secretaria de Estado da Segurança Pública também tem mantido direto acompanhamento da situação, sempre visando ao cumprimento da decisão judicial, sem embargo de todas as tentativas no sentido de uma solução harmoniosa para a questão;

f) diante da existência da possibilidade de medida administrativa, sugere seja sustada a tramitação do feito, com a sua suspensão, "*até serem carreados os devidos desdobramentos administrativos, no lapso razoável*" a juízo do STJ.

O Ministério Público Federal, em parecer da eminente Subprocuradora-Geral da República, Dra. Yedda de Lourdes Pereira, é pelo deferimento do pleito. Vale-se dos argumentos assim desenvolvidos (fls. 259/260):

"*Área localizada em Curitiba foi objeto de invasão em 1991. Julgada procedente a ação de reintegração de posse e mantida a decisão em 2º grau, a medida liminar para desocupação do imóvel, que dependia de força policial, teve a requisição reiterada. Todavia as inúmeras requisições não lograram atendimento e a ordem, que se arrastava desde janeiro de 1992, continuou sem cumprimento, o que levou o juiz a solicitar ao Tribunal de Justiça o processamento de pedido de intervenção federal.*

Ouvido o Governador em 1998, sem que seus argumentos comprovassem qualquer justificativa plausível, foi julgado procedente o pedido e encaminhado a esta Corte, com o fim de ser obtido o decreto ensejador do cumprimento da medida reintegratória expedida nos autos 705/91.

Às fls. 344 constam as informações do Governador, onde se repetem os argumentos anteriores e, mais uma vez, solicita medida protelatória de sustação do feito - indefinidamente - tentando justificar o pedido com um programa de operação jamais implementado e, tudo indica, não o será tão cedo. E o esbulho se aproxima do décimo aniversário.

O Estado do Paraná, por tradição, se omite no cumprimento de decisões judiciais.

Na Intervenção 57 tivemos oportunidade de lembrar que essa Egrégia Corte Superior decidiu que 'demonstrada a relutância do Poder Executivo Estadual em cumprir decisão emanada do Poder Judiciário, impõe-se o deferimento da intervenção federal'. *E, nesse julgamento, o Ministro Edson Vidigal anexou voto proferido em anterior intervenção contra o Estado do Paraná, onde advertiu que* 'não é a primeira vez que esta Egrégia Corte Especial defere pedido de intervenção federal no Estado do Paraná até aqui pelo mesmo motivo - a falta de cumprimento a decisão judicial. E temos visto que, não obstante, nada acontece, nem há intervenção, nem o desobediente é responsabilizado criminalmente. (...)'.

Ante os fatos relatados, o Ministério Público Federal se manifesta pelo deferimento da requisição".

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

Ministro Humberto Gomes de Barros - Sr. Presidente, trata-se da mesma matéria da Intervenção Federal nº 76/PR, de que fui Relator, cujo julgamento iniciou-se em 16.10.2002 e concluiu-se nesta assentada.

Reconheço a competência do Superior Tribunal de Justiça.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado - Sr. Presidente, voto pela incompetência deste Tribunal para processar e julgar o presente rito da intervenção federal.

VOTO

Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator) - Rejeito a preliminar suscitada nas informações, de impossibilidade jurídica do pedido, sob fundamento de constituir a medida negação da autonomia do Estado-membro, decorrente do princípio federativo.

Com efeito, o pedido interventivo em tela está respaldado no art. 34, da Constituição Federal, explicitando os casos em que a União Federal intervirá nos entes federados Estados e Distrito Federal.

Assim, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, quando este, sem sombra de dúvida, assenta-se no permissivo do inciso VI do mencionado dispositivo constitucional.

O pedido de intervenção, por descumprimento de decisão judicial, foi formulado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, após provocação dos interessados, cabendo ao STJ decidir pelo seu acolhimento, ou não (CF, art. 36, II, c/c art. 312, I, do Regimento Interno do Tribunal).

No mérito, principio por assinalar que este pedido de intervenção é semelhante a outros apreciados pela Corte, oriundos do Paraná, versando sobre descumprimento de decisões judiciais.

Dentre elas, o primeiro precedente da Corte, onde o tema foi amplamente debatido, cujo substancioso acórdão rememoro com sua significativa ementa, assim posta, *verbis*:

"*Desobediência de Governador de Estado, em promover apoio à execução de decisão judicial. Hipótese de intervenção autorizada pelo art. 34, inc. VI, da Constituição Federal.*

Requisição do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento de Tribunal de Justiça do Estado, por tratar-se de matéria infraconstitucional (art. 19, inc. I, da Lei nº 8.038/90).

Decreto de intervenção que especificará a amplitude, prazo e condições de execução (§ 1º, do art. 36, da Carta Magna).

Demonstrado que o Governador, ainda que sem o deliberado propósito de não atender à decisão judicial, vem, na verdade, obstando a sua execução, desde que tem negado ao Juiz de Direito o apoio da força policial, por ele requisitada. Hipótese em que, por sua recusa, não se cumpriu a medida liminar de

reintegração de posse, concedida para garantia de propriedade agrícola, invadida por terceiros, em Comarca do Interior do Estado.

Sem êxito as gestões administrativas do Presidente do Tribunal de Justiça, junto ao Governador, deliberou a Corte solicitar intervenção federal, ao Superior Tribunal de Justiça, em apoio à execução de ordem judicial, obstada desde o final do ano de 1988.

Pedido de intervenção federal julgado procedente" (IF. 001 - PR, *DJ* de 26.10.92).

O Acórdão requisitante harmoniza-se com esta orientação (fls. 211/219):

Diz o aresto:

"*2. Desde logo, rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, suscitada pelo Sr. Governador do Estado em suas informações.*

É que, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, 'ordem ou decisão judiciária' *a que alude a parte final do inc. VI do art. 10 da CF (atual inc. VI do art. 34) é expressão que abarca qualquer ordem judicial, e não apenas as que digam respeito às sentenças transitadas em julgado*" (*RT*, 621/217).

Justifica essa assertiva o Ministro Moreira Alves, com as seguintes razões:

'*Se a Constituição, presentemente - e isso ocorre desde a de 1946 - alude a 'ordem ou decisão judiciária', e se a finalidade do dispositivo constitucional é, inequivocamente, a da preservação do cumprimento das ordens e das decisões do Poder Judiciário, que é Poder desarmado, não há dúvida alguma de que essas expressões não podem ser tomadas com restrições que acabem de deixar o descumprimento delas, em virtude da resistência ilícita da parte a quem se dirigem, ao arbítrio do Poder Executivo estadual. Para a distribuição da justiça é absolutamente indispensável o cumprimento de qualquer ordem judicial, e não apenas daquelas que digam respeito a sentenças transitadas em julgado'.*

E sobre o assunto, outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

'*O texto constitucional não exige que a decisão judicial pendente de cumprimento esteja coberta pelo manto da* res judicata *'(*RSTJ, *63/75).*

Portanto, como observa, com inteira propriedade, a douta Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de fls. 164-188, 'qualquer ordem ou decisão judicial descumprida, independente de seu caráter cautelar ou definitivo, pode dar azo para a propositura do pleito interventivo'.

De qualquer forma, na hipótese em exame, há decisão definitiva, transitada em julgado, o que, por si só, demonstra a improcedência da preliminar argüida.

3. Superada a questão prévia, no mérito, o pedido, sem sombra de dúvida, deve ser integralmente acolhido, porquanto estão preenchidos os pressupostos constitucionais fixados para tanto.

Com efeito, provou-se o descumprimento, pelo Estado, de ordem judicial válida, decorrente de sentença transitada em julgado, donde acertadamente se reclama a intervenção federal.

Frise-se, a propósito, que o direito de Carlos Wavel Chaves e sua mulher está assegurado pela legislação vigente, ou seja, pelos arts. 499 e 523 do Código Civil, 926 usque *931 do Código de Processo Civil e art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.*

Nas informações de fls. 101/110, o Sr. Governador do Estado do Paraná apresenta alegações que não justificam a sua omissão, dando, inclusive, a nítida impressão de que, na verdade, não quer cumprir a ordem judicial, tanto que, levianamente - data venia -, sustenta o seguinte: 'É incongruente deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre função social. A liminar concedida nessas condições conflita com o texto constitucional'.

É certo que sua Excelência acena para a possibilidade de decisão administrativa. Porém, não demonstra sua viabilidade, pois sequer indica quais as medidas que seriam tomadas para alcançar tal solução. A propósito, se fosse possível, como afirma, 'encontrar no plano administrativo solução que equacione o grave problema em questão', face ao tempo decorrido (mais de oito anos), já a teria encontrado.

Aliás, o problema social existente decorre dos atos de violência (invasões), contra os quais os proprietários do imóvel invadido pediram providência judicial regular, concedida após prévia justificação. Se o Poder Executivo tivesse fornecido os meios necessários para a pronta execução dessa providência judicial, é óbvio que teria evitado o agravamento do problema social e a extensão das suas conseqüências ora ocorrentes.

Ademais, o problema social não exime o Poder Executivo de fornecer ao Poder Judiciário os meios necessários à execução de decisão judicial, que determina a reintegração do proprietário na posse do imóvel objeto de esbulho. Como já se ponderou, 'não basta que a Administração afirme que não se nega a proteger o direito de propriedade, se nada faz para protegê-lo, quando atingido. O problema dos 'sem terra' é político-social, que impõe solução, mas não à custa de direito alheio, constitucionalmente assegurado" (*RSTJ*, 37/126).

Nessa linha de pensar, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Intervenção Federal nº 15-0 - PR, pontificou:

"*Constitucional. Intervenção Federal. Não-cumprimento de ordem emanada de autoridade judicial através do devido processo legal. Esgotamento dos meios suasórios. Pedido deferido (CF, arts. 34, VI, e 36, II, Lei 8.038/90, art. 19, I).*

I - (...)

II - Embora altamente traumática, por isso que admitida em casos taxativos e extremos, a intervenção federal é instituto destinado a preservar a própria Federação. A sobrevivência do Estado e da própria sociedade está na preservação das decisões legais emanadas de autoridades constituídas, sob pena de prevalência da anomia, onde só tem vez a força bruta, com garroteamento da lei e do direito. Embora justo e ponderável o receio de se evitar confronto sangrento, sobretudo com os menos favorecidos, não se pode, indefinidamente, aguardar pela boa vontade do Executivo estadual que, por lei, está encarregado de cumprir tais requisições judiciais. As questões levantadas nas informações não têm consistência e nada trazem de positivo para a solução do caso concreto.

III - Pedido de Intervenção deferido para o fim específico do cumprimento da ordem reintegratória (CF, arts. 34, VI, e 36, II; Lei 8.038/90, art. 19, I)' (DJU *de 21.11;.93, Relator Ministro Adhemar Maciel).*

Portanto, comprovado, como está, que o Poder Executivo Estadual não pretende fornecer os meios necessários para que se execute a ordem de reintegração de posse, demonstrando, com sua inércia, total indiferença às requisições do Poder Judiciário, a intervenção federal é a única medida que resta para dar ao caso solução que preserve a autoridade da mencionada ordem judicial, ordem essa perfeitamente legítima e expedida em consonância a diversos mandamentos legais e constitucionais (...)".

O parecer do Ministério Público Federal, a sua vez, guarda perfeita sintonia com os fundamentos do acórdão requisitante. Transcrevo:

"*Área localizada em Curitiba foi objeto de invasão em 1991. Julgada procedente a ação de reintegração de posse e mantida a decisão em 2° grau, a medida liminar para desocupação do imóvel, que dependia de força policial, teve a requisição reiterada. Todavia as inúmeras requisições não lograram atendimento e a ordem, que se arrastava desde janeiro de 1992, continuou sem cumprimento, o que levou o juiz a solicitar ao Tribunal de Justiça o processamento de pedido de intervenção federal.*

Ouvido o Governador em 1998, sem que seus argumentos comprovassem qualquer justificativa plausível, foi julgado procedente o pedido e encaminhado a esta Corte, com o fim de ser obtido o decreto ensejador do cumprimento da medida reintegratória expedida nos autos 705/91.

Às folhas 344 constam as informações do Governador, onde se repetem os argumentos anteriores e, mais uma vez, solicita medida protelatória de sustação do feito - indefinidamente - tentando justificar o pedido com um programa de operação jamais implementado e, tudo indica, não o será tão cedo. E o esbulho se aproxima do décimo aniversário.

O Estado do Paraná, por tradição, se omite no cumprimento de decisões judiciais.

Na Intervenção 57 tivemos oportunidade de lembrar que essa Egrégia Corte Superior decidiu que 'demonstrada a relutância do Poder Executivo Estadual em cumprir decisão emanada do Poder Judiciário, impõe-se o deferimento da intervenção federal'. E neste julgamento, o Ministro Edson Vidigal anexou voto proferido em anterior intervenção contra o Estado do Paraná, onde advertiu que 'não é a primeira vez que esta egrégia Corte Especial defere pedido de intervenção federal no Estado do Paraná até aqui pelo mesmo motivo - a falta de cumprimento a decisão judicial. E temos visto que, não obstante, nada acontece, nem há intervenção, nem o desobediente é responsabilizado criminalmente (...)'.

Ante os fatos relatados, o Ministério Público Federal se manifesta pelo deferimento da requisição" (fls. 259/260).

Ao concordar, integralmente, com os argumentos expendidos pelo Tribunal requisitante e pelo *Parquet*, acima transcritos, tenho como procedente o pedido de Intervenção Federal, para garantir a execução, no prazo de cento e vinte dias, da medida liminar deferida pelo ilustrado Juízo da Quarta Vara Cível da Comarca de Curitiba, adotada na ação de reintegração de posse, Processo n° 705/91, cujo retardo no cumprimento remonta ao ano de 1997 (cf. fl. 67).

VOTO-MÉRITO
(Vencido)

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar - Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha e aos que o acompanharam na decisão anterior, para acentuar que o pedido de intervenção é também um juízo político do Tribunal. Evidentemente, neste País, com tantas decisões liminares e antecipações de tutela, convém ao Tribunal considerar as circunstâncias de fato que justificaram aquela decisão e o processo no qual estava inserida quando tiver que decidir sobre pedido de intervenção federal nos Estados.

Neste caso, trata-se de uma decisão liminar que assim está há muitos anos, sem que se saiba do andamento do processo. Envolve o interesse de milhares de pessoas que ocupam uma gleba, situação que o governo ainda não conseguiu resolver do ponto de vista político-administrativo. Ao darmos cumprimento a um despacho liminar que está sujeito a simples revogação pelo juiz, estaremos tomando uma decisão que, se cumprida, trará gravíssimas conseqüências, as quais, penso eu, não devem ter como causa, neste momento, essa via excepcional.

Data venia, repetindo o entendimento do julgamento anterior, indefiro o pedido de intervenção.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

VOTO-MÉRITO
(Vencido)

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha - Sr. Presidente, por estar ausente na decisão anterior, fiquei desatento

quanto às razões dos votos dissidentes, que, na verdade, nem chegaram a ser proferidos hoje, apenas reportando-se a eles o Sr. Ministro José Delgado.

Peço vênia ao Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros para reconsiderar o meu voto e indeferir o pedido de intervenção, nos termos do voto do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

VOTO-MÉRITO
(Vencido)

O Sr. Ministro José Delgado - Sr. Presidente, peço vênia à Corte para manter o meu voto proferido na Intervenção Federal nº 76/PR, pelas razões expostas e relembradas pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Indefiro o pedido de intervenção.

VOTO-MÉRITO
(Vencido)

O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca - Sr. Presidente, em virtude das razões apresentadas pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, retifico meu entendimento proferido no julgamento da Intervenção Federal nº 76/PR.

Indefiro o pedido de intervenção.

VOTO-MÉRITO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Senhor Presidente, tenho fundado entendimento na linha das razões expostas pelo Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Entendo que, em matéria de intervenção, realmente os Tribunais exercem também um juízo de natureza política, levando em consideração circunstâncias de fato. A intervenção é uma medida de caráter excepcional que desqualifica a existência da Federação.

Neste caso, diante dos fundamentos que foram apresentados, em se tratando de uma medida liminar que a qualquer tempo pode ser efetivamente revogada, a decretação do pedido de intervenção pode gerar uma conseqüência extremamente danosa, ainda mais considerando a situação fundiária do País.

Com essas razões, peço vênia ao eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, para acompanhar a divergência, amparado no voto proferido pelo Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Indefiro o pedido de intervenção.

VOTO-VENCIDO

Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - Sr. Presidente, o caso, como foi ressaltado, envolve indagação de ordem política, no sentido puro do termo: indagação de ordem constitucional. Como bem assinalou o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a hipótese apresenta peculiaridades. A primeira delas é que se trata de uma decisão liminar que pode ser revogada a qualquer tempo; a segunda é que a medida a ser cumprida envolve a desocupação de um imóvel ocupado por milhares de pessoas.

Se não me falha a memória, existia um projeto, que talvez já tenha

sido aprovado, em que se previa uma forma especial de execução nessas hipóteses de imóveis situados na periferia das grandes cidades e ocupados por grandes contingentes populacionais, porque, neste caso, a questão envolve interesse social de extrema relevância. Como um governador, mesmo querendo cumprir uma decisão, poderia abruptamente colocar tratores para derrubar as casas de milhares de pessoas, alegando que se trata de uma ordem judicial; ele não pode, simplesmente, mandar que todos saiam daquele local, não pode, enfim, desconstituir uma situação que não deveria existir e que, muitas vezes, foi constituída ora por omissão do Poder Público, quando se trata de terreno municipal, estadual ou federal, e outras vezes até pelo próprio particular que deixou a situação chegar à condição de irreversibilidade.

Pelo que tenho, existiam ou existem estudos, ou quando não uma lei aprovada, em que se previa, para essas hipóteses de ocupação de imóveis situados em periferia de grandes cidades, uma forma de se preservar os interesses dessas populações marginalizadas. Isso há de ser levado em conta. No caso concreto, em se tratando de uma liminar e de populações que já se fixaram nessas áreas, não vejo como determinar a um governador que cumpra, desde logo, decisão nesse sentido.

VOTO-VENCIDO

Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - Sr. Presidente, diante dessas peculiaridades, na hipótese de liminar que trata de decisão envolvendo despejo de número considerável de famílias residentes em terrenos localizados na periferia das grandes cidades, diviso que, realmente, não é fácil se cumprir essa decisão.

Não se trata de uma decisão judicial pura e simples que está sendo descumprida. Há envolvimentos outros para os quais, muitas vezes, contribuiu o próprio Estado ao proferir, por meio do Judiciário, decisão que pretende seja cumprida.

Com essas breves considerações, peço vênia para acompanhar a divergência, indeferindo o pedido de intervenção.

VOTO-MÉRITO

Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal - Senhor Presidente, já se passaram cinco anos; o governador da época nem deve estar mais no cargo, e o atual também tem outras demandas nesse mesmo quesito. Talvez fosse o caso de o Congresso Nacional emendar a Constituição admitindo a intervenção federal, excetuando os de invasão de propriedade nas regiões adjacentes às áreas metropolitanas.

Quanto às questões provocadas pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro e pelos meus ilustres Pares com relação a essa questão, teria a colocar que não há nada na vida que não tenha solução. Benjamim Franklin já advertia que só não há solução para a morte e para os impostos.

Esse episódio, *data venia*, sem nenhuma ofensa, é de muita incompetência política. Houve a invasão de uma propriedade e, depois, uma decisão que se arrasta por cinco anos sem qualquer solução, tendo-se à disposição, pela própria Constituição, um instrumento de desapropriação direta ou indireta. O que não há mesmo é vontade política de se resolver o problema.

Todo esse roteiro lento vem até de certo modo a propósito a fim de que haja tempo para que política e administrativamente se resolva de modo a se salvaguardar o respeito à decisão judicial. Nessas hipóteses, não podemos assumir uma postura a pretexto de se justificar uma violência legal, porque é liminar, ou encontrar uma desculpa para quem faltou com o cumprimento da lei, para quem foi irresponsável administrativamente. Esse procedimento é caso de *impeachment*. Essa é uma hipótese de crime de responsabilidade. Não vou dar uma "arrumadinha" na situação.

A mim não me causa nenhum receio, constrangimento ou apavoramento esse instituto chamado intervenção federal, até porque ele nunca aconteceu. A própria União está aí sem cumprir decisão judicial, e quem vai intervir na União?

Essa é uma discussão acadêmica, mas não posso inventar saídas para justificar atos de irresponsabilidade administrativa. É o que a Constituição prescreve, seja feita a sua vontade.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, deferindo a intervenção federal.

É o voto.

VOTO-MÉRITO

Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar - Senhor Presidente, os Colegas que há mais tempo se encontram na Corte Especial devem estar lembrados de algumas intervenções minhas em casos dessa natureza, em que sugeria que o ofício relativo à intervenção fosse conduzido pelo Presidente da Corte, pessoalmente, ao Presidente da República, para que não se ficasse à espera de um entendimento entre o Ministro de Estado da Justiça e o Presidente da República. Entendimento que, não ocorrendo efetivamente, afasta qualquer responsabilidade do Presidente da República. Mas a Corte decidiu que seguindo a praxe a decisão desta Casa deveria ir ao Executivo por via do Ministro de Estado da Justiça.

Não quero retornar ao assunto, mas apenas dizer que esta Corte, reiteradamente, tem tomado providências como a de que agora se cuida, e não me recordo de ter ouvido ou lido notícia de sua concretização.

Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, deferindo o pedido de intervenção federal, porque cabe ao Poder Executivo, nas várias esferas, encontrar solução, e não ao Poder Judiciário, *data venia* das preocupações expostas pelo Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a quem rendo minas homenagens. A manifestação de S. Exª realmente me impressionou, mas não chega a alterar a minha posição, deferindo o pedido de intervenção federal.

VOTO-MÉRITO
(Vencido)

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins - Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, indeferindo o pedido de intervenção federal.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Corte Especial, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"*Preliminarmente, a Corte Especial, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, reconheceu a competência do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, ainda por maioria, vencidos os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio de Pádua Ribeiro e Francisco Peçanha Martins, a Corte Especial deferiu o pedido de intervenção nos termos do voto do Sr. Ministro Relator*".

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Edson Vidigal, Fontes de Alencar e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Vicente Leal e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 05 de fevereiro de 2003. - *Azelma Elvira Montenegro de Souza França* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 30.06.2003.)

-:::-

CRIMINAL - *HC* - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO FÚTIL - INCOMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER PESSOAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - ORDEM CONCEDIDA

- I. As circunstâncias subjetivas ou de caráter pessoal são aquelas referentes à pessoa do agente e sua relação com a vítima ou eventuais concorrentes para a prática delitiva.

- II. Desde que não configurem elementares do tipo penal, não se comunicam entre os participantes do crime.

- III. O motivo fútil configura circunstância de caráter pessoal, não se comunicando entre os participantes do delito. Precedentes.

- IV. Quesitação realizada de maneira equivocada, sobressaindo evidente *error in procedendo* e caracterizando nulidade absoluta.

- V. Acolhida a tese da impetração de incomunicabilidade do motivo fútil, restam superadas as demais alegações, quais sejam, a de incompatibilidade entre as qualificadoras do motivo torpe e motivo fútil, bem como o pedido subsidiário de redução da pena ao mínimo legal.

- VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, determinando-se a anulação da decisão que condenou o paciente Eduardo Gonçalves, a fim de que o mesmo seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.

- VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

HABEAS CORPUS Nº 23.529-MG - Relator: Ministro GILSON DIPP

Impetrante: Eduardo Gonçalves. Advogado: Andréa Abritta Garzon Tonet - Defensor Público. Impetrado: Desembargador Relator da Apelação Criminal nº 242.5072 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Eduardo Gonçalves (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, "*A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, devendo ser reformado o acórdão recorrido, determinando-se a anulação da decisão que condenou o paciente Eduardo Gonçalves, a fim de que o mesmo seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.*" Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 20 de maio de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Gilson Dipp* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Eduardo Gonçalves, visando à anulação do julgamento do Tribunal do Júri.

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado à pena de 14 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou, sustentando que o *decisum* do Conselho de Sentença teria sido manifestamente contrário à prova dos autos, pois o paciente teria agido sob coação moral irresistível, pressionado pelo co-réu, que teria sido o executor do delito.

A Corte Estadual negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

"*Tribunal do Júri - Homicídio triplamente qualificado - Materialidade comprovada - Autoria induvidosa - Coação moral irresistível - Não-configuração - Co-réu que espontaneamente aceitou participar da empreitada criminosa e, sob promessa de recompensa, atraiu a vítima ao local do crime e, ali, impediu-a de empreender fuga, segurando-a pelo braço, quando foi atingida por 04 disparos de revólver pelo co-réu, executor do homicídio - Qualificadoras - Caracterização - Veredicto popular alicerçado na versão mais coerente apresentada nos autos - Aplicação da Súmula 28 das Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal de Justiça - Decisão mantida - Recurso desprovido*" (fl. 20).

Daí a presente impetração, na qual se pretende a anulação do acórdão impugnado, a fim de que o paciente seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Subsidiariamente, requer a redução da pena imposta pelo Magistrado singular para o mínimo legal (fl. 08).

Para tanto, aduz-se que a qualificadora do inciso II do § 2º do art. 121 do Estatuto Punitivo (motivo fútil) teria sido imputada ao paciente em virtude do concurso de pessoas, porém seria de caráter subjetivo.

Alega-se que as circunstâncias de natureza subjetiva ou pessoal não se comunicariam entre os participantes da prática delitiva, mesmo que fossem do conhecimento dos mesmos.

A impetração refere que, ainda que as circunstâncias pessoais fossem comunicáveis, não seria possível a qualificação do crime por motivo torpe e motivo fútil, simultaneamente.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem (fl. 38).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Eduardo Gonçalves, visando à anulação do julgamento do Tribunal do Júri.

O paciente foi condenado pela prática de homicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II e IV).

Em razões, sustenta-se, em suma, que circunstâncias de caráter pessoal, *in casu*, motivo fútil, não se comunicariam, ainda que integrem o conhecimento dos participantes do delito, além de que não se poderia qualificar o crime de homicídio por motivo fútil e motivo torpe, simultaneamente.

Requer a submissão do paciente a novo julgamento pelo Tribunal do

Júri, ou a redução da pena para o mínimo estabelecido em lei.

Merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, quanto à comunicabilidade, ou não, de circunstâncias de caráter pessoal, o Tribunal de origem manifestou-se nos seguinte termos, esclarecendo, inclusive, a hipótese fática da ação penal:

"*Quanto às qualificadoras do homicídio, comprovado* quantum satis *nos autos que a co-réu Ana Batista não gostava de Jair (a vítima), seu futuro genro. Por este motivo, que se pode considerar motivo fútil, contratou Manoel para matá-lo. Este, por sua vez, ofereceu quantia de cem reais a Eduardo para atraí-lo ao local do crime (motivo torpe, mediante paga ou promessa de recompensa). Neste local, com a ajuda de Eduardo, que o segurou pelo braço, impedindo a sua fuga, Manoel atirou na vítima, de inopino, causando a sua morte.*

Ora, tanto Manoel (o executor do crime) como Eduardo (co-partícipe) tinham conhecimento do móvel do crime, qual seja, a oposição da co-ré Ana Batista ao namoro de sua filha com a vítima.

Assim, ainda que de caráter subjetivo, tais circunstâncias se comunicam, em caso de co-autoria" (fl. 23).

Merece reparos a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

As circunstâncias subjetivas ou de caráter pessoal são aquelas referentes à pessoa do agente e sua relação com a vítima ou eventuais concorrentes para a prática delitiva. Desde que não configurem elementares do tipo penal, não se comunicam entre os participantes do crime.

A esse respeito, o artigo 30 do Código Penal dispõe que:

"*Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*".

No presente caso, o motivo fútil caracterizou-se pela atitude da co-ré Ana Batista, que não gostava da vítima, o que a levou a contratar os serviços do co-réu Manoel para matá-la.

Esta Corte tem entendido que o motivo fútil configura circunstância de caráter pessoal, não se comunicando entre os participantes do delito.

Assim, tem-se que a quesitação, em casos como tais, foi realizada de maneira equivocada.

Sobressaindo evidente *error in procedendo*, caracteriza-se a nulidade absoluta, que pode ser corrigida na via eleita.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"*Recurso especial. Penal e processual penal. Júri. Sentença de pronúncia. Afastamento de qualificadora.*

- 1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as qualificadoras só podem ser afastadas da pronúncia quando não houver nenhum apoio na prova dos autos, ou seja, quando forem manifestamente infundadas.

- 2. Não se revelando nos autos o motivo do crime, não há falar seja ele fútil, até porque não há como valorar uma conduta, reputando-a fútil, ou não, se não se sabe o motivo que lhe deu causa.

- 3. Tratando-se de circunstância elementar, o motivo fútil não se comunica na forma do artigo 30 do Código Penal.

- 4. Recurso não conhecido" (REsp 172.163/DF, *DJ* de 27.08.2001, Relator Min. Hamilton Carvalhido).

"*Penal e Processual Penal. Recurso especial. Prequestionamento. Júri. Homicídio qualificado. Motivo fútil. Circunstância de caráter pessoal. Quesitação vinculada. Nulidade absoluta.*

- I - O amplo direito de defesa isenta o recorrente do pagamento de despesas de remessa e de retorno dos autos, na ação penal pública, para efeito de subida do recurso especial.

- II - Tema não ventilado no v. acórdão increpado desmerece apreciação por ausência de oportuno prequestionamento (Súmulas 282 e 356 - STF).

- III - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no caput*) são elementares; aqueles que integram o acréscimo, compondo o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são, em regra, circunstâncias.*

- IV - O motivo fútil, qualificando o homicídio, é circunstância de caráter pessoal, subjetiva, que não se comunica *ex vi* art. 30 do Código Penal.

- V - A quesitação vinculada, acerca do motivo fútil, acarreta nulidade absoluta.

- Recurso conhecido e provido" (REsp 192.966/MG, *DJ* de 07.06.1999, Rel. Min. Felix Fischer).

Desta forma, acolhida a tese defensiva de incomunicabilidade do motivo fútil, restam superadas as demais alegações da impetração, quais sejam, a de incompatibilidade entre as qualificadoras do motivo torpe e motivo fútil, bem como o pedido subsidiário de redução da pena ao mínimo legal.

Dessarte, deve ser reformado o acórdão recorrido, determinando-se a anulação da decisão que condenou o paciente Eduardo Gonçalves, a fim de que o mesmo seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"*A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, devendo ser reformado o acórdão recorrido, determinando-se a anulação da decisão que condenou o paciente Eduardo Gonçalves, a fim de que o mesmo seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular*".

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 20 de maio de 2003. - *Livia Maria Santos Ribeiro* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 16.06.2003.)

-:::-

HABEAS CORPUS - **EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO - POSSIBILIDADE** - *EMENDATIO LIBELLI* - **MANIFESTAÇÃO DO RECORRIDO ACERCA DA NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA - DESNECESSIDADE**

- "*O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental*" **(*HC* 23.898/MG, Rel. Min. Felix Fischer).**

- Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhes na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos, e não de sua capitulação inicial.

- Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 25.097-RS - Relator: Ministro PAULO MEDINA

Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outros. Impetrada: Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Celso Silva Silveira (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Turma, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília-DF, 15 de maio de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Paulo Medina* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Paulo Medina (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Celso Silva Silveira, no qual alega que vem sofrendo constrangimento por parte da Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O paciente, delegado de polícia aposentado, em conjunto com outros policiais civis daquela Unidade Federativa, foi condenado a 26 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento das seguintes infrações: prática de tráfico de entorpecentes, extorsão e associação para o tráfico.

Na peça inaugural da ação penal (fls. 18-50), foram imputados ao paciente os seguintes crimes:

- *associação para o tráfico*, no intento de praticar, reiteradamente, os crimes próprios do tráfico de drogas previstos no art. 12 da Lei 6.368/76, notadamente em relação às substâncias entorpecentes cocaína e maconha;

- *formação de quadrilha*, para o fim de cometimento de delitos praticados a partir de sua condição de agentes públicos responsáveis pela repressão à criminalidade;

- *participação no crime de concussão*, consistente em exigir pagamento de quantia em dinheiro e, a seguir, receber 1,8 kg de cocaína, para que deixasse de praticar ato de ofício a que estava obrigado, qual seja, a prisão em flagrante por tráfico de droga;

- *participação em tráfico de drogas*, eis que, em conjunção de esforços e comunhão de vontades, adquiriu, guardou e colocou em depósito 1,8 kg de cocaína, para venda e consumo de terceiros;

- *extorsão mediante seqüestro*, haja vista ter, em conjunto com os outros policiais civis, seqüestrado e restringido a liberdade de Carlos Roberto Pereira Willms, com o fim de obter vantagem indevida, consistente na quantia de R$ 15.000,00, em dinheiro, como condição para libertá-lo e deixar de autuá-lo em flagrante, posto que havia sido flagrado em sua casa, após ter vendido 01 kg de cocaína;

- *tráfico de drogas*, pela guarda e colocação em depósito da substância entorpecente citada no parágrafo anterior, com a intenção de posterior venda

e fornecimento para traficantes que atuam na região metropolitana daquele Estado.

Ressalte-se que, dentre os crimes elencados, alguns foram praticados em Municípios diversos, a saber: Bento Gonçalves, Canoas, Venâncio Aires e Lajeado, todos do Estado-membro do Rio Grande do Sul.

O paciente alega, em seu *writ*, existirem nulidades na decisão condenatória, eis que esta teve como alicerce probatório, tão-somente, os depoimentos testemunhais prestados, e não o laudo pericial confirmando a natureza entorpecente das substâncias, não se admitindo, neste caso, exame de corpo de delito indireto.

Os impetrantes aduzem, ainda, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, haja vista a Corte de origem ter procedido verdadeira *mutatio libelli*, sem ter dado oportunidade posterior ao recorrido para manifestar-se.

Houve anterior impetração de *mandamus* neste Tribunal Superior, na qual foi negada a ordem pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves (fls. 967-973), a quem tive a honra de substituir nesta e. Turma, que tinha como objeto o mesmo aresto de 2° grau, porém a matéria versada naquela diferia da presente.

Nas informações prestadas (fls. 262-270), asseverou o d. Desembargador 2° Vice-Presidente daquela Corte:

"No caso, por desaparecidos os vestígios da droga, nada estava a impedir, como de fato ocorreu, o suprimento do exame de corpo de delito pela farta prova testemunhal colhida nos autos. Ademais, como já mencionei por ocasião do exame da admissibilidade recursal, a hipótese em exame reveste-se da particularidade de se estar diante de crimes cometidos por policiais civis, no exercício da função pública, de forma organizada, atuando numa teia de corrupção sem abrangência definida".

Em seu parecer (fls. 1.018-1.025), o representante do *Parquet* federal opinou pela denegação da ordem, ressaltando:

"(...) Na verdade, para confirmar sua punição, o Pretório gaúcho não se louvou apenas em depoimentos de testemunhas. Também se amparou nas confissões feitas por alguns acusados em seus interrogatórios. (...) Em suma, não houve cerceamento de defesa nem se arranhou a Súmula 453 do STF. A hipótese é de emendatio libelli *(art. 383 do CPP)...*".

Eis o relato do necessário.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Paulo Medina (Relator) - Infundada a nulificação requerida. O acórdão *a quo* deve ser mantido *in totum*. Fundamenta-se.

Ab initio, há de se elogiar as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, muito bem fundamentadas,

tanto a de 1°, como a de 2° grau de jurisdição. Verdadeiras aulas de Direito Penal e Processual.

A questão possui dois cernes, a saber: a possibilidade do feitio do exame de corpo de delito indireto no caso em apreço e o cerceamento de defesa pela ocorrência da *mutatio libelli*.

Começo dizendo que, em decorrência da busca da verdade real no processo penal, princípio este que, nos tempos modernos, vem se estendendo à seara cível, é recomendável ao julgador, pela natureza do bem jurídico envolvido nas lides criminais - a liberdade do cidadão -, aceitar todo tipo de material probatório, desde que o mesmo não ofenda a moral e os bons costumes e, de igual modo, não viole o respeito à dignidade humana, preceito de ordem constitucional.

No presente feito, como muito bem salientado pelo membro do *Parquet* federal, a certeza da culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovação social que se fez sobre a conduta do agente, ora paciente, foi solidamente certificada.

Como sabido, o art. 158 da Lei Adjetiva Penal exige exame de corpo de delito direto ou indireto quando a infração deixar vestígio, mas o art. 167 lhe contempera o rigor, dizendo que, quando não for possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a falta.

A hipótese olvidada no parágrafo anterior foi a que ocorreu nos presentes autos, isto é, pelas provas testemunhais e confissões dos demais acusados (fls. 897-899), haja vista o crime tenha se dado com concurso de pessoas, a participação do paciente foi tida como certa no delito.

Frisou a r. sentença (fl. 740):

"Ademais, há depoimento testemunhal, que refere que ele (Celso Silva Silveira) não somente estava participando dos fatos criminosos, mas e, principalmente, estava ficando com a maior parcela dos lucros auferidos em decorrência da atividade criminosa. Outrossim, a testemunha Pedro Aguiar diz que o delegado Celso vinha no momento em que estavam fazendo os acertos para saírem nas criminosas operações, sendo que ele sabia tudo que ia ser feito, tinha conhecimento de tudo".

Não há invalidade no julgamento realizado pelo Tribunal de origem por assim ter se posicionado, no que passo a destacar os seguintes julgados desta Corte superior:

"Habeas corpus. *Roubo com a majorante de emprego de arma. Não-apreensão desta. Irrelevância.*

- 1. Em sendo forte e inequívoca a prova oral, é desinfluente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso I do parágrafo 2° do artigo 157 do Código Penal a não-apreensão da arma de fogo empregada no roubo.

- 2. Ainda que se cuide de infração penal intranseunte, admite a lei processual penal o exame de corpo de delito indireto em havendo desaparecido os vestígios, o suprimento da prova pericial pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigos 158 e 167).

- 3. Presume-se juris tantum *a aptidão ofensiva da arma, sendo da parte que a nega o ônus da prova (Código de Processo Penal, artigo 156).*

- 4. Ordem denegada" (*HC* 17.900/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* em 25-05-2002).

"HC - *Constitucional - Processual penal - Corpo de delito.*

- O corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, e o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. Diz-se direto quando reúne elementos materiais do fato imputado. Indireto, se, por qualquer meio, evidencia a existência do acontecimento delituoso.

- A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158, CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito.

- No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real.

- No caso concreto, além da confissão, houve depoimento de testemunha" (*RHC* 2.454/RN, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* em 12.04.1993).

Assim, diante do exame de corpo de delito indireto, foi auferida a participação e culpabilidade do paciente. Inexistiram dúvidas que, por ventura, pudessem beneficiá-lo.

Acerca da alegação de cerceamento de defesa pela ocorrência da *mutatio libelli* (art. 384, CPP), visto que não foi conferida oportunidade de manifestação ao recorrido, ora paciente, desrespeitando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, tenho que merece suporte a opinião do d. Subprocurador-Geral da República.

Vejamos trecho do acórdão objeto deste *mandamus*, na parte que interessa:

"*(...) Segundo o seu entendimento (do juiz sentenciante), considerando que os policiais tinham em mãos um mandado de prisão temporária, o cárcere de Vítor Júnior Marques em Canoas (trazido de Lajeado) não constitui seqüestro, não se tratando, portanto, de crime.*

Com todo o respeito que merece o colega, que, aliás, efetuou trabalho exemplar no presente feito, entendo que tem razão o Ministério Público.

Embora a premissa utilizada seja verdadeira, ou seja, não houve seqüestro, a conduta dos policiais não pode ser tida como atípica, já que se molda a outra figura delitiva - a do art. 158, § 1º, do Código Penal" (fls. 886-887).

Notaram?

É que não houve nova imputação de tipo penal ao recorrido por parte do julgamento realizado no 2º grau de jurisdição. O que aconteceu foi simplesmente a consideração, quando proferido o aresto, de capitulação jurídica diversa da constante na denúncia, eis que esta formulava acusação com base no art. 159 do estatuto repressivo, e a conduta do paciente terminou, corretamente, sendo tipificada no art. 158, § 1º, do mesmo *codex* (fl. 893).

Melhor dizendo, no intento de clarear,

"*(...) Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. (...) Não há na hipótese do artigo 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito*".

É esta a lição sempre precisa de JULIO FABBRINI MIRABETE, em seu *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª ed., p. 441, quando analisa o tema.

Note-se, ainda, que a pena cominada à infração do art. 158 do Código Penal é menor que a prevista para o art. 159 do mesmo estatuto, e o instituto processual da *emendatio libelli* possibilita a sua aplicação mesmo que a reprimenda seja mais gravosa - CPP, art. 383, em uma clara alusão à premissa de que "*o réu se defende dos fatos a ele imputados, e não da sua configuração jurídica*".

Ao ensejo da conclusão do assunto, cito:

"*Processual penal.* Habeas corpus. *Roubo qualificado. Prisão preventiva. Superveniência de sentença condenatória. Perda do objeto. Denúncia. Inépcia. Ação penal. Justa causa.* Emendatio libelli.

- I - A condenação superveniente que não faculta ao réu o direito de apelar em liberdade modifica a natureza da custódia, prejudicando, assim, o exame do writ.

- II - Denúncia que apresenta narrativa que se ajusta ao modelo da conduta proibida não é, em princípio, inepta porquanto permite a ampla defesa.

- III - Em sede de habeas corpus, *a tese da falta de justa causa deve ser passível de imediata verificação sem recurso ao vedado minucioso cotejo analítico das provas.*

- IV - Eventual erro na capitulação legal pode ser corrigido no momento da sentença, ex vi *do art. 383 do CPP, sem causar prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, porquanto o réu se defende dos fatos a ele imputados,*

e não da classificação do crime feita na denúncia.

Precedentes.

Writ *prejudicado em parte e denegado na parte conhecida*" (*HC* 25.810/SC, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 14.04.2003).

Destarte, de tudo o que foi dito, conclui-se não estar eivada de nulidades a decisão prolatada pela Corte gaúcha, sendo imperativa a não-concessão da ordem.

Posto isso, denego a ordem.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"*A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator*".

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 15 de maio de 2003. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 16.06.2003.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - TEORIA DA APARÊNCIA - CITAÇÃO FEITA NA PESSOA DO FILHO (PARENTE) - NULIDADE - PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO VÁLIDA DO PROCESSO - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - APRECIAÇÃO DE OFÍCIO

- Em face da teoria da aparência, o sistema jurídico moderno, muito embora prestigie as relações sociais que se baseiam na confiança legítima e na boa-fé, a teoria da aparência em caso tal não se aplica, face à citação ser ato de essencial importância, diretamente vinculado à plenitude do direito assegurado pela Carta Magna.

- "*Na execução, a argüição de nulidade* pleno iure, *como a falta de citação, prescinde da oposição de embargos, podendo dar-se por simples petição*" (REsp nº 422.762 - Rel. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. no *DJ* de 25.11.2002).

- Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 364.292-MG - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Recorrente: Majed Saleh Hilal. Advogados: Rodrigo Carvalho da Silva Araújo e outro. Recorrida: Fazenda Pública do Município de Governador Valadares. Procuradores: Androgeu Gomes Filho e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 15 de maio de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Francisco Peçanha Martins* - Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto por Majed Saleh Hilal, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, onde pretende a reforma do v. acórdão proferido pelo tribunal de origem.

Argumenta, em breve síntese, que o v. aresto recorrido afrontou dispositivos de lei federal, notadamente os artigos 214, 247 e 301, I, todos do Código de Processo Civil. Sustenta que proposta uma ação de execução fiscal pela Fazenda Pública do Município de Governador Valadares contra ele, o recorrente, no ato da citação para a devida formação da relação processual, esta foi realizada na pessoa de seu filho, o que, segundo afirma, lhe subtraiu o direito de opor embargos à execução fiscal movida pela Municipalidade, haja vista que transcorrido *in albis* o prazo para oferta dos competentes embargos à execução fiscal, culminou na designação e realização da hasta pública do bem, na qual fora arrematado. Nesta época ciente do processo, o recorrente afirma que interpôs perante o Tribunal *a quo* a exceção de pré-executividade, sendo indeferida pelo MM. Juízo monocrático por entender que tal exceção era incabível naquele momento processual. Interposto o agravo de instrumento perante aquele Tribunal de Origem, este foi prontamente negado o seu provimento, haja vista que, *in casu*, subsistente a teoria da aparência.

O v. aresto restou assim ementado acerca da irresignação do ora agravante (fls. 204):

"*Agravo de Instrumento - Execução fiscal - Pré-executividade - Nulidade - Defeito de citação - Teoria da aparência. - Válida é a citação efetivada na pessoa que apresenta-se como procurador do executado, pois lícito não é exigir-se do Oficial de Justiça que requeira do cidadão prova quanto à capacidade para receber citação. Inadmissível a exceção de pré-executividade, porquanto já em fase de expropriação do bem do devedor*".

Aduz ainda o Tribunal *a quo* no v. acórdão recorrido que, *in verbis:*

"*A citação se deu na pessoa do filho, que se dizia seu procurador, como consta da certidão de fls. 54.*

Realmente, há procuração nos autos, fl. 89, só que limitada, mas lícito não é exigir-se do Oficial de Justiça que requeira do cidadão prova quanto à alegação feita.

Não se trata de pessoa estranha ao agravante, mas de seu filho.

Importante, ainda, frisar que houve a intimação do cônjuge do agravante quando da penhora, fl. 54. (...)

A denominada exceção, a meu sentir, não mais seria admitida com a penhora realizada.

Poderia até o agravante, ciente da realização da praça, antes mesmo de sua efetivação, desde que dispunha de prazo mais do que suficiente, requerer ao juízo da causa a sua suspensão para análise da alegada e não satisfatoriamente provada nulidade de citação" (fls. 205/206).

Apresentadas as contra-razões, a recorrida pugnou pelo desprovimento do recurso ora interposto.

Efetivado o juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, o recurso foi admitido (fls. 243), subindo os autos a esta eg. Corte.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator) - Discute-se no presente recurso especial, fulcrado nas alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, sobre a aplicação da teoria da aparência face à citação feita na pessoa do filho do ora recorrente.

Aduz o ora recorrente, nas razões recursais, violação ao artigo 214 do Código de Processo Civil, eis que "*A norma refere-se a todo tipo de processo, de conhecimento, de execução e cautelar. Até mesmo o procedimento de jurisdição voluntária quando há interesse de terceiro torna obrigatória a citação.*

A norma não se basta com a citação inicial, é necessário que o seja validamente" (fls. 168).

E por via de conseqüência alega também a negativa ao artigo 247 do mesmo instituto processual, vez que "fulmina de nulidade a citação quando feita sem observância dos requisitos legais (...)" (fls. 169).

Em sua irresignação complementa ainda que: "'Permissa venia, *entendemos que a teoria da aparência não se aplica à demanda em apreço, pois, além de ser o recorrente pessoa física, quando o meirinho cumpria a diligência inicial, foi devidamente informado de que não se tratava do executado e sim do seu filho.*

À fl. 39, ao efetuar a penhora, novamente constou o nome do filho do executado, intimando-o para ofertar embargos'" (fls. 171).

Destarte, eis que o confronto entre os fundamentos que serviram de suporte para negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, com as razões apresentadas no recurso especial, infere-se, sem maiores esforços, a controvérsia em torno da validade da citação em face da teoria da aparência e a exceção da pré-executividade.

Quanto à teoria da aparência, esta surgiu para proteger o contratante que, acreditando nessa aparência, acaba por contratar com quem não é o titular do direito disposto, mas o fazendo de boa-fé.

Assim, mesmo que o contratante e ou pessoa não seja o verdadeiro titular do direito, mas pelo simples fato de parecer sê-lo, o negócio acaba por ser convalidado e será perfeitamente eficaz.

Na lição de ARNALDO RIZZARDO, consigna que:

"*Uma pessoa é tida, não raras vezes, como titular de um direito, quando não o é, na verdade. Aparece portadora de um valor ou um bem, agindo como se fosse proprietária, por sua própria conta e sob sua responsabilidade. Não está na posição de quem representa o verdadeiro titular, ou de que se encontra gerindo os negócios alheios.*

Em outras palavras, produzem-se declarações de vontade que não correspondem à realidade" (*Teoria da Aparência*, Ajuris, 24, ano IX - 1982, Março, Porto Alegre - Arnaldo Rizzardo).

Contudo, no tocante à aplicação da teoria da aparência, a citação da pessoa física merece maiores ponderações, eis que "Data maxima venia, *uma coisa é a aplicação da aludida teoria, que visa coibir dificuldades excepcionais na citação - ato de essencial importância pois que diretamente vinculado à plenitude do direito de defesa assegurado pela Carta Política - e outra coisa é a adoção de tal teoria de modo liberal, sem o exame de elementos fáticos importantes, da competência das instâncias ordinárias, (...)*" (REsp nº 323.873/RJ, Rel. Sr. Min. Aldir Passarinho Júnior, publ. no *DJ* de 25.02.2002).

A citação inicial para Pontes de Miranda é o pressuposto de validade do processo, tanto no começo da ação de cognição, da executiva ou da cautelar, ou qualquer outra, "*Sem ela, nulo é o processo, porque não se perfaz a angularidade da relação jurídica processual. O autor pediu a citação; o juiz deferiu-lhe o pedido; e a citação não se fez. (...)*".

E continua em seu ministério: "*Se faltou a citação e prosseguiu o processo, o que não existiu foi a citação, portanto a angularização da relação jurídica processual*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 207/209, Tomo III, (arts. 154/281), Revs. e aumentada - 4ª ed., Forense, 1997).

Tenho por oportuno também, trazer à testilha outra passagem na obra

do renomado doutrinador ARRUDA ALVIM, *in Direito Processual Civil*, v. I, Ed. Rev. dos Tribunais, no qual transcrevo, *in verbis:*

"*Citação é o ato fundamental do processo. Citação não ocorre pelo somatório argumentativo de diversos acontecimentos esparsos ocorridos num processo. Se não houve citação, propriamente dita (art. 225 do CPC), a lei estabelece a nulidade do ato (art. 247), e, neste caso, o que se constata ocorrer é a própria inexistência do ato de citação*" (p. 57).

"*A inobservância dos requisitos constantes dos arts. 223 e 225, à luz do que dispõe o art. 247, todos do CPC, conduz à nulidade do ato, admitindo-se que houvesse identidade entre o intimado e o que deveria ter sido não propriamente intimado, mas citado.*

Se a citação carecer de qualquer desses elementos, de citação não se trata, e, pois, o ato praticado será inepto para vincular alguém, pessoa física ou jurídica, quando realizado com desatenção ao que consta do art. 223, transcrito" (p. 59).

Destarte, temos que o sistema jurídico moderno muito embora prestigie as relações sociais que se baseiam na confiança legítima e na boa-fé, colho a doutrina de Moacyr Amaral Santos, onde não se pode deixar de reconhecer que o formalismo é uma necessidade, porquanto uma garantia para todos que são interessados no processo, e que a ausência de formas daria lugar a inconvenientes muito mais graves e gerais.

Na lição do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a citação irregular, não suprida, torna o processo nulo de pleno direito, uma vez que não completada a relação processual. Eventual decisão proferida nesses autos não transita em julgado, podendo ser anulada a qualquer tempo.

Assim, todos os cuidados deve ter o oficial de justiça ao entregar a citação inicial, vez que este formará a relação processual, e, no caso, a citação foi feita indevidamente na pessoa do filho do ora recorrente, cujo nome se assemelha ao pai, aquele Najed Saleh Hilal e o pai, ora recorrente, Majed Saleh Hilal.

Demais disso, quanto à exceção da pré-executividade, não agiu com o costumeiro acerto o v. acórdão recorrido quando consignou que "*Inadmissível a exceção de pré-executividade, porquanto já em fase de expropriação do bem do devedor.*", haja vista que esta eg. Corte em outra oportunidade de julgamento já decidiu que "*Ao que se vê nas razões do agravo, a recorrida se insurgiu contra a decisão que determinou a penhora de seus bens antes de promovida sua citação, restando conforme à legislação processual a interposição do agravo de instrumento. Aliás, a alegação desse vício não dependeria da oposição de embargos. Ao contrário, por consistir em nulidade* pleno iure, *poderia tomar a forma de* petitio simplex" (REsp nº 422.762 - Rel. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. no *DJ* de 25.11.2002).

À vista do exposto, *dou provimento* ao presente recurso especial.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"*A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator*".

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 15 de maio de 2003. - *Bárdia Tupy Vieira Fonseca* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 16.06.2003.)

-:::-

Supremo Tribunal Federal

MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - NATUREZA - RECURSO - ADEQUAÇÃO

- O ato mediante o qual é deferida, ou não, liminar em mandado de segurança enquadra-se na espécie "decisão interlocutória", sendo atacável no campo recursal. O conhecimento e provimento de agravo longe fica de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, considerada a suspensão de segurança.

RECLAMAÇÃO Nº 1.616-1/PE - Relator: Ministro MARCO AURÉLIO

Reclamante: Total Distribuidora de Combustíveis Ltda. Advogados: José Antonio Alves de Melo e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na reclamação.

Brasília-DF, 28 de abril de 2003. - *Marco Aurélio* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Presidente) - Com esta reclamação, Total Distribuidora de Combustíveis Ltda. impugna ato da Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que implicou a revogação da liminar deferida pelo Relator nos autos do Mandado de Segurança nº 63.994-7. A reclamante afirma existirem várias nulidades no julgado, e a principal refere-se ao não-cabimento de agravo contra decisão concessiva de medida acauteladora pleiteada em ação mandamental. Alega que, nos termos da Lei nº 4.348/64, o meio adequado a alcançar-se a revogação de liminar é o pedido de suspensão de segurança dirigido ao Presidente do Tribunal competente para o julgamento do recurso previsto na legislação - no caso concreto, o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Aduz que o provimento do agravo para afastar a liminar importou em usurpação de competência do Presidente desta Corte. Tece considerações sobre o tema de fundo em discussão no mandado de segurança.

O Ministro Carlos Velloso, então Presidente, indeferiu a liminar por meio do ato de folha 383, anverso e verso. A reclamante interpôs agravo (folhas 411 a 419), ao qual negado seguimento por meio do ato de folhas 421 a 423.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco prestou as informações de folha 428, nas quais se reporta às decisões da Corte. Enviou ainda cópia de ambas - a que resultou no deferimento da liminar para manter o sigilo bancário da reclamante e a alusiva ao agravo.

O Ministério Público Federal, no parecer de folhas 458 a 461, preconiza seja julgado procedente o pedido formulado na reclamação. Eis a síntese da peça:

"*Reclamação. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança originário fulcrado em dispositivo constitucional. Concessão de medida liminar. Sustação conferida pelo próprio Tribunal de Justiça em face do agravo regimental interposto no curso da ação mandamental. Alegada usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Ocorrência. Incabível a suspensão de medida liminar decorrente da interposição e provimento de agravo regimental. Inteligência do artigo 297 do RISTF. Competência, na espécie, do Supremo Tribunal Federal. Parecer pela procedência da reclamação*".

Diante da passagem do tempo, despachei, em 17 de abril de 2002, a fim de que fossem prestadas informações sobre o Mandado de Segurança nº 63.994-7, tendo a reclamante noticiado, à folha 468, permanecer a ação mandamental pendente de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Presidente) - A suspensão de liminar deferida em mandado de segurança é medida de natureza excepcional, uma vez que se extraem da Constituição Federal algumas premissas:

a - as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal nela estão previstos ante a competência definida no artigo 102;

b - em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem - artigo 102, incisos II e III.

Soma-se a esse balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo do juízo primeiro de admissibilidade, verificando-se, neste último, a devolução da matéria. Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à Suprema Corte por meio de pedido de suspensão de medida liminar, sentença ou acórdão -

procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar -, e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida. Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda, preservando-se a credibilidade do Judiciário, para o que mister é reconhecer-se a valia das decisões proferidas, somente atacáveis mediante os recursos pertinentes. Estes, por sinal, viabilizam a almejada bilateralidade do processo, o tratamento igualitário das partes, o que não ocorre com a suspensão de liminar, segurança, tutela antecipada ou qualquer outra decisão. Consubstancia a medida tratamento diferenciado, somente favorecendo as pessoas jurídicas de direito público. Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Púbica, sempre sujeitos aos ares da política governamental em curso.

Assim, toda e qualquer norma ordinária que enseje o acesso direto e com queima de etapas ao Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada com a cabível cautela.

A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão. Não há como concluir que restou configurada lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário. Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido.

No caso dos autos, não atuou, substituindo-se ao Supremo Tribunal Federal, a Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Impetrou-se naquela Corte mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito da 5ª Câmara Criminal de Recife, com pedido de liminar, para que fossem sustados quaisquer atos "*derivados da quebra do sigilo bancário determinado pela Autoridade Coatora (...) quer em relação ao impetrante diretamente, quer em relação a Max Petróleo do Brasil e*

seus diretores". A liminar foi deferida. Posteriormente, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado interpôs contra a citada decisão interlocutória agravo que foi provido pelo Colegiado. Ora, está-se diante de situação concernente à própria tramitação do mandado de segurança, razão pela qual não há de se cogitar da prática de suspensão de liminar, em processo a versar sobre matéria constitucional, pelo Presidente da Corte de origem. O ato previsto no artigo 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, tem carga decisória, revelando-se de natureza interlocutória e precário e efêmero, podendo ser revisto a qualquer momento pelo relator e, com maior razão, pelo Colegiado, ante recurso interposto, a que se encontre integrado. Aplicável à hipótese, por não haver incompatibilidade, é o disposto no artigo 522 do Código de Processo Civil. É de frisar que a jurisprudência existente na Corte de que incabível é o agravo contra o deferimento ou indeferimento de liminar em mandado de segurança - entendimento em relação ao qual guardo reservas - formou-se pelo fato de aplicar-se, à espécie, não o Código de Processo Civil, mas o Regimento Interno, isso tendo em conta os preceitos neste insertos, que datam de Constituição pretérita viabilizadora da normatização, pelo Supremo Tribunal Federal, de ações e processos submetidos à própria competência. Não se mostra razoável concluir-se pela intangibilidade do ato do relator no âmbito da própria Corte, de modo a afastar, assim, o sistema recursal. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Lei Complementar nº 35/79 -, ao prever a competência privativa dos tribunais para julgar originariamente os mandados de segurança, encerra atuação, também, em incidentes como é o ligado à concessão, ou não, de medida acauteladora. Logo, o ato monocrático, em processo da competência do Colegiado, fica sujeito ao crivo deste último, que tanto pode se dar em julgamento definitivo da impetração como por força de agravo protocolado contra a decisão interlocutória. Fora isso, é reconhecer-se poder maior ao relator. É ele competente para deferir ou indeferir a liminar e, ainda, para reconsiderar o ato ligado a esta última, expungindo-se, no entanto, o crivo do Colegiado. Isso não se coaduna com a organicidade do Direito, valendo notar, mais uma vez, que a situação é diversa de retratada quando o mandado de segurança é da competência do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado na reclamação.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o voto do Relator, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente, julgando improcedente o pedido formulado na inicial da reclamação, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 04.09.2002.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os

Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Luiz Tomimatsu, p/Coordenador.

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: A Comissão Parlamentar de Inquérito dos Combustíveis, instituída pela Assembléia Legislativa de Pernambuco, impetrou mandado de segurança contra ato do Banco Central do Brasil, que, administrativamente, indeferiu a quebra de sigilo bancário das empresas envolvidas nos atos por ela apurados.

O Juízo da Primeira Vara da Seção Judiciária de Pernambuco autorizou, liminarmente, o acesso "*aos registros de movimentação bancária pertinentes às pessoas, empreendimentos privados e aos fatos objeto da investigação em curso diante da CPI dos combustíveis*" (fl. 170).

O Banco Central do Brasil interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, para o Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Desta decisão, a CPI Estadual dos Combustíveis da Assembléia Legislativa de Pernambuco agravou regimentalmente; porém o recurso restou improvido.

Também, André Felipe Martins Ferreira, empresário e procurador de Max Petróleo do Brasil Ltda., impetrou Mandado de Segurança de nº 63.994-7, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, com pedido cautelar, para sustar a liminar concessiva da quebra de sigilo, nos autos do MS de nº 2000.83.00.9250-2/1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Cassou-se, então, a ordem de quebra do sigilo. Assim, a CPI Estadual dos Combustíveis da Assembléia Legislativa de Pernambuco interpôs agravo regimental para a Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e obteve a revogação da medida que amparava a Total Distribuidora de Combustíveis Ltda.

Daí a reclamação, na qual a empresa, ora reclamante, impugna o ato da Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Alega-se a ocorrência de nulidade no julgamento proferido pela Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, principalmente quanto ao não-cabimento de agravo regimental contra cautelar em sede de mandado de segurança.

Assim, sustenta-se a usurpação de competência desta Corte, posto que o instrumento adequado em tal situação seria o pedido de suspensão de segurança para o Presidente do Supremo Tribunal Federal, e não a interposição de agravo regimental.

O então presidente, Carlos Velloso, indeferiu, em sede de liminar,

o pedido formulado na Reclamação (fl. 383). Adveio agravo regimental dessa decisão, ao qual se negou seguimento (fls. 421/423) e abriu-se vista à Procuradoria-Geral da República, que, em seu parecer de fls. 458/461, opinou pela procedência da reclamação.

O atual presidente, Marco Aurélio de Mello, proferiu seu voto na sessão plenária de 04.09.2002, pela improcedência do pedido formulado na reclamação.

A jurisprudência predominante nesta colenda Corte é no sentido de que o instrumento adequado para suspender a eficácia da decisão concessiva da cautela é a suspensão de segurança, nos termos do artigo 4° da Lei n° 4.348, de 1964, em combinação com o artigo 25 da Lei 8.038, de 1990, que prevê a suspensão da cautelar anteriormente concedida, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No entanto, fundamentos outros, que não os previstos no art. 4° da Lei n° 4.348/64 e no art. 25 da Lei n° 8.038/90, podem ensejar a suspensão da decisão concessiva da liminar em mandado de segurança; podem ser jurídicos, e não, necessariamente, políticos. Até porque os pressupostos elencados nos diplomas legais retromencionados não guardam qualquer relação com os pressupostos do art. 7°, II, da Lei n° 4.348/64, os quais incumbe ao juiz verificar se estão presentes ou não para apreciar o pedido cautelar. Se o Colegiado é o órgão naturalmente competente para a apreciação do pedido cautelar, não vejo razão para que seja impedido de rever a decisão monocrática do relator, que age em nome do próprio tribunal.

Nesse sentido, transcrevo trecho do voto proferido no RE 85.201, Rel. Rodrigues Alckmin, 1ª Turma, por unanimidade:

"*E, se desde logo antecipar decisão, autorizado legalmente a fazê-lo, que seria competência do órgão, é evidente que o faz na qualidade de julgador desse mesmo órgão. Daí por que a atividade exercida unipessoalmente pode ser controlada por meio de revisão feita pelos demais integrantes do colégio competente para a decisão definitiva. Não se trata, aí, de recurso de decisão de um juiz de grau inferior para juízes de grau superior. Mas de pedido (recurso inominado, 'agravinho', sem intervenção da parte contrária) dirigido ao órgão colegiado para que exerça sua competência e decida o tema que o relator, absorvendo a competência do mesmo órgão, decidiu definitivamente*" (*DJ* de 03.06.77).

Nessa linha, Sepúlveda Pertence, em esclarecimento de seu voto, conheceu do agravo regimental no MS n° 1.491, Classe 2ª, TSE, *DJ* de 14.11.91, do qual foi Relator:

"*... o que me parece fundamental é o precedente do Supremo Tribunal, em que se assentou que a competência, inclusive para essa decisão liminar, é originalmente do Tribunal. Se ele a confere a um órgão singular, isto é possível, desde que não torne a decisão singular, uma decisão definitiva. É o que me parece compatível com a estrutura constitucional do Judiciário brasileiro, no qual o tribunal é, por essência, um órgão colegiado*".

No caso em tela, o próprio Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco prevê, expressamente, em seu artigo 159, parágrafo único, o cabimento de agravo regimental contra decisão proferida em sede de liminar em mandado de segurança, *verbis*:

"*Art. 159. Nos mandados de segurança de competência originária dos órgãos do tribunal, o processo será o previsto na legislação pertinente, competindo ao relator todas as providências e decisões até o julgamento.*

Parágrafo único. Se o relator indeferir a petição inicial, conceder ou negar a segurança liminar, caberá agravo regimental, *em cujo julgamento terá direito a voto*" (grifo nosso).

Na Representação 1.299/GO, unanimidade, *DJ* de 14.11.86, este STF declarou inconstitucional o § 2° do art. 364 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (RITJ-GO), que declarava irrecorrível a decisão que rejeitava, preliminarmente, o mandado de segurança, em face da regra constitucional implícita de colegialidade das decisões definitivas dos tribunais. A propósito anotou Célio Borja:

"*Tribunal, na tradição do sistema constitucional brasileiro, é órgão de julgamento colegiado, conclusão que independeu sempre de norma constitucional explícita.*

Daí, quando a própria Constituição ou a lei ordinária, federal ou estadual, outorgou a um Tribunal a competência para julgar determinado processo, sempre se tem entendido que os atos de jurisdição de seus órgãos individuais - Presidente ou Relator - deverão ser recorríveis para o órgão colegiado competente.

Confiram-se, por exemplo, no Código de Processo Civil, os artigos 532, 557 e 558; na Suspensão de Segurança, o art. 13 da LMS; no Código de Processo Penal, o art. 625, § 3°, e, no regimento dos diversos tribunais, a uniforme previsão do agravo regimental contra qualquer decisão dos órgãos individualizados.

O exemplo mais notório é do Supremo Tribunal mesmo. Ao introduzir, com a criação da súmula, a possibilidade de julgamentos individuais, explicitamente se admitiu, contra eles, o agravo regimental: só a possibilidade dele compatibiliza a atribuição judicante do relator com a norma constitucional de competência recursal da Alta Corte. (...)

Ora, seja em razão da formação histórica da organização judiciária nacional, ou em virtude da própria estrutura dada ao Poder Judiciário federal e local pela Constituição, é colegiado o órgão do segundo grau de jurisdição.

No que tange, especificamente, aos Tribunais de Justiça dos Estados, a Constituição sempre os pressupõe plurais na sua composição. (...)

Está assente, no direito positivo pátrio, que a função jurisdicional se exerce através da pessoa do juiz ut singuli, *segundo ele, por essa razão, sujeito de privilégios especiais de função, ainda quando membro de um órgão colegiado que, a sua vez, é cercado de outras garantias destinadas, essencialmente, a manter a independência individual daquele, e coletiva deste, em face de terceiros.*

Podem, portanto, os tribunais, através de norma regimental, atribuir competência própria e singular aos seus membros. Mas não podem declinar a favor deles a competência que a Constituição investiu nos próprios tribunais, como órgãos de deliberação coletiva. Sobretudo, não podem emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros".

Nesse mesmo sentido, Carlos Velloso (AgRgMS nº 1.491, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Classe 2ª, TSE):

"*Feito registro do meu entendimento a respeito do tema, acrescento que penso que podem e devem os Tribunais instituir, nos seus regimentos internos, o agravo regimental da decisão do relator que defere ou indefere a medida liminar.*

Quando da elaboração do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, integrava eu a Comissão de Regimento, que se incumbia de fazê-lo. É que, naquela época, tinha a honra de integrar aquela Corte. Sustentei, então, a necessidade da existência do agravo regimental, tanto da decisão do relator que indefere, quanto da que defere a medida liminar. Dir-se-á que, quanto à decisão que defere a medida liminar, o recurso próprio é o previsto em lei, o pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para o recurso (Lei nº 4.348/64, art. 4º). Acontece, entretanto, que o pedido de suspensão tem pressupostos certos - a decisão pode provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas - e pode haver decisão deferitória de liminar que não comporte os pressupostos do art. 4º da Lei nº 4.348/64, acima indicados. Fora, pois, desses pressupostos, o recurso adequado há de ser o agravo regimental. O regimento interno do STJ adotou a tese, pelo que não proíbe o agravo regimental da decisão do relator que indefere ou que defere a medida liminar" (*DJ* de 14.11.91).

Assim, tenho que não houve, no caso, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Nesses termos, acompanho o voto do Relator, para julgar improcedente a Reclamação.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o voto do Relator, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente, julgando improcedente o pedido formulado na inicial da reclamação, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário 04.09.2002.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal julgou improcedente o pedido formulado na reclamação. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 28.04.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu - Coordenador.

(Publicado no *DJ* de 13.06.2003.)

-:::-

PENAL - PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL - LEI 9.099/95, ART. 89 - SENTENÇA CONDENATÓRIA JÁ PROLATADA - RETROATIVIDADE DA *LEX MITIOR* - IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE

- I. - Impossibilidade da aplicação do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95 se a sentença condenatória já foi prolatada. Precedentes do STF: *HC* 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96.

- II. - Na hipótese, quando da prolação da decisão condenatória (16.8.95), ainda não entrara em vigor a Lei 9.099/95 (26.11.95). Impossibilidade da incidência retroativa do seu art. 89. Precedentes do STF: *HC* 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 25.04.97 e *HC* 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 25.04.97.

- III. - *HC* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 75.518-6/SP - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO

Paciente: Ségio Saccab. Impetrantes: Paulo Sérgio Leite Fernandes e outro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,

por decisão unânime, indeferir o *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília-DF, 04 de novembro de 1997. - *Néri da Silveira* - Presidente. - *Carlos Velloso* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Sérgio Saccab, em que se alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porque, condenado a 1 (um) ano de detenção, com *sursis* por 2 (dois) anos, com a condição de prestar serviços à comunidade, como incurso no art. 121, § 3º, do Código Penal, apelou ao TACRIM/SP, que deu provimento parcial ao recurso para cancelar a condição imposta no *sursis*, mas deixou de aplicar o disposto no art. 89 da Lei 9.099/95.

Depois de longas considerações e de trazer à colocação doutrina e jurisprudência pertinentes à matéria em julgamento, requer o impetrante a concessão da ordem para o fim de "*invalidar a decisão condenatória, dando-se ao paciente a possibilidade de aceitar ou não a suspensão do processo, nos termos da legislação que instituiu o juizado de causas criminais de pequeno potencial ofensivo*".

O eminente Juiz-Presidente do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo prestou informações, esclarecendo o seguinte:

"*Alegam os impetrantes, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, em virtude da não-aplicação, por esta Corte, quando do julgamento da Apelação nº 996.663/8, dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95 (Ação Penal nº 2.062/93, da eg. Primeira Vara Criminal do Foro Regional de Vila Prudente, Comarca de São Paulo).*

Cabe-me, a propósito e em atenção ao ofício de Vossa Excelência, transmitir os esclarecimentos que seguem.

Por fatos ocorridos em 13 de junho de 1993, foi o paciente denunciado, perante o MM. Juízo da eg. Primeira Vara Criminal do Foro Regional de Vila Prudente, Comarca de São Paulo, como incurso no art. 121, § 3º, do Código Penal (doc. nº 1).

Recebida a denúncia (doc. nº 2) e juntadas a folha de antecedentes e as certidões criminais (doc. nº 3), procedeu-se à citação e interrogatório do paciente (doc. nº 4).

Realizadas as audiências de instrução e debates (doc. nº 5), sobreveio sentença condenatória, que apenou o paciente, por infringência ao art. 121, § 3º, do Código Penal, a 1 ano de detenção, concedido o sursis *por 2 anos, devendo, no primeiro ano da benesse, prestar serviços à comunidade (doc. nº 6).*

Irresignada, apelou a defesa (doc. nº 7), tendo a eg. Décima Sexta Câmara deste Tribunal, à unanimidade, dado parcial provimento ao reclamo para cancelar a condição imposta no sursis *(doc. nº 8).*

Ainda inconformado, interpôs o paciente recurso especial (doc. nº 9), cujo processamento restou indeferido (doc. nº 10). Contra tal despacho ingressou o réu com agravo de instrumento, sendo os autos remetidos ao colendo Superior Tribunal de Justiça para apreciação da insurgência (doc. nº 11)" (fls. 43/44).

O Ministério Público Federal, mediante parecer do ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, oficiando às fls. 139/141, opina pelo conhecimento e denegação da ordem, ao entendimento de que "*para se admitir a incidência retroativa do instituto é imprescindível a existência de um processo ainda em andamento; se existe sentença condenatória (inclusive com concessão de* sursis), ainda *que não transitada em julgado, o* sursis *processual é inviável*".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator) - A questão pode ser assim resumida: contra a sentença de primeira instância que o condenou a 1 (um) ano de detenção, com *sursis* por dois anos, com a obrigação de prestar serviço à comunidade no primeiro ano, o paciente apelou, pleiteando a descaracterização do crime, por falta de nexo causal entre as lesões sofridas pela vítima e a *causa mortis*, além do decurso de tempo entre o acidente e o falecimento da vítima.

A Décima Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo deu provimento parcial do apelo, tão-somente para afastar a exigência de prestação de serviço à comunidade.

Pede-se, agora, a nulidade do acórdão, porque o Tribunal deixou de aplicar o disposto no art. 89 da Lei 9.099/95.

O pedido não merece acolhida.

É que a Suprema Corte, pelo seu Plenário, julgando o *HC* 74.305-SP, Rel. Min. Moreira Alves, decidiu no sentido de que, se a sentença condenatória já foi prolatada, mesmo sem trânsito em julgado, não cabe a aplicação do benefício previsto no art. 89 da Lei 9.099/95. O acórdão porta a seguinte ementa:

"*Ementa:* Habeas corpus. *Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95).* Lex mitior. *Âmbito de aplicação retroativa.*

- Os limites da aplicação retroativa da lex mitior *vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada*

a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído.

- Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal.

- Habeas corpus *indeferido*" (decisão em 9.12.96).

Como registra o *Parquet*, a sentença foi prolatada em 16.08.95, antes, portanto, da vigência da Lei 9.099/95, ocorrida em 26.11.95.

No rumo do decidido no *HC* 74.305-SP, o acórdão proferido no *HC* 74.856-SP, Relator Min. Celso de Mello:

"*Ementa*: Habeas corpus - *Suspensão condicional do processo penal* (sursis *processual) - Lei nº 9.099/95 (art. 89) - Condenação penal já decretada - Impossibilidade de aplicação retroativa da* lex mitior *- Limites da retroatividade - Pedido indeferido.*

Condenado o réu, em momento anterior ao da vigência e eficácia integral da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência retroativa do art. 89 da Lei nº 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou inteiramente comprometida a finalidade única para a qual o instituto do sursis *processual foi concebido: a de evitar a imposição de decreto condenatório. Precedentes:* HC *nº 74.463-SP, Rel. Min. Celso de Mello e* HC *nº 74.305-SP, Rel. Min. Moreira Alves*" (*DJ* de 25.04.97).

Nesse mesmo sentido o *HC* 74.498-MG, Relator Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 25.4.97.

Do exposto, indefiro o *writ*.

VOTO

O Senhor Ministro Nelson Jobim - Senhor Presidente, desde que se debateu a matéria na Turma, tenho insistido no sentido de que esses institutos, introduzidos pela Lei nº 9.099 - a composição civil, a transação penal do art. 76 e a suspensão do processo no art. 89 -, estão criando imensa dificuldade.

A leitura desses novos institutos está sendo feita através da velha dogmática do Direito Penal brasileiro, que não permite nem valoriza a vontade privada.

E os institutos têm essa finalidade.

Eles não são direitos subjetivos do réu; são possibilidades de transação. Tanto é que o art. 89 da Lei nº 9.099/95 diz:

"*... o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo...*".

Foi dito da tribuna que o "pode" tem que ser lido como "deve".

Lembro-me de que, na condição de autor do projeto de lei que deu origem à Lei 9.099/95, juntamente com o então Deputado Michel Temer, autor de outro projeto, a discussão se travou no sentido de que isso era medida de natureza política criminal, e não direitos subjetivos do réu, a haver, assim, direito à suspensão do processo.

São matérias exclusivamente de política criminal, e não matéria que possa assegurar direitos subjetivos.

Diz o texto: "*poderá propor a suspensão do processo*"; o acusado terá de aceitar a proposta, e o Juiz ainda não está sujeito ao acordo do Ministério Público com o réu.

O Juiz, diz a lei, aceita a proposta do Ministério Público pelo acusado, e seu defensor, em sua presença, poderá suspender o processo.

Ou seja, o Juiz ainda não está condicionado a essa situação.

Ora, sendo matéria política criminal, é perfeitamente correta a posição assumida pelo Plenário no *HC* nº 74.305, acompanhada no *HC* 74.463, relatado pelo Ministro Celso de Mello.

Não exclusivamente pelo fato de me curvar às decisões do Plenário, mas também pelo fato de elogiá-las como corretas, acompanho o Senhor Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Sr. Presidente, a sustentação feita da tribuna tem absoluta consonância com o que vinha decidindo esta Turma a respeito do tema em questão.

Infelizmente, não anotei o número do *habeas corpus* do qual fui relator, julgado em 23.09.96. Mas me recordo de ter sido o primeiro a sustentar a tese da tribuna. Posso ler, apenas para confirmar a procedência dessa sustentação, o que fiz constar da ementa desse acórdão:

"*Tendo em vista o princípio consagrado no art. 5º, XL, da Constituição Federal, não há como deixar de reconhecer-se que o instituto da suspensão constitucional do processo previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, por tratar-se de norma não só processual em razão do sobrestamento do feito, como também penal (por viabilizar a extinção da punibilidade) tem aplicação imediata e retroativa em qualquer fase dos processos em andamento, inclusive os com instrução iniciada, ressalvada apenas a coisa julgada*".

Esse julgamento, repito, foi realizado antes da decisão do Pleno, quando para lá foi avocado o *HC* nº 74.305, julgado em 09.12.96 e relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, que manifestou entendimento totalmente

distinto da tese sustentada da tribuna e do que até então defendia, com o respaldo da Turma.

A partir daí se uniformizou a jurisprudência sobre a questão. Apenas o Sr. Ministro Marco Aurélio continua sustentando o ponto de vista anterior, que é exatamente o do eminente advogado do paciente. A Turma, quando a decisão é proferida pelo Plenário, procura respeitá-la. Se fosse em Plenário, cada um manifestaria sua opinião isoladamente, ressalvando a sua posição. Daí por que nos adaptamos a esse precedente, que, certo ou errado, foi consagrado pelo Plenário.

Com essas observações - eu diria pessoais - prestadas ao eminente advogado, *data venia* de S. Exa., acompanho o Relator, indeferindo o *habeas corpus*.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por unanimidade, a Turma indeferiu o *habeas corpus*. Falou pelo paciente o Dr. Paulo Sérgio Leite Fernandes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma, 04.11.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Carlos Alberto Catanhede - Secretário.

(Publicado no *DJ* de 02.05.2003.)

-:::-

HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - EXCESSO DE PRAZO

- 1. Tratando-se de crime hediondo, praticado por quadrilha organizada, cujos membros denotam alta periculosidade, havendo inclusive um co-réu foragido, a prisão preventiva se impõe como garantia da aplicação da lei penal. Decreto de custódia cautelar que não padece de falta de fundamentação, inexistindo ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

- 2. Não há constrangimento ilegal quando o excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal deriva das circunstâncias e da complexidade do processo, não sendo eventual retardamento fruto de inércia e desídia do Poder Judiciário (*HC* nº 71.610/DF, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence e R*HC* nº 71.498/RJ, Rel. o Min. Paulo Brossard).

- *Habeas corpus* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 81.905-2/PE - Relatora: Ministra ELLEN GRACIE

Paciente: Ronaldo Silva de Oliveira. Impetrantes: Fernando José Alves de Souza e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília-DF, 27 de agosto de 2002. - *Moreira Alves* - Presidente. - *Ellen Gracie* - Relatora.

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (*HC* nº 14.825/PE, Rel. o Min. Gilson Dipp), onde, denegando-se ordem impetrada contra decisão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco, considerou-se devidamente fundamentado o decreto de prisão preventiva do paciente, bem como se afastou o alegado excesso de prazo para a conclusão da instrução processual, diante da complexidade do feito e da pluralidade de réus.

Alega o impetrante que o decreto de prisão preventiva não foi exarado à luz do art. 93, IX, da Constituição Federal, carecendo de fundamentação.

Assevera, também, que está preso desde 29.02.2000, não tendo sido encerrada a instrução criminal, havendo nesse excesso de prazo um constrangimento ilegal a ser corrigido.

Pede a concessão de ordem para que seja revogado o decreto de custódia cautelar.

Não houve pedido de medida liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, opinou pelo indeferimento do *writ*. (fls. 93/99).

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - O decreto de prisão preventiva, ao contrário do que aponta a inicial do *writ*, foi devidamente fundamentado. Assim decidiu o magistrado (fls. 25/28):

"(...) A prisão preventiva deve ser decretada para conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e para garantia da ordem pública e econômica.

No caso vertente, tem-se que se trata de crime hediondo, extorsão mediante seqüestro, de que foram vítimas dois jovens, crime que, como sabido,

trouxe grave repercussão na imprensa local e nacional.

Sabe-se que os denunciados também estão sendo processados na Comarca do Recife/PE também por delito da mesma natureza, de igual repercussão.

Há veementes indícios de que se trata de uma quadrilha.

O segundo acusado, Luiz Carlos de Barros Oliveira, encontra-se foragido do distrito da culpa, o que, por si, já autoriza a decretação da custódia preventiva.

O crime de que ora se cuida, não pairam dúvidas, foi praticado por quadrilha extremamente organizada, denotando serem seus membros de alta periculosidade e, da forma como se organizaram, deixa-nos entrever que, por certo, lograrão facilidades em se furtarem à aplicação da lei penal, acaso não custodiados preventivamente.

Assim, aos argumentos expendidos, com respaldo no requerimento ministerial e, para garantir a aplicação da lei penal, bem como conveniência da instrução criminal, decreto a custódia preventiva de Miguel Alves da Sila Neto, Luiz Carlos de Barros Alves, Ronaldo Silva de Oliveira, José Mário Almeida de Moura e Marcelo da Silva Mendes, *todos devidamente qualificados nos autos. (...)*".

Reputo fundamentada tal decisão, que não se distanciou dos ditames previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Asseverou o juiz que se trata de quadrilha organizada, cujos membros, que denotam alta periculosidade, estão sendo processados na Comarca de Recife/PE por um crime da mesma natureza. A custódia cautelar, assim, se impõe como garantia de aplicação da lei penal, como aduzido pelo Magistrado, ressaltando-se que um dos co-réus está foragido.

A decisão impugnada, portanto, no meu entendimento, não se ressente do vício apontado, inexistindo ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Quanto ao alegado excesso de prazo, assiste razão ao acórdão impugnado. A eventual demora na conclusão da instrução processual decorre da complexidade do feito e da pluralidade de réus, não se podendo atribuí-la ao Poder Judiciário, como bem demonstram as informações prestadas pelo Juízo da ação penal (fls. 106/111).

Segundo tais informes, a denúncia foi oferecida em 28.02.2000 contra 05 (cinco) acusados. Recebida no dia seguinte - 29.02.00 -, o paciente e outro denunciado foram interrogados no dia 10.03.00. Dois deles não foram localizados para citação, tendo havido citação editalícia. O quinto acusado foi interrogado em 13.04.00, por meio de carta precatória expedida ao Estado do Rio de Janeiro. Em 28.07.00 foi realizada audiência para oitiva das vítimas e, no dia 31 seguinte, audiência para oitiva das testemunhas de acusação, tendo sido expedida deprecata para oitiva de uma delas. Seguiram-se algumas audiências onde os advogados de defesa não compareceram, forçando novas designações. O paciente, após formular pleito de liberdade provisória, indeferido pelo Juízo, impetrou *habeas corpus* com esse objetivo ao Tribunal de Justiça, cuja ordem foi denegada. Foram expedidas diversas deprecatas visando à inquirição das testemunhas de defesa. O paciente formulou pedido de substituição das testemunhas de acusação, tendo sido o pleito atendido pelo Juízo e ocorrido nova audiência com o fim de que fossem ouvidas. No período de 26.03.01 a 10.10.01, foram juntadas aos autos as cartas precatórias que objetivavam a oitiva das testemunhas de defesa, algumas das quais não foram localizadas. Após a inquirição das testemunhas arroladas pelo paciente, em 19.02.02, este requereu a realização de novo interrogatório, alegando a existência de fatos novos, o qual se realizou em 20.03.02, tendo-lhe sido aberto novo prazo para a juntada de documentos. Até o dia 1°.07.02 não havia retornado a precatória expedida à Comarca de Garanhuns para oitiva de uma testemunha de defesa do denunciado José Mário de Almeida. Informou o Juízo, por fim, que, após ter sido dada vista ao Ministério Público e às defesas para os fins do art. 499 do Código de Processo Penal, encontra-se o feito na fase de oitiva das testemunhas de defesa do acusado José Mário.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal não reconhece a existência de constrangimento ilegal quando o excesso de prazo deriva das circunstâncias e da complexidade do processo, não sendo eventual retardamento fruto de inércia e desídia do Poder Judiciário (*HC* n° 71.610/DF, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence e *RHC* n° 71.498/RJ, Rel. o Min. Paulo Brossard).

Diante do exposto, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Senhor Presidente, peço vênia à eminente Ministra Relatora, para, neste caso, entender que há excesso de prazo, que não pode ser atribuído exclusivamente à defesa.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, creio que realmente retardamento na devolução de precatória não justifica o excesso de prazo: o Código determina o julgamento, independentemente dela.

Por isso, com a permissão da Ministra Ellen Gracie, acompanho o voto do Ministro Ilmar Galvão e defiro a ordem.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. 1ª Turma, 27.08.2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte, p/ Coordenador.

(Publicado no *D.J* de 16.05.2003.)

-:::-

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DESAPROPRIAÇÃO - COBERTURA VEGETAL SUJEITA A LIMITAÇÃO LEGAL - INDENIZAÇÃO - APURAÇÃO DO VALOR - INSTÂNCIA ORDINÁRIA - EMBARGOS DA FAZENDA PÚBLICA - PRETENSÃO DE CONFERIR EFEITOS INFRINGENTES - IMPOSSIBILIDADE

- 1. Desapropriação. Reconhecida a necessidade de indenização das matas sujeitas à preservação permanente, a apuração de seu valor justo e real depende de reavaliação do contexto probatório, o que deve ser realizado na instância ordinária.

- 2. As razões deduzidas pela Fazenda Estadual revelam a sua pretensão de reexame da causa, a partir da mera alegação de que os precedentes citados no voto são inadequados. Acórdão com fundamentação própria e suficiente, não se verificando qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Embargos de declaração com efeitos infringentes. Não-cabimento.

- Embargos de declaração rejeitados.

EMBARGO DECLARATÓRIO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 267.817-1/SP - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA

Embargante(s): Fábio Salvador Bei e cônjuge. Advogado(a/s): Geraldo Albano Safe Carneiro. Embargante(s): Estado de São Paulo. Advogado(a/s): PGE-SP - Andrea Metne Arnaut. Embargado(a/s): os mesmos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos.

Brasília-DF, 25 de fevereiro de 2003. - *Celso de Mello* - Presidente. - *Maurício Corrêa* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa - O julgamento do recurso extraordinário pela Segunda Turma desta Corte resultou em acórdão cuja ementa tem a seguinte redação:

"*Ementa: Recurso extraordinário. Estação Ecológica Juréia-Itatins. Desapropriação. Matas sujeitas à preservação permanente. Vegetação de cobertura. Indenização devida.*

- 1. Desapropriação. Cobertura vegetal sujeita a limitação legal. A vedação de atividade extrativista não elimina o valor econômico das matas preservadas nem lhes retira do patrimônio do proprietário.

- 2. Impossível considerar essa vegetação como elemento neutro na apuração do valor devido pelo Estado expropriante. A inexistência de qualquer indenização sobre a parcela de cobertura vegetal sujeita à preservação permanente implica violação aos postulados que asseguram o direito de propriedade e a justa indenização (CF, artigo 5º, incisos XXII e XXIV).

- 3. Reexame de fatos e provas técnicas em sede extraordinária. Inadmissibilidade. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira nova decisão, como entender de direito, considerando os parâmetros jurídicos ora fixados.

- Recurso extraordinário conhecido em parte e, nesta, provido" (fl. 1.785).

2. Após a publicação do acórdão, as partes opuseram embargos de declaração. Alegam os expropriados que há nos autos elementos suficientes para a fixação do valor da indenização da cobertura vegetal, bastando a adição da quantia apurada pela perícia técnica. Pretendem a correção de erro material havido tanto na sentença de primeiro grau quanto no acórdão recorrido (fls. 1.788/1.791).

3. O Estado de São Paulo, por sua vez, aduz que a decisão baseou-se em precedentes desta Corte que não tratam de hipóteses similares à presente, razão pela qual devem ser conferidos efeitos modificativos ao recurso (fls. 1.792/1.799).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Opostos tempestivamente, admito os embargos de declaração. No mérito, porém, não subsistem as alegações.

2. Os expropriados pretendem atribuir à parcela da cobertura vegetal destinada à preservação permanente o mesmo valor apurado para a parte livre de restrições, o que é inaceitável. Não podem ter idêntico valor as matas passíveis de exploração econômica e aquelas gravadas por ato estatal. O laudo pericial, acolhido pela sentença de primeiro grau e pelo acórdão recorrido, utilizou-se, como base de cálculo da indenização, da cobertura vegetal, do potencial de exploração comercial e industrial das plantas existentes, considerados os volumes comercializáveis de madeira, lenha e palmito (fls. 723 e seguintes).

3. Nesse contexto, é lícito concluir que haja *diferença entre reserva florestal suscetível de exploração extrativista e outra que não permita o corte e a comercialização dos produtos.* Necessário observar, no ponto, que, na hipótese em que a madeira existente não pode ser extraída e vendida, deve prevalecer como critério para a indenização o valor das matas para fins diversos, e não utilizar-se como parâmetro um potencial econômico que não possuem.

4. Conforme ficou claro no acórdão embargado, esta Corte decidiu que a parcela da cobertura vegetal

sujeita a restrições administrativas é passível de indenização, segundo parâmetros de mercado, de forma que o expropriado venha a ser ressarcido do valor correto, justo e real do bem que lhe foi retirado, o que, é evidente, não pode ser igual a zero, como pretendeu a decisão recorrida, mas também não terá necessariamente a mesma base de cálculo utilizada para as matas exploráveis, como querem os embargantes.

5. Nota-se que essas matas têm potencial turístico e, o que é mais relevante, ecológico, esse, aliás, móvel da desapropriação destinada à criação da Estação Ecológica Juréia-Itatins, cuja preservação tem utilidade social e pública incontestável, aferida a partir da proteção e conservação da flora e fauna, dos rios, nascentes e suas margens, além do essencial equilíbrio ambiental e climático.

6. As terras que dispõem de tal cobertura possuem um *plus* em relação às demais, o que, embora não se confunda com o potencial extrativista, tem expressão econômica. Nessa linha de raciocínio é o que a propósito decidiu esta Corte no julgamento do RE 100.717, Rezek, *DJ* de 10.02.84, quando se firmou entendimento de que "*as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibida a derrubada pelo proprietário*, persiste o seu valor econômico e ecológico" (grifei).

7. Não se trata, portanto, de mera conta aritmética ou simples homologação de laudo pericial. Há, em verdade, necessidade de revolvimento de todo o conteúdo fático e probatório para se chegar ao valor de mercado das matas sujeitas à preservação. Dessa circunstância decorre o entendimento de "*não ser possível a esta Corte reexaminar as provas técnicas produzidas e a partir daí fixar o valor devido pelos 50% (cinqüenta por cento) restantes*", encargo expressamente cometido à instância ordinária. De igual modo, o erro material de conta suscitado pelos embargantes deve ser objeto de análise pela Corte prolatora da decisão.

8. Os embargos de declaração opostos pelo Estado de São Paulo, por sua vez, revelam clara intenção de se obter novo julgamento da causa. Com efeito, o acórdão embargado refutou de forma expressa a possibilidade de o ente federado apoderar-se gratuitamente das matas sujeitas à preservação permanente (fl. 1.782). A tese jurídica consagrada é a de que a cobertura vegetal à qual a lei impõe restrições de uso e exploração, qualquer que seja sua natureza, possui valor econômico agregado ao direito de propriedade, maior ou menor conforme o caso e as circunstâncias mercadológicas, razão pela qual não é passível de desapropriação sem a justa contraprestação indenizatória.

9. No precedente (RE 134.297, Celso de Mello, *DJ* de 22.09.95) mencionado no voto condutor do julgamento do recurso extraordinário firmou-se entendimento acerca da "*plena indenizabiliade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder* Público", sendo irrelevante a localização do imóvel ou sua classificação como área de preservação permanente. A cobertura vegetal, ainda que gravada de impossibilidade legal de uso, não pode ser expropriada sem a justa contraprestação pecuniária, a ser apurada segundo critérios de mercado.

10. Inaceitável, dessa forma, a alegação de que o Estado seria compelido a pagar muito caro para que alguém se abstivesse de praticar conduta definida como crime. O acórdão não admite a possibilidade de descumprimento da lei pelo proprietário, simplesmente rejeita a tese de confisco de bem protegido pelo direito constitucional de propriedade, reconhecendo a necessidade de justa indenização, e não o que se chamou de "*muito caro*". Exige-se do expropriante que indenize as matas que, gravadas ou não, pertencem ao dono do imóvel, seja sua expressão monetária grande ou pequena, não importa.

11. Conforme aduziu o Ministro Rezek, com propriedade, "*hoje, talvez mais do que nunca, constitui um despropósito pretender-se que o valor econômico da floresta, assentada sobre certa área expropriandа, esteja resumido no seu potencial de corte para venda de madeira, e corresponda, dessarte, a zero, quando proibido o corte pela legislação florestal*" (RE 100.717, Rezek, *DJ* de 10.02.84). Clara, pois, a necessidade de apurar-se o justo valor a ser pago pelas matas, considerados os componentes ecológicos, turísticos, além de outros parâmetros passíveis de serem aferidos, providência essa que, por sua natureza probatória, está a cargo da instância ordinária.

12. Convém esclarecer que a decisão proferida no RE 114.682, Gallotti, *DJ* de 13.12.91, foi invocada apenas para justificar a necessidade do retorno dos autos à origem a fim de ser apurado o valor devido a título de indenização, e não como fundamento para a questão de mérito. No referido julgamento não se cogitou de não-indenização, mas apenas do critério de apuração do valor devido pelas matas, ainda que de preservação permanente. Por outro lado, o acórdão embargado possui fundamentação consistente, não se sustentando tão-somente nos precedentes mencionados, conforme quer o embargante.

13. O Estado de São Paulo não apontou qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado. Pretende, na verdade, rediscutir o mérito da questão decidida, o que se revela incompatível com a via processual eleita.

Ante essas circunstâncias, rejeito ambos os embargos de declaração.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por votação unânime, rejeitou ambos os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 25.02.2003.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso,

Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no *DJ* de 25.04.2003.)

-:::-

Índice Numérico

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
210.899-1/00	ApCrim	Contagem	José Antonino Baía Borges	492
227.032-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Schalcher Ventura	69
231.207-2/00	PCCO	Cláudio	Reynaldo X. Carneiro	498
235.187-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Schalcher Ventura	73
244.431-3/00	ApCível	Passos	Nilson Reis	75
244.901-5/00	ApCível	Uberaba	Sérgio Lellis Santiago	79
244.918-9/00	ApCível	Itaguara	José Domingues F. Esteves	81
245.131-8/00	ApCível	Itaguara	José Domingues F. Esteves	84
246.915-3/00	ApCrim	Uberlândia	Kelsen Carneiro	502
250.299-5/01	EmbDecl	Pouso Alegre	Luiz Carlos Biasutti	507
250.945-3/00	PCCO	Teixeiras	Gomes Lima	509
251.832-2/00	ApCível	Patrocínio	Bady Curi	87
251.963-5/00	ApCível	Itamonte	José Francisco Bueno	91
252.257-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	94
255.085-3/00	ApCível	Gov. Valadares	Nilson Reis	96
255.416-0/00	ApCível	Campo Belo	Bady Curi	99
256.008-4/00	ApCível	Monte Azul	Kildare Carvalho	104
256.975-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	108
257.254-3/00	ApCível	Carmo da Mata	Célio César Paduani	113
257.890-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	135
259.402-6/00	ApCível	Palma	Jarbas Ladeira	138
260.822-2/00	ApCível	Cláudio	Fernando Bráulio	140
262.110-0/00	Agravo	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	143
262.147-2/00	ApCível	Poços de Caldas	Sérgio Lellis Santiago	149
262.276-9/00	ApCível	Patrocínio	Roney Oliveira	152
262.563-0/00	ApCrim	Ferros	Gomes Lima	512
262.734-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Bady Curi	154
263.644-7/00	ApCrim	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	516
264.056-3/00	ApCível	Andradas	José Domingues F. Esteves	160

264.983-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	163
266.169-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	165
267.089-1/00	MandSeg	Belo Horizonte	Orlando Carvalho *	49
267.712-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	167
268.375-3/00	ApCível	Poços de Caldas	Isalino Lisbôa	171
268.417-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	173
269.313-3/00	MandSeg	Belo Horizonte	Pinheiro Lago *	174
271.277-6/00	ApCível	Patrocínio	Pedro Henriques	178
271.919-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	182
272.624-8/00	ApCível	Uberlândia	Brandão Teixeira	184
273.202-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	190
273.590-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Roney Oliveira	192
274.171-8/00	ApCível	Mesquita	Corrêa de Marins	198
274.326-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Almeida Melo	202
276.392-8/00	ApCível	Carangola	Sérgio Braga	205
276.836-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Abreu Leite	213
276.955-2/00	MandSeg	Belo Horizonte	Wander Marotta *	217
277.319-0/00	ApCível	Matozinhos	Célio César Paduani	224
277.484-2/00	Agravo	Lima Duarte	Jarbas Ladeira	227
277.681-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Nilson Reis	231
277.928-8/00	ApCrim	Pouso Alegre	Herculano Rodrigues	520
278.213-4/00	ApCível	Ituiutaba	Eduardo Andrade	235
278.621-8/00	ApCrim	Bom Sucesso	Márcia Milanez	524
279.815-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Abreu Leite	238
279.963-3/00	Agravo	Gov. Valadares	Maria Elza	241
280.257-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	244
281.283-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Francisco L. Albuquerque	246
281.519-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	249
283.344-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Abreu Leite	251
284.892-7/00	Agravo	Mariana	Cláudio Costa	254
285.318-2/00	ApCível	Contagem	Lucas Sávio V. Gomes	256
285.687-0/00	ApCrim	Ibirité	Kelsen Carneiro	528
286.385-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	258
286.604-4/00	ApCrim	Viçosa	Jane Silva	530
287.320-6/00	ApCrim	Belo Horizonte	Zulman Galdino	535
287.381-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Roney Oliveira	262
288.656-2/00	RSEstr	Monte A. Minas	Mercêdo Moreira	537
288.675-2/00	ApCível	Cons. Lafaiete	Eduardo Andrade	264
290.016-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	268
290.179-1/00	Agravo	Vazante	Cláudio Costa	271
290.548-7/00	Agravo	Caratinga	Schalcher Ventura	273
290.616-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	275

291.870-4/00	ApCrim	Ituiutaba	Herculano Rodrigues	539
292.230-0/00	ApCível	Espera Feliz	Kildare Carvalho	277
292.317-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	279
294.624-2/00	ApCível	Nova Lima	Francisco L. Albuquerque	282
294.891-7/00	ApCrim	Cataguases	Gomes Lima	544
294.934-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	285
295.869-2/00	ApCível	Coromandel	Francisco Figueiredo	290
295.959-1/00	RSEstr	Belo Horizonte	Edelberto Santiago	546
296.076-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Almeida Melo	291
296.240-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	301
296.390-8/00	ApCível	Ubá	Almeida Melo	304
297.153-9/00	ApCível	Uberaba	Orlando Carvalho	309
297.493-9/00	ApCrim	Belo Horizonte	Tibagy Salles	548
297.976-3/00	ApCível	Araguari	Pinheiro Lago	315
298.361-7/00	Agravo	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	320
298.451-6/00	ApCível	Varginha	Pedro Henriques	322
298.794-9/00	RSEstr	Itabira	Odilon Ferreira	554
298.996-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Edivaldo George	326
299.760-9/00	ApCrim	Barão de Cocais	Tibagy Salles	558
301.149-1/00	ApCível	Sete Lagoas	José Francisco Bueno	330
301.511-2/00	ApCível	Cambuí	Geraldo Augusto	334
301.968-4/00	ApCível	Araguari	Francisco Figueiredo	336
302.199-5/00	ApCível	Divinópolis	José Francisco Bueno	340
302.274-6/00	ApCível	São Lourenço	Francisco Figueiredo	343
302.357-9/00	ApCrim	Uberlândia	Mercêdo Moreira	563
303.202-6/00	ApCrim	Águas Formosas	Edelberto Santiago	577
303.364-4/00	ApCrim	Belo Horizonte	Jane Silva	582
303.373-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	345
303.501-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	350
303.541-7/00	ApCível	Machado	Alvim Soares	353
303.644-9/00	Agravo	Belo Horizonte	Sérgio Braga	355
303.674-6/00	ApCível	Capinópolis	Pedro Henriques	357
304.034-2/00	ApCrim	Formiga	Reynaldo X. Carneiro	587
304.110-0/00	ApCível	Passos	Wander Marotta	360
304.210-8/00	ApCrim	Extrema	Odilon Ferreira	591
304.317-1/00	ApCível	Uberlândia	Alvim Soares	365
304.357-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Braga	368
304.443-5/00	ApCível	Gov. Valadares	Silas Vieira	370
304.751-1/00	ApCível	São Francisco	Wander Marotta	375
305.238-8/00	ApCível	Uberlândia	Edivaldo George	383
305.314-7/00	Agravo	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	387
305.487-1/00	ApCrim	Mesquita	Reynaldo X. Carneiro	599

306.247-8/00	PCCO	São Lourenço	Luiz Carlos Biasutti	603
306.920-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Maria Elza	389
307.351-7/00	RevCrim	Matozinhos	Márcia Milanez *	615
308.302-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	395
308.735-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Francisco L. Albuquerque	397
308.967-9/00	Agravo	Araguari	Silas Vieira	401
309.173-3/00	Agravo	Rio Novo	Kildare Carvalho	403
309.519-7/00	Agravo	Belo Horizonte	Lucas Sávio V. Gomes	406
309.541-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Maria Elza	409
309.786-2/00	ApCível	Montes Claros	Geraldo Augusto	413
310.548-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Lamberto Sant'Anna	416
310.757-0/00	ApCível	Visc. Rio Branco	Wander Marotta	419
310.957-6/00	Agravo	Belo Horizonte	Lucas Sávio V. Gomes	423
310.995-6/00	MandSeg	Sete Lagoas	Corrêa de Marins	427
311.497-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	429
311.509-4/00	ApCrim	Abre-Campo	Odilon Ferreira	626
311.749-6/00	Agravo	Lambari	Dorival Guimarães Pereira	432
311.753-8/00	ApCível	Luz	Lamberto Sant'Anna	434
312.165-4/00	ApCrim	Uberlândia	Tibagy Salles	629
312.429-4/00	ApCível	Betim	Pinheiro Lago	436
312.451-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	441
312.479-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Edivaldo George	443
312.741-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	447
312.907-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	449
313.373-3/00	ApCível	Araguari	Lamberto Sant'Anna	452
313.657-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	455
313.941-7/00	ApCível	Andradas	Antônio Carlos Cruvinel	457
314.062-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	459
314.725-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	461
314.916-8/00	DúvComp	Juiz de Fora	Hugo Bengtsson *	55
314.926-7/00	DúvComp	Juiz de Fora	Hugo Bengtsson *	59
315.091-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	466
315.957-1/00	ApCível	Contagem	Silas Vieira	472
315.996-9/00	ApCrim	Belo Horizonte	Luiz Carlos Biasutti	637
316.125-4/00	ApCível	Uberaba	Ernane Fidélis	477
316.504-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	479
316.758-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	483
316.871-3/00	ApCível	Carandaí	Dorival Guimarães Pereira	486
317.128-7/00	RecAg	Araxá	Jane Silva	639
320.575-4/00	*HC*	Juiz de Fora	José Atonino Baía Borges	642
320.696-8/00	RevCrim	Luz	Kelsen Carneiro	644
320.859-2/00	RecAg	Contagem	Edelberto Santiago	647

321.625-6/00	DúvComp	Uberlândia	Hugo Bengtsson *	60
323.248-5/00	Desaf.	Bicas	Kelsen Carneiro	649
325.055-2/00	ApCrim	Belo Horizonte	Márcia Milanez	654
325.485-1/00	ApCível	Uberaba	Orlando Carvalho	489
327.583-1/00	*HC*	Varginha	José Atonino Baía Borges	656
327.641-7/00	*HC*	Teófilo Otoni	Mercêdo Moreira	658
328.880-0/00	DúvComp	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	62
329.864-3/00	*HC*	Gov. Valadares	Zulman Galdino	662
331.850-8/00	DúvComp	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	64
331.928-2/00	ApCrim	Belo Horizonte	Zulman Galdino	664
333.889-4/00	DúvComp	Contagem	Hugo Bengtsson *	66
334.967-7/00	*HC*	Belo Horizonte	Márcia Milanez	670

Obs.: Os acórdãos assinalados com asterisco são originários da Secretaria de Feitos Especiais - SEFES.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
69-PR	Intervenção Federal	Humberto Gomes de Barros	675
23.529-MG	*Habeas Corpus*	Gilson Dipp	687
25.097-RS	*Habeas Corpus*	Paulo Medina	692
364.292-MG	Recurso Especial	Francisco Peçanha Martins	698

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
1.616-1/PE	Reclamação	Marco Aurélio	705
75.518/SP	*Habeas Corpus*	Carlos Velloso	713
81.905-2/PE	*Habeas Corpus*	Ellen Gracie	718
267.817-1/SP	Embargo Declaratório	Maurício Corrêa	722

Índice Alfabético e Remissivo

- A -

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - V. **Dano ambiental** **138**

- A ação civil pública é a via processual adequada para buscar o ressarcimento do prejuízo causado por administrador ou ex-administrador por malversação de verbas públicas, sejam elas orçamentárias ou oriundas de convênios ou acordos firmados com as administrações diretas ou indiretas, estaduais ou federais.

- Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação referente à restituição de verba ao erário municipal ou estadual, ainda que a verba em discussão se tenha originado de convênio ou dotação orçamentária federal.

- Uma vez existente o interesse do município, consubstanciado pela expectativa de devolução de verbas aos seus cofres, o Ministério Público estadual detém legitimidade para propor a competente ação civil pública. - Ressarcimento de danos ao erário - Verbas públicas **227**

- A lei municipal que autoriza o Poder Executivo a leiloar terrenos pertencentes ao patrimônio público municipal referentes a loteamentos ainda não registrados no cartório de registro de imóveis e a áreas verdes, sem prévia avaliação e sem autorização do Codema, afronta os arts. 22 e 37 da Lei nº 6.766/79 e ainda os arts. 5º, II, e 225, § 1º, incisos III e IV, da CF/88, sendo ela ineficaz e nulos os atos dela decorrentes, devendo-se julgar procedente a ação civil pública, com pedido de liminar, para que seja declarada sua ineficácia e inconstitucionalidade *incidenter tantum*. - Lei municipal - Declaração de inconstitucionalidade de lei *incidenter tantum* **330**

- É induvidosa a titularidade do Ministério Público estadual para figurar no pólo ativo de pedido típico de ação civil pública, independentemente do nome que a ela se dê na petição inicial, pelas próprias disposições contidas nos arts. 5º, inciso XXXV, e 127 da Constituição Federal e 1º da Lei Federal nº 8.625/93. - Lei de efeito concreto - Decreto legislativo - Controle jurisdicional - Meio ambiente - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público **360**

- V. **Meio ambiente** **403**

- Carece ao Ministério Público legitimidade ativa para propositura de ação civil pública visando impedir a cobrança de taxas pelo município, pois as relações tributárias não podem ser qualificadas como interesses difusos ou coletivos, a que se refere o art. 129, III, da CF. - Taxa **457**

- A ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais e disponíveis de

restrito grupo de pessoas que pretendem a anulação de concurso público, restando ilegítimo o Órgão Ministerial para a propositura da ação, porque o fato embasador não constitui direito difuso ou coletivo, nos termos da Lei nº 7.347/85, do art. 129, III, da CF e do art. 81, I e II, da Lei nº 8.078/90. - Concurso público - Concurso público municipal **489**

AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - V. **Associação de Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais** **238**

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - V. **Falência** **143**

AÇÃO PENAL - Tratando-se de crime de ação penal pública, o fato de o representante ministerial deixar de oferecer a denúncia em face de um dos agentes, em razão de este ter aceitado a transação penal, não permite considerar que a denúncia oferecida contra o outro coréu seja inepta por quebra do princípio da indivisibilidade da ação penal.

- O princípio da indivisibilidade da ação penal aplica-se principalmente aos crimes de ação penal privada, não podendo ser confundido com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, aplicável à ação penal pública. - Denúncia - Nulidade processual - Porte de arma **582**

- V. **Transação penal** **662**

AÇÃO POPULAR - Os atos de efeitos concretos desprovidos de normatização ou de generalidade abstrata não estão sujeitos à fiscalização quanto à sua legitimidade constitucional.

- Cabe ação popular para invalidação da lei que produz efeitos concretos imediatos e específicos, lesivos ao patrimônio público. - Atos de efeitos concretos - Lei de efeitos concretos **149**

- A utilização do nome de pessoa viva para denominar próprio público, mormente quando se trata de pessoa política, caracteriza indevida promoção pessoal e por isso constitui afronta aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade, violando o art. 37, *caput* e § 1º, da CF/88, sendo a ação popular instrumento hábil para a desconstituição do ato lesivo. - Denominação de próprio público homenageando pessoa viva - Promoção pessoal **184**

ADJUDICAÇÃO - V. **Competência recursal** **62**

ADJUDICAÇÃO PARCIAL - O art. 714 do CPC não permite a adjudicação parcial do bem, e sim a adjudicação da integralidade dele. O ordenamento processual não prevê hipótese de adjudicação de parte ideal do bem, proporcionalmente ao valor devido. Pode o credor adjudicar o bem se o valor da avaliação for superior ao seu crédito, mas deve depositar a diferença entre o valor deste e o do bem penhorado. **273**

AGRAVO - Deixando o agravado de informar se o substabelecimento de sua procuração se fez sem reserva - que é exceção -, presume-se que o advogado substabelecente ainda está jungido ao mandato passado pelo agravado. Assim, a simples juntada dessa procuração, sem o substabelecimento, atende à exigência do art. 525, I, do CPC. - Procuração - Substabelecimento - Perícia - Assistência judiciária **423**

ÁGUA - FORNECIMENTO - Os créditos originados da utilização efetiva ou potencial do serviço de fornecimento de água são de natureza tributária, e o prazo prescricional para o ajuizamento da respectiva ação de cobrança pela prestadora do serviço é de 5 anos, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

- De acordo com o disposto no artigo 131, I, do CTN, o adquirente de um imóvel fica responsável pelos tributos devidos não apenas a partir do momento da transmissão do domínio, mas também pelos que já eram devidos anteriormente. Por isso, se a empresa prestadora do serviço essencial demonstra que determinado imóvel se encontra cadastrado como usuário dos serviços dela e identifica o proprietário daquele imóvel, este deve arcar com os ônus pendentes sobre o bem. - Crédito tributário - Prescrição **285**

ALEGAÇÕES FINAIS - A falta de alegações finais traduz ofensa irreparável às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, implicando nulidade absoluta do processo, desde o momento em que deveriam ter sido ofertadas. Sendo as alegações finais peça essencial do processo-crime, não deve o juiz sentenciar sem antes suprir a omissão do defensor. - Nulidade processual - Prescrição criminal - Extinção da punibilidade **516**

- Sendo as alegações finais da defesa peça essencial do processo, em obediência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Carta Magna (art. 5º, LIV e LV), a sua ausência nos autos configura vício insanável, constituindo nulidade absoluta. - Nulidade absoluta **535**

- V. **Sentença** **626**

ALIMENTOS - O nascimento de um filho com outra mulher não é motivo que deve estribar pedido exoneratório ou redutente de pensão, visto que contraria o art. 30 da Lei nº 6.515/77, que prevê que o novo casamento não alterará a obrigação do devedor, sendo certo que a Constituição Federal igualou ao casamento outras uniões heteroafetivas.

- Não tendo a mulher dado causa à separação e persistindo os requisitos determinadores dos alimentos, não se pode exonerar da obrigação alimentar o ex-cônjuge, pelo simples fato de o credor de alimentos estar namorando, já que o namoro não é concubinato ou união estável e não enseja corte da pensão. **336**

- Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, devendo compreender o que é imprescindível à vida da pessoa, tal qual é a alimentação, o vestuário, a habitação, o tratamento de saúde, a educação e o lazer. O fundamento da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorre dos princípios fundamentais constitucionais da solidariedade (art. 3º, I, da CR/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), que se encontram consubstanciados na regra do art. 399 do Código Civil.

- Não pode ser considerado, para fins de redução da verba alimentícia, o argumento de que o alimentante terá que suportar outras despesas em decorrência da constituição de uma nova família.

- A aplicação mensal de recursos em títulos de capitalização pelo alimentante é prova que descaracteriza a sua alegação de penúria financeira, pois somente investe dinheiro quem tem sobra.

- Inadmissível a redução de pensão à alimentada que se encontra com saúde debilitada e idade avançada, pois, nessas condições, dificilmente, ela seria admitida ao mercado de trabalho. - Assistência judiciária 389

- V. **Prisão civil** 670

ANTÔNIO JOSÉ F. DE S. PÊCEGO, Dr. - Suspensão condicional do processo em nova dimensão - Doutrina 21

APELAÇÃO - V. **Revisão criminal** 512

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - Ultrapassa os limites da legalidade o ato de revisão que transforma em proporcionais os proventos de aposentadoria de funcionário público acometido por doença grave e incurável, autorizadora de concessão de proventos integrais, a teor do art. 36, I, da Constituição Mineira. 449

APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - V. **ICMS** 262

ARROLAMENTO DE BENS EM DIVÓRCIO - Em ação cautelar de arrolamento de bens decorrente de divórcio litigioso, deve deferir-se o pedido de informação sobre o saldo bancário existente, pois as instituições financeiras, em razão do sigilo bancário, não fornecem informações sobre contas bancárias, sua titularidade e o montante de seus saldos. No caso, o deferimento de tal pedido não macula a garantia constitucional do sigilo bancário, porquanto referido saldo pertence também ao cônjuge casado em regime de comunhão universal de bens. Assim, para que não seja prejudicado numa futura partilha, é de direito que saiba o acervo de bens que pertence ao casal. E, para que isso efetivamente ocorra, é necessário que se lhe garanta o acesso a informações sobre a existência de eventuais contas bancárias, o que se obtém por meio de requisição judicial. - Sigilo bancário - Saldo bancário 241

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Litigando sob o pálio da gratuidade de justiça, a parte vencida poderá ser condenada ao pagamento dos honorários periciais, todavia essa exigência ficará suspensa, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. - Recurso - Inépcia da petição recursal - Reintegração de posse - Construção em via pública - Cerceamento de defesa - Oitiva de testemunhas - Via pública 251

- Para obtenção da assistência judiciária, pode a declaração de pobreza ser feita por procurador com poderes especiais para tanto. 271

- A assistência judiciária concedida aos herdeiros abrange também o registro de formal de partilha, sob pena de tornar inócua a sentença proferida nos autos de inventário, gerando prejuízos para as partes interessadas.

- O art. 3º, inciso II, da Lei nº 1.060/50 prevê que a assistência judiciária compreende a isenção dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça, aqui compreendidos os oficiais de registro de imóveis. - Formal de partilha 387

- A parte vencida que litiga sob o pálio da justiça gratuita pode ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios. Todavia, tal condenação fica sobrestada até e se, dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. - Alimentos 389

- Embora seja facultado à parte requerer os benefícios da assistência judiciária em qualquer instância, tal direito não é absoluto e deve ser analisado ante as peculiaridades do caso concreto. Constatando-se que o objetivo da parte é apenas se furtar à obrigação legal de pagar os honorários de perito, o pedido elaborado apenas nas razões recursais deve ser indeferido. - Procuração - Substabelecimento - Perícia - Agravo 423

- Constituindo a situação de pobreza uma presunção legal, é suficiente que o próprio interessado, ou seu procurador, declare, sob as penas da lei, que o seu estado financeiro não permite arcar com o custeio do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, para fazer jus à gratuidade judiciária. - Inventário 486

ASSOCIAÇÃO DE CONTRIBUINTES DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - A Associação de Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais tem legitimidade ativa *ad causam* para, na defesa dos interesses de seus associados, propor ação de exibição de documentos em face do Ipsemg. O direito à obtenção de informações e documentos é garantido por norma da Constituição Federal pelo próprio estatuto do Ipsemg.

- A existência do Sindicato dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais não constitui empecilho para que esses servidores criem uma associação para defesa de seus interesses e direitos em face do Estado ou do Ipsemg.

- O fato de a Associação não haver realizado assembléia específica para obter autorização para pleitear em juízo direito de seus filiados nem apresentar relação dos associados interessados não lhe retira a legitimidade, se o faz amparada em cláusula específica constante do respectivo estatuto. - Legitimidade ativa *ad causam* - Associação e Sindicato - Coexistência - Documentos - Exibição - Ação de exibição de documentos 238

ASSOCIAÇÃO E SINDICATO - COEXISTÊNCIA - V. **Associação de Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais** 238

ASTREINTES - O juiz pode, de ofício, fixar *astreintes* para serem suportadas pelas pessoas jurídicas de direito público, caso não cumpram a obrigação de fazer no prazo fixado. - Obrigação de fazer - Servidor 104

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do ato infracional equiparado ao crime de atentado violento ao pudor, pois este não está incluído entre os que, obrigatoriamente, deixam vestígios que possam ser detectados pelo exame pericial. - Exame de corpo de delito - Ato infracional - Roubo - Roubo e cárcere privado - Desígnio autônomo - Crime contra os costumes - Palavra de vítima 591

ATO ADMINISTRATIVO - Em decorrência da autotutela, pode a própria Administração Pública invalidar os atos administrativos que se revelarem contrários ao ordenamento jurídico. Mas essa prerrogativa não se tem configurada eternamente, estando o Poder Público sujeito a prazo extintivo, cujo implemento, somado à inércia, importa em obstáculo à revisão, de modo que

eventual nulidade, ãcaso existente, não pode mais ser declarada. Conforme previsto na Lei Federal nº 9.784/99 (art. 54, §§ 1º e 2º) e na Lei Estadual nº 14.184/02 (art. 65, §§ 1º e 2º), esse prazo é de cinco anos e é de decadência, não admitindo, em razão desta natureza, interrupção, suspensão ou renúncia. - Nulidade - Decadência - Servidor - Qüinqüênio **174**

- O Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática de ato administrativo, sendo-lhe defeso apreciar o mérito de referido ato. Cabe-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e finalidade. A verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. - Servidor - Interesse de agir - Carência de ação - Licença especial - Poder Judiciário **479**

ATO INFRACIONAL - V. **Roubo** **591**

- V. **Atentado violento ao pudor** **591**

- V. **Cárcere privado e roubo** **591**

ATOS DE EFEITOS CONCRETOS - V. **Ação popular** **149**

AUTORIDADE COATORA - A autoridade coatora no mandado de segurança é simples substituta processual do ente público ou sua representante. Assim, se quem tem tal qualidade é devidamente notificado e responde ao pedido, dispensável é a presença de outra autoridade, mormente quando não se trata da real executora do ato. - Mandado de segurança - Concurso público - Limite de idade **459**

AUTORIZAÇÃO PARA INTERNAÇÃO HOSPITALAR-AIH - V. **Saúde** **419**

- B -

BANCO - Os bancos devem submeter-se às disposições da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), uma vez que prestam os serviços especificados no § 2º do artigo 3º da referida lei. Se o crédito bancário é fornecido mediante remuneração, não há como excluí-lo do referido dispositivo legal. - Código de Defesa do Consumidor - Crédito bancário - Sistema Financeiro da Habitação - Contrato de financiamento habitacional - Prestação **192**

BEM MÓVEL - V. **Usucapião** **113**

BUEIRO ABERTO - V. **Responsabilidade civil do município** **244**

- C -

CALAMIDADE PÚBLICA - V. **Improbidade administrativa** **108**

CÂMARA MUNICIPAL - Tem o notário legitimidade e interesse processual para argüir dúvida, quando submetido à situação de excepcionalidade registral, porquanto lhe cabe zelar pela higidez e regularidade dos atos de seu cargo.

- Por ser despida de personalidade jurídica de direito público, não se estendem à câmara municipal poderes para adquirir bens imóveis em seu nome, faculdade que, no âmbito municipal, está reservada apenas ao município. - Notário **343**

CÁRCERE PRIVADO E ROUBO - Se o cárcere privado não serviu de meio para a execução do roubo e também não era imprescindível para assegurar a execução deste, não se tratou de exaurimento da subtração patrimonial, mas sim de desígnio autônomo. Havendo dois atos infracionais distintos, não se pode falar em absorção do primeiro pelo segundo. - Roubo - Desígnio autônomo - Crime contra os costumes - Palavra de vítima - Ato infracional - Atentado violento ao pudor - Exame de corpo de delito **591**

CARÊNCIA DE AÇÃO - V. **Servidor** **479**

CARTA PRECATÓRIA - V. **Nulidade processual** **554**

CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - Em conformidade com o art. 271 do Código Civil, partilham-se proporcionalmente os bens adquiridos por título oneroso na constância do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, ainda que em nome de apenas um dos cônjuges. - Partilha **99**

CEASA - V. **Competência recursal** **66**

CENTENÁRIO DE UM ROMANCE SOBRE A JUSTIÇA - Memória do Judiciário Mineiro - Des. Luiz Carlos Biasutti **5**

CERCEAMENTO DE DEFESA - Se a produção de prova pericial em nada adiantaria para a solução do caso dos autos, é de se negar provimento ao agravo retido interposto argüindo cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento pelo juiz *a quo* daquela prova. - Prova pericial - Nulidade processual - Improbidade administrativa - Calamidade pública - Licitação - Obras públicas prementes **108**

- V. **Reintegração de posse** **251**

- V. **Separação judicial** **334**

- Inocorre cerceamento de defesa se o devido processo legal foi rigorosamente observado. - Sonegação fiscal - Conexão - Cerceamento de defesa - Prova - Perícia - Nulidade processual - Pena **492**

- V. **Nulidade processual** **554**

- V. **Sentença** **626**

- V. **Tóxico** **664**

CERTIDÃO - AUTENTICIDADE - V. **Investigação de paternidade** **178**

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO-CND - V. **Transação imobiliária** **96**

CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO - V. **Registro Civil** **291**

CITAÇÃO - V. **Litisconsórcio necessário** **406**

- V. **Tóxico** **664**

CITAÇÃO DE HERDEIRO - V. **Partilha** **113**

CLÁUSULA ABUSIVA E NULA DE PLENO DIREITO - V. **Contrato** ... **84**

CÓDIGO CIVIL
- Art. 12 (novo Código Civil) **231**
- Art. 159 ..... **375**
- Art. 166 ..... **409**
- Art. 271 ..... **99**
- Art. 399 ..... **390**
- Art. 504 (novo Código Civil) **62**
- Art. 619 ..... **113/152**
- Art. 1.632 ..... **353**

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - V. **Contrato** **84**

- V. **Banco** **192**

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 6º **357**

- Art. 9º 345/409
- Art. 9º, II 173
- Art. 33 423
- Art. 47, parágrafo único 406
- Art. 166 173
- Art. 188 355
- Art. 191 355
- Art. 219, § 5º 409
- Art. 267, IV 290/365
- Art. 267, VIII 113
- Art. 333 69
- Art. 475 383
- Art. 525, I 423
- Art. 535 383
- Art. 714 273
- Art. 800 60
- Art. 995, II 486
- Art. 1.109 206

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- Art. 28 546
- Art. 61 516
- Art. 81 55
- Art. 126 563
- Art. 158 587
- Art. 203 658
- Art. 206 658
- Art. 208 658
- Art. 222, §§ 1º e 2º 554
- Art. 261 535
- Art. 421 521
- Art. 424 649
- Art. 563 554
- Art. 564, III, *b* 584
- Art. 564, III, *c* 535
- Art. 621, III 512
- Art. 804 507

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
(Lei nº 9.503, de 1997)
- Art. 261 416

CÓDIGO PENAL
- Art. 29 603
- Art. 44, I 530
- Art. 107, VI 658
- Art. 148 591
- Art. 157 591
- Art. 171 548
- Art. 214 591

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
- Art. 131, I 285
- Art. 174 285

COMPETÊNCIA - V. **Registro Civil** 291

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS EM FACE DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS, A - Dr. Marcelo Guimarães Rodrigues - Doutrina 27

COMPETÊNCIA RECURSAL - A competência do tribunal que apreciou a apelação deve ser mantida para o conhecimento e julgamento do *habeas corpus* apresentado em conexão com a anterior apelação. - *Habeas Corpus* 59

- A teor do art. 106, II, *e*, da Constituição de Estado de Minas Gerais, é do Tribunal de Justiça a competência para conhecer e julgar agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em medida cautelar de exibição de documentos proposta incidentalmente em processo falimentar. Trata-se de uma situação de conexão por acessoriedade decorrente do vínculo existente entre a ação cautelar e a ação principal, que justifica a regra inscrita no art. 800 do CPC, a qual manda submeter as medidas cautelares ao juiz da causa. - Medida cautelar incidental - Conexão por acessoriedade 60

- Por não se cuidar de matéria relativa a sucessão, mas de questão referente a contratos e, especificamente, a compra e venda, é do Tribunal de Alçada, e não

do Tribunal de Justiça, a competência para conhecer e julgar apelação interposta em ação de adjudicação ajuizada por herdeiro, na condição de condômino, visando ao reconhecimento do seu direito de preferência, nos termos do art. 1.139 do Código de 1916 (reeditado, em termos, na forma do art. 504 do atual Código Civil). O fato de o imóvel sobre o qual se discute o direito de preferência ter sido adquirido por sucessão não tem o condão de fixar a competência para o processamento do recurso no Tribunal de Justiça. A sucessão, nesse caso, não é o elemento central da lide. - Adjudicação - Direito de preferência 62

- Compete ao Tribunal de Alçada, e não ao Tribunal de Justiça, julgar recurso interposto em ação de indenização por danos morais ajuizada por prefeito contra vereador, uma vez que a demanda envolve apenas particulares, não havendo a participação de qualquer ente público na relação processual, pelo que inaplicável é a regra contida no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual. - Indenização ajuizada por prefeito contra vereador 64

- Não havendo interesse do Estado de Minas Gerais na causa, porque a Ceasa não é mais sociedade de economia mista estadual, e tendo a União manifestado, expressamente, desinteresse no feito (nos termos do art. 109, I, da CF), é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para conhecer e julgar recurso contra decisão proferida na ação em que haja participação das Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A.-Ceasa, sociedade de economia mista da União, a teor das normas contidas nos arts. 106, II, *a*, e 108, II, da Constituição Estadual. - Ceasa 66

- Figurando a União como parte em processo de competência da Justiça Federal (pedido de permissão para menor exercer atividade laboral remunerada), torna-se a Justiça Estadual incompetente para o julgamento do recurso, devendo-se remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, instância *ad quem* para o julgamento, em grau de recurso, das causas antes julgadas por juízes da Justiça comum nas comarcas em que não existe a Justiça Federal. - Menor - Trabalho 140

COMPETÊNCIA RECURSAL CRIMINAL - O órgão de segundo grau, ao apreciar a apelação criminal, não pode desclassificar o crime de sua competência recursal e decliná-la para outro tribunal que o seja, diante da nova classificação jurídica, a fim de que este prossiga no julgamento. Tal julgamento não pode sofrer cisão, devendo-se observar a unicidade da decisão. Se a infração capitulada na denúncia e constante na parte dispositiva da sentença tornou certa a competência do tribunal que recebeu a apelação, tendo ocorrido o adentramento do mérito, esta competência não mais pode ser modificada, mesmo diante de eventual desclassificação do delito. Nesta hipótese, vige o princípio da prorrogação de competência traçado no art. 81 do CPP, já que não é admissível a análise do mérito por cortes distintas de idêntica posição hierárquica. - Desclassificação do crime 55

COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - V. **Transação imobiliária** 96

CONCORDATA - Ausentes documentos comprobatórios que atendam aos requisitos do art. 82 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), não procede o pedido de habilitação de crédito em concordata.

- Como portador de duplicatas sem aceite, vinculadas a contratos, em razão de endosso, o banco-cessionário torna-se credor dos sacados e, para exigir a satisfação dos seus créditos pelo endossante, mediante regresso ou habilitação na concordata deste, o registro de protesto dos títulos é indispensável para a prova do não-pagamento pelos sacados.

- Documentos unilaterais emitidos pelo requerente da habilitação, de cuja formação não participou a eventual devedora, não servem à demonstração de dívida oriunda de abertura de crédito rotativo, uma vez que a sua origem não decorre exclusivamente do contrato, mas de prova da efetiva utilização da importância facultada ao titular da conta bancária mantida perante a instituição financeira.

- Cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em concordata, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental. - Habilitação de crédito - Honorários de advogado **304**

- Nos termos da legislação específica, o penhor agrícola constitui crédito privilegiado, porém passa a quirografário no momento em que é dada destinação diversa daquela contida na cédula rural ao bem objeto da garantia, devendo ser relacionado na concordata preventiva. - Penhor agrícola **395**

V. **Protesto** **401**

CONCURSO PÚBLICO - A seleção de serventuários públicos, valorizando conhecimentos teóricos, obtidos em curso de grau superior, e práticos, adquiridos por tempo de serviço prestado no exercício do cargo ou função postos em concurso, não implica lesão ao princípio da isonomia, que impõe tratamento igual aos realmente iguais perante a lei, eis que o que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, pois a igualdade genérica dos pretensos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres.

- V.v.: - O provimento dos cargos públicos deve preceder-se de concurso público de provas ou de provas e títulos, que não devem considerar diplomas de graduação no ensino superior para cargos de nível médio, por incompatibilidade lógica. A apreciação do tempo de serviço público, como título, pode ensejar quebra dos princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade e caráter público do concurso. **49**

- A definição de doença incapacitante para investidura em cargo público por resolução, e não por lei em sentido formal, constitui afronta aos princípios da legalidade e da reserva legal.

- Comprovando a impetrante plena acuidade visual, ela não terá de ser submetida ao exame oftalmológico para fins de admissão ao curso de formação da PMMG, constituindo tal exigência ilegalidade passível de correção por mandado de segurança, uma vez evidenciado o direito líquido e certo da requerente. - PMMG - Doença incapacitante **326**

- A exigência de condições que restringem o acesso a cargo público, como é o caso da imposição de limite de idade, se revelará irrazoável e contrária ao princípio constitucional da igualdade, quando não se apresentar necessária ao exercício da função. - Limite de idade - Mandado de segurança - Autoridade coatora **459**

- V. **Ação civil pública** **489**

- V. **Concurso público municipal** **489**

CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL - Dada a autonomia administrativa garantida aos municípios pelos arts. 18 e 29 da CF/88, o ente municipal e suas empresas de economia mista, desde que respeitados os princípios constitucionais federais e estaduais, podem editar normas de concurso público para preenchimento de vagas neles existentes, sem estarem vinculados a preceitos administrativos próprios do Estado estabelecidos por via de decretos estaduais. - Ação civil pública - Concurso público **489**

CONDENAÇÃO - V. **Lesão corporal** **530**

CONDIÇÕES DA AÇÃO - V. **Servidor** **413**

CONEXÃO - Não há que se falar em reunião de processos, por conexão, se na outra ação penal intentada foi o réu denunciado por delito ocorrido em outra época e capitulado em outro dispositivo legal. - Sonegação fiscal - Cerceamento de defesa - Perícia - Prova - Nulidade processual - Pena **492**

CONEXÃO POR ACESSORIEDADE - V. **Competência recursal** **60**

CONFISSÃO ESPONTÂNEA - A confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência na segunda fase da aplicação da pena. - Embriaguez voluntária - Pena - Sentença - Ônus da prova - Defesa - Reincidência - Lesão corporal - Condenação **530**

CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - V. **Estupro** **512**

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
- Art. 36, I **449**
- Art. 40, § 10 ..... **443**
- Art. 106, II, *a* **64/66**
- Art. 106, II, *c* **62**
- Art. 106, II, *e* **60**
- Art. 108, II **66**
- Art. 118 ..... **91**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 1º, III **231/389**
- Art. 3º, I **389**
- Art. 5º, II **330**
- Art. 5º, X **231**
- Art. 5º, XXXV **360**
- Art. 5º, XXXVIII **554**
- Art. 5º, LIV e LV **535**
- Art. 6º **217**
- Art. 18 ..... **489**
- Art. 29 ..... **489**
- Art. 37, *caput* e § 1º **184**
- Art. 37, § 6º **75/322**
- Art. 37, II **49**
- Art. 37, IX **509**
- Art. 37, XI **213**
- Art. 39, § 4º **213**
- Art. 60, § 4º, IV **202**
- Art. 93, IX **718**
- Art. 127 ..... **360**
- Art. 129, III **457/489**
- Art. 156, § 2º, I **441**
- Art. 195, *caput* e § 5º **447**
- Art. 195 e incisos **483**
- Art. 196 ..... **217/419**
- Art. 201, V **447**
- Art. 225 ..... **360/403**
- Art. 225, § 1º, III e IV **330**

ADCT - Art. 19 ..... **135/268**

CONSTRUÇÃO EM VIA PÚBLICA - V. **Reintegração de posse** **251**

CONSUNÇÃO - V. **Estelionato** **548**

- O princípio da consunção não há de ser aplicado na fase de admissibilidade ou não da acusação, e sim ser analisado no curso da instrução criminal. - Prefeito - Improbidade administrativa - Inquérito

civil - Denúncia - Falso testemunho - Tribunal de Contas do Estado - Peculato 603

CONTAS - V. **Créditos orçamentários** 91

- Ao Judiciário não cabe adentrar o mérito de julgamento de contas do Executivo, que tramitou perante a câmara municipal, mas há a possibilidade de controle da legalidade do processo se não foi dada oportunidade de defesa ao ex-Prefeito.

- Constatada a ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, cabe a anulação do julgamento das contas do ex-Prefeito, a fim de que sejam novamente julgadas pelo Legislativo municipal. - Suspensão do feito 198

CONTRATO - Nos termos do art. 51, IX, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é nula de pleno direito a cláusula contratual que dá ao fornecedor a opção exclusiva para, a seu talante, concluir ou não o contrato e que, ao mesmo tempo, obriga o consumidor a aceitar a opção do fornecedor. Assim, a cláusula existente no contrato de prestação de serviços, prevendo que a avença ficaria sujeita à confirmação do prestador, não pode servir de alegação para que este se exima da obrigação e faça o distrato verbal, eis que nula de pleno direito. Em tais casos, é devida a indenização por perdas e danos, em razão do não-cumprimento do contrato. - Cláusula abusiva e nula de pleno direito - Código de Defesa do Consumidor - Perdas e danos 84

CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL - V. **Sistema Financeiro da Habitação** 192/397

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - Inadmissível o desconto de contribuição previdenciária nos proventos de aposentadoria e nas pensões, eis que o art. 195 e os incisos da CF/88 não prevêem tal contribuição a cargo dos aposentados e pensionistas, sendo justa a devolução das parcelas descontadas.

- A simples possibilidade de incidência da contribuição previdenciária nos proventos de aposentadoria e nas pensões contraria a própria lógica do sistema previdenciário, que, em última análise, tem como objetivo arrecadar dos trabalhadores parte de valor salarial para custear a própria situação de inatividade ou de eventual infortúnio daqueles que já teriam contribuído ao longo dos anos. - Proventos e pensão 479

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - V. **Mandado de segurança** 91

CONTROLE JURISDICIONAL - V. **Lei de efeito concreto** 360

CONVÊNIO ICMS
- Nº 105, de 1992 309
- Nº 111, de 1993 309

CORPO DE DELITO INDIRETO - V. **Estupro** 512

- *"O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental"* (*HC* 23.898/MG, Rel. Min. Felix Fischer).

- Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhes na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos, e não de sua capitulação inicial.

- Ordem denegada. (STJ) 692

CRÉDITO BANCÁRIO - V. **Banco** ... 192

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - V. **Água - Fornecimento** 285

CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS - Para a regularização de abertura de créditos especiais de exercício já findo, visando à aprovação das contas de ex-Prefeito junto ao TCMG, não há necessidade de lei formal, sendo bastante um decreto legislativo. - Mandado de segurança - Controle de constitucionalidade - Decreto legislativo - Contas 91

CRIME AMBIENTAL - A teor do art. 158 c/c art. 564, III, *b*, ambos do Código de Processo Penal, a ausência de realização de exame pericial para efeito de demonstração da materialidade de crime ambiental, infração que deixa vestígios, enseja a nulidade da ação penal. 587

CRIME CONTRA OS COSTUMES - Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, ainda mais quando corroborada por outros elementos dos autos, inclusive pela confissão do réu. - Palavra da vítima - Ato infracional - Roubo e cárcere privado - Roubo - Desígnio autônomo - Atentado violento ao pudor - Exame de corpo de delito 591

CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - V. **Pronúncia** 520

CRIME DE RESPONSABILIDADE - O pagamento de despesas de caráter indenizatório a terceiro, de responsabilidade do município, efetuado como se fosse de despesas de serviços realizados em bens municipais, caracteriza mera irregularidade administrativa, e não o crime do art. 1º, II, do Dec.-lei nº 201/67.

- Ausente a prova do prejuízo à Administração e inexistindo dolo na conduta do acusado, sendo o administrador inábil, e não desonesto, a absolvição se impõe. - Prefeito 498

- Havendo necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF), tem o administrador a faculdade de nomear terceiros, em caráter precário, usando do poder discricionário que possui. Em tais nomeações não se vislumbra dolo que possibilite o recebimento da denúncia pela prática do crime previsto no inciso XIII do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67. - Prefeito - Denúncia 509

- Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal.

- Existindo lei municipal autorizando a contratação - ainda que a sua invocação pelo prefeito seja equivocada -, não há que se cogitar da prática do delito previsto no art. 1º, inciso XIII, do Decreto-lei nº 201/67.

- Ante a inexistência de dolo, não há se falar em crime funcional. Se a apelada agia com base em lei municipal que lhe atribuía poderes para contratar, além de lhe dar a necessária cobertura jurídica, não cabe ao Judiciário restringir o âmbito de sua abrangência, uma vez tratar-se de matéria afeita ao Legislativo municipal, que, ao manter-se inerte, legou à prefeita a valoração do que seria ou não necessidade de excepcional interesse público. - Prefeito 558

CRIME HEDIONDO - V. **Tóxico** **615**

- V. **Prisão preventiva** (STF) **718**

CRIMES CONEXOS - V. **Pronúncia** **520**

CULPA DA VÍTIMA - V. **Responsabilidade civil do Estado** **370**

CULPA *IN VIGILANDO* - V. **Responsabilidade civil do Estado** **315**

CURADOR ESPECIAL - Havendo citação do executado por carta, inaplicável ao caso a disposição do art. 9º, II, do CPC, revelando-se irregular a nomeação, feita de ofício pelo juiz, de defensor público como curador de revel fora dos casos previstos na lei. - Execução fiscal - Prescrição de direitos patrimoniais **173**

- Se o réu é citado por edital e não tem representação nos autos, impõe-se nomear curador especial para representá-lo, por força do art. 9º do CPC. Na função de curador especial, nada impede a intervenção do defensor público no processo, pois a curadoria especial foi cometida à Defensoria Pública, sendo, inclusive, função institucional desta, a teor do art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar Federal nº 80/94 (LDP), aplicável aos Estados, *ex vi* de seus arts. 2º, inciso III, e 97. - Defensoria Pública **345**

- Nos termos do art. 9º do CPC, ao magistrado é vedado nomear curador especial em razão da revelia do réu que foi citado regularmente por carta. Assim, sendo incabível a nomeação do defensor, inválidos serão os atos por ele praticados. - Execução fiscal - Direitos patrimoniais - Prescrição **409**

- D -

DANO AMBIENTAL - O adquirente de área já desmatada não pode ser compelido a recuperar a cobertura arbórea do terreno, consoante jurisprudência uniforme do STJ. - Desmatamento - Ação civil pública **138**

DANO MORAL - V. **Responsabilidade civil do Estado** **75**

DANOS CAUSADOS À MUNICIPALIDADE POR EX-PREFEITO - V. **Indenização** **375**

DECADÊNCIA - V. **Ato administrativo** **174**

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI *INCIDENTER TANTUM* - V. **Ação civil pública** **330**

DECRETO ESTADUAL
- Nº 18.057, de 1976 ..... **350**
- Nº 21.204, de 1981 ..... **446**

DECRETO FEDERAL
- Nº 84.513, de 1980 ..... **416**
- Nº 32.535, de 1991 ..... **309**
- Nº 35.103, de 1993 ..... **309**
- Nº 37.663, de 1995 ..... **309**

DECRETO LEGISLATIVO - V. **Créditos orçamentários** **91**

- V. **Lei de efeito concreto** **360**

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 2º, I (Lei de Falências) **167**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 82 ..... **304**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 147 ..... **401**
- Nº 201, de 1967 ..... **603**
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, II **498**
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, XIII **509/558**

- Nº 406, de 1968 ..... **154**
- Nº 406, de 1968 - Item 79 ..... **282**
- Nº 406, de 1968 - Item 95 ..... **477**

DEFENSORIA PÚBLICA - V. **Curador especial** **345**

DEFESA - V. **Ônus da prova** **530**

DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIO PÚBLICO HOMENAGEANDO PESSOA VIVA - V. **Ação popular** **184**

DENÚNCIA - V. **Crime de responsabilidade** **509**

- V. **Ação penal** **582**

- Nada obsta que o Ministério Público, valendo-se de elementos de convicção coletados em inquérito civil ou em processo administrativo, ainda que instaurado para o propósito de ação civil, ofereça denúncia e dispense o inquérito policial.

- Não é a denúncia inepta porque descreve um crime em tese - o de peculato, praticado pelo prefeito municipal, com a participação de outros denunciados. A teor do art. 29 do Código Penal, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua participação. - Prefeito - Improbidade administrativa - Inquérito civil - Falso testemunho - Consunção - Tribunal de Contas do Estado - Peculato **603**

- V. **Corpo de delito indireto** (STJ) **692**

DEPOIMENTO DE POLICIAL - Os policiais não estão impedidos de depor, podendo a condenação ter suporte nas suas palavras. - Tráfico - Pena - Regime prisional **577**

DEPÓSITO ELISIVO - V. **Falência** **79**

DESAFORAMENTO - O desaforamento é medida de caráter absolutamente excepcional e só pode ser concedido mediante comprovação dos fatos objetivos previstos no art. 424 do CPP. Inexistindo prova de ameaça à ordem pública, de dúvida sobre a imparcialidade dos jurados e de que a segurança do réu se encontra ameaçada, não se pode autorizar a *mutatio fori*.

- A manifestação dos parentes da vítima e a repercussão do fato na mídia não autorizam a medida do desaforamento. A opinião da imprensa não reflete, necessariamente, o estado de ânimo da população e, por extensão, dos membros do Conselho de Sentença.

- Se o impacto causado no seio da comunidade, em razão da natureza trágica do evento tido como criminoso, afigura-se normal e se a emoção e a tristeza ocasionadas pelo fato não se traduziram em hostilidade para com o réu, que não sofreu qualquer agressão, e contra ele não houve nenhuma manifestação popular de repúdio, não se pode pressupor a existência de parcialidade dos jurados, mostrando-se desnecessário o desaforamento.

- O tribunal não está vinculado, exclusivamente, às informações do juiz, para a concessão do desaforamento. A manifestação do magistrado, apesar de sua enorme valia, deve ser analisada em conjunto com os demais elementos probatórios. Ausente a comprovação dos pressupostos que autorizam a medida, o pedido deve ser indeferido. **649**

DESAPROPRIAÇÃO - 1. Desapropriação. Reconhecida a necessidade de indenização das matas sujeitas à preservação

permanente, a apuração de seu valor justo e real depende de reavaliação do contexto probatório, o que deve ser realizado na instância ordinária.

- 2. As razões deduzidas pela Fazenda Estadual revelam a sua pretensão de reexame da causa, a partir da mera alegação de que os precedentes citados no voto são inadequados. Acórdão com fundamentação própria e suficiente, não se verificando qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Embargos de declaração com efeitos infringentes. Não-cabimento.

- Embargos de declaração rejeitados. (STF) 722

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - V. **Competência recursal criminal** 55

DESÍGNIO AUTÔNOMO - V. **Cárcere privado e roubo** 591

DESISTÊNCIA DA AÇÃO - A extinção do feito decorrente de desistência da ação (art. 267, VIII, CPC) não é fator impeditivo para nova demanda visando ao mesmo objetivo, exceto se o autor renunciar expressamente ao direito sobre que se funda a ação. - Extinção do processo - Partilha - Citação de herdeiro - Nulidade absoluta - Investigação de paternidade - Usucapião - Bem móvel - Imóvel 113

DESMATAMENTO - V. **Dano ambiental** 138

DIREITO DE PREFERÊNCIA - V. **Competência recursal** 62

DIREITOS PATRIMONIAIS - V. **Curador especial** 409

DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS - V. **Medicamento** 190

DOCUMENTOS - EXIBIÇÃO - V. **Associação de Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais** 238

DOCUMENTOS - REQUISIÇÃO - V. **Vereador** 277

DOENÇA INCAPACITANTE - V. **Concurso público** 326

DOUTRINA - Infidelidade virtual e o novo Código Civil - Dr. Jander Maurício Brum e Drª Nábia dos Santos Brum 9

- Suspensão condicional do processo em nova dimensão - Dr. Antônio José F. de S. Pêcego 21

- A competência jurisdicional e a função social da Vara de Registros Públicos em face dos Serviços Notariais e de Registros - Dr. Marcelo Guimarães Rodrigues 27

- Princípio do juiz natural - Dr. José Rubens Costa 45

- E -

EDUCAÇÃO - O inciso I do § 3º do art. 87 da Lei nº 8.437/92 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação-LDB) não pode ser interpretado literalmente, de forma a deixar fora da escola aquelas crianças que completam os sete anos de idade, após o período de matrícula ou cadastramento, sem que iniciem o ensino fundamental no ano em que completam a idade mínima. O entendimento correto deve ser aquele adotado pelos pedagogos, de que o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental deve dar-se no ano em que a criança completar sete anos de idade no primeiro semestre e, no ano seguinte, quando a idade for completada na segunda metade do ano. Tal critério evita o atraso no início dos estudos e possibilita a idade adequada, de forma, inclusive, a nivelar minimamente a faixa etária.

- Visando à pronta atuação do Poder Público na questão educacional, o inciso I do § 3º do art. 87 da Lei nº 8.437/92 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB) determina que cada município, e supletivamente o Estado e a União, deve matricular todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis anos, no ensino fundamental. Assim, na hipótese em que a criança tenha completado, satisfatoriamente, a primeira fase do ensino básico referente à educação infantil, na mesma escola em que pretendeu a matrícula, na seqüência dos estudos, não é razoável a interrupção, afastando-a da escola por um ano, o que, certamente, causaria significativo prejuízo em sua formação, mormente por completar a idade mínima alguns dias após o início do semestre letivo. - Ensino fundamental 160

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Os embargos de declaração não se prestam para a discussão da admissibilidade ou inadmissibilidade do reexame necessário, uma vez que tal discussão não se enquadra nos pressupostos do art. 535 do CPC. - Reexame necessário - Jurisprudência - Magistrado - Tempo de serviço - Qüinqüênio 383

EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - A embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal. - Pena - Sentença - Ônus da prova - Defesa - Confissão espontânea - Reincidência - Lesão corporal - Condenação 530

EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL
- Nº 09, de 1993 ..... 165/383

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL
- Nº 19, de 1998 ..... 202/213
- Nº 20, de 1998 - Art. 3º 443

ENCHENTE - V. **Responsabilidade civil do município** 322

ENSINO FUNDAMENTAL - V. **Educação** 160

ESTABILIDADE EXCEPCIONAL - Deve ser reconhecida a estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do ADCT da Constituição Federal/88 aos professores que mantiveram sucessivos contratos com o Estado durante o período compreendido entre 05.10.83 e 05.10.88, ainda que tenham ocorrido pequenas interrupções do vínculo contratual durante os períodos de férias escolares ou alguma outra situação anômala, que possa dar causa a desligamentos periódicos. - Professor 135

- Deve ser reconhecida a estabilidade do art. 19 do ADCT da Constituição Federal/88 ao professor que era "dispensado" ao término do ano letivo e recontratado tão logo iniciadas as aulas. - Professor 268

ESTADO DA PESSOA - V. **Registro civil** 291

ESTELIONATO - O crime de falsidade ideológica é absorvido pelo delito de estelionato, previsto no art. 171 do CP, quando o falso se exaure por completo

no próprio estelionato, caracterizando-se como meio para a consecução de um crime, sem mais qualquer potencialidade lesiva por si só. O delito de falsidade ideológica, dessa forma, será absorvido pelo estelionato quando o propósito do agente for, tão-somente, o lucro patrimonial em prejuízo alheio.

- O perdão por parte da vítima não afasta o delito de estelionato, pois trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, cujo exercício é confiado ao Ministério Público, não tendo a vítima disponibilidade da ação. - Falsidade ideológica - Perdão da vítima - Consunção **548**

ESTUPRO - Inexistindo prova da coação física do réu, prevalece a confissão extrajudicial, que, estando em harmonia com as demais provas coligidas e somada ao comportamento do acusado, serve de corpo de delito indireto, daí por que a ausência de *acd* não impede a comprovação da materialidade do crime de estupro. - Confissão extrajudicial - Corpo de delito indireto - Revisão criminal - Apelação - Pena - Júri **512**

EXECUÇÃO FISCAL - V. **Curador especial** **173**

- V. **Prescrição de direitos patrimoniais** **173**

- V. **Curador especial** **409**

- V. **Prescrição** **409**

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - V. **Prescrição criminal** **516**

EXTINÇÃO DO PROCESSO - V. **Desistência da ação** **113**

- V. **Separação judicial** **290**

- F -

FALÊNCIA - O depósito elisivo não põe termo ao processo de falência, sendo incorreta a decisão que, diante de tal depósito, determina a redistribuição do feito como ação de cobrança. A dívida denunciada deverá ser discutida no próprio procedimento falimentar, arredando o fenômeno das vias ordinárias. - Depósito elisivo **79**

- Em conformidade com o art. 49 da Lei 6.024/74, processa-se nos próprios autos da ação de responsabilidade civil a execução proveniente de sentença condenatória transitada em julgado que declarou a responsabilidade dos ex-administradores de instituição financeira, não cabendo ao juízo falimentar processá-la. Tal disposição vem ao encontro do princípio da celeridade processual, uma vez que a execução na falência, em se tratando de ação coletiva, envolve todos os bens da massa falida, o que resulta em um maior dispêndio de tempo, enquanto, na ação de responsabilidade civil, serão somente excutidos os bens particulares dos ex-administradores, na hipótese de a massa falida não comportar o passivo. - Instituição financeira - Ação de responsabilidade civil **143**

- Baseado o pedido de falência no art. 2º, inciso I, do Dec.-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) e estando o respectivo débito ainda em fase de execução judicial, inviável se torna a decretação da quebra. Ademais, por importar em desvio de sua função específica, o processo falencial não constitui meio de cobrança de dívida. Em conseqüência desse desvio, sua extinção (dele, processo), sem julgamento do mérito, por carência de ação, constitui medida, a um só tempo, legal e oportuna. **167**

- A impontualidade do devedor para fins de decretação da falência é marcada pela conjunção de diversos fatores, que são a falta de pagamento no vencimento, sem razão juridicamente escusável, de obrigação líquida, materializada em título executivo, devidamente protestado. Logo, o simples trânsito em julgado da sentença em processo trabalhista, por si só, é insuficiente para caracterizar a impontualidade do devedor, tornando inviável acolher o pedido de decretação de quebra. **224**

- O princípio da abstração, próprio dos títulos de crédito, não prevalece para fins de falência, devendo o credor sempre demonstrar a origem dos mesmos, ou seja, o negócio subjacente. Não restando demonstrada a origem dos títulos, deve a habilitação ser julgada improcedente. - Habilitação de crédito **256**

- É requisito essencial para o pedido de falência a prova do protesto regular. A notificação do protesto, ainda que feita via ECT, deve conter a respectiva intimação do devedor e a identificação da pessoa que a recebeu. Assim, se não forem comprovados esses requisitos, a falência não pode ser decretada, devendo o processo ser extinto nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC. - Protesto **365**

FALSIDADE IDEOLÓGICA - V. **Estelionato** **548**

FALSO TESTEMUNHO - Se a retratação tornou não punível o crime da testemunha, tanto que ela sequer foi denunciada pelo delito, seria um contra-senso dar seguimento à persecução penal intentada contra os partícipes. **537**

- A argüição de que o crime de falso testemunho não ocorreu não procede se a petição inicial narra, de forma clara e detalhada, a conduta dos denunciados que levou o Ministério Público a incriminá-los. - Prefeito - Improbidade administrativa - Inquérito civil - Denúncia - Consunção - Tribunal de Contas do Estado - Peculato **603**

- Demanda exame aprofundado e valorativo da pena, o que não pode ser feito no restrito âmbito do *habeas corpus*, a alegação de que o delito de falso testemunho não restou configurado.

- A teor do art. 206 do CPP, a paciente, sendo mãe de um dos acusados e esposa de outro, poderia se recusar a prestar depoimento, mas, uma vez se dispondo a tanto, deve ela, sim, dizer a verdade sobre os fatos, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. O fato de, nos termos do art. 208 do CPP, não estar sujeita ao compromisso a que se refere o art. 203 não dá à testemunha informante o direito de falsear a verdade, não excluindo, em conseqüência, a prática do crime de falso testemunho.

- Se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade, o fato deixa de ser punível, sendo tal retratação uma das causas de extinção da punibilidade expressa no art. 107, inc. VI, do CP.

- É pelo exame da prova produzida que se poderá concluir a respeito de algum falso depoimento. Isso se dá ao final do processo, após a fase probatória, ou seja, por ocasião da sentença, não tendo sentido, assim, dar início a um processo por falso testemunho, ficando esse

paralisado até que outro fosse concluído. - *Habeas corpus* 658

FAUTE DU SERVICE - V. **Responsabilidade civil do Estado** 370

FAZENDA PÚBLICA - V. **Litisconsórcio** 355

FÉRIAS-PRÊMIO - O § 3º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/98 resguardou todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação da emenda aos servidores que já haviam cumprido, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos. Assim, o § 10 do art. 40 da Constituição do Estado, inserido pela referida emenda, não tem o condão de suprimir o direito adquirido pela servidora à contagem em dobro, para fins de aposentadoria, das férias-prêmio não gozadas. 443

FIANÇA - Às pessoas jurídicas de direito público, inclusive autarquias, bem como entidades fundacionais, desde que públicas estas últimas, é vedado prestar fiança, a teor do art. 25 da Resolução 69/1995, do Senado Federal, que estabelece normas de crédito interno e externo aplicáveis a essas pessoas, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização. A vedação as impede de assumir diretamente com fornecedores, prestadores de serviço ou empreiteiras de obras, por intermédio de emissão ou aval de notas promissórias, aceite de duplicatas e outras operações similares. Em conseqüência, prestada fiança por qualquer das pessoas jurídicas elencadas, ineficaz é a garantia dela decorrente, tido em conta o óbice legal - a inafiançabilidade. - Pessoa jurídica 94

FORMAL DE PARTILHA - V. **Assistência judiciária** 387

- G -

GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE - SUPRESSÃO - O dever imposto à Administração Pública de anular os atos ilegais não a exime de demonstrar essa nulidade por intermédio do devido processo legal, com todos os seus consectários. Assim, considerar-se-á ilegal a supressão do pagamento de gratificação de produtividade, que era paga regularmente a servidor municipal, sem que lhe seja permitido ampla defesa em regular processo administrativo. - Servidor 249

GUARDA DE MENOR - Impossível o deferimento da guarda de netos menores aos avós, tão-somente para fins previdenciário. A conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não atende à situação excepcional prevista no art. 33, § 2º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O gozo da condição de dependente do guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário, é conseqüência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão.

- A falta de condições econômicas dos pais, por si só, não enseja a perda ou a suspensão do pátrio poder.

- V.v.: - A guarda do menor decorre da necessidade concreta de lhe serem prestadas assistências material, moral e educacional. Desde que os avós comprovem estar, de fato, prestando tais assistências aos netos, é possível deferir-lhes a guarda destes, inclusive para fins previdenciário, pois o importante é o bem-estar dos menores. - Pátrio poder 452

- H -

HABEAS CORPUS - V. **Competência recursal** 59

- Impõe-se a extensão dos efeitos do *habeas corpus* que, em outra decisão de caráter estritamente objetivo, determinou o trancamento de ação penal com relação a co-réu ao qual se imputou idêntica prática delituosa e que se encontrava na mesma situação processual do paciente do segundo *habeas corpus* impetrado. 642

- Se a instrução está encerrada e se está apenas aguardando a realização de exame de dependência toxicológica e de sanidade mental, pedido pela defesa, não se há de falar em excesso de prazo. 656

- V. **Falso testemunho** 658

- V. **Transação penal** 662

- V. **Prisão civil** 670

- V. **Prisão preventiva** (STF) 718

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - V. **Falência** 256

- V. **Concordata** 304

HOMICÍDIO QUALIFICADO - I. As circunstâncias subjetivas ou de caráter pessoal são aquelas referentes à pessoa do agente e sua relação com a vítima ou eventuais concorrentes para a prática delitiva.

- II. Desde que não configurem elementares do tipo penal, não se comunicam entre os participantes do crime.

- III. O motivo fútil configura circunstância de caráter pessoal, não se comunicando entre os participantes do delito. Precedentes.

- IV. Quesitação realizada de maneira equivocada, sobressaindo evidente *error in procedendo* e caracterizando nulidade absoluta.

- V. Acolhida a tese da impetração de incomunicabilidade do motivo fútil, restam superadas as demais alegações, quais sejam, a de incompatibilidade entre as qualificadoras do motivo torpe e motivo fútil, bem como o pedido subsidiário de redução da pena ao mínimo legal.

- VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, determinando-se a anulação da decisão que condenou o paciente Eduardo Gonçalves, a fim de que o mesmo seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.

- VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ) 687

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - V. **Concordata** 304

- V. **Assistência judiciária** 389

- Em ação penal, não cabe condenação em honorários de advogado, ante a inexistência de previsão no Código de Processo Penal. O art. 804 do CPP restringiu a condenação às custas processuais. É excesso de hermenêutica entender que, no caso, se aplicariam, analogicamente, as regras de sucumbência do processo civil. A satisfação de tais despesas pode ser reclamada por intermédio de ação civil de indenização. Assim, não é omisso o acórdão que não faz referência àquelas verbas. - Processo Penal 507

HORAS EXTRAS - V. **Servidor** **350**

HOSPITAL FILANTRÓPICO - V. **Saúde** **419**

- I -

ICMS - Somente aos contribuintes que estiverem em situação regular perante o Fisco é concedido o direito de usufruir os benefícios contidos no art. 28 da Lei Estadual nº 14.062/01. Assim, àquele que se encontra com a inscrição estadual bloqueada é vedado o aproveitamento de quaisquer créditos, inclusive de ICMS, já que sua situação perante o Fisco é irregular. - Aproveitamento de crédito **262**

- Nos termos do art. 673, V, do RICMS/91 vigente à época do fato gerador versado na execução fiscal, o distribuidor localizado em outra unidade da Federação sujeita-se ao regime de substituição tributária, estando obrigado à retenção e recolhimento do ICMS, nas remessas de lubrificantes para distribuidor localizado no Estado de Minas Gerais.

- Os convênios possuem caráter impositivo ou autorizativo. Serão impositivos quando suas determinações alcançarem indiscriminadamente todas as unidades federadas, que ficam obrigadas a cumpri-los. Serão, por outro lado, autorizativos, como é o caso do Convênio 105/92, consoante o que especifica na sua cláusula primeira, quando os Estados e o Distrito Federal não ficam obrigados, mas apenas autorizados a colocar em suas respectivas legislações as determinações elencadas, de acordo com seus interesses e conveniências.

- Os Estados podem conceder isenções, em matéria de ICMS, por meio de decreto ratificador do convênio firmado entre eles. Destarte, os convênios que autorizam os Estados a conceder tais isenções só terão eficácia e passarão a valer após o advento do decreto.

- O Decreto nº 35.103, de 18.11.93, aprovou o Convênio ICMS 111/93, mas não o implementou no regulamento do ICMS. Assim, se, ao tempo em que a empresa submetida ao regime de substituição tributária, realizou as operações internas relativas a combustíveis e lubrificantes estava plenamente em vigor o art. 673 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 32.535/91, o qual foi modificado apenas em 19.12.95, pelo Decreto nº 37.663/95, tais operações realmente deveriam ser tributadas.

- O Convênio nº 111/93 determinou que para os efeitos do ICMS deve ser considerado como distribuidora de derivados de petróleo e dos demais combustíveis e lubrificantes a empresa assim definida e autorizada a exercer tal atividade pelo Departamento Nacional de Combustíveis. Deduz-se, daí, que tal órgão é o competente para dizer se a atividade da empresa pode ou não ser caracterizada como distribuidora.

- Se o cadastro de contribuintes do ICMS mineiro não possui a codificação específica para enquadrar a empresa como distribuidora, o fato de cadastrá-la como atacadista não a torna imune à incidência da norma do art. 673 do RICMS/91. ..... **309**

ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - V. **Município** **357**

IMÓVEL - V. **Usucapião** **113**

IMPRENSA OFICIAL - V. **Servidor** **350**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Inexiste nulidade do processo por falta de citação do Governo do Estado, na pessoa do Sr. Governador, se a questão aventada diz respeito a ato discricionário que nada tem a ver com a decisão dessa autoridade, a quem coube apenas decretar o estado de calamidade pública.

- O estado de calamidade pública, que torna legítima a dispensa da licitação, aliado à ausência de prejuízo ao patrimônio público, ou enriquecimento ilícito ou vantagem indevida, pela não-contratação e realização de obras prementes, afasta a tipificação da figura da improbidade administrativa em qualquer dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. - Calamidade pública - Licitação - Obras públicas prementes - Nulidade processual - Cerceamento de defesa - Prova pericial **108**

- V. **Indenização** **375**

- Tendo o promotor de justiça curador do patrimônio público da comarca tomado conhecimento, através de notícia veiculada na imprensa local, de gastos excessivos com viagens, despidos de comprovação, feitas pelo prefeito municipal, fato que, em tese, constitui ato de improbidade administrativa, passível de punição na esfera administrativa, além do ilícito penal previsto no Dec.-lei nº 201/67, legitimado estava para, através das prerrogativas que lhe confere a Lei nº 7.347/85, em seu art. 8º, § 1º, instaurar inquérito civil público contra aquela autoridade.

- Para a caracterização do delito contra a probidade da Administração, basta que o denunciado, tendo a posse jurídica da receita pública municipal, decorrente da condição de prefeito, dela se aproprie em proveito próprio e/ou de terceiros, e passe a usá-la como se própria fosse, causando dano à Administração, pouco importando a ausência do *animus rem sibi habendi*. - Prefeito - Inquérito civil - Denúncia - Falso testemunho - Consunção - Tribunal de Contas do Estado - Peculato **603**

INCÊNDIO - O incêndio é um dos crimes cuja natureza clandestina permite a condenação baseada em provas indiretas e circunstanciais. Sendo a prova indiciária bastante forte e segura no sentido de demonstrar de maneira inequívoca a conduta criminosa do acusado, não se apresenta possível a pretendida absolvição. **502**

INDENIZAÇÃO - V. **Veículo furtado** **279**

- V. **Responsabilidade civil do Estado** **315**

- Os atos que caracterizam improbidade administrativa do agente estão devidamente relacionados na lei em vigor e exigem conduta específica dele, enquanto a ação de indenização se funda tão-somente na existência do dano, do nexo causal e na prova de dolo ou culpa.

- A teor do art. 20 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), apenas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são condicionadas ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

- A comprovação efetiva de dolo ou culpa do agente pode e deve ser feita no curso da ação ordinária de indenização.

- A reparação imposta a quem causa dano a outrem é princípio geral de direito, no qual se aporta toda a teoria da responsabilidade presente no ordenamento

jurídico pátrio, *ex vi* do art. 159 do Código Civil. - Responsabilidade civil - Danos causados à municipalidade por ex-prefeito - Improbidade administrativa 375

INDENIZAÇÃO AJUIZADA POR PREFEITO CONTRA VEREADOR - V. **Competência recursal** 64

INÉPCIA DA PETIÇÃO RECURSAL - V. **Recurso** 251

INFIDELIDADE VIRTUAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL - Dr. Jander Maurício Brum e Drª Nábia dos Santos Brum - Doutrina 9

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - Não há falar em aplicação do Decreto nº 84.513/80, considerando que à época da infração, o CTB-Código de Trânsito Brasileiro já se encontrava em vigor. O art. 261 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), ao dispor sobre a aplicação de penalidade relativa à suspensão do direito de dirigir, exigia, quando da ocorrência da transgressão, regulamentação, sendo vedada a aplicação de resolução posterior. - Penalidade - Suspensão do direito de dirigir 416

INQUÉRITO CIVIL - V. **Improbidade administrativa** 603

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - V. **Falência** 143

INSTRUÇÃO - V. **Nulidade processual** 554

INTERESSE DE AGIR - V. **Servidor** 69

- O interesse de agir decorre da concreta necessidade de se obter do Poder Judiciário a solução para um conflito de interesses. Inexistindo a controvérsia pré-processual, ilegítima é a busca da tutela jurisdicional. - Servidor - Licença especial - Ato administrativo - Carência de ação - Poder Judiciário 479

INTERESSE PATRIMONIAL - V. **Ministério Público** 69

INTERESSE PROCESSUAL - V. **Servidor** 413

INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM HOSPITAL - V. **Responsabilidade civil do Estado** 75

INTERVENÇÃO FEDERAL - O retardo no cumprimento de decisão judicial, por mais de 05 (cinco) anos, enseja o deferimento do pedido de intervenção. Precedentes. (STJ) 675

INVENTARIANTE - O cônjuge supérstite que esteja na posse e administração dos bens do espólio, embora casado sob o regime de separação de bens, não está impedido de exercer a inventariança. 432

INVENTÁRIO - A desídia do inventariante que acarreta a paralisação do feito não autoriza a extinção do processo sem julgamento do mérito, já que a partilha do acervo hereditário é direito de ordem pública, cabendo, isto sim, a sua remoção nos termos do art. 995, II, do CPC. - Assistência judiciária 486

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - A lei não exige a cumulação da ação de investigação de paternidade com a de petição de herança, podendo a última ser proposta posteriormente, a critério daquele que teve sua filiação reconhecida, bastando que se obedeça aos

dispositivos legais pertinentes. - Partilha - Desistência da ação - Extinção do processo - Citação de herdeiro - Nulidade absoluta - Usucapião - Bem móvel - Imóvel 113

- Em ação de investigação de paternidade, não se exige prova direta do relacionamento sexual, eis que tal fato acontece em caráter íntimo e reservado. Destarte, admite-se a realização de prova indireta baseada em elementos circunstanciais e indiciários, pelo que se deve dar crédito aos depoimentos de testemunhas, caso bastem para a formação da convicção do julgador.

- Provada a coincidência das relações sexuais entre a mãe do investigante e o investigado à época da concepção e não havendo comprovação da conduta irregular da genitora, é de se dar pela procedência do pedido de investigação de paternidade.

- Presumem-se autênticas as certidões extraídas de registros, autos, livros de notas e outros documentos públicos pelos escrivães, tabeliães e oficiais de registro. - Certidão - Autenticidade 178

- À luz do princípio da operabilidade da prestação jurisdicional contido no novo Código Civil Brasileiro e diante das disposições do art. 12 do mesmo Código e dos arts. 1º, III, e 5º, X, da CF/88, a mãe possui legitimidade ativa para propor ação de investigação de paternidade, visando operacionalizar o direito de ver a dicção da Justiça acerca da paternidade de seu finado filho, haja vista que a filiação diz respeito a garantias asseguradas expressamente pela Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade de sua intimidade, de sua vida privada, de sua honra e de sua imagem. 231

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Na ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, uma vez comprovado, por intermédio de exame de DNA, que o pai biológico do investigante não é aquele que o registrou, a conseqüência jurídica é a anulação do registro civil, com a alteração do nome do investigante, excluindo o nome do pai que o havia registrado e incluindo o nome do seu verdadeiro pai.

- Compete ao investigante diligenciar à sociedade para dizer de sua nova realidade, a fim de evitar eventuais transtornos decorrentes da alteração do nome pelo qual é conhecido no meio social. 235

IPSEMG - V. **Pensão** 447

IPTU - É vedado ao município reavaliar o valor venal do imóvel, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária, por constituir-se em via oblíqua de majoração do imposto, que só poderá dar-se em virtude de lei. 429

ISSQN - A base de cálculo do ISSQN é determinada pelo DL nº 406/68, não podendo ser alterada por lei complementar municipal.

- O ISSQN sobre sociedade de profissionais incide sobre cada profissional habilitado, e não sobre o faturamento da empresa. 154

- As empresas de locação de equipamentos de informática não se limitam à simples locação das máquinas e aparelhos, sua

atividade inclui a assistência técnica permanente. Com efeito, se a empresa tem como finalidade estatutária a típica prestação de serviço, nem mesmo se valendo do rótulo de "locação de bem móvel" conseguirá esquivar-se da obrigação de pagar ISS. Isso porque o item 79 da lista anexa ao Dec.-lei nº 406/68, modificado pela Lei Complementar nº 56/87 e recepcionado pela atual Constituição Federal, define a "locação de bens móveis" como atividade sujeita ao ISSQN. 282

- A competência do município para cobrança do Imposto sobre Serviços determina-se pelo local da sua prestação, e não pelo lugar do estabelecimento. 436

- Para fins de incidência do ISSQN, compete ao município definir os outros serviços previstos, porém não especificados pelo item 95 da lista que integra o Decreto-lei nº 406/68. 477

ITBI - O fato gerador do ITBI ocorre no momento da transcrição do título de transferência da propriedade do bem no Cartório de Registro de Imóveis.

- Constitui fato gerador do ITBI a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, em conformidade com a exceção do art. 156, § 2º, I, da CF/88. - Pedido alternativo - Recurso 441

- J -

JANDER MAURÍCIO BRUM, Dr. e **NÁBIA DOS SANTOS BRUM**, Drª - Infidelidade virtual e o novo Código Civil - Doutrina 9

JOSÉ RUBENS COSTA, Dr. - Princípio do juiz natural - Doutrina 45

JÚRI - V. **Pena** 512

- Quando o Corpo de Jurados nega a ocorrência de legítima defesa putativa e, ainda assim, o Juiz-Presidente do Júri absolve o réu, deve-se apurar se houve erro material ou engano na interpretação das respostas do Júri. Sendo impossível tal apuração na segunda instância, a alternativa é a anulação do julgamento. - Legítima defesa putativa 528

- V. **Nulidade processual** 554

- Invertendo o magistrado a ordem de apresentação dos quesitos, formulando aqueles referentes às causas excludentes de ilicitude antes do relativo à tese de desclassificação, incorre em grave erro que, se nenhum prejuízo acarretou à parte, nem sempre obrigará à declaração de nulidade do julgamento.

- Impõe-se reconhecer nulidade, de caráter evidentemente absoluto, quanto à lacônica redação de quesito, pelo fato de não haver a explicitação da conduta imprudente do acusado em tema de homicídio culposo.

- Operada a desclassificação pelo Júri, passará ao juiz singular a competência para o julgamento da espécie criminosa, sendo ilícito ao Conselho de Sentença, assim, deliberar acerca de qualquer outra matéria subseqüente referente ao julgamento, sob pena de nulidade. - Quesito - Nulidade 599

- Demonstrado o prejuízo para a defesa, decorrente de queimação ambígua ou defeituosa, que gerou inegável dúvida quanto à correta compreensão dos fatos pelo Conselho de Sentença, há de ser anulado o julgamento proferido pelo Júri Popular, a fim de que novo seja realizado. - Quesito 654

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - V. **Registro civil** 301

JURISPRUDÊNCIA - Quando o art. 475 do CPC se refere a jurisprudência, deve-se entender como jurisprudência dominante, ou pelo menos reiterada, dos tribunais ali mencionados, não bastando uma decisão isolada, ainda que do Plenário do STF. - Embargos de declaração - Reexame necessário - Magistrado - Tempo de serviço - Qüinqüênio 383

- L -

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - V. **Júri** 528

LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - V. **Associação de Contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais** 238

- V. **Vereador** 277

- V. **Ministério Público** 360

LEGITIMIDADE DE PARTE - V. **Servidor** 413

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL
- Nº 56, de 1987 282
- Nº 80, de 1994 - Art. 2º, III (LDP) 345
- Nº 80, de 1994 - Art. 4º, VI 345
- Nº 80, de 1994 - Art. 97 345

LEI DE EFEITO CONCRETO - V. **Ação popular** 149

- A lei de efeito concreto equipara-se, materialmente, a decreto legislativo, o que torna legítimo o controle jurisdicional do ato administrativo nela incorporado. - Meio ambiente - Decreto legislativo - Controle jurisdicional - Ministério Público - Ação civil pública - Legitimidade ativa *ad causam* 360

LEI EM TESE - Não compete ao Poder Judiciário a interpretação de lei em tese. - Poder Judiciário - Petição inicial 455

LEI ESTADUAL
- Nº 5.301, de 1969 - Art. 15 368
- Nº 7.655, de 1979 383
- Nº 9.380, de 1986 447
- Nº 9.683, de 1988 - Art. 1º 368
- Nº 10.363, de 1990 - Art. 3º, §§ 3º e 4º 350
- Nº 14.062, de 2001 - Art. 28 262
- Nº 14.184, de 2002 - Art. 65, §§ 1º e 2º 174

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 3º, II 387
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 12 251
- Nº 4.380, de 1964 - Art. 6º, *e* 192
- Nº 6.015, de 1973 (Lei de Registros Públicos) 205
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 58 163
- Nº 6.024, de 1974 - Art. 49 143
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 12 577
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 12 e parágrafos 563
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 13 563
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 16 ..... 577/662
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 34, § 13 563
- Nº 6.515, de 1977 - Art. 30 336
- Nº 6.766, de 1979 - Art. 22 330
- Nº 6.766, de 1979 - Art. 37 330

- Nº 7.210, de 1984 - Art. 116 (Lei de Execução Penal) **524**
- Nº 7.347, de 1985 - Art. 8º, § 1º **603**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 12, III (Estatuto da Criança e do Adolescente) **544**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 33, § 2º **452**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 112, I **524**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 112, II **524**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 112, III **524**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 112, IV **492/544**
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 112, V **524**
- Nº 8.072, de 1990 ..... **615**
- Nº 8.072, de 1990 - Art. 2º, § 1º **563/577**
- Nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) - Art. 3º, § 2º **192**
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 5º, § 3º **192**
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 6º, V **192**
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 47 ..... **192**
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 51, IX **84**
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 81, I e II **489**
- Nº 8.080, de 1990 ..... **419**
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 1º, II **492**
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 1º, V **492**
- Nº 8.177, de 1991 ..... **192**
- Nº 8.212, de 1991 - Art. 47 ..... **96**
- Nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) - Art. 9º, 10 e 11 ... **108**
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 20 ..... **375**
- Nº 8.437, de 1992 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB) - Art. 87, § 3º, I **160**
- Nº 8.625, de 1993 - Art. 1º **360**
- Nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações) - Art. 105, I, *a* **275**
- Nº 8.692, de 1993 - Art. 33 ..... **192**
- Nº 9.099, de 1995 - Art. 89 ..... **713**
- Nº 9.437, de 1997 - Art. 10 ..... **582**
- Nº 9.437, de 1997 - Art. 10, § 3º, IV **637**
- Nº 9.455, de 1997 ..... **577**
- Nº 9.455, de 1997 - Art. 1º, I, *a* **539**
- Nº 9.503, de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro) - Art. 261 ..... **416**
- Nº 9.714, de 1998 (Lei das Penas Alternativas) **615**
- Nº 9.784, de 1999 - Art. 54, §§ 1º e 2º **174**
- Nº 9.804, de 1999 ..... **563**
- Nº 10.409, de 2002 (nova Lei de Tóxicos) - Art. 38 ..... **664**
- Nº 10.409, de 2002 - Art. 48 ..... **563**

LEI MUNICIPAL - V. **Ação civil pública** **330**

LEITO HOSPITALAR - V. **Responsabilidade civil do Estado** **75**

LESÃO CORPORAL - Provadas a autoria e a materialidade do delito de lesões corporais, a condenação é de rigor. - Confissão espontânea - Embriaguez voluntária - Pena - Sentença - Ônus da prova - Defesa - Reincidência - Condenação **530**

LICENÇA ESPECIAL - V. **Servidor** **479**

LICENCIAMENTO DE VEÍCULO - V. **Veículo furtado** **279**

LICITAÇÃO - V. **Improbidade administrativa** **108**

- O recurso administrativo contra inabilitação do licitante tem, necessariamente, efeito suspensivo, nos termos do art. 105, I, *a*, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). Não tendo o licitante exercido tempestivamente o seu direito de interpor o recurso expressamente previsto na lei, torna-se inviável sua participação nas fases seguintes da licitação, não o socorrendo a estreita via do mandado de segurança, que também possui condições para o seu manejo. **275**

- O princípio da igualdade como regente dos procedimentos inerentes às licitações tem o objetivo de propiciar garantia individual contra perseguições e de tolher favoritismos. Assim, é discriminatória e, por conseqüência, ilegal a previsão de pontuação, em edital de concorrência pública, para as empresas do ramo de *telemarketing* que tenham experiência comprovada no setor de energia elétrica, pois as empresas especializadas no serviço de *call center* encontram-se plenamente capazes de cumprir o objeto do certame, independentemente do conhecimento técnico específico no setor energético. **461**

LIMITE DE IDADE - V. **Concurso público** **459**

LITIGANTE DE MÁ-FÉ - V. **Mandado de segurança** **264**

LITISCONSÓRCIO - Os litisconsortes gozam de prazo comum. Havendo procuradores diferentes, os prazos em dobro previstos no art. 191 do CPC não podem ser contados isoladamente, para cada uma das partes. Assim, no caso de litisconsórcio envolvendo a Fazenda Pública, o prazo em dobro para recorrer previsto no art. 188 do CPC não deve ser contado separadamente, sendo inadmissível a aplicação cumulada da norma do art. 191 do CPC com a do art. 188 do mesmo código. - Fazenda Pública - Prazo **355**

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - É válida a citação do litisconsorte necessário, ainda que finda a instrução do feito, dada a natureza instrumental do processo, balizada pelo princípio da economia e celeridade processual.

- Caracterizada a existência do litisconsórcio necessário, pode o julgador determinar, até de ofício, a citação do litisconsorte para integrar a lide, em face da natureza de ordem pública da norma vertida no art. 47, parágrafo único, do CPC. - Citação **406**

LIXO HOSPITALAR - Cabendo à Superintendência de Limpeza Urbana-SLU, autarquia do Município de Belo Horizonte, a exploração exclusiva de coleta de lixo, que é serviço público e de interesse de toda a coletividade, não pode aquela suspender a coleta de lixo hospitalar, sob o pretexto de que esse serviço é especial, custeado por preço público estabelecido em contrato, cujo descumprimento, por parte do usuário, legitimaria a suspensão da coleta de lixo pelo prestador do serviço. **246**

LUIZ CARLOS BIASUTTI, Des. - Memória do Judiciário Mineiro - Centenário de um romance sobre a justiça **05**

- M -

MAGISTRADO - O tempo de serviço prestado junto à empresa pública por magistrado que ingressou no serviço público após a vigência da Emenda Constitucional nº 9/93 somente será computado para fins de aposentadoria.

- Nos termos da Lei nº 7.655/79, o tempo de serviço, até o máximo de 15 anos, relativo à advocacia, era computado para todos os efeitos, mas o pagamento de qüinqüênios relativos a esse tempo somente é devido a partir da data em que a Administração tomou conhecimento oficial de sua existência. - Tempo de serviço - Qüinqüênio - Embargos de declaração - Reexame necessário - Jurisprudência **383**

MANDADO DE SEGURANÇA - O mandado de segurança não se presta para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos; a via própria é a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 118 da Constituição Estadual. - Controle de constitucionalidade - Créditos orçamentários - Decreto legislativo - Contas **91**

- V. **Saúde** **217**

- Diante da comprovação de que o impetrante transportava carvão de origem nativa e de que os documentos utilizados para o transporte do produto eram pertinentes ao transporte de floresta plantada, bem como já haviam sido anteriormente utilizados em outro transporte, caracterizado está o delito que legitima o ato administrativo de apreensão de mercadoria, a resultar na denegação da ordem impetrada.

- Demonstrado que o ajuizamento da ação mandamental precedeu à audiência e decisão em Juizado Especial, não há que se imputar à impetrante a responsabilidade de litigância de má-fé por lide temerária. - Mercadoria/apreensão - Litigante de má-fé **264**

- V. **Vereador** **277**

- É patente a violação a direito líquido e certo do cidadão que constata a iminência de publicação em órgãos de imprensa de ato constando a sua condenação, unilateral e abusiva, emanada de autoridade, sem a instauração sequer da competente ação penal, com afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, amparados constitucionalmente. **427**

- V. **Autoridade coatora** **459**

- O ato mediante o qual é deferida, ou não, liminar em mandado de segurança enquadra-se na espécie "decisão interlocutória", sendo atacável no campo recursal. O conhecimento e provimento de agravo longe fica de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, considerada a suspensão de segurança. (STF) **705**

MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES, Dr. - A competência jurisdicional e a função social da Vara de Registros Públicos em face dos Serviços Notariais e de Registros - Doutrina **27**

MATADOURO MUNICIPAL - V. **Meio ambiente** **403**

MEDICAMENTO - A teor do art. 11 da MP nº 2.190-34/01, as distribuidoras de medicamentos estão obrigadas a contratar responsável técnico (farmacêutico). Assim, não se vislumbra ilegalidade ou abusividade na exigência da autoridade municipal de vigilância sanitária que impõe a contratação de tais profissionais como condição para a expedição de alvará. - Distribuidora de medicamentos - Medida provisória **190**

- A lei não veda a apresentação de receituário fornecido por médico particular para fornecimento de medicamentos através do SUS.

- Na condição de gestor do sistema, o Secretário Estadual da Saúde é o responsável imediato pelo fornecimento do medicamento, qualquer que seja a qualificação, não havendo, portanto, ilegitimidade passiva *ad causam*. - Saúde - SUS - Mandado de segurança **217**

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL - V. **Competência recursal** **60**

MEDIDA PROVISÓRIA - As medidas provisórias perdem sua eficácia caso não sejam convertidas em lei no prazo de 60 dias. No entanto, se elas forem reeditadas, o prazo para a perda da eficácia voltará a correr a partir de cada reedição. - Medicamento - Distribuidora de medicamentos **190**

- Nº 2.190-34, de 2001 - Art. 11 ..... **190**

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - As medidas socioeducativas impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional, estão expressamente previstas no art. 112, incisos I a V, da Lei nº 8.069/90. É defeso ao julgador, portanto, invocando subsidiariamente o art. 116 da Lei nº 7.210/84, substituir a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, anteriormente aplicada a adolescente infrator, por pagamento de cestas básicas, uma vez que tal pena alternativa não é prevista na legislação menorista. **524**

- Desde que a vida do menor demonstre a prática reiterada de infrações, sugerindo que sua personalidade demanda corrigenda firme, é correto aplicar-se a medida socioeducativa de liberdade assistida (inc. IV do art. 112 da Lei nº 8.069/90). Em casos tais, a reprimenda do inciso III do art. 12 da citada lei seria insuficiente para levar o menor a deixar o caminho que vem trilhando e que pode conduzi-lo à prática de infrações mais graves.

- Quando a sentença deixa dúvidas quanto à reprimenda a ser imposta, mencionando por extenso a medida socioeducativa de semiliberdade como sendo a do inciso IV do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (liberdade assistida), a interpretação deve-se dar de modo a favorecer o menor, aplicando-se-lhe a medida mais branda. **544**

MEIO AMBIENTE - A Constituição Federal consagrou (art. 225) o direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida. Se ato administrativo viola tais direitos, fundado em finalidade estranha ao interesse público, obviamente não pode prevalecer, não havendo, na decisão que invalida a outorga de concessão do direito real de uso de parte de área verde de praça pública, qualquer invasão no poder discricionário reservado ao administrador público municipal. - Lei de efeito concreto - Decreto legislativo - Controle jurisdicional - Ação civil pública - Ministério Público - Legitimidade ativa *ad causam* **360**

- Nos termos do art. 225 da CR, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

- Havendo alternativa para coibir que o único matadouro em funcionamento no município continue lançando descarga de sangue e conteúdo gastrointestinal em rio, não há por que interditá-lo, pois tal medida abriria uma porta incontrolável para o abate clandestino, com risco à saúde da população. Assim, é de se deferir parte do pleito liminar contido na ação civil pública para determinar que o referido matadouro apresente um planejamento para o recolhimento dos resíduos orgânicos lançados em rio. - Matadouro municipal - Ação civil pública **403**

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Nota biográfica - Desembargador Sylvio de Moraes Lemos. 3

- Centenário de um romance sobre a justiça - Des. Luiz Carlos Biasutti 05

MENOR - TRABALHO - V. **Competência recursal** 140

MERCADORIA - APREENSÃO - V. **Mandado de segurança** 264

- A apreensão de mercadorias pelo Fisco, como forma coercitiva para pagamento de tributos ou de qualquer penalidade pecuniária, é inadmissível, visto que o Estado dispõe de meios legais para cobrá-los.

- Admite-se, porém, a apreensão de mercadorias pelo Fisco, nas hipóteses legalmente previstas, para coleta de dados necessários à caracterização ou comprovação da infração à legislação tributária, não se justificando a sua retenção após a lavratura do auto. 434

MINISTÉRIO PÚBLICO - A intervenção do Ministério Público nas causas contra o Estado só se faz obrigatória quando há interesse público de fato, e não quando ocorre um interesse meramente patrimonial. - Interesse patrimonial - Servidor - Interesse de agir - Ônus da prova - Prova 69

- O nome da ação, dado com evidente erro de técnica, se não traduz o conteúdo material do pedido, não tem qualquer relevância para a determinação da legitimidade ativa do autor. - Lei de efeito concreto - Decreto legislativo - Controle jurisdicional - Ação civil pública - Meio ambiente - Legitimidade ativa *ad causam* 360

- V. **Ação civil pública** 360

MORTE DE PRESO POR COMPANHEIROS DE CELA - V. **Responsabilidade civil do Estado** 370

MUDANÇA DE SEXO E DE NOME - V. **Registro civil** 291

MULTA DE TRÂNSITO - Se a multa de trânsito foi aplicada após apuração da infração por aparelho de medição que traz registros claros e inquestionáveis, em obediência à Resolução nº 23/1998, do Contran, seu valor é devido. 258

- A prévia autorização do Inmetro ou entidade por ele credenciada e a data de aferição de equipamento eletrônico utilizado para conferir o excesso de velocidade de veículos devem ser consignadas no auto de infração de trânsito sob pena de sua invalidação, em conformidade com o inciso II do art. 2º da Resolução nº 23/98 do Contran.

- Compete aos órgãos rodoviários dos municípios dispor sobre a instalação e operacionalização de radares nas vias de sua circunscrição.

- A aplicação de multa por excesso de velocidade, flagrada por aparelho eletrônico, não afronta o princípio da ampla defesa, na medida em que é assegurada ao suposto infrator a oportunidade de insurgir-se contra o ato reputado inválido nas esferas administrativa e judiciária. 472

MUNICÍPIO - Descumprida a contraprestação relativa aos recursos provenientes de convênio firmado por ente municipal com a União, falece ao município legitimidade ativa para propor ação de ressarcimento de recursos ao Tesouro Nacional, em face de ex-Prefeito, suposto responsável pelo descumprimento daquela contraprestação. O titular do direito não cumprido é a União. Não pode o município pleitear em nome próprio direito alheio, fazendo uso da substituição processual sem autorização legal, o que é vedado pelo art. 6º do CPC, sob pena de extinção do processo por carência da ação, diante da ilegitimidade ativa *ad causam*. Somente no caso de condenação do município em eventual ação proposta pela União ou pelo Ministério Público é que terá interesse e legitimidade para propor ação de natureza regressiva contra o suposto responsável. - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ressarcimento de recurso ao Tesouro Nacional 357

- N -

NÁBIA DOS SANTOS BRUM, Drª. e **JANDER MAURÍCIO BRUM**, Dr. - Infidelidade virtual e o novo Código Civil - Doutrina 9

NOME - V. **Registro civil** 73/205/301

NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador Sylvio de Moraes Lemos - Memória do Judiciário Mineiro. 3

NOTÁRIO - V. **Câmara Municipal** 343

NULIDADE - V. **Ato administrativo** 174

- V. **Júri** 599

NULIDADE ABSOLUTA - V. **Partilha** 113

- V. **Alegações finais** 535

- V. **Tóxico** 664

NULIDADE PROCESSUAL - V. **Improbidade administrativa** 108

- V. **Separação judicial** 334

- V. **Alegações finais**..... 516

- Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal. O julgamento poderá realizar-se, findo o prazo para o cumprimento da precatória, juntando-se a carta aos autos, quando devolvida. Não há falar-se em *error in procedendo* ou cerceamento de defesa se o juiz observou rigorosamente a norma processual.

- Dado o procedimento bifásico, no Júri é possível a instrução e julgamento após a pronúncia. O encerramento da instrução antes do cumprimento da precatória não implica cerceamento de defesa, isso porque, havendo necessidade, as testemunhas arroladas pelo acusado na defesa prévia podem ser novamente ouvidas em plenário do Júri.

- A teor do art. 563 do CPP, não havendo prejuízo para a defesa, não existe nulidade, *pas de nullité sans grief*. - Júri - Carta precatória - Instrução - Cerceamento de defesa - Pronúncia - Testemunha 554

- Para que uma decisão condenatória possa ser proferida, é imprescindível que tenha ocorrido a oxigenação das provas produzidas na fase extrajudicial, sob pena de se ferirem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que acarreta nulidade do

julgamento. - Ação penal - Denúncia - Porte de arma 582

- V. **Tóxico** 664

- O -

OBRAS PÚBLICAS PREMENTES - V. **Improbidade administrativa** 108

OBRIGAÇÃO DE FAZER - V. ***Astreintes*** 104

OFICIAL DE REGISTRO - O Decreto Estadual nº 21.204/81, ao estabelecer que os agentes públicos não remunerados diretamente pelo Estado (como o oficial de registro civil e de imóveis) teriam como parâmetro para o cálculo do estipêndio de contribuição os vencimentos do escrivão judicial não garantiu a equiparação dos proventos de aposentadoria daqueles com os vencimentos do escrivão judicial. - Proventos 466

OITIVA DE TESTEMUNHA - V. **Reintegração de posse** 251

OMISSÃO DE SOCORRO - V. **Responsabilidade civil do Estado** 75

ÔNUS DA PROVA - Segundo o entendimento do art. 333 do CPC, à parte que alega cumpre provar o seu direito. Sem a prova do alegado, não há como se avaliar se ele reflete a verdade e não se pode reconhecer o direito pleiteado. - Servidor - Ministério Público - Interesse patrimonial - Interesse de agir - Prova 69

- Cabe à defesa provar a excludente do estado patológico de inconsciência do agente à época dos fatos. - Prova - Defesa - Pena - Sentença - Embriaguez voluntária - Confissão espontânea - Reincidência - Lesão corporal - Condenação 530

ORDEM DE SERVIÇO DO INSS - Nº 207, de 1999 96

- P -

PALAVRA DA VÍTIMA - V. **Crime contra os costumes** 591

PARTILHA - V. **Casamento sob o regime da comunhão parcial de bens** 99

- Nos casos em que não interveio o herdeiro, com direito à sucessão, porque somente foi reconhecido como tal após o trânsito em julgado da partilha, o remédio próprio para invalidá-la é a ação ordinária de nulidade de partilha, com prescrição mínima vintenária. Assim é porque a coisa julgada não o alcançou, pois a sentença não produz esse efeito em relação a terceiros.

- Encontrando-se a partilha contaminada por nulidade absoluta que atinja toda a relação processual, como é o caso da falta de participação ou de citação de herdeiro necessário, a declaração de nulidade não depende de ação rescisória e pode ser obtida por simples ação ordinária em primeira instância.

- Quando se verifica a ocorrência de nulidade absoluta, não há que falar em ato jurídico perfeito, com efeito *ex tunc*. - Desistência da ação - Extinção do processo - Citação de herdeiro - Nulidade absoluta - Investigação de paternidade - Usucapião - Bem móvel - Imóvel 113

PÁTRIO PODER - V. **Guarda de menor** 452

PECULATO - É cabível a co-autoria no peculato, se a ação delituosa do prefeito contou com a participação de outros servidores, estando as ações interligadas. - Prefeito - Improbidade administrativa - Inquérito civil - Denúncia - Falso testemunho - Consunção 603

PEDIDO ALTERNATIVO - Não cabe apreciação, em grau de recurso, de pedido alternativo não formulado na inicial. - Recurso - ITBI 441

PENA - Preenchidos os requisitos, há que se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. - Cerceamento de defesa - Perícia - Prova - Nulidade processual - Sonegação fiscal - Conexão 492

- A causa de aumento de pena, mera *accidentalia delicti*, por não corresponder a qualquer elemento conceitual do tipo, pode ser afastada da fixação da pena, sem prejuízo da subsistência do julgamento feito pelo Tribunal do Júri. - Júri - Despronúncia - Revisão criminal - Apelação - Estupro - Confissão extrajudicial - Corpo de delito indireto 512

- A inversão das fases da pena só conduz à nulidade da sentença quando traz prejuízo para a defesa ou para a acusação.

- Justifica-se a aplicação da pena um pouco acima do limite mínimo, se algumas das circunstâncias judiciais são desfavoráveis.

- Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a teor da norma contida no art. 44, I, do Código Penal. - Sentença - Ônus da prova - Defesa - Embriaguez voluntária - Confissão espontânea - Reincidência - Lesão corporal - Condenação 530

- O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não pode ser concedido a condenado por crime equiparado a hediondo, como o de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que a pena por tal delito deve ser cumprida integralmente em regime fechado em face da Lei nº 8.072/90. - Tóxico - Tráfico - Regime prisional - Depoimento de policial 577

- V. **Tóxico** 615

- Estando a pena fixada em parâmetros razoáveis e tendo sido observado com coerência o sistema trifásico, é impossível qualquer tentativa de modificá-la. - Quadrilha ou bando - Quadrilha e receptação - Receptação - Receptação qualificada 629

PENALIDADE - V. **Infração de trânsito** 416

PENHOR AGRÍCOLA - V. **Concordata** 395

PENSÃO - A igualdade entre homens e mulheres garantida pela Constituição Federal/88 não tem o condão de revogar normas previdenciárias anteriores que admitiam o direito à pensão por morte da mulher apenas ao marido inválido.

- Para inclusão do viúvo como beneficiário da pensão por morte, exige-se lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, *caput* e seu § 5º, e art. 201, V, da CF.

Assim, se a morte da esposa ocorreu durante a vigência da Lei Estadual 9.380/86, o viúvo não fará jus à pensão, uma vez que referida norma garantia esse direito apenas aos viúvos inválidos.

- Não se pode interpretar isoladamente um dispositivo constitucional. O direito é constituído de preceitos que se harmonizam, condicionando-se uns aos outros de modo a formar uma unidade - Viúvo - Ipsemg 447

PENSÃO ACIDENTÁRIA - V. **Policial militar** 368

PERDÃO DA VÍTIMA - V. **Estelionato** 548

PERDAS E DANOS - V. **Contrato** 84

PERDIMENTO DE BENS - V. **Tóxico** 563

PERÍCIA - A falta de apresentação pela parte, no prazo previsto na intimação, dos documentos solicitados pelo perito, os quais dariam suporte para as respostas aos quesitos, dá causa à preclusão da prova pericial. - Preclusão 320

- O art. 33 do CPC é expresso em definir a responsabilidade dos autores pelas despesas da perícia, na hipótese de ser determinada pelo magistrado, resultando indevido o repasse dessa obrigação à parte contrária. - Agravo - Procuração - Substabelecimento - Assistência judiciária 423

- A ausência de prova pericial não constitui qualquer nulidade, se as demais provas constantes dos autos são suficientes para demonstrar a materialidade do delito. - Prova - Nulidade processual - Cerceamento de defesa - Pena - Sonegação fiscal 492

PESSOA JURÍDICA - V. **Fiança** 94

PETIÇÃO INICIAL - Considerar-se-á inepta a inicial que não oferece nenhum elemento concreto para que o Poder Judiciário possa agir e atender ao interesse das partes. - Lei em tese - Poder Judiciário 455

PMMG - V. **Concurso público** 326

PODER JUDICIÁRIO - V. **Lei em tese** 455

- V. **Ato administrativo** 479

POLICIAL MILITAR - Se o acidente ocorrer no itinerário de ida e volta do quartel, estando o policial militar fardado, é devida a pensão acidentária por morte, nos termos do art. 1º da Lei Estadual nº 9.683/88. A Polícia Militar de Minas Gerais considera hora de trabalho o deslocamento do militar do quartel para a residência e vice-versa. Ademais, o policial militar fardado está em constante serviço, tendo o dever de agir em ocasião que enseje intervenção policial, independentemente da hora do dia ou da noite, na sede da unidade ou onde o serviço exigir, conforme art. 15 da Lei nº 5.301/69, que rege a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. - Pensão acidentária 368

PORTE DE ARMA - A tarefa de promover a segurança da população é atribuição do Poder Público. Não pode o particular, a pretexto de garantir a própria segurança, manter sob sua guarda, ilegalmente, arma de fogo. Tal atitude caracteriza o crime do art. 10 da Lei nº 9.437/97.

- Em delito de porte ilegal de arma de fogo é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em se tratando de réu tecnicamente primário, que não apresenta personalidade voltada para o crime. - Ação penal - Denúncia - Nulidade processual 582

- O crime de porte ilegal de arma de fogo previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97 não exige que a arma tenha potencialidade lesiva. O delito se caracteriza pelo simples porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente, sendo irrelevante o fato de a arma estar ou não desmuniciada.

- Nos crimes de porte ilegal de arma, para a incidência da qualificadora prevista no art. 10, § 3º, IV, da Lei nº 9.437/97, basta que o agente possua condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. 637

PRAZO - V. **Litisconsórcio** 355

PRECLUSÃO - V. **Perícia** 320

- V. **Pronúncia** 520

PREFEITO - V. **Crime de responsabilidade** 498/509/558

- Não havendo nos autos nenhuma circunstância que autorize inferir que, no cargo, o acusado poderá criar dificuldades ao desenvolvimento do processo, não se justifica a medida excepcional de seu afastamento. - Peculato - Improbidade administrativa - Inquérito civil - Denúncia - Falso testemunho - Consunção 603

PRENOME - V. **Registro civil** 163

PRESCRIÇÃO - V. **Água - Fornecimento** 285

- Em causas que envolvam direitos patrimoniais, não havendo argüição da prescrição pela parte interessada, ou por representante com poderes para tal, não pode o juiz decretá-la de ofício em conformidade com o art. 166 do Código Civil e com o § 5º do art. 219 do CPC. - Direitos patrimoniais - Execução fiscal - Curador especial 409

PRESCRIÇÃO CRIMINAL - Ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva, decreta-se, de ofício, a extinção da punibilidade, nos termos do art. 61 do CPP. - Extinção da punibilidade - Alegações finais - Nulidade processual 516

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - V. **Revisão criminal** 644

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - V. **Revisão criminal** 644

PRESCRIÇÃO DE DIREITOS PATRIMONIAIS - A prescrição de direitos patrimoniais não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, tendo em vista o disposto no art. 166 do CPC. - Curador especial - Execução fiscal 173

PRESTAÇÃO - V. **Sistema Financeiro da Habitação** 192/397

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - V. **Pronúncia** 520

PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL - Dr. José Rubens Costa - Doutrina 45

PRISÃO CIVIL - O *habeas corpus* relativo à prisão de natureza civil restringe-se à análise do aspecto formal do ato judicial impugnado, conforme o entendimento

da Súmula nº 60 da Jurisprudência Criminal deste Tribunal.

- Evidenciado, a uma simples leitura do quadro de fls., não se tratar de parcelas pretéritas a dívida de alimentos do paciente, tendo sido obedecidos os princípios constitucionais do *due process of law* e da ampla defesa e não havendo qualquer tipo de vício formal que possa macular o decreto de prisão, é de se denegar a ordem. - Alimentos - *Habeas corpus* 670

PRISÃO PREVENTIVA - 1. Tratando-se de crime hediondo, praticado por quadrilha organizada, cujos membros denotam alta periculosidade, havendo inclusive um co-réu foragido, a prisão preventiva se impõe como garantia da aplicação da lei penal. Decreto de custódia cautelar que não padece de falta de fundamentação, inexistindo ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

- 2. Não há constrangimento ilegal quando o excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal deriva das circunstâncias e da complexidade do processo, não sendo eventual retardamento fruto de inércia e desídia do Poder Judiciário (*HC* nº 71.610/DF, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, e *RHC* nº 71.498/RJ, Rel. o Min. Paulo Brossard).

- *Habeas corpus* indeferido. (STF) 718

PROCESSO PENAL - V. **Honorários de advogado** 507

PROCURAÇÃO - V. **Agravo** 423

PROFESSOR - V. **Estabilidade excepcional** 135/268

PROMOÇÃO PESSOAL - V. **Ação popular** 184

PRONÚNCIA - Em se tratando de processo da competência do Tribunal do Júri, a decisão do juiz primevo, na fase de formação de culpa, tem caráter interlocutório e encerra essa fase. É irrelevante se a decisão é pela pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária do réu, ou mesmo pela desclassificação da infração, o certo é que sua impugnação haverá de ser feita por meio de recurso em sentido estrito, e não por apelação. Entretanto, em casos assim, tendo sido interposta a apelação, pelo princípio da fungibilidade, ela deverá ser conhecida como se fosse o recurso próprio, sendo atendido o requisito temporal.

- Verificando-se o fenômeno da conexão e sendo um dos delitos da competência do Tribunal do Júri, esta prevalece. Assim, deve o juiz, ao final do juízo de formação de culpa, proferir decisão sobre a admissibilidade da acusação tão-somente no que respeita ao crime de competência do Júri. Quanto aos demais crimes, no caso de pronúncia, serão apreciados também pelo Júri: nas hipóteses de impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária, serão examinados pelo juiz singular, em oportunidade própria.

- Ocorrendo impronúncia ou desclassificação, aplica-se a regra do art. 410 do CPP, não podendo o juiz, na mesma sentença, decidir acerca dos crimes conexos pelos quais responde o acusado. Assim também na hipótese de absolvição sumária. Operada a preclusão, transitando em julgado a decisão de impronúncia, desclassificação ou absolvição, aí sim poderá o magistrado julgar os crimes em conexidade, se for o competente. Do contrário, remeterá o processo ao que o for.

- É de ser reconhecida a nulidade da sentença que, sem fundamentação explícita, afasta o crime de competência do Tribunal do Júri e, na mesma decisão, condena o réu por crimes conexos, igualmente sem fundamentação, não observando as formalidades legais e violando as regras de competência. - Princípio da fungibilidade - Recurso em sentido estrito - Crime de competência do Tribunal do Júri - Crimes conexos - Sentença 520

- A pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação. Não se exige, nesta fase, exame percuciente das provas (*in dubio pro societate*). Tal exame deverá ser efetuado posteriormente pelo corpo de jurados, sob pena de afronta ao disposto no art. 5º, XXXVIII, da CF. - Nulidade processual - Júri - Carta precatória - Instrução - Cerceamento de defesa - Testemunha 554

PROTESTO - V. **Falência** 365

- Sendo o protesto um ato administrativo, o meio adequado para impugná-lo é a ação própria de cancelamento e/ou sustação, sendo vedado ao juiz acatar requerimentos dessa natureza no bojo da ação de concordata preventiva.

- O protesto tirado contra o concordatário não implica a obrigatoriedade do pagamento do título, visto que, a teor do art. 147 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei Falimentar), dá-se a formação do juízo universal para os credores quirografários. - Concordata 401

PROVA - V. **Ônus da prova** 69/530

- V. **Perícia** 492

PROVA PERICIAL - V. **Cerceamento de defesa** 108

PROVENTOS - V. **Oficial de registro** 466

PROVENTOS E PENSÃO - V. **Contribuição previdenciária** 479

- Q -

QUADRILHA E RECEPTAÇAO - V. **Receptação** 629

QUADRILHA OU BANDO - O delito de quadrilha ou bando não se desnatura com o fato de apenas dois quadrilheiros terem sido denunciados, desde que demonstrado que as ações da *societas delinquentium* eram compostas por mais de três quadrilheiros. - Quadrilha e receptação - Receptação qualificada - Receptação - Pena 629

QUESITO - V. **Júri** 599/654

QÜINQÜÊNIO - A revogação de norma constitucional por meio de emenda opera efeitos *ex nunc*. Assim, em respeito ao direito adquirido, computar-se-á, para fins de pagamento de qüinqüênios, o tempo de serviço prestado na iniciativa privada pelo servidor que ingressou no serviço público estadual antes da promulgação da Emenda Constitucional 09/93. - Servidor - Tempo de serviço 165

- Decorridos, no caso concreto, mais de cinco anos entre a concessão do qüinqüênio e a invalidação do mesmo, o Poder Público decai do direito de anular o referido benefício, não lhe restando outra alternativa senão manter o pagamento, uma vez que a Administração está subordinada a limite temporal, no que diz respeito à atuação sobre os atos que entenda inválidos. A incidência daquele prazo se opera inclusive quanto às situações de

invalidade, que se iniciaram antes da entrada em vigor da Lei Federal nº 9.784/99 e da Lei Estadual nº 14.184/02, consoante precedentes do STJ e boa parte da doutrina. - Nulidade - Decadência - Servidor - Ato administrativo **174**

- Os adicionais por tempo de serviço, como qualquer verba que integra a remuneração dos servidores públicos, têm natureza alimentar, e a sua supressão total ou parcial prejudica a subsistência dos seus beneficiários. Portanto, ainda que com respaldo em norma constitucional superveniente ao início da contagem do tempo necessário à obtenção da vantagem, não se admite a surpresa da redução automática, sem uma criteriosa avaliação sobre a aplicabilidade da inovação normativa, especialmente em obséquio dos princípios da segurança das relações jurídicas, do devido processo legal e do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. - Servidor - Tempo de serviço **202**

- V. **Teto remuneratório** **213**

- R -

RECEPTAÇÃO - Cuidando-se de quadrilha e receptação, não há, em tese, incompatibilidade entre os dois crimes; a receptação exige o crime anterior e um produto objeto material, precisamente o que a quadrilha, pelos elementos que se associaram, lhe fornece; o receptador completa a atuação da quadrilha.

- Em delito de receptação, a apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, induvidosamente, a inversão do ônus da prova.

- Impossível cogitar-se de absolvição ou desclassificação da receptação para a modalidade culposa quando as circunstâncias que envolveram o fato deixam evidenciada a anterior ciência pelo réu da procedência ilícita do bem. - Quadrilha e receptação - Receptação qualificada - Quadrilha ou bando - Pena **629**

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - Pratica crime de receptação qualificada o agente que atua com intuito de vender a terceiro, no exercício de sua atividade comercial, seja ela regular ou irregular, coisa que sabia ser produto de crime. - Receptação - Pena - Quadrilha ou bando - Quadrilha e receptação **629**

RECURSO - A inépcia da petição recursal não pode ser reconhecida, porque tal figura inexiste no direito brasileiro. - Inépcia da petição recursal - Reintegração de posse - Construção em via pública - Cerceamento de defesa - Oitiva de testemunhas - Via pública - Assistência judiciária **251**

- V. **Pedido alternativo** **441**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - V. **Pronúncia** **520**

REEXAME NECESSÁRIO - V. **Embargos de declaração** **383**

REGIME PRISIONAL - V. **Tóxico** **563/577/615**

- O acatamento, pelo representante ministerial e pelo juiz, das justificativas para as faltas graves praticadas pelo condenado as torna inexistentes. Outrossim, considerando o caráter humanitário da pena e a sua finalidade primordial, que é a ressoacialização do preso, e, ainda, levando-se em conta o bom comportamento deste, é de se indeferir o pedido de regressão do regime, devendo-se manter o reeducando no trabalho e no convívio familiar.

- A regressão do regime prisional para um mais gravoso deve ser cuidadosamente analisada, e a decisão que a concede, ou rejeita, devidamente motivada, para se evitarem prejuízos não só para o apenado como para a própria sociedade. A pena de prisão só deve ser imposta em casos extremos, quando o sentenciado representar efetivamente um perigo para a sociedade, pois os males carcerários evidenciam-se a cada dia. **639**

- Se a sentença deixa dúvidas quanto ao regime prisional imposto ao condenado, ora mencionando um dispositivo que acolhe o sistema progressivo, ora se referindo a outro, que determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, deve-se aplicar a Súmula 47 deste Tribunal para interpretar-se a condenação a favor do apenado. **647**

REGISTRO CIVIL - Admite-se a retificação do registro civil, para que se acrescente ao nome o patronímico materno, visto que, além de ser um direito em face da lei, garante a referência familiar. - Nome **73**

- O art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) autoriza a retificação do prenome apenas nos casos de evidente erro gráfico ou quando expõe seu portador ao ridículo ou a situações constrangedoras. Se o motivo alegado para a alteração do prenome é mera regularização perante instituto previdenciário, o remédio processual não é a retificação de registro público. - Prenome **163**

- O pedido de acréscimo de nomes familiares ao registro, mesmo com fins de obtenção de dupla cidadania, não é vedado em nossa legislação, exigindo-se apenas a necessária fundamentação do pleito e a base documental a demonstrar o direito invocado, tudo redundando em convincente e mesmo louvável homenagem aos ancestrais e compatibilidade não só com a Lei de Registros Públicos, mas também com o art. 1.109 do CPC.

- V.v.: - O simples fato de requerer a inclusão do patronímico da avó materna para obtenção de dupla nacionalidade não se constitui nos motivos elencados na Lei nº 6.015/73. Se o requerente não trouxe prova de que possui nome semelhante ao de outra pessoa (homonímia); que ocorre qualquer prejuízo à sua correta identificação através de seu nome, bem como não trouxe qualquer prova no sentido de que se constitui em nome vexatório ou com erro de ortografia, não se justifica a inclusão do patronímico solicitada. **205**

- Incide a competência da Vara de Família para julgamento de pedido relativo a estado de pessoa que se apresenta transgênero.

- A falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica à identidade biológica impede o juiz de alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível.

-V.v.: - É possível a mudança do prenome e do sexo da pessoa no registro de nascimento, após ter sido submetida à cirurgia para mudança de sexo. Não há como negar que, diante do aspecto apresentado pela pessoa após tal cirurgia, o antigo prenome a expõe ao ridículo e a alvo de chacotas. Negar ao

portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico ao sexo psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento acaba por afrontar a lei fundamental. Ademais não pode o Judiciário adotar posição distante da realidade social, de modo a deixar indefinida situação que reclama solução. - Competência - Estado da pessoa - Cirurgia para mudança de sexo - Mudança de sexo e de nome **291**

- Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária e inexistindo dispositivo legal que vede a retificação de registro civil, o Judiciário, desde que tomadas as cautelas indispensáveis para resguardar os interesses de terceiros, não pode negar o direito subjetivo do requerente de acrescentar ao seu nome palavra que não prejudique o patronímico de família, evitando, assim, constrangimento de ordem moral e material advindo de falsificação de sua assinatura em diversos contratos de locação. - Jurisdição voluntária **301**

REGISTRO DE IMÓVEIS - Rescindida judicialmente a venda de imóvel, mister se faz o cancelamento de seu registro no Cartório de Imóveis, assim como das transcrições posteriores que dele provieram, ficando ressalvado o direito de retenção e indenização dos adquirentes de boa-fé na cadeia sucessória. **171**

- V. **Retificação de área** **340**

REINCIDÊNCIA - V. **Confissão espontânea** **530**

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Em ação de reintegração de posse, quando o laudo técnico é conclusivo e demonstra que a construção foi feita sobre a via pública, pode-se dispensar a oitiva de testemunhas sem que isso configure cerceamento de defesa.

- A simples e vaga alegação de que o povo ficou impossibilitado de utilizar a via pública devido à construção de imóvel particular naquele local não é suficiente para justificar a condenação do proprietário da construção a ressarcimento de perdas e danos ao município. - Recurso - Inépcia da petição recursal - Construção em via pública - Cerceamento de defesa - Oitiva de testemunhas - Via pública - Assistência judiciária **251**

REINTEGRAÇÃO FUNCIONAL - V. **Servidor celetista** **254**

RESOLUÇÃO DO CONTRAN
- Nº 23, de 1998 ..... **258**
- Nº 23, de 1998 - Art. 2º, II **472**

RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL
- Nº 69, de 1995 - Art. 25 ..... **94**

RESPONSABILIDADE CIVIL - A responsabilidade civil independe de condenação anterior em ação fundada em alegação de improbidade administrativa do réu, com base na Lei nº 8.429/92, ou de condenação criminal por crime funcional, corrupção ou peculato. - Indenização - Danos causados à municipalidade por ex-prefeito - improbidade administrativa **375**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Não se confunde a ação penal por crime de omissão de socorro proposta contra provedor do Hospital da Santa Casa com a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

- A obrigação de indenizar surge com a realização de ato lesivo e injusto causado à vítima por agente da Administração e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, nos termos do § 6º do art. 37 da CF. Assim, a não-internação de pacientes, em hospital, pela inexistência de leitos hospitalares disponíveis não enseja responsabilidade por danos morais e materiais. - Omissão de socorro - Dano moral - Leito hospitalar - Internação de paciente em hospital **75**

- V. **Veículo furtado** **279**

- No caso de morte de detento, ainda que seja por suicídio, é de ser reconhecida a responsabilidade civil do Estado, por culpa *in vigilando*, configurada pelo ato omissivo dos agentes administrativos. É dever do ente público zelar pela segurança e integridade das pessoas recolhidas às prisões ou a quaisquer recintos sob sua tutela.

- A família do detento, morto em carceragem estadual, faz jus à indenização por danos moral e material, incluindo-se aí as despesas feitas com o funeral.

- Quando fixa a indenização a ser paga pelo Estado, a título de dano material ou moral, deve o juiz firmar-se nos critérios preconizados por doutrina e jurisprudência. Além disso, precisa usar sua experiência e bom senso e atentar para a realidade da vida e para as peculiaridades do caso. - Suicídio de detento - Culpa *in vigilando* - Indenização **315**

- A responsabilidade da Administração Pública pela *faute du service* é subjetiva e está subordinada à prova dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso. Uma vez evidenciada a culpa da vítima, é de rigor a improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais.

- O Estado não responde por morte de preso causada por companheiros de cela no interior de cadeia pública, se não houve ato omissivo dos agentes administrativos nem deficiência do serviço de vigilância. - *Faute du service* - Culpa da vítima - Morte de preso por companheiros de cela **370**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - Não comprovada a culpa exclusiva ou concorrente do motorista, o município, em face de sua responsabilidade objetiva, tem a obrigação de reparar os danos materiais decorrentes de acidente envolvendo veículo que cai em bueiro aberto no meio de via pública desprovida de sinalização adequada. - Bueiro aberto **244**

- A responsabilidade objetiva da Administração Pública assenta-se na teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, segundo a qual a Administração é obrigada a indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Todavia, para obter a indenização, deve o lesado demonstrar o nexo causal entre o ato lesivo e o dano, bem como seu montante. Por outro lado, para eximir-se da obrigação de indenizar, cabe à Administração demonstrar uma das causas de exclusão da responsabilidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. Assim, provado que o dano ocorreu em razão de caso fortuito decorrente de enchente provocada por chuva incomum, fica afastada a

responsabilidade civil do município. - Responsabilidade objetiva - Enchente 322

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - V. **Responsabilidade civil do município** 322

RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO - V. **Ação civil pública** 227

RESSARCIMENTO DE RECURSO AO TESOURO NACIONAL - V. **Município** 357

RETIFICAÇÃO DE ÁREA - A ação de retificação de área visa corrigir, no registro imobiliário, incorreções materiais referentes à área averbada, desde que não implique acréscimo superior a 1/20 da área registrada e sejam mantidas as características e confrontações descritas no registro. Assim, havendo considerável aumento da área registrada, fica descaracterizado o simples engano, devendo os interessados recorrer ao procedimento contencioso. - Registro de imóveis 340

REVISÃO CRIMINAL - A posterior despronúncia de co-réu, fato novo que é, a teor do inciso III do art. 621 do CPP, pode ser invocada em ação de revisão criminal, mas, por medida de economia processual, o reconhecimento disso e de seu efeito pode dar-se quando da apelação. - Apelação - Estupro - Pena - Júri - Confissão extrajudicial - Corpo de delito indireto 512

- A ausência de prova nova demonstrando que todos os depoimentos colhidos no inquérito policial são falsos, bem como de qualquer elemento sério capaz de evidenciar o desacerto da sentença condenatória, retrata a pretensão de transformar a revisão numa espécie de segunda apelação, o que é inadmissível dentro de nosso ordenamento processual.

- Na revisão criminal, é vedada a rediscussão de questões já analisadas no juízo da ação penal, salvo quando existir prova nova a respeito (Súmula 66 do TJMG). - Crime hediondo - Tóxico - Tráfico - Pena - Regime prisional 615

- Se, à época do trânsito em julgado da sentença condenatória, já havia decorrido a prescrição da pretensão punitiva, mas o juiz da execução, equivocamente, reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão executória, é de se deferir o pedido revisional, para decretar a extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficando cancelados todos os efeitos da condenação que sofreu o peticionário. Ressalte-se que o mesmo poderá requerer justa indenização no juízo cível pelos danos ocasionados em razão da equivocada decisão. - Prescrição da pretensão executória - Prescrição da pretensão punitiva 644

RICMS/1991
- Art. 673, V 309

ROUBO - A não-apreensão da *res furtiva* não obsta à comprovação da materialidade do ato infracional análogo ao roubo, o que, aliás, pode ser demonstrado, de forma indireta, pela confissão do réu, declarações firmes e uniformes da vítima e demais elementos de convicção reunidos. - Ato infracional - Roubo e cárcere privado - Desígnio autônomo - Atentado violento ao pudor - Exame de corpo de delito - Crime contra os costumes - Palavra de vítima 591

- S -

SALÁRIO-FAMÍLIA - V. **Servidor** 413

SALDO BANCÁRIO - V. **Arrolamento de bens em divórcio** 241

SAÚDE - A saúde é um direito constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, extensivo a toda a população - e constitui dever do Estado. Quando se defende o direito à saúde, protege-se, conseqüentemente, a principal objetividade jurídica do nosso ordenamento - a vida humana. Imprescindível, pois, o fornecimento da medicação indicada pelo profissional do impetrante para que possa ter melhores chances de evolução do quadro clínico, independentemente de problemas orçamentários que a Administração diz ter. - Medicamento - SUS 217

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

- Depreende-se da Lei nº 8.080/90 que a preferência das instituições filantrópicas sobre as demais diz respeito à contratação, e não à distribuição de autorização para internação hospitalar-AIH.

- Em face do princípio constitucional da universalidade do acesso à saúde, é inadmissível obrigar município a priorizar a emissão de AIH para determinada instituição em razão do seu caráter filantrópico ou beneficente, devendo ser facultada ao paciente a escolha da instituição de sua preferência dentre aquelas credenciadas pelo SUS, independentemente de serem filantrópicas ou não. - Hospital filantrópico - Autorização para internação hospitalar-AIH - SUS 419

SENTENÇA - V. **Pronúncia** 520

- V. **Pena** 530

- A sentença é nula, se silencia sobre matéria preliminar argüida pela defesa em sede de alegações finais. A ausência de exame de qualquer tese defensiva configura cerceamento de defesa. É vedado ao Tribunal *ad quem* suprir tal falta, sob pena de supressão de instância. Em tais casos, a decisão primeva deve ser cassada, para que o juiz *a quo* possa pronunciar-se novamente, apreciando todas as questões propostas. - Alegações finais - Cerceamento de defesa 626

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Na alegação de sevícia, que constitui lesão física, é inarredável a prova material (laudo do IML ou de médico solicitado por Posto Policial onde a queixa foi registrada). Ausente a prova da materialidade, deve ser julgado extinto o processo por faltar pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC). - Sevícia - Extinção do processo 290

- Em ação de separação judicial litigiosa, não sendo as partes intimadas para a audiência de instrução e julgamento, mas somente para a tentativa de conciliação, não tendo sido intimadas pessoalmente para o depoimento pessoal e realizando-se a audiência como de instrução, com surpresa às partes, sem oportunidade para a apresentação do rol das testemunhas, como requerido, e,

ainda, a ausência do representante do Ministério Público e de sua manifestação antes da decisão judicial, verificam-se elementos bastantes para o acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa e nulidade do processo. A busca da verdade real, quanto aos fatos, até o limite das possibilidades apresentadas nos autos, interessa a todos, para a finalidade de uma decisão a mais justa e a mais coerente com o caso concreto, para a segura aplicação do direito. - Cerceamento de defesa - Nulidade processual **334**

SERVIÇO FUNERÁRIO - Se legislação local determina que a autorização para funcionamento de outras funerárias somente ocorrerá no caso de a população ultrapassar quinze mil habitantes - pressuposto inexistente -, e, havendo necessidade de prévia licitação para se conceder ou permitir o serviço funerário, uma vez tratar-se de serviço de interesse público, não pode o autor de mandado de segurança exigir que a Administração o admita para a exploração da atividade funerária, sendo insubsistente a alegação de que a negativa da licença viola o princípio da livre concorrência **81**

SERVIDOR - O servidor que, embora tendo reconhecido seu direito à promoção, na esfera administrativa, não recebe os vencimentos compatíveis com a nova situação funcional tem interesse para propor ação ordinária contra o Estado, visando ao recebimento das parcelas vencidas. - Interesse de agir - Ônus da prova - Prova - Ministério Público - Interesse patrimonial **69**

- Inexiste para o servidor público o direito à inamovibilidade, estando no âmbito do poder discricionário da Administração a possibilidade de remover seus servidores, de acordo com o interesse público, nada impedindo que o Chefe do Executivo transfira seus funcionários de local, segundo as conveniências do serviço, sem que isso constitua qualquer ilegalidade. **87**

- O ato administrativo que objetiva o remanejamento de servidores, embora esteja inserido no poder discricionário da Administração, deve ser motivado, sob pena de ser invalidado. - Obrigação de fazer - *Astreintes* **104**

- V. **Qüinqüênio** **165/174/202**

- V. **Teto remuneratório** **213**

- V. **Gratificação de produtividade - Supressão** **249**

- A Gratificação de Estímulo à Produção Individual-Gepi foi instituída pelo Decreto nº 18.057/76, para remunerar, em caráter transitório, as horas extras trabalhadas por servidor ocupante de cargo do Quadro Permanente da Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais.

- A "regra de transição" prevista no art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 10.363/90, para incorporar a Gepi aos vencimentos, não se efetivou, ante a não-edição do decreto regulamentador previsto no § 4º do art. 3º da mencionada lei.

- Tratando-se de gratificação por horas extras laboradas, no *pro labore faciendo*, cessada a prestação de serviço, *v.g.*, pela aposentadoria, extingue-se automaticamente o seu pagamento. - Horas extras - Imprensa Oficial **350**

- Tratando-se de ação em que o servidor público municipal pleiteia o pagamento de salário-família, mais diferenças, em face do município, é evidente a legitimidade das partes, que se caracteriza pela existência do vínculo jurídico entre elas; outrossim, ocorre o interesse processual, diante da necessidade de ser protegido o direito alegado e o pedido é juridicamente possível, desde que se trata de benefício instituído por lei e estendido aos servidores públicos pela Constituição da República. Dessa forma, presentes as condições da ação, impõe-se a formação da relação processual, devendo prosseguir o feito, para ao final proceder-se ao julgamento do mérito, sendo inadmissível o indeferimento da inicial e a extinção do processo, uma vez que é no curso da lide que se verificará se o servidor tem ou não o direito pleiteado. - Salário-família - Interesse processual - Legitimidade de parte - Condições da ação **413**

- A existência de norma legal disciplinando a concessão de licença para participação em cursos ou atividades de aperfeiçoamento profissional, no Estatuto dos Servidores Municipais, afasta a alegação segundo a qual o município se omitiu em regulamentar, na lei ordinária, o benefício instituído na Lei Orgânica Municipal. E, deixando o servidor de pleitear a licença, na via administrativa, inexiste qualquer conflito de interesses a ser solucionado, carecendo ele de interesse de agir, ao ingressar diretamente com ação de natureza cominatória antes de ter sido formulado e negado o benefício na via administrativa. - Licença especial - Carência de ação - Interesse de agir - Ato administrativo - Poder Judiciário **479**

SERVIDOR CELETISTA - Os conflitos relativos à ação de reintegração funcional devem ser dirimidos pela Justiça comum estadual não obstante tenha sido o servidor admitido sob a égide do regime celetista. - Reintegração funcional **254**

SEVÍCIA - V. **Separação judicial** **290**

SIGILO BANCÁRIO - V. **Arrolamento de bens em divórcio** **241**

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - Ante a inexistência de previsão no contrato de financiamento habitacional celebrado pelo mutuário, o pedido para se adotar como indexador o índice de reajuste de sua categoria profissional deve ser rejeitado.

- As prestações de contrato habitacional, celebrado na vigência da Lei nº 8.692/93, não podem sofrer recálculo com base no art. 6º, *e*, da Lei nº 4.380/64, em razão do disposto no artigo 33 da Lei nº 8.692/93.

- O pedido de adoção do INPC para substituir a TR, nos contratos regidos pelo SFH, não pode prosperar. Isso porque o STF não afastou, de maneira genérica, a aplicação da TR, quando do julgamento da ADIN 493-0/DF. O que ele decidiu foi que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177, de 1º.03.91.

- A utilização da Tabela *Price* para amortização de saldo devedor, nos contratos de financiamento imobiliário, além de não ter previsão legal específica, sendo disciplinada por resolução do Banco Central, importa excessiva oneração do contrato para o mutuário. O uso dessa tabela pode ser afastado com base nos artigos 6º, V, e 47 da Lei nº 8.078/90. Além disso, a adoção da Tabela *Price*, quando não detalhada a sua sistemática no contrato, não deve ser aceita, pois

viola o artigo 5º, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. - Banco - Código de Defesa do Consumidor - Crédito bancário - Contrato de financiamento habitacional - Prestação 192

- A teor da legislação que disciplina os contratos de financiamento habitacional, o saldo devedor é corrigido em bloco, não havendo distinção entre o valor do capital a ser amortizado, os juros computados e outros acréscimos contratados.

- Sendo os termos do contrato acatados, na íntegra, pelo agente financeiro, que nada exige além do que fora pactuado, e, por outro lado, estando tal instrumento inteiramente ajustado à legislação aplicável à espécie, não há falar-se em prática de anatocismo pela instituição financiadora.

- Comprovado, em exame pericial, que vêm sendo rigorosamente respeitadas as cláusulas de contrato de financiamento habitacional, não alteradas ao longo dos anos, rejeita-se a pretensão de redução das prestações mensais devidas pela mutuária. - Contrato de financiamento habitacional - Prestação 397

SONEGAÇÃO FISCAL - O crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição do exercício da ação penal.

- Restando cabalmente comprovadas as práticas, pelos réus, dos delitos previstos nos incisos II e V do art. 1º da Lei nº 8.137/90, a condenação é de rigor, sendo incabível a absolvição. - Cerceamento de defesa - Conexão - Prova - Perícia - Nulidade processual - Pena 492

SUBSTABELECIMENTO - V. **Agravo** 423

SUICÍDIO DE DETENTO - V. **Responsabilidade civil do Estado** 315

SUS - V. **Saúde** 419

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - Havendo recusa por parte do Ministério Público a propor a suspensão condicional do processo, não pode o magistrado *a quo* oferecer, de ofício, tal benefício, mas sim aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP e remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. - *Sursis* processual 546

- I. - Impossibilidade da aplicação do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95 se a sentença condenatória já foi prolatada. Precedentes do STF: *HC* 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96.

- II. - Na hipótese, quando da prolação da decisão condenatória (16.8.95), ainda não entrara em vigor a Lei 9.099/95 (26.11.95). Impossibilidade da incidência retroativa do seu art. 89. Precedentes do STF: *HC* 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 25.04.97 e *HC* 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 25.04.97.

- III. - *HC* indeferido. (STF) 713

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM NOVA DIMENSÃO - Dr. Antônio José F. de S. Pêcego - Doutrina 21

SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR - V. **Infração de trânsito** 416

SUSPENSÃO DO FEITO - O pedido de suspensão do feito, formulado pelas partes, deve ser indeferido quando o juízo *a quo* verificar a existência de indiscutível questão de ordem pública, sobre a qual não se admite nenhum tipo de transação. - Contas 198

SÚMULA DO TCMG
- Nº 142 603

SÚMULA DO TJMG
- Nº 16 577
- Nº 47 647
- Nº 66 615

SYLVIO DE MORAES LEMOS, Desembargador - Memória do Judiciário Mineiro - Nota biográfica 3

- T -

TAXA - V. **Ação civil pública** 457

TEMPO DE SERVIÇO - V. **Qüinqüênio** 165/202

TEORIA DA APARÊNCIA - Em face da teoria da aparência, o sistema jurídico moderno, muito embora prestigie as relações sociais que se baseiam na confiança legítima e na boa-fé, a teoria da aparência em caso tal não se aplica, face à citação ser ato de essencial importância, diretamente vinculado à plenitude do direito assegurado pela Carta Magna.

- "*Na execução, a argüição de nulidade* pleno iure, *como a falta de citação, prescinde da oposição de embargos, podendo dar-se por simples petição*" (REsp nº 422.762 - Rel. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. no *DJ* de 25.11.2002).

- Recurso especial provido. (STJ) 698

TESTAMENTO - Tem eficácia imediata o ato revogatório de testamento que atenda aos requisitos do art. 1.632 do Código Civil, pouco importando o *nomen juris* a ele atribuído. 353

TESTEMUNHA - V. **Nulidade processual** 554

TETO REMUNERATÓRIO - As regras aplicáveis ao teto remuneratório continuam a ser aquelas existentes antes da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, tendo em vista entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de não serem auto-aplicáveis as prescrições contidas no inciso XI do art. 37 e no § 4º do art. 39, ambos da Magna Carta.

- As vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, e não podem ser sumariamente decotadas, a pretexto de atender a teto remuneratório. - Vencimentos ou proventos - Servidor - Vantagem pessoal - Qüinqüênio 213

TOMBAMENTO - Comprovado por prova pericial que o ato de tombamento acarretou uma perda do potencial construtivo do terreno onde se encontra situado o imóvel tombado, ocasionando, assim, a redução de seu valor venal, impõe-se ao município a obrigação de indenizar. 182

TORTURA - O crime de tortura prescinde de laudo pericial para sua apuração, sendo irrelevante a presença de marcas no corpo da vítima, uma vez que existem formas de tortura que não deixam lesões aparentes, como é o caso de tortura mental feita mediante grave ameaça.

- Caracteriza-se o crime de tortura previsto no art. 1º, I, *a*, da Lei nº 9.455/97 quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange ou submete a vítima a um sofrimento físico ou mental, com o propósito de obter informação, declaração ou confissão sua ou de terceira pessoa. Nesses casos, descabe a desclassificação do delito para abuso de autoridade. **539**

TÓXICO - O fato de não constar da denúncia o pedido de perdimento do bem é totalmente irrelevante, visto que esse perdimento deve ser decidido pelo juiz, na sentença de mérito, como uma conseqüência do édito condenatório, nos termos do art. 34, § 13, da Lei nº 6.368/76, e art. 48 da Lei nº 10.409/02 - nova Lei de Tóxicos -, não podendo, dessa forma, ser alegada surpresa do acusado em ver o perdimento de seu carro declarado somente na sentença.

- Tendo o recorrente, após o depósito do veículo em poder da Polícia Federal, apresentado defesa prévia sem nada mencionar acerca da questão, conclui-se que a v. sentença recorrida não foi *extra petita* e, também, não ocorreu qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal, na declaração do perdimento de seu bem.

- Com o advento da Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999, e, mais recentemente, da Lei nº 10.409, de 10 de janeiro de 2002, o entendimento de que só se deveria decretar o perdimento dos bens empregados habitualmente na prática dos crimes previstos na Lei nº 6.368/76, ou que, para tanto, tivessem destinação específica, deve sofrer alteração. É que, com o advento dessas leis, estão sujeitos ao perdimento, como efeito da condenação, todos os bens utilizados na prática dos referidos crimes, desde que, entre esses bens e o crime, haja relação de instrumentalidade.

- Estão também sujeitos ao perdimento, a partir dessas leis, todos aqueles que constituem produto ou proveito auferido com o cometimento dos crimes, sendo certo que, em relação aos crimes previstos no art. 12 e seus parágrafos e art. 13 da Lei nº 6.368/76, se os bens chegaram a ser seqüestrados ou indisponibilizados pelo juiz, em face da existência de indícios veementes de sua procedência ilícita (art. 126 do CPP), e o acusado interessado não conseguiu provar a origem lícita dos mesmos, o seu perdimento deve ser decretado na hipótese de condenação do agente, é claro.

- Em se tratando de tráfico de droga, o regime de cumprimeto da pena será o integralmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

- V.v.: - Não foi dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei nº 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros. - Tráfico - Perdimento de bens - Regime prisional **563**

- Provado que o réu tinha em depósito e guardava substância entorpecente em quantidade exagerada para consumo próprio, estando a droga acondicionada em embalagens próprias para o comércio, fica configurado o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, sendo inadmissível a sua desclassificação para o delito do art. 16 da mesma lei.

- O STF considerou constitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, segundo o qual a pena por crimes hediondos e os a eles equiparados, como o de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser cumprida integralmente em regime fechado. Firmou também o entendimento de que a Lei nº 9.455/97 se refere exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais crimes elencados na referida Lei nº 8.072/90, em relação aos quais se mantém vedada a progressão de regime prisional. No mesmo sentido sumulou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Súmula nº 16). - Tráfico - Pena - Regime prisional - Depoimento de policial **577**

- A Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714/98) não se aplica aos condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, especialmente aos traficantes de drogas.

- V.v.: - Não foi dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei nº 8.072/90. O legislador constituinte tão-só lhe deu permissão para estabelecer seus parâmetros.

- Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas sim aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos para obtê-la, ou seja, só devem obtê-la aqueles que se esforçarem para conquistá-la. - Tráfico - Crime hediondo - Revisão Criminal - Pena - Regime prisional **615**

- V. **Transação penal** **662**

- Impõe-se a aplicação do procedimento relativo à instrução criminal previsto na Lei nº 10.409/02, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública.

- É imprescindível a observância da citação do acusado, sendo nulo *ex radice* o procedimento que não a considere, por importar óbvia violação do direito constitucional à ampla defesa. - Cerceamento de defesa - Nulidade absoluta - Nulidade processual - Citação **664**

TRABALHO DE MENOR - V. **Competência recursal** **140**

TRÁFICO - V. **Tóxico** **563/577/615**

TRANSAÇÃO IMOBILIÁRIA - Para fins de transação imobiliária, o Cartório de Registro de Imóveis deve exigir a Certidão Negativa de Débito-CND de empresa cujo objetivo social não é explorar exclusivamente a atividade de compra de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda. Referida espécie de empresa não atende à exigência da regra da exceção ao art. 47 da Lei nº 8.212/91, contida na Ordem de Serviço nº 207/99, do INSS, pelo que não é destinatária do benefício da dispensa da apresentação de tal certidão.

- A interpretação de um benefício legal deve ser feita de forma restritiva, pois, se o legislador quisesse contemplar um número maior de pessoas, não restringiria o seu alcance. - Compra e venda de imóveis - Certidão negativa de débito-CND **96**

TRANSAÇÃO PENAL - Tratando-se de delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, a ação penal instaurada contra o paciente não poderia ter sido retomada em face do descumprimento da obrigação assumida, se a sentença homologatória do benefício transitou em julgado, sem interposição de

qualquer recurso, restando esgotada a prestação jurisprudencial. - *Habeas corpus* - Tóxico - Ação penal **662**

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - A Súmula 142 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais não tem aplicação na esfera penal, mas tão-somente na área administrativa. - Prefeito - Improbidade administrativa - Inquérito civil - Denúncia - Falso testemunho - Consunção - Peculato **603**

- U -

USUCAPIÃO - A teor do disposto no art. 619 do CC, se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião independentemente de título e boa-fé. Quanto aos imóveis, o lapso prescricional a ser verificado é o vintenário; se este não restar provado, não há como se reconhecer o usucapião. - Bem móvel - Imóvel - Partilha - Desistência da ação - Extinção do processo - Citação de herdeiro - Nulidade absoluta **113**

- Não restando provada a má-fé do autor e comprovada a posse do bem móvel por mais de cinco anos, ininterruptos e sem oposição, deferir-se-lhe-á a sua aquisição por usucapião extraordinário, em conformidade com o art. 619 do Código Civil. **152**

- V -

VANTAGEM PESSOAL - V. **Teto remuneratório** **213**

VEGETAÇÃO - LIMITAÇÃO LEGAL - V. **Desapropriação** (STF) **722**

VEÍCULO FURTADO - O certificado de licenciamento expedido pelo Detran não convalida eventuais vícios ou defeitos que contaminam a relação de compra e venda, uma vez que seu objetivo é verificar a regularidade dos requisitos de segurança e as condições técnicas para tráfego. Assim, se o Estado não praticou ato ilícito, em decorrência da apreensão de veículo furtado que teve o chassi adulterado, não poderá ser responsabilizado por eventuais danos morais e materiais, devendo tal responsabilidade ser atribuída ao vendedor do veículo. - Licenciamento de veículo - Responsabilidade civil do Estado - Indenização **279**

VENCIMENTOS OU PROVENTOS - V. **Teto remuneratório** **213**

VERBAS PÚBLICAS - V. **Ação civil pública** **227**

VEREADOR - O Poder Legislativo possui não só o direito, mas também o dever de fiscalizar e controlar os atos do Executivo. Assim, afigura-se ilegal e abusivo o ato de prefeito municipal que nega o fornecimento de documentos à edilidade, por violar o princípio da publicidade dos atos da Administração.

- Os vereadores possuem legitimidade para impetrar mandado de segurança contra ato omissivo de prefeito referente a pedido de documentos relativos às despesas da Administração Municipal. - Documentos - Requisição - Mandado de segurança - Legitimidade ativa **277**

VIA PÚBLICA - V. **Reintegração de posse** **251**

VIÚVO - V. **Pensão** **447**

-:::-

IMPRENSA OFICIAL MINAS GERAIS

Av. Augusto de Lima, 270 - Centro - Fone: (31) 3237-3400
Internet: http://www.iof.mg.gov.br

Revisão: Responsabilidade do Encomendante