161

Jurisprudência Mineira

VOLUME 161
JUL. A SET. 2002

Jurisprudência Mineira

VOLUME 161 - JULHO A SETEMBRO DE 2002 - ANO 53

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. 53	nº 161	jul. a set. 2002

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 1950-2002
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
JOSÉ GUIDO DE ANDRADE

Segundo Vice-Presidente: Desembargador
MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS (até 19.09.02)
BADY RAIMUNDO CURI (a partir de 20.09.02)

Terceiro Vice-Presidente: Desembargador
ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Corregedor-Geral de Justiça: Desembargador
MURILO JOSÉ PEREIRA

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
Lúcio Urbano Silva Martins - Presidente
Francisco de Assis **Figueiredo**
Geraldo de **Abreu Leite**
Nilson Reis
José Altivo **Brandão Teixeira**

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

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa** - Presidente
Nilo **Schalcher Ventura**
Aloysio Pereira **Nogueira** (até 08.09.02)
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
Kildare Gonçalves **Carvalho**
Caetano Levi Lopes (a partir de 23.09.02)

QUARTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Bady Raimundo **Curi** - Presidente (até 19.09.02)
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Presidente (a partir de 20.09.02)
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Jurema Brasil Marins Miranda

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
Hugo Bengtsson Júnior - Presidente
Cláudio Renato dos Santos **Costa**
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
José Francisco Bueno
Maria Elza de Campos Zettel

SEXTA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras
Desembargadores
Sérgio Lellis Santiago - Presidente
Célio César Paduani
Dorival Guimarães Pereira
Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho
José Domingues Ferreira Esteves

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

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 Braúlio 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**
Zulman da Silva **Galdino**
Márcia Maria **Milanez** Carneiro
Tibagy Salles Oliveira - Presidente
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
José **Guido de Andrade** - Primeiro Vice-Presidente
Bady Raimundo **Curi** - Segundo Vice-Presidente (a partir de 20.09.02)
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Segundo Vice-Presidente (até 19.09.02)

Murilo José **Pereira** - Corregedor-Geral de Justiça
Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Antonino Baía Borges
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**

CORTE SUPERIOR
(Sessões nas 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)
Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
José **Guido de Andrade** - Primeiro Vice-Presidente
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Segundo Vice-Presidente (até 19.09.02)
Bady Raimundo **Curi** - Segundo Vice-Presidente (a partir de 20.09.02)
Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente
Vice-Presidente do TRE (até 15.08.02) e Presidente do TRE (a partir de 16.08.02)
Murilo José **Pereira** - Corregedor-Geral de Justiça
Lúcio Urbano Silva Martins
Sérgio Lellis Santiago
Francisco de Assis **Figueiredo**
Hugo Bengtsson Júnior
Orlando Adão de **Carvalho** - Presidente do TRE (até 15.08.02)
Cláudio Renato dos Santos **Costa** - Vice-Presidente do TRE (a partir de 16.08.02)
Odilon Ferreira da Silva
Petrônio José **Garcia Leão**
Kelsen do Prado **Carneiro**
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Sérgio Antônio de **Resende**
Armando **Pinheiro Lago**
Roney Oliveira
Zulman da Silva **Galdino**
Nilo **Schalcher Ventura**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Luiz Carlos Biasutti
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
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

Diretor
Des. MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS (até 19.09.02)
Des. BADY RAIMUNDO CURI (a partir de 20.09.02)
Segundo Vice-Presidente do TJMG
e Superintendente da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes" - EJEF

Diretor-Geral da Secretaria do TJMG
Luiz Carlos G. Elói

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

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

Diretoria de Jurisprudência
Maria Helena Duarte - Diretora
Maria de Fátima Almeida Machado - Assessora

Redatores

Maria da Consolação Santos - Coordenadora
Vera Lúcia Camilo Guimarães
Marisa Martins Ferreira
Sávio Capanema Ferreira de Melo
Valeriani Nastasity Martha

Revisores

Pedro Jorge Fonseca - Coordenador
Eudes José da Silva Melo
Maria Célia da Silveira
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Divisão de Distribuição e Divulgação
Telefone (31) 3274-1732
didis@tjmg.gov.br

Odin Americano Brandão - Coordenador

REDAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes" - EJEF
Rua Timbiras, 1.802
Belo Horizonte - 30140-061- MG - Brasil
Telefone: (31) 3274-1732
ditex@tjmg.gov.br

Sumário

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Milton Fernandes - Nota biográfica 3

O Poder Judiciário na Vila Rica de Nossa Senhora do Pilar do Ouro Preto - Dr. Magid Nauef Láuar 5

Inauguração da Sala Especial "Des. Amílcar de Castro", no Palácio da Justiça - Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza 9

DOUTRINA

Do nome civil - Dr. Marcelo Guimarães Rodrigues 13

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

1 CORTE SUPERIOR

Queixa-crime - Prazo de decadência - Termo inicial - Oferecimento por procurador - Inteligência do art. 44 do CPP - Concurso de pessoas - Renúncia tácita em relação a alguns autores - Extensão aos demais - Inteligência do art. 49 do CPP - Rejeição da inicial - Extinção da punibilidade 37

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação rescisória - Art. 485, inciso V, do CPC 41

Dano moral - Inquérito administrativo - Indenização - Descabimento - Matéria de direito - Elementos probatórios suficientes para se proferir a sentença - Julgamento antecipado da lide - Possibilidade - Provas - Produção - Necessidade - Livre apreciação pelo juiz 47

Inventariante - Desídia - Procedimentos meramente procrastinatórios - Remoção - Possibilidade - Inteligência do art. 995, inciso II, do CPC - Investigação de paternidade - Surgimento de outros herdeiros - Conflito - Nomeação de inventariante judicial 51

Separação judicial - Impossibilidade de conciliação - Irreversível separação de fato - Incompatibilidade dos cônjuges - Culpa recíproca - Inteligência da Lei nº 6.515/77 55

Sociedade de fato - Convivência *more uxorio* - Formação do patrimônio comum - Conjugação de esforços - *Affectio societatis* - Prova - Falecimento do companheiro - Companheira sobrevivente - Direito à meação dos bens - Sujeito passivo da ação - Erro na indicação - Atos processuais já praticados - Aproveitamento - Rol de testemunhas - Depósito em cartório no prazo de 5 dias antes da audiência - Inteligência do art. 407 do CPC - Apresentação pelo sistema de protocolo integrado - Impossibilidade .. 59

Improbidade administrativa - Prefeito - Contrato de publicidade celebrado entre o município e a rádio local - Desvio de finalidade - Propaganda radiofônica em proveito pessoal - Penalidades previstas na lei - Aplicação - Obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Perda da função pública - Ressarcimento dos valores aos cofres públicos - Dosagem adequada - Exemplaridade da punição 66

Execução por título judicial - Autos de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente - Multa aplicada - Acordo homologado - Força executiva - Inteligência do art. 584, III, do CPC - Licença ambiental - Atraso - Responsabilização - Questões fáticas a serem esclarecidas - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Sentença - Fundamentação sucinta - Nulidade - Inocorrência 71

ICMS - Substituição tributária progressiva ou para frente - Empresa que opera com produtos derivados de petróleo - Atribuição a ela da condição de contribuinte sob o regime de substituição tributária - CF/88 - Art. 34 do ADCT - Convênio nº 66/88 - Constitucionalidade dessa atribuição - Princípio da legalidade - Não-violação 76

Arrematação - Anulatória - Ação proposta contra massa falida - Pedido sucessivo de indenização - Improcedência - Honorários de advogado - Sentença - Natureza declaratória negativa - Art. 20, § 4º, do CPC - Aplicabilidade 82

Carta de arrematação - Incidência de sucessivas penhoras - Concurso de credores - Art. 711 do CPC - Cancelamento das demais penhoras - Prova cabível ao arrematante - Registro de imóvel - Dúvida suscitada - Procedência 87

Servidor - Contribuição previdenciária - Desconto de proventos - Possibilidade na vigência da lei anterior, de nº 12.278/96 - Alteração superveniente pela Lei nº 13.441/2000 - Não-implicação da lei nova com situações pretéritas 90

Ação civil pública - Vice-prefeito - Acumulação de vencimentos e subsídios - Vedação constitucional - Desobediência aos princípios insculpidos nos arts. 37 e 38 da Constituição Federal - Quantia recebida indevidamente dos cofres públicos - Ressarcimento ao erário - Ministério Público - Legitimidade para a propositura da ação 95

Servidor - Horas extras - Incorporação aos proventos - Previsão legal - Possibilidade - Inteligência do art. 11, §§1º e 4º, da Lei Estadual nº 10.745/92 102

Responsabilidade objetiva do Estado - Assistência médica deficiente e errônea - Amputação de perna da paciente - Danos materiais, morais e estéticos - Reparação 105

Ação civil pública - Danos ao patrimônio arquitetônico e histórico da cidade - Existência de acervo documental hábil à sua demonstração (deles, danos) - Pretendida elaboração de estudo de impacto ambiental - Ausência de imprescindibilidade 110

Embargos à execução fiscal - Sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Ilegitimidade passiva dos sócios 117

Concurso público - Candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas - Contratação precária dentro do prazo da validade do certame - Direito à nomeação - Surgimento 119

Vencimentos - Reajustes setoriais - Possibilidade - Princípio da isonomia - Inexistência de ofensa - Poder Judiciário - Aumento de vencimentos - Inadmissibilidade - Súmula nº 339 do STF 123

Execução fiscal - Penhora - Bem gravado com hipoteca - Cédula de crédito rural - Possibilidade - Prevalência do crédito tributário - Inteligência dos arts. 184 e 186 do Código Tributário Nacional 126

Execução fiscal - Penhora irregular - Frações ideais de imóveis - Ausência de inscrição no registro imobiliário - Nulidade - Declaração de ofício - Garantia do juízo - Pressuposto de admissibilidade dos embargos - Exame ou reexame de ofício - Possibilidade - Desconstituição da penhora após o recebimento dos embargos do devedor - Suspensão da execução até realização de nova penhora - Arts. 737, I, e 791, III, do CPC **129**

Água e esgoto - Serviço fornecido por empresa pública - Relação de consumo - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Limite de multa moratória - Inteligência do § 1º do art. 52 do CDC **133**

Concurso público - Inscrição - Requisitos - Exigência de entrega de documentos no momento da inscrição - Inconstitucionalidade - Art. 37, I, da CF - Lei nº 8.112/90 - Inteligência **143**

Contribuição sindical - Servidores públicos não sindicalizados - Falta de previsão legal - Cobrança pelo sindicato - Impossibilidade - Sentença - Indeferimento da inicial - Retratação - Possibilidade **147**

Magistério - Licença-maternidade - Coincidência com as férias coletivas - Gozo de férias fora do período regulamentar - Autorização legal - Ausência - Inadmissibilidade **151**

Registro civil - Ascendentes estrangeiros - Prenome - Patronímico de família - Alteração da grafia original - Obtenção de cidadania estrangeira - Comprovação da ascendência - Retificação às margens do assentamento - Possibilidade **153**

Sucessão - Filho adotivo - Abertura da sucessão antes do advento da Constituição Federal/88 - Adoção regida pela lei civil (art. 377 do Código Civil) - Art. 227, § 6º, da CF/88 - Não-incidência - Irretroatividade da norma constitucional - Situação dos filhos adotivos relativa à sucessão - Inalterabilidade pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) **156**

Obra pública - Desvalorização de imóveis - Danos ao proprietário - Responsabilidade objetiva da Administração - Indenização **161**

Ação popular - Projeto de lei - Mera expectativa - Via processual escolhida - Descabimento - Carência da ação - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Inteligência do art. 267, VI, do CPC c/c art. 22 da Lei nº 4.717/65 ..... **164**

Ação civil pública - Depósito irregular de lixo - Dano ao meio ambiente - Poder Público - Responsabilidade - Município - Conduta contrária às normas ambientais - Reparação dos danos - Realização de obras para recuperação da área degradada - Condenação - Ministério Público - Legitimidade para propositura da ação - Intervenção ministerial como fiscal da lei - Desnecessidade - Custas processuais - Partes - Isenção - Inteligência do art. 10, incisos I e III, da Lei Estadual nº 12.427, de 1996 ..... **168**

Meio ambiente - Atividade de extração de areia e cascalho - Desmatamento de área de preservação permanente (vegetação em margem de rio) - Licença ambiental específica - Necessidade - Poder de polícia ambiental - Órgão ambiental estadual - Polícia Militar Florestal - Auto de infração - Mandado de segurança - Julgamento - Justiça estadual - Competência **174**

Administração Pública - Servidor - Contratação irregular - Ausência de concurso - Prestação dos serviços - Parcelas trabalhistas devidas - Ressarcimento - Administrador responsável - Ação regressiva - Questão de fato e de direito - Julgamento antecipado da lide - Possibilidade - Reexame necessário - Inteligência da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001 - Alteração do art. 475 do CPC **184**

Adoção - Nulidade - Má-fé dos adotantes - Citação irregular - Reversão da guarda - Impossibilidade - Princípio do melhor interesse do menor - Fixação de direito de visitas - Exame - Proximidade do juiz da causa - Aplicação **187**

Pensão previdenciária - Dependente incapaz - Prova - Pagamento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Honorários de advogado - Fixação **189**

Falência - Imóvel hipotecado - Alienação fora do termo legal de falência - Bem arrecadado pela massa falida - Restituição - Hipoteca - Inscrição no registro imobiliário - Juiz - Apreciação das provas - Livre convencimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência **193**

Interdição - Distúrbio mental e prodigalidade da interditanda - Comprovação - Ausência - Impossibilidade da medida **197**

Obrigação acessória - Disposição em lei no sentido formal e material - Necessidade - Fornecimento de documentos e prestação de informações no interesse da fiscalização - Norma jurídica infralegal - Decreto - Portaria - Imprestabilidade - Obrigação principal - Desvinculação **199**

Ação civil pública - Taxa de iluminação pública - Lei municipal - Declaração incidental de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* - Utilização da

ação como sucedâneo de ADIn - Impossibilidade jurídica do pedido - Carência da ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito 206

ICMS - Apreensão de mercadorias - Meio coercitivo para pagamento de tributo - Inadmissibilidade 216

Ação de depósito - Devedor tributário - Prisão civil por dívida - Lei Federal nº 8.866/94 - Inconstitucionalidade - Declaração incidental - Iniciativa própria do juiz - Controle difuso de constitucionalidade da norma pelo magistrado independentemente da provocação das partes - Possibilidade .. 219

ICMS - Aquisição de veículo automotor adaptado para uso exclusivo do adquirente portador de deficiência física - Isenção tributária - Normas - Interpretação literal e em sentido estrito - Inteligência do art. 111, II, do CTN - Contribuinte que não preenche os requisitos legais - Concessão do benefício - Impossibilidade 226

Ação civil pública - Ampliação de leitos em UTIs neonatais e berçários de alto risco - Ônus financeiros - União, Estados-membros e Municípios - Competência concorrente - União Federal - Chamamento ao processo para figurar como litisconsorte passiva necessária - Possibilidade - Recurso - Promotoria de Justiça - Intimação - Decisão sucinta - Carência de fundamentação - Inexistência 233

Sentença - Determinação de pagamento de pensão previdenciária - Natureza mandamental - Execução - Desnecessidade 236

Multa de trânsito - Recurso administrativo pendente de decisão - Efeito suspensivo - Inteligência do art. 285, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro - Certificado de registro e licenciamento de veículo - Expedição condicionada ao pagamento de multa - Ilegalidade 238

Bacen - Cadastro de inadimplentes - Cadastro Informativo - Cadin - Inclusão de pessoas jurídicas de direito público - Legalidade - Inteligência do art. 3º, *caput*, incisos e parágrafos, do Decreto nº 1.006/93 - Falta de notificação do inadimplente - Inocorrência de nulidade da inscrição - Inteligência dos §§ 2º e 5º do art. 2º da Medida Provisória nº 1.621-35/98 241

Desapropriação - Venda do bem no curso da ação - Possibilidade - Processo sem irregularidades - Perícia - Justa indenização - Sentença mantida - Honorários de advogado - Correção monetária - Juros compensatórios - Juros moratórios 246

Interdição - Psicose grave - Interrogatório do interditando - Demonstração de capacidade de autodeterminação - Laudo pericial - Conclusão - Capacidade para a prática dos atos da vida civil - Dilação probatória - Desnecessidade - Doença mental - Diagnóstico - Competência da medicina - Judiciário - Competência para avaliar se a doença do paciente o torna incapaz 251

Falência - Habilitação de crédito - Honorários de advogado 253

Concurso público - Inaptidão ou incapacidade para o exercício da atividade - Exame oftalmológico - Cicatriz corneana - Não-interferência na capacidade visual - Lesão ou alteração incapacitante - Inocorrência - Curso de Formação de Oficiais da PMMG - Anexo E, alínea *a*, Grupo XIV, da Resolução nº 3.444/98 - Exigência discriminatória - Ilegalidade 255

Companheirato - Companheiro civilmente casado, mas separado de fato da esposa há muito tempo - Concubinato impuro não configurado - Viabilidade do reconhecimento da união estável 259

IPVA - Arts. 7º, § 2º, e 10 da Lei Estadual nº 12.735/97 - Arts. 11, 12, 15 e 16 do Decreto nº 39.387/98 - Resolução nº 3.113/2000, da SEF - Constitucionalidade - Inexistência de ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da legalidade tributária 266

Responsabilidade objetiva do Estado - Conduta pessoal do agente público - Atos injuriosos praticados por diretora de escola contra servidor detentor de função pública - Maledicência no âmbito das relações pessoais - Dano moral - Indenização por parte do Estado - Descabimento - Dispensa de servidor - Legitimidade - Decisão judicial trânsita em julgado - Reparação civil - Impossibilidade 271

Pátrio poder - Estatuto da Criança e do Adolescente - Representação - Infração administrativa - Art. 249 do ECA - Inteligência - Descaracterização 274

Pensão previdenciária municipal - Parcelas vencidas - Correção monetária - Índices publicados pela Corregedoria de Justiça - Juros moratórios - *Dies a quo* - Citação inicial - Taxa de 0,5% ao mês - Art. 40, § 5º, da CF - Auto-aplicabilidade 278

Ação civil pública - Obrigação de não fazer - Interesses individuais e divisíveis - Menor - Pátrio poder - Limitação - Medida cominatória 280

Coisa julgada - Pedido em outro processo - Pendência de recurso - Pedido diverso - Litispendência - Inocorrência - Decisão de natureza interlocutória sujeita à preclusão - Coisa julgada material - Reexame no mesmo processo - Vedação 283

Execução fiscal - Sociedade de pessoas - Dissolução irregular - Débito fiscal - Sócio-gerente - Responsabilidade solidária - Bens particulares - Penhorabilidade - Direito de crédito da Fazenda Pública - Impugnação - Ausência - Certidão da Dívida Ativa - Presunção de certeza e liquidez 285

ITBI - Alíquota - Progressividade - Art. 8° da Lei n° 5.492/98, do Município de Belo Horizonte - Inconstitucionalidade - Desrespeito aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade dos contribuintes - Imposto de natureza real - Sujeição de todos os contribuintes a uma mesma alíquota 290

Dano moral - Energia elétrica - Supressão arbitrária e de má-fé - Ato que cria situação de pânico e atormenta - Indenização - Distinção entre dano moral e dano à imagem - Inteligência do inc. V do art. 5° da Constituição Federal 292

Falência - Título hábil - Inexistência - Triplicata sem aceite - Protesto - Inocorrência - Comprovante da entrega da mercadoria - Ausência - Inteligência do art. 1°, § 3°, do Decreto-lei n° 7.661/45 e do art. 15, II, *b*, da Lei n° 5.474/68 - Provas desnecessárias - Dispensa pelo juiz - Julgamento antecipado da lide - Dolo previsto no art. 20 do Dec.-lei n° 7.661/45 - Perdas e danos - Indenização 298

Competência originária do Tribunal de Justiça - Causas e conflitos entre Estado e municípios - Execução fiscal - Embargos do devedor - Taxa de serviços urbanos 301

Menor - Direito ao trabalho - Adolescente com 15 anos de idade - Art. 227 da CF/88 - EC n° 20/98 - Quadro social que o País atravessa - Ausência de prejuízo para o adolescente - Possibilidade 308

Investigação de paternidade - Ação ajuizada anteriormente - Pedido julgado improcedente - Inocorrência de coisa julgada material - Ajuizamento de nova ação - Possibilidade 310

Processo administrativo-disciplinar - Sindicância - Inquérito administrativo - Princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório - Inobservância - Aplicação de pena - Nulidade - Falta disciplinar - Apuração - Observância das normas legais - Imprescindibilidade 316

Investigação de paternidade *post mortem* c/c petição de herança - Legitimidade passiva *ad causam* dos herdeiros do indigitado pai - Litisconsórcio passivo necessário - Inobservância - Nulidade processual 319

Falência - Habilitação de crédito - Cheques - Origem - Prova - Necessidade - Autonomia cambiária - Restrição 322

Registro civil - Nome de ascendentes falecidos - Retificação - Impossibilidade - Ilegitimidade do interessado - Substituição processual - Inocorrência 325

Busca e apreensão - Decisão deferitória - Ausência de fundamentação legal - Nulidade - Mandado de segurança - Concessão 327

Possessória - Natureza dúplice - Contestação - Requerimento de direitos sobre o bem reintegrando - Possibilidade - Inteligência do art. 922 do CPC - Benfeitorias - Indenização - Perícia - Realização - Necessidade - Avaliação pelo juiz - Art. 130 do CPC - Agravo - Art. 526 do CPC - Nova redação - Lei n° 10.352/2001 - Alcance - Regra de direito intertemporal 330

Mandado de segurança - Faixas ilegais - Colocação na via pública - Município - Imposição de multa - Correção do procedimento - Direito líquido e certo - Inexistência 334

Saúde - Hospital credenciado do SUS - Paciente com risco de vida - Cirurgia de alta complexidade - Custeio do tratamento - Estado de Minas Gerais - Responsabilidade solidária - Inteligência do art. 196 da CF - Mandado de segurança - Autoridade coatora - Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais - Legitimidade passiva - Segurança concedida 336

União estável - Família monogâmica - Art. 226, § 3°, da CF/88 - Magistrado que presidiu a audiência - Aposentadoria - Juiz substituto - Designação - Princípio da identidade física do juiz - Quebra - Inocorrência 340

Instituto de Previdência dos Servidores Militares de Minas Gerais-IPSM - Inclusão de beneficiário - Mãe do segurado - Vínculo empregatício como segurada do INSS - Dependência econômica permanente - Inocorrência - Impossibilidade jurídica do pedido - Carência da ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito 343

Obrigação tributária - Sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Encerramento irregular das atividades - Sócio não gerente - Ato omissivo - Responsabilidade solidária - Desconsideração da teoria da personalidade jurídica 346

Falência - Devedor - Empresa falida - Sócios - Intervenção no processo falencial - Possibilidade - Mandato conferido antes da falência - Extinção/revogação pelo síndico da massa falida somente para fins comerciais - Inteligência dos arts. 36, 37, 49, 74 e 177 do Dec.-lei nº 7.661/45 e do art. 1.316 do Código Civil 349

Servidor público - Remanejamento - Necessidade pública - Motivação - Ausência - Violação dos princípios da razoabilidade e da moralidade 352

Infração de trânsito - Condutor - Infrator - Proprietário - Art. 257 do CTB 355

Servidor público - Remoção - Discricionariedade administrativa - Desvio de finalidade - Prova - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 360

Execução fiscal - Dívida não originada do PTA - Processo tributário administrativo - Inexistência - Dívida ativa da Fazenda Pública regularmente inscrita - Presunção de certeza e liquidez - Não-elisão - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Impossibilidade - Lançamento direto - Ausência de impugnação e de pagamento - Inscrição na dívida ativa independentemente de procedimento administrativo - Inteligência do inciso V do art. 202 do Código Tributário Nacional - Taxa e tarifa ou preço público - Perseguição judicial pela via do executivo fiscal 365

Falência - Título de crédito hábil para amparar uma execução forçada - Credor - Recebimento do crédito - Opção pela via falimentar - Possibilidade - Ação executiva preliminar - Desnecessidade 368

Separação de corpos - Casal separado de fato - Alvará - Concessão - Possibilidade Procedimento de jurisdição voluntária - Critério da legalidade estrita - Observância pelo juiz - Desobrigatoriedade - Inteligência do art. 1.109 do CPC 372

Registro de imóvel - Retificação de área - Considerável aumento da área - Procedimento previsto nos arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) - Inadmissibilidade 375

Mandado de segurança - Liminar deferida - Agravo de instrumento - Descabimento - Inteligência do art. 4º da Lei nº 4.348/64 c/c o art. 25 da Lei nº 8.038/90 - Recurso específico - Lei nº 1.533/51 - Arts. 8º e 12 379

Partilha - Anulação - Direitos hereditários - Transmissão antes da promulgação da CF/88 - Filho adotivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Aplicação do art. 1.577 do Código Civil 381

Estabelecimento de ensino - Provas realizadas por alunos - Critério de correção - Apreciação pelo Poder Judiciário - Impossibilidade - Medida cautelar inominada - Liminar para determinar a revisão das provas - Ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* - Cassação 383

Execução fiscal - Contribuição previdenciária - Não-recolhimento - Ação proposta pelo Ipsemg contra município conveniado - Art. 15 da Lei nº 9.380/86 - Caducidade automática do convênio após um ano de inadimplência - Parcelas posteriores à rescisão automática do acordo - Ilegitimidade da CDA - Prosseguimento da execução em relação às contribuições referentes ao período anterior à caducidade do convênio - Embargos do devedor - Acolhimento parcial 385

Perito - Honorários - Fixação - Critério da eqüidade - Perícia - Significado econômico da prova - Extensão do trabalho - Objeto do exame e suas particularidades - Valor da causa - Consideração 388

Execução fiscal - Embargos - ICMS - Multa - Preclusão - Questão não levantada na inicial - Inovação recursal - Inadmissibilidade 390

Alimentos - Revisional - Nascimento de outro filho - Diminuição da capacidade financeira do alimentante - Redução da pensão - Possibilidade - Sustento dos filhos - Obrigação dos pais 394

Responsabilidade objetiva do Estado - Detetive - Condução de pessoa à delegacia sob mira de arma - Intimidações - Agressões físicas - Dano moral - Indenização - Legitimidade ativa do Estado - Inteligência do § 6º do art. 37 da CF 397

Mandado de segurança - Ato judicial - Ausência de ilegalidade e violação de direito líquido e certo - Determinação judicial teratológica - Prejuízo irreparável ou de difícil reparabilidade - Inexistência - Recurso próprio para atacar o ato - Existência - Petição inicial - Indeferimento 399

Ministério Público - Atribuições e funções privativas - Defesa - Mandado de segurança - Legitimidade ativa *ad causam* - Juiz de direito - Investigação de conduta de promotores de justiça - Usurpação de atribuições e funções privativas do Órgão Ministerial 401

Medicamentos - Distribuidora - Contratação de farmacêutico responsável - Inexigibilidade - Decreto nº 74.170/74 - Limites da Lei nº 5.991/73 - Extrapolação **404**

Separação judicial - Conversão na mesma tramitação em divórcio - Impossibilidade processual - Temas e provas diversos - Entraves burocráticos - Infidelidade comprovada - Acolhimento do pedido que na falta se assenta **409**

Pensão previdenciária - Morte de segurado - Ex-cônjuge supérstite - Mulher ou homem separado judicialmente - Direito ao benefício - Art. 8º da Lei Orgânica do Ipsemg (Lei Estadual nº 9.380/86) - Art. 201 da CF/88 - Art. 31 da Constituição do Estado de Minas Gerais - Inteligência **410**

Pensão previdenciária - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais-IPSM - Beneficiária - Companheirismo - Configuração - Exclusão do rol de pensionistas - Art. 25, II, da Lei nº 10.366/90 - Aplicabilidade **413**

Separação judicial - Acordo homologado - Promessa de doação aos filhos do casal - Retratação unilateral - Inadmissibilidade - Transação - Sentença homologatória - Trânsito em julgado - Desconstituição somente por ação anulatória ou ação rescisória **415**

Prestação de contas - Ação proposta pela mulher casada contra o marido - Casamento - Regime de comunhão universal de bens - Dissolução da sociedade conjugal - Ausência - Partilha - Inexistência - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito **419**

Alimentos - Filho - Maioridade - Estudante universitário - Prova da necessidade da pensão - Pai - Ausência de prova da impossibilidade da prestação - Exoneração - Impossibilidade - Juiz - Redução da verba **421**

Anulatória de títulos - Cautelar de sustação de protesto..... **425**

Execução fiscal - Processo administrativo - Auto de infração - Contribuinte - Infrator - Ausência de notificação - Inscrição da dívida ativa - Certidão - Irregularidade - Título executivo inábil **427**

Casa própria - Contrato de Financiamento Habitacional - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - *Pacta sunt servanda* - Inexistência de cláusulas ilegais ou abusivas - Sistema Financeiro de Habitação - Empréstimos

- Índice de correção - Poupança - Saldo devedor - Amortização - BDMG - Exclusão da lide - Prosseguimento do feito em relação ao Estado de Minas Gerais - Sentença - Reexame necessário - Inteligência do art. 475, II, do CPC **430**

Prescrição - Dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios - Direito ou ação contra a Fazenda Pública - Existência de processo administrativo - Interrupção - Decreto nº 20.910/32 - Juízo de primeiro grau - Decreto de prescrição da ação - Apreciação das demais questões de mérito pelo tribunal - Impossibilidade **434**

Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - Co-executado - Exclusão da lide - Decisão interlocutória - Agravo de instrumento - Cabimento - Honorários de advogado - Condenação - Inadmissibilidade **438**

Nota promissória - Avalista - Inclusão de nome junto ao Serasa - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade **442**

Ensino - Aluno - Não-comparecimento às aulas - Ausência das comunicações previstas no regimento interno da escola - Força maior - Caso fortuito - Doença - Depressão - Direito à matrícula - Retorno às aulas - Tutela antecipada - Requisitos - Presença - Concessão - Educação - Dever do Estado **445**

Responsabilidade civil - Danos materiais - Indenização - Valor - Interesse patrimonial do Estado - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade .. **450**

Indenização - Dano moral - Pessoa jurídica de direito público - Legitimidade ativa - Intervenção do Ministério Público - Desnecessidade - Prova do dano - Necessidade **454**

Declaratória de inexistência de relação jurídica - Ônus da prova - Duplicata mercantil sem aceite - Banco endossatário - Recebimento das duplicatas na condição de endosso-mandato - Inexistência de prova - Legitimidade passiva *ad causam* - Possibilidade jurídica do pedido - Direito de regresso do endossatário contra a empresa endossante - Sucumbência - Art. 20 do CPC **458**

Reintegração de posse - Estacionamento particular - Invasão de bem público **468**

Direito de visita - Regulamentação - Filha menor - Concessão de liminar - Suspensão - Direito assegurado - Interesse da criança - Manutenção da visitação para a mãe tendo o pai a sua guarda **472**

Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Alegação por defensor público cuja intervenção no feito fora considerada desvaliosa - Parte ilegítima - Prescrição decretada de ofício pelo juiz - Impossibilidade - Inteligência dos arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º, do Código de Processo Civil - Citação válida do devedor - Intervenção de curador especial no processo - Descabimento - Inteligência do art. 9º, II, do CPC **477**

Execução fiscal - Prescrição - Argüição - Momento adequado - Embargos de devedor - Inteligência dos arts. 162 do Código Civil e 303, III, do Código de Processo Civil **483**

Direitos autorais - Obras musicais - Cobrança - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-Ecad - Apresentação em juízo - Legitimidade ativa - Fixação de preços - Critério - Parâmetro físico - Forma arbitrária e monopolista - Afronta aos consumidores do produto musical - Inadmissibilidade **485**

Mandado de segurança - Liminar indeferida - Não-cabimento de agravo de instrumento **500**

Execução fiscal - Foro competente - Fazenda Pública - Faculdade de optar pelo local do fato que originou a dívida - Inteligência do art. 578, parágrafo único, do CPC - Fato gerador do imposto - Ocorrência no lugar da nova sede da empresa - Juízo competente **502**

Servidor público municipal - Demonstração do vínculo - Serviços efetivamente prestados - Contraprestação pecuniária - Pagamento - Ônus da prova - Correção monetária - Juros de mora - Encargos legais e convencionais - Descontos - Sentença proferida contra a União, Estado, Município e respectivas autarquias e fundações de direito público - Condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos - Duplo grau de jurisdição - Inteligência do § 2º do art. 475 do CPC com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352/2001 ..... **505**

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Prefeito - Desobediência a ordem judicial - Art. 1º, inc. XIV, do Decreto-lei nº 201/67 - Caracterização do delito - Ordem judicial determinando reintegração de servidores demitidos - Descumprimento - Justificativa meramente protelatória - Motivação da recusa ou da impossibilidade de cumprir a ordem - Não-aceitação pela autoridade competente - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Circunstâncias do art. 59

do CP favoráveis ao acusado - Perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública - Inocorrência - Decreto-lei nº 201/67 - Constitucionalidade **509**

Crime contra a ordem tributária - Dolo específico - Não-configuração - Contador que se apropria de quantia de particular, destinada a pagamento de tributo - Crime patrimonial - Tipicidade - Estelionato - Prescrição **516**

Lesão corporal grave - Qualificadora do art. 129, § 1º, I, do CP - Auto de corpo de delito - Exame complementar - Laudo extemporâneo e lacônico na sua fundamentação - Inteligência do § 2º do art. 168 do CPP - Precariedade da prova testemunhal e pericial - Desclassificação do delito para lesões corporais leves - Prescrição da pretensão punitiva - Extinção da punibilidade **529**

Menor - Tortura - Art. 233 da Lei nº 8.069/90 - Constitucionalidade - Fato ocorrido antes da Lei nº 9.455/97 - Lei nova de maior rigor - Princípio da irretroatividade da lei penal - Agressão desnecessária por parte de policiais contra menor - Estrito cumprimento do dever legal - Inocorrência da excludente - Pena - Fixação acima do mínimo legal - Maus antecedentes do agente - Consideração - Reincidência - Aplicação na fase posterior - Aumento da pena - Configuração de *bis in idem* - Inadmissibilidade - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Erro - Inércia recursal do Ministério Público - Coisa julgada - Ocorrência - *Reformatio in pejus* - Vedação - Prevalência da decisão **536**

Crime de dano - Preso que destrói paredes e grades de cela para evadir-se do presídio - Descaracterização do delito - Promoção e facilitação de fuga de outro preso - Art. 351, § 1º, do CP - Crime configurado - Autoria e materialidade comprovadas - Princípio da consunção - Aplicabilidade **543**

Crime de racismo - Art. 20 da Lei nº 7.716/89 - Colunista de jornal - Texto humorístico - Ausência de dolo - Desconfiguração do delito - Constituição Federal - Proteção da livre manifestação do pensamento - Afastamento da censura - Perguntas que não guardam relação com o processo e que envolvem apreciação subjetiva - Juízo deprecado - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inexistência **548**

Júri - Cerceamento de defesa - Réu com advogado constituído - Nomeação de defensor público - Atuação deficiente - Defesa prévia - Alegações finais - Apresentação apenas formalmente - Falta de defesa - Julgamento - Anulação *ex officio* **552**

Júri - Homicídio - Excesso culposo - Negativa - Excesso doloso - Questionamento - Quesito obrigatório - Inteligência do art. 484, III, do CPP 555

Custas processuais - Processo Penal - Réu pobre no sentido legal - Isenção - Impossibilidade - Prejuízo do sustento próprio ou da família - Pagamento - Inexigibilidade - Prazo de 5 (cinco) anos contados da sentença final - Prescrição - Inteligência do art. 12 da Lei nº 1.060/50 - Preclusão - Inocorrência 558

Medida socioeducativa - Prescrição - Impossibilidade - Ato infracional análogo ao crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas - Alegação de insuficiência de provas - Menor - Confissão de autoria dos fatos no inquérito e em juízo 560

Crime contra a ordem tributária - Art. 1º, II, da Lei 8.137/90 - Créditos de ICMS - Aproveitamento indevido - Notas fiscais inidôneas - Ausência do devido estorno - Fraude para redução ou supressão ilícita do imposto devido - Responsabilidade penal - Conjunto probatório - Dolo evidenciado - Desclassificação para o tipo previsto no art. 2º, I, da citada lei - Inadmissibilidade - Efetivo prejuízo ao erário - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Benefício concedido 563

Preso - Custódia provisória - Recolhimento nas dependências de unidade militar - Trabalho interno - Possibilidade 568

Tóxico - Regime prisional - Progressão - Crime hediondo - Inadmissibilidade - Pena - Revisão 570

Homicídio qualificado - Duas qualificadoras - Consideração de uma como causa de aumento e a outra como circunstância agravante - Crime hediondo - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Lei nº 8.072/90 - Art. 2º, § 1º - Constitucionalidade - Júri - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inocorrência 579

Prefeito - Apropriação de verbas públicas - Crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 - Processo e julgamento pelo Judiciário - Autorização da Câmara Municipal - Desnecessidade - Despesas de viagem - Irregularidade - Inteligência dos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64 e da Súmula nº 82 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - Denúncia - Subscrição por Procurador de Justiça - Delegação da Procuradoria-Geral - Respaldo legal - Presença dos indícios da autoria e da materialidade - Atendimento aos pressupostos do art. 41 do CPP - Recebimento 591

Homicídio - Pluralidade de disparos - Qualificadora - Meio cruel - Descaracterização - Júri - Apelação - Falta de indicação do fundamento legal - Irregularidade sanada nas razões recursais - Conhecimento do recurso 597

Estupro - Tentativa - Palavra da vítima - Confissão extrajudicial - Valor probante - Laudo pericial - Validade - Perda de um dente - Lesão corporal de natureza grave 600

Crime de alteração de substância medicinal - Condenação - Provas ilícitas - Fase inquisitiva - Contraditório - Observação - Laudo pericial - Nulidade - Inexistência - Validade da prova técnica - Cartas precatórias após a prolação da sentença - Simples irregularidade - Conflito de competência - Não-caracterização - Nulidades - Rejeição - Autorias induvidosas - Materialidade comprovada - Delitos caracterizados 604

Júri - Nulidade - Inocorrência 614

Policial militar - Crime doloso contra a vida praticado contra civil - Ausência de natureza militar - Competência da Justiça comum - Parágrafo único do art. 9º do CPM alterado pela Lei nº 9.299/96 - Qualificadora não descrita na denúncia - Manifesta improcedência - Decotação - Absolvição sumária incabível - Excludente da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal - Ausência de prova estreme de dúvidas - Prisão preventiva - Persistência dos motivos autorizadores - Manutenção..... 618

Desacato - Agente que atira objeto contra policial - Crime caracterizado - Ameaça - Estado emocional de exaltação do agente - Ausência de dolo específico - Descaracterização do delito - Crime do art. 147 do CP - Apuração - Ação pública condicionada à representação da vítima - Falsa identidade - Réu que visa ocultar passado criminoso - Crime não caracterizado 623

Prostituição - Casa - Art. 229 do CP - Proprietário e/ou gerente - Desnecessidade de lucro ou mediação - Caracterizacão do delito - Art. 29 do CP - Pena - Prestaçãode serviços à comunidade - Sentença - Ausência de especificação do serviço - Preliminar de nulidade - Rejeição - Custas processuais - Súmula nº 58 do TJMG 627

Tóxico - Prova ilícita - Confissão - Alegação de que fora obtida mediante espancamentos e torturas - Ausência de comprovação - Invalidação do flagrante - Impossibildade - Interpretação errônea da personalidade do réu - Pena - Excesso - Revisão em grau de recurso - Possibilidade - Associação para

tráfico de drogas - Crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76 - Concurso material com o art. 14 da mesma lei - Impossibilidade - Art. 18, III, da Lei Antitóxicos - Aplicabilidade - Definição jurídica da infração - Alteração - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Confissão - Atenuante do art. 65, III, *d*, do CP - Confisco de veículo - Inadmissibilidade - Crime hediondo - Regime prisional - Lei nº 8.072/90 ..... **630**

Prostituição - Casa - Art. 229 do Código Penal - Rufianismo **648**

Crime contra a ordem tributária - Calçamento de notas fiscais - Sócio-gerente - Alegação de ignorância e desconhecimento do procedimento - Não-acolhimento - Condenação - Crime continuado - Ocorrência - Prestação pecuniária - Fixação em valor elevado - Inviabilização da execução da pena alternativa - Redução **652**

Latrocínio - Configuração - Desclassificação para homicídio - Impossibilidade - Confissão extrajudicial - Alegação de que fora obtida por meio ilícito - Legítima defesa - Ônus da prova **656**

Competência criminal - Conflito negativo de jurisdição **661**

Co-autoria - Simples presença à cena do crime - Ausência de cooperação voluntária e consciente - Nexo psicológico com a ação típica do executor material do delito - Inexistência de indícios suficientes - *Jus accusationis* - Impossibilidade - Indícios duvidosos, vagos ou incertos - Pronúncia - Inadmissibilidade **663**

Prefeito - Contratação de advogado com inexigibilidade de licitação - Notória especialização do profissional - Defesa do município em ação civil pública - Infração prevista no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) não configurada - Procurador da municipalidade - Defesa do alcaide por crime funcional ou de responsabilidade - Peculato de uso - Art. 1º, II, do Dec.-lei nº 201/67 - Descaracterização do delito **667**

Regime prisional - Progressão - Inexistência de estabelecimento apropriado na comarca - Sentenciada que se amolda à hipótese do art. 117, III, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) - Prisão domiciliar **675**

Fuga de preso - Promoção ou facilitação - Funcionário incumbido da guarda ou custódia de presos - Art. 351, § 4º, do CP - Momento consumativo - Delito não configurado - Soldado da Polícia Militar - Guarda externa do presídio - Responsabilidade pela serração das grades internas da prisão - Inadmissibilidade **678**

Prostituição - Casa - Apelante que não possuía sequer potencial consciência da ilicitude - Ocorrência de erro de proibição - Absolvição **682**

Roubo impróprio - Emprego de arma de fogo - Disparo - Lugar habitado - Via pública - Delito previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97 - Absorção pelo delito de roubo com emprego de arma - Princípio da consunção - Autor do crime - Reconhecimento pela vítima - Desnecessidade para elucidação do crime **687**

Estupro - Lesões corporais leves - Ação penal de iniciativa privada - Inteligência da Lei nº 9.099/95 - Vítima ou pais pobres - Ação penal pública condicionada à representação - Mãe da vítima - Renúncia ao direito de representação - Ação penal proposta pelo Ministério Público - Falta de legitimidade - Nulidade do processo - Extinção da punibilidade **692**

Regime prisional - Sentença condenatória - Imposição de regime aberto - Casa do albergado - Inexistência de vagas ou do próprio estabelecimento - Cumprimento da pena em cadeia pública local - Impossibilidade - Júri - Conselho de Sentença - Opção por uma das teses apresentadas em plenário - Respaldo no conteúdo probatório - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inocorrência **694**

Suspensão condicional do processo - Art. 186, VI, do DL nº 7.661/45 - Prazo expirado sem revogação - Posterior requerimento de diligência pelo Órgão Ministerial para juntada de folha e certidão de antecedentes criminais dos acusados - Indeferimento - Punibilidade declarada extinta - Art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95 ..... **699**

Júri - Homicídio - Legítima defesa da honra - Inadmissibilidade - Decisão contrária à prova dos autos - Inteligência do art. 593, III, *d*, do CPP - Veredicto - Cassação **702**

Remição - Falta grave - Inexistência - Concessão **706**

Falso testemunho - Calar a verdade - Procedimento administrativo - Ausência de intimação do denunciado para depor como testemunha - Falta de compromisso - Mera sindicância - Prestação de depoimento - Recusa em responder às indagações - Opção pelo silêncio - Inexistência de elementos que autorizam a imputação - Art. 342 do CP - Descaracterização do delito - Denúncia - Rejeição **709**

Júri - Jurado - Vereador - Participação no Conselho de Sentença - Inteligência do art. 436, parágrafo único, III, do CPP - Impedimento ou suspeição -

Inexistência - Nulidade - Inocorrência - Preclusão - Segunda apelação pelo mesmo motivo - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP - Réu juridicamente pobre - Custas do processo penal - Pagamento - Condições e prazos estabelecidos na Lei nº 1.060/50 - Súmula 58 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 711

Competência criminal - Conflito negativo de jurisdição - Tóxico - Crime previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 - Processo e julgamento - Competência da Justiça comum - Lei nº 10.259/2001 - Lei dos Juizados Especiais Federais - Inaplicabilidade 715

Habeas corpus - Trancamento de ação penal - Ausência de justa causa - Ordem concedida 719

Habeas corpus - Medida socioeducativa - Sentença - Menor - Manifestação expressa da vontade de recorrer - Razões recursais - Formalização do recurso - Intimação pessoal do defensor público - Ausência - Cerceamento de defesa - Tratamento indigno dado ao menor pelo Estado - Apelação - Inadmissão - Impossibilidade - Seguimento ao recurso - Concessão da ordem 726

Habeas corpus - Prisão em flagrante - Ausência de nulidade - Presença de razões de cautela - Liberdade provisória - Indeferimento do benefício 728

Prisão civil - Alimentos - Débito pretérito - Conceituação - Súmula 59 do TJMG - *Habeas corpus* - Âmbito de cognoscibilidade do *writ* - Súmula 60 do TJMG - Denegação da ordem 732

Habeas corpus - Progressão de regime prisional - Matéria a ser discutida em recurso de agravo - Suposta coação ilegal no direito de ir e vir do paciente - Conhecimento do *mandamus* - Livramento condicional - Liberado que comete outros delitos na vigência do benefício - Condenação irrecorrível - Revogação do livramento - Unificação de pena - Inteligência do art. 111 da Lei nº 7.210/84 - Regime prisional - Alteração - Mudança de regime aberto para fechado - Constrangimento ilegal - Inocorrência - Denegação da ordem 734

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constitucional - Processo Civil - Recurso ordinário em mandado de segurança - Deputado estadual - Parecer da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais - Inexistência do ato lesivo - Impossibilidade 739

Conflito de competência - Juízo Militar e Juízo Comum - Policial militar - Contravenção de disparo de arma de fogo - Delito não contemplado pela legislação militar 742

Processual Civil - Ação de indenização - Ressarcimento de danos causados por obra pública municipal - Denunciação da lide ao Estado - Acórdão fundado em cláusula contratual - Reexame - Impossibilidade - Incidência da Súmula 05/STJ - Violação ao art. 515 do CPC não configurada - Prequestionamento ausente - Súmulas 282 e 356 do STF 747

Criminal - REsp - Tráfico de entorpecentes dentro de estabelecimento prisional - Forma tentada - Impossibilidade - Tipo de ação múltipla de conteúdo variado - Dolo genérico de levar consigo a droga - Crime de tráfico consumado - Restabelecimento da condenação por tráfico - Incidência da causa de aumento de pena - Recurso provido 751

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Habeas corpus - Homicídio qualificado - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Inviabilidade 759

Habeas corpus - Processual Penal - Paciente condenado, por incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, à pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto. - 2. Alegação de constrangimento ilegal consistente no fato de ter sido expedido mandado de prisão do paciente, apesar de o TJPE haver decidido que a expedição do mandado se daria somente após o trânsito em julgado. - 3. Liminar deferida. Informação da Corte *a quo* do trânsito em julgado da decisão. - 4. Parecer da PGR no sentido de que seja considerado prejudicado o *writ*. - 5. *Habeas corpus* julgado prejudicado. Liminar cassada 769

ISS - Sociedades prestadoras de serviços profissionais 772

Poder Público - Transação - Validade 779

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002 783

Emenda Constitucional nº 38, de 12 de junho de 2002 787

Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002 788

Lei nº 10.482, de 3 de julho de 2002 791

Lei nº 10.506, de 9 de julho de 2002 793

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 793

DO ESTADO

Decreto nº 42.831, de 9 de agosto de 2002 798

Do Tribunal de Justiça

Aviso nº 009/GACOR/2002, de 18 de março de 2002 800

Aviso Conjunto nº 001/2002, de 12 de março de 2002 800

Portaria Conjunta nº 30/2002, de 24 de abril de 2002 801

ÍNDICES

Índice numérico 803

Índice alfabético e remissivo 809

-:::-

Desembargador MILTON FERNANDES

Memória do Judiciário

DESEMBARGADOR MILTON FERNANDES

Procurador-Geral do Estado, Desembargador, advogado, jornalista e professor, o Dr. Milton Fernandes nasceu em Dores do Indaiá, MG, em 18 de maio de 1927. Filho de Pedro Fernandes e Maria Leôncia de Souza.

Estudou no Seminário dos Sacramentinos, em Manhumirim, cujo diretor era o padre Júlio Maria, ali lecionando Português e Latim.

Concluiu o curso secundário no Colégio Marconi, de Belo Horizonte, no ano de 1949, e bacharelou-se pela Faculdade de Direito da UCMG, em 1954. Doutorou-se pela Faculdade de Direito da UFMG, em 1969, defendendo tese sob o título "*Problemas e Limites do Dirigismo Contratual*"; obteve a livre-docência em Direito Civil, mediante concurso público de provas e títulos, como candidato único, apresentando a tese "*Pressupostos do Direito Autoral de Execução Pública*", nessa mesma faculdade.

Integrado na imprensa de 1949 a 1954, atuou como repórter político do *Diário de Minas,* tornando-se posteriormente (1955-1959) redator-chefe desse jornal e da edição mineira do *Última Hora* (1959-1961). De 1960 a 1963, esteve à frente da Assessoria de Imprensa do Governador José de Magalhães Pinto. Exerceu também o cargo de Diretor Administrativo do Instituto Estadual de Florestas (1963-1965).

Advogado em Belo Horizonte desde 1965, foi Conselheiro Estadual da OAB-MG (1970-1978) e Conselheiro Federal da OAB (1979-1981). No Governo Francelino Pereira dos Santos, foi nomeado o primeiro Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais (1979-1981), após ter sido o último Advogado-Geral do Estado.

No ano de 1981, foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cargo em que se aposentou em 1986.

Em sua carreira no magistério, foi professor assistente (1970) e professor adjunto (1971) de Direito Civil, e professor titular de Direito Civil e de Direito Civil Comparado (1977) da Faculdade de Direito da UFMG. Foi também professor

titular, ministrando o curso de Direito Civil no ano de 1979 na Faculdade Milton Campos, de Belo Horizonte, escola de que foi um dos fundadores.

A turma de formandos da UFMG de dezembro de 1989 recebeu o seu nome: Turma Professor Milton Fernandes.

Durante o período de 1983 a 1987, foi Diretor responsável da *Revista da Amagis*, da Associação dos Magistrados Mineiros-Amagis.

Publicou diversos artigos e conferências em jornais e revistas, além dos livros *Problemas e Limites do Dirigismo Contratual*, Imprensa Oficial, 1968; *Pressupostos do Direito Autoral de Execução Pública*, Editora Lítera; *Proteção Civil da Intimidade*, Editora Saraiva, 1977 (todos os três, teses de pós-graduação); *Constitucionalidade da Taxa Florestal*, Editora São Vicente, 1969; e "Os Direitos da Personalidade" *in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

Em 21 de fevereiro de 1990, foi nomeado membro do Conselho Federal de Cultura pelo Presidente José Sarney.

Casou-se em 04.04.57 com Maria da Glória Macedo Chaves, tendo com ela duas filhas: Norah Helena e Lina Márcia, e, posteriormente, após divorciar-se, casou-se com Mônica G. Fernandes, com quem não teve filhos, mas as filhas de Mônica, Carolina e Rita, o adotaram como pai.

-:::-

O PODER JUDICIÁRIO NA VILA RICA DE NOSSA SENHORA DO PILAR DO OURO PRETO

Dr. Magid Nauef Láuar (*)

Resgatar a História tem sido um compromisso inarredável de todos aqueles que exerceram a judicatura nesta Comarca de Ouro Preto, antiga *Vila Rica de Nossa Senhora do Pilar do Ouro Preto*, e, sem exceção, todos deram uma valorosa contribuição, recuperando a história do Poder Judiciário mineiro, bem como o estilo de vida do homem dos séculos XVIII a XX.

Assim, com os olhos voltados para tal compromisso, a recuperação de processos, nomes, situações tem sido um trabalho diuturno de garimpagem, de cautela e, sobretudo, de esperança em contribuir para o resgate histórico do Poder Judiciário mineiro.

Recentemente, recuperamos um processo judicial que acreditamos ser o *primeiro processo judicial do Estado de Minas Gerais*, pelo menos o primeiro processo judicial *existente*, encontrado, com possibilidade de ser manuseado, visto, apreciado...

Trata-se de uma *ação de cobrança* contendo 10 páginas, com data de autuação de *06 de maio de 1709*, no local denominado *Arraial de Antônio Dias*. Figura como autor *João de Barros Correa* e como réu *João de Barros Rego*; como Superintendente das Minas Gerais o *Sargento-mor João da Silva Guimarães* e Escrivão da Superintendência das Minas Gerais o *Sr. Antônio Barbalho Bezerra*; o Procurador do Autor foi *João Antônio Rodrigues Tourinho* e como Procurador do Réu o *Dr. Jozé Vieira Antunes*. As testemunhas que funcionaram no feito foram: *Capitão Constantino Machado de Menezes* e *Capitão Antônio Montijo de Almeida* (testemunhas do termo de compromisso de pagamento da dívida). O referido processo tramitou até o mês de novembro de 1709.

A dívida que o Sr. João de Barros Correa cobrava do Sr. João de Barros Rego era de *setecentos e trinta e três oitavas de ouro*.

(*) Juiz de Direito da 1ª Vara e Diretor do Foro da Comarca de Ouro Preto. Mestre em Direito Constitucional.

Materialmente, o processo encontra-se em estado crítico de conservação, porém ainda legível.

A sugestão de que tal feito seja o primeiro processo judicial deste Estado se fulcra no fato de que a criação da Comarca de Vila Rica de Nossa Senhora do Pilar do Ouro Preto ocorreu no ano de 1711 ou 1714 (como afirmam alguns). Daí que o referido processo datado de 1709 significa a existência de autoridade judiciária nesta Comarca anteriormente à criação da mesma, por medidas eventuais.

Evidentemente, pode ter havido outros processos anteriores ao encontrado, porém a magnitude deste é o fato de ter sido encontrado.

Outras dezenas de processos foram e estão sendo recuperados pela Diretoria do Foro da Comarca de Ouro Preto.

Vale salientar que, de uma primeira análise dos processos recuperados, especialmente os de inventários, nota-se que nesta região nunca houve a produção de víveres alimentícios, a não ser plantio modesto para própria subsistência. Na esmagadora maioria destas ações de inventário, os bens deixados são geralmente escravos e animais das raças *vacum* e *muares*.

E, como é sabido, os inventários fornecem elementos preciosos para estudos sociológicos, pedagógicos, antropológicos e, naturalmente, jurídicos.

Uma questão constatada desde o primeiro momento da pesquisa configura-se na existência de um número infinitamente maior de processos para um ínfimo número de Juízes para apreciá-los, ou seja, a questão da morosidade é secular, donde se conclui que, para solucioná-la, é mister uma das seguintes hipóteses: ou proibir o cidadão de ajuizar ações (especialmente o Estado), ou aumentar o quadro de juízes.

Outras "descobertas" têm sido apresentadas como muito interessantes. Por exemplo, inúmeros processos nos quais se verifica a presença do *Inconfidente Thomás Antônio Gonzaga* como sendo o *Ouvidor-Geral* e *Corregedor*, cujas atribuições consistiam em tratar de feitos cíveis e criminais cuja alçada não alcançasse cem mil réis, sendo que os processos com valores superiores eram encaminhados para o Tribunal da Relação. Também era da sua competência conhecer e julgar os crimes praticados por escravos, sendo que poderia até condená-los à pena de morte. Entretanto, a sua sentença somente poderia atingir o homem branco até a cominação penal de degredo, e, ainda, cuidava o Ouvidor-Geral de acompanhar as apelações de agravo dos Oficiais de Justiça, de passar Carta de Seguro (semelhante à dos Corregedores), assim como as Cartas Negativas e Confessativas e

podiam julgar com os adjuntos a necessidade de liberdade de presos em casos de defesa.

Interessante que tais Magistrados dispunham de imunidade inerente ao cargo, sendo que Governadores ou Câmaras somente podiam mandar prendê-los em caso de flagrante.

O Ouvidor exercia também o cargo de Corregedor, fiscalizando a eleição de Juízes e Oficiais do "Concelho" e Inquirição Anual dos Oficiais de Justiça, da fiscalização da cadeia e devassa dos carcereiros, fiscalização dos forais, das rendas do "Concelho" e Posturas da Câmara, verificando se havia usurpação dos direitos reais.

O Inconfidente *Doutor Cláudio Manoel da Costa* é outro que figura em diversos processos funcionando como *Advogado*.

Enfim, o resgate histórico - quando do seu término (para breve) - apresentará uma face do Poder judiciário que poderá servir para inúmeras hipóteses de trabalho e pesquisa.

Ao término da garimpagem, pretendemos apresentar todo o trabalho, inclusive via Internet, e, em parceria com a Memória do Judiciário do TJMG, garantir a preservação e a continuidade das pesquisas.

-:::-

INAUGURAÇÃO DA SALA ESPECIAL "DES. AMÍLCAR DE CASTRO", NO PALÁCIO DA JUSTIÇA

Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza (*)

Por determinação expressa e irrecusável do Desembargador *Gudesteu Biber Sampaio*, devo falar na inauguração que ora se procede.

O Presidente decerto escolheu, como orador, este antigo funcionário da Casa por saber-me ex-aluno e perene discípulo do *Mestre Amílcar de Castro*, com quem trabalhei neste Tribunal, no Instituto de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito e, em sua própria casa, na revisão de todas as novas edições de seus livros, de 1961 a 1977.

Confesso-me honrado e particularmente feliz por ter sido *eu* o escolhido para tal incumbência.

A inauguração a que estamos assistindo coroa o trabalho que teve, de um lado, a benemérita "Fundamar - Fundação 18 de Março", na pessoa de seus Presidentes Túlio Vieira da Costa e Stanley Frasão. Detentora dos direitos autorais da obra de Amílcar de Castro, por decisão de sua família, a Fundação houve por bem doar ao Tribunal, mediante convênio, a biblioteca particular do grande e saudoso Magistrado.

Do outro lado, do lado de cá, melhor dizendo, destaca-se o empenho dos Presidentes desta Corte em receber o precioso acervo e destinar um *espaço nobre* para abrigá-lo. Desde o Des. Vaz de Mello, que, em 1994, assinou o convênio, passando pelos Desembargadores Costa Loures, Monteiro de Barros, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano, que inaugurou o primeiro espaço especial no Anexo II, Sérgio Lellis Santiago, que destinou esta magnífica sala, e Gudesteu Biber, que autorizou as instalações que mobiliam e decoram este ambiente, todos mostraram o seu apreço pela nobre memória de Amílcar de Castro.

De parabéns estão as duas entidades e seus dirigentes.

Louvor se faça, por justo, aos servidores dos diversos setores deste Tribunal, que se empenharam com gosto na tarefa que se concretiza agora.

(*) Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG.

Na manhã de 25 de junho de 1978, um domingo frio e chuvoso, quase a completar 86 anos de idade, faleceu o *Desembargador Amílcar de Castro*, ex-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFMG, um dos maiores juristas do Brasil de todos os tempos.

A modéstia sempre foi a característica do homem Amílcar. Ele chegava a ter uma certa aversão por homenagens e pela publicidade em torno de seu nome. O que, às vezes, o fazia incompreendido por quem não o conhecia bem.

Mas o nome do *Juiz* Amílcar e do *Mestre* Amílcar transpunha fronteiras sem que ele próprio o quisesse e promovesse. O mesmo nome que, até a manhã fria do último domingo de junho de 1978, era a única legenda viva a ornar o antigo Salão Nobre do Palácio da Justiça, ao lado de Rui, Clóvis, Tito Fulgêncio, Pedro Lessa, Lafayette, Saraiva, Orozimbo Nonato, Nelson Hungria, Mendes Pimentel, Lopes da Costa, Hermenegildo de Barros, Artur Ribeiro, Edmundo Lins e Rafael Magalhães.

Aqui e agora, contrariando a modéstia do homem, louvar-se-á o Professor e Magistrado cujas lições ainda se farão ouvir enquanto se estudar o Direito e se aplicar a Justiça.

Amílcar Augusto de Castro nasceu em Barbacena (MG), no dia 20 de agosto de 1892. Daí a escolha do dia de hoje, seu 110° aniversário de nascimento, para esta solenidade. Em 1912, matriculou-se na tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo. Para se manter nos bancos acadêmicos, teve que trabalhar nos Correios. Formou-se em 1916, tendo recebido seu diploma em solenidade simples e individual, na própria Secretaria da Escola, por não poder comprar uma casaca, traje com o qual, seus 46 colegas de turma, colaram grau, em sessão solene.

Depois de formado, Amílcar de Castro retornou a Minas e montou escritório de advocacia em Cristina, onde ficou por dois anos. Em 1919, empossou-se no cargo de Juiz Municipal de Andradas, cidade que, àquela época, chamava-se Caracol, como a sugerir a espiral ascendente em que se constituiria a bela carreira de Amílcar de Castro na Magistratura mineira.

De 1920 a 1928, foi Juiz Municipal em Paraisópolis e Jacutinga. Dessa última cidade, seu nome, pela primeira vez, iria projetar-se no cenário jurídico do Estado. É que lá, em meio a seus trabalhos forenses de rotina, ele escreveu a tese "Das Execuções de Sentença no Estado de Minas Gerais", com a qual obteve a Medalha de Ouro "Pedro Lessa". Sua vitória, nesse concurso, repercutiu na Capital e o Presidente Antônio Carlos o nomeou Juiz de Direito da Comarca de Ipanema, no dia 24 de julho de 1928.

Em 1931, foi promovido para Pitangui, cujas ladeiras históricas assistiram ao funeral de Maria Nazaré, sua esposa dedicada e nunca esquecida. Com ele ficaram os que ficaram sem ele na manhã fria de 25 de junho de 1978: Amílcar Filho, Maria Felicíssima, Indiana, Cordélia e Antônio Carlos.

Em 1934, foi promovido para Juiz de Fora e, em 1936, aos 43 anos de idade, atingia o posto de Desembargador da então Corte de Apelação do Estado de Minas Gerais. Em 1957, presidiu o Tribunal Regional Eleitoral. Finalmente , em 1959, foi alçado, por seus pares, à Presidência do Tribunal de Justiça, instituindo o rodízio que, hoje, caracteriza o mandato de presidente desta Casa. Em 1962, a compulsória por implemento de idade o atingia em plena capacidade intelectual.

Ao lado da carreira judicante, desenvolveram-se suas notáveis atividades de mestre. Em 1940, com a tese "Das Execuções de Sentenças Estrangeiras no Brasil", Amílcar de Castro conquistou, por concurso, a cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da UMG, cadeira que pertencera a Pádua Rezende, Camilo de Brito, Virgílio de Mello Franco, Raul Soares, Augusto de Lima e Tito Fulgêncio.

Suas aulas de Direito Internacional Privado, ministradas na quinta série do curso de bacharelado, cada uma valendo por uma conferência, funcionavam para nós alunos, quase bacharéis, como um autêntico curso de pós-graduação. Propedeuta e hermeneuta, o professor Amílcar reexaminava as noções elementares de todos os setores jurídicos, básicas para o ensino de sua cadeira e possivelmente maldigeridas nos primeiros anos do curso acadêmico. Aliás, seu livro de Direito Internacional Privado, que deve figurar na biblioteca de todo estudioso da ciência jurídica, tem o mesmo mérito de suas aulas. Nele o autor, colocando cada palavra no lugar exato e na significação precisa, oferece ao leitor um raro compêndio de princípios gerais do Direito. Como professor, Amílcar de Castro aposentou-se também no ano de 1962.

Amílcar de Castro deixou cinco grandes livros publicados: *Das Execuções de Sentenças no Estado de Minas Gerais, Das Execuções de Sentenças Estrangeiras no Brasil, Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, Direito Internacional Privado* e *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Aos 85 anos de idade, ele lançava a 2ª edição de seus *Comentários ao CPC de 73*, devidamente atualizada por ele próprio.

Além dessas cinco obras, em que o processualista e o internacionalista se rivalizam em profundidade e estilo, o mestre Amílcar deixou inúmeros e magníficos artigos publicados em várias revistas jurídicas do País, em alguns dos quais aborda, com a mesma proficiência do processualista, temas relativos à Filosofia

do Direito e à Teoria Geral do Estado. O saudoso professor Celso Agrícola Barbi, seu grande amigo, em oportuno artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, faz precioso levantamento da obra de Amílcar, salientando, a final, que o seu livro *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973* pode ser considerado "como a mais perfeita obra processual de Amílcar de Castro, coroamento de uma vida magnífica, integralmente dedicada ao estudo, criação, ensino e aplicação do Direito".

O mestre Amílcar destacou-se ainda no campo da tradução de artigos de grandes juristas estrangeiros. Suas traduções, enriquecidas por anotações de rodapé, deixavam entrever a "vastidão de seus conhecimentos e a formação jusfilosófica que alicerçavam as suas afirmativas". Exemplos marcantes dessa sua faceta de tradutor e anotador são os seguintes trabalhos: "Frederico II da Suábia e o Nascimento do Estado Moderno", de Manuel Garcia Pelayo, "As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional", de Karl Heinrich Triepel e "Bonus Iudex", de Pietro Cogliolo.

Nos anos que se seguiram ao seu falecimento, a Fundamar tem reeditado seguidamente o seu *Direito Internacional Privado* e publicado coletâneas de seus artigos e pareceres.

Na manhã fria de 25 de junho de 1978, sem discursos e sem pompas fúnebres, como queria, mas cercado pelo carinho e o respeito de seus colegas do Tribunal de Justiça e pela saudade já evidente de seus filhos, netos e amigos, como decerto esperava e sabia, Amílcar Augusto de Castro, o homem, foi levado ao seu abrigo final neste mundo, do qual também fazemos transitória parte. Porém outros mundos têm vindo e, neles, outras levas de cultores e aplicadores do Direito. Com eles e para eles, Amílcar de Castro, o *mestre*, continua presente, porque os verdadeiros mestres se perpetuam em suas lições.

E, sem dúvida, está ele presente aqui nesta sala tão *especial* como ele próprio o foi e é.

-:::-

Doutrina

DO NOME CIVIL

Dr. Marcelo Guimarães Rodrigues (*)

Sumário: 1 **Natureza jurídica** - 1.1 Composição do nome patronímico - 1.2 Modos de aquisição e perda do nome patronímico - **2 Prenome** - 2.1 Limites na escolha do prenome - 2.2 Prenome ridículo ou imoral - 2.3 Possibilidade de substituição do prenome por apelido notório (Lei nº 9.708, de 18.11.98) - 2.4 Alteração do prenome do adotado - 2.5 Alteração e mudança do prenome - **3 Conflitos de leis no tempo e no espaço - 4 Nome e prenome estrangeiros - 5 A situação dos transexuais - 6 Ação de retificação**.

1 Natureza jurídica

O nome de uma pessoa, em sentido amplo, compõe-se tanto do nome patronímico, também designado como apelido de família, quanto do prenome.

Em sua conceituação jurídica, o nome é atributo e designação da personalidade, aspecto distintivo da procedência familiar no meio social, pertencendo a todo grupo familiar, indistintamente. É, juntamente com o prenome, elemento indispensável e obrigatório do assento civil de nascimento (Lei nº 6.015, de 31.12.73, art. 54, § 4º). O nome corresponde à designação de uma pessoa no meio social, possibilitando sua identificação como sujeito de um complexo de direitos e deveres. É inquestionável que, ao lado do direito ao nome que cada indivíduo possui, acompanha esse direito o interesse social na determinação dessa identidade, do ponto de vista daqueles que venham a ter relações jurídicas com o seu portador, daí por que releva acentuar igualmente o dever de cada um, perante o Estado, de ostentá-lo.

(*) Juiz de Direito Titular da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Registros Públicos da Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Juiz Titular da Corte do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Trata-se, portanto, da forma pela qual o indivíduo aparece na ordem jurídica, cuidando-se, em última análise, de um direito pessoal, relativamente ao qual imprime o ordenamento jurídico conteúdo publicístico, com essa característica sendo tutelado.

Para Clóvis Beviláqua, não constitui o nome um bem jurídico, já que não é possível sua apropriação pelo Estado ou pela sociedade.

Não por acaso, salienta com total propriedade Johann Wolfgang Von Goethe (1749-1832) que "*O nome de um homem não é como uma capa que lhe está sobre os ombros, pendente, e que pode ser tirada ou arrancada a bel-prazer, mas uma peça de vestuário perfeitamente adaptada, ou, como a pele, que cresceu com ele; ela não pode ser arrancada sem causar dor também no homem*".

1.1 Composição do nome patronímico

O nome patronímico atua como fator que na sociedade moderna desempenha a relevante função de designar, de forma comum e invariável, todos os indivíduos pertencentes à mesma família, tanto que, mudando-se o nome do ancestral familiar, o mesmo haverá de ser feito com todos os seus descendentes, a fim de se preservar a designação uniforme do determinado grupo familiar, como entidade, perante o meio social. Essa designação é transmissível hereditariamente, escapando ao próprio arbítrio individual, pois, via de regra, toda alteração posterior do nome é admitida desde que não prejudique os apelidos de família (art. 56 da Lei nº 6.015, de 31.12.73).

Tudo no nome patronímico é essencial, acentua HUMBLET [1]: "*a forma maiúscula ou minúscula das letras, a justaposição ou a separação das sílabas, os traços de união, acentos, tremas, apóstrofes*", enfim, todos os sinais gráficos que porventura revele em sua grafia original, excetuando-se, naturalmente, os casos de erro; frisando ainda que "*não são somente as diversas sílabas que constituem o nome e lhe dão individualidade: é também a ortografia*".

A regra é válida também para o prenome.

Não se tem qualquer impedimento, por conseguinte, no registro do prenome "Affonso", com dois *f*, revelando a preocupação em manter a grafia tradicional do prenome de ascendente.

Efetivamente, não há impedimento no registro do nome em sentido amplo, exceto quando se revele imoral ou suscetível de provocar o escárnio, constrangimento e

[1] *Apud* SERPA LOPES em *Tratado de Registros Públicos*, v. 1, Ed. Brasília Jurídica, 1997, p. 209.

vexame em seu portador, ou ainda, no que diz respeito ao nome patronímico, caso não cumpra com sua função primordial, que é a de revelar a estirpe familiar no meio social.

Foi o que aconteceu em apelação apreciada pelo eg. TJMG, autorizando-se no julgamento a supressão de nome patronímico (sobrenome) constante do registro civil do indivíduo, com base na prova que demonstrou não ter sido originário da família da requerente, e como tal não revelava descendência (*RT*, 746:336-338).

No caso em tela, é óbvio que referido patronímico não desempenhava a função que lhe é inerente, ou seja, de revelar o sinal distintivo do grupo familiar, comprovando a interessada que seus ascendentes mais remotos jamais ostentaram o apelido familiar "Vieira". Assim, a presença desse patronímico na composição do nome do registrado não estava vinculada a qualquer liame familial. Não ocorreu na situação solucionada pela Corte de Justiça das Alterosas, portanto, alteração ou substituição do patronímico, tomadas as expressões em seu conceito técnico. O desate da matéria foi proporcionado pela aplicação do disposto no art. 109 da Lei de Registros Públicos, que expressamente autoriza a supressão de assentamento no registro civil, espécie do gênero retificação.

Embora inexista imposição legal, recomenda o bom senso se inclua no nome tanto o apelido de família da mãe quanto o do pai, como eficaz forma de reduzir os aborrecimentos decorrentes da homonímia, com repercussão nas relações bancárias e comerciais, protestos de títulos, certidões dos distribuidores, etc., cada vez mais comuns nos grandes centros urbanos. A homonímia e os problemas por ela causados, quando devidamente comprovados, fundam-se em motivo legítimo para pretensão de alteração do nome ou do prenome do indivíduo.

1.2 Modos de aquisição e perda do nome patronímico

Basicamente, dois são os modos de aquisição do nome patronímico ou apelido familiar: a) *ipso iure*, apenas por pertencer o indivíduo a uma determinada família, situação alcançada seja pelo nascimento, seja pelo reconhecimento da filiação, na qual o registro do(s) apelido(s) correspondente no assento civil tem efeito unicamente declaratório, tratando-se, na verdade, de um direito inato; b) através de ato jurídico, como a adoção (obrigatório), casamento (facultativo), ou por ato do próprio interessado, através de requerimento ao juiz, suficientemente fundamentado e instruído, hipóteses em que o assento respectivo terá eficácia constitutiva.

Com a adoção, é certo que a sentença, ao estabelecer o vínculo irrevogável, conferirá ao adotado o nome (patronímico) do adotante, que, a seu pedido,

poderá estender esses efeitos à modificação do prenome do adotado, não sem promover, simultaneamente, o registro do nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes e o cancelamento do registro primitivo do adotado (art. 47 e parágrafos, c.c. art. 48, ambos da Lei nº 8.069, de 13.7.90).

No casamento, por sua vez, de acordo com o art. 50 da Lei nº 6.515, de 26.12.77, que conferiu nova redação ao art. 240 do CCB, facultou-se à mulher acrescer aos seus os apelidos (nome patronímico) do marido.

Por fim, adquire-se apelido familiar por ato do próprio interessado, na hipótese em que esse requer ao juiz, com a prévia audiência do Ministério Público (Curadoria de Registros Públicos), sentença que lhe permita, através de mandado de averbação, seja aditado a seu nome outro patronímico, fazendo-o com esteio no disposto nos arts. 56 ou 57, ambos da Lei n. 6.015, de 31.12.73.

Frise-se que isso não se trata de retificação de nome, menos ainda de prenome. Cuida-se exatamente de alteração do nome patronímico, patronímico familiar ou apelido de família, por adição de outro(s) nome(s), escoimada, em qualquer caso ou situação, do vício da clandestinidade.

Mencionada alteração é cabível em duas situações específicas, em ambas as hipóteses limitadas sempre à mesma condição de não prejudicar os apelidos de família primitivos: a) durante o primeiro ano após o interessado ter atingido a maioridade civil; b) qualquer alteração posterior de nome somente será admitida como exceção e motivadamente, entre as quais se situam, em caráter meramente exemplificativo, as hipóteses dos parágrafos 1º (averbação do nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional) e 2º (averbação do patronímico familiar do companheiro solteiro, separado judicialmente ou viúvo pela mulher solteira, separada judicialmente ou viúva, que com ele conviva maritalmente, sempre que haja impedimento legal para o casamento, em razão do estado civil de cada uma ou de ambas as partes), do aludido art. 57 da Lei de Registros Públicos.

Em ambas as situações, é possível pretender a aquisição do nome pela posse prolongada, desde que não impugnada satisfatoriamente por qualquer interessado, mediante a prova de ausência de qualquer vício ou fraude a terceiros, prova essa que, a rigor, é exigida em toda pretensão que envolva qualquer mutação do nome e do prenome.

No que diz respeito ao nome propriamente dito (apelido de família), permite-se ao interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, alterá-lo, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração

quando deferida por sentença judicial, a qual será publicada pela imprensa (Lei nº 6.015, de 31.12.73, art. 56). Entendo que nada impede seja tal alteração pleiteada mesmo antes de atingida a maioridade civil, hipótese em que o interessado deverá estar representado ou assistido por seus pais ou tutores, conforme o caso. De qualquer forma, o interstício referido na lei compreende o período de tempo entre os 21 e os 22 anos, no qual deverá ser apenas iniciado (e não concluído, portanto) o processo de alteração. Qualquer alteração posterior de nome somente caberá por exceção e motivadamente, ouvido o Ministério Público, através de sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, o que configura hipótese de publicidade ativa, transmitindo-se pela mídia escrita a alteração para conhecimento de todos (art. 57, *caput*, da Lei dos Registros Públicos).

Outra face da questão é a admissibilidade da inclusão do nome patronímico do ascendente, ainda que referido apelido familiar não tenha sido incorporado por uma ou mais gerações, desde que sem prejuízo aos demais apelidos de família (*RT*, 384/178, 400/169, 405/165, 406/131, 424/75, 538/64, 540/102, 556/105, 557/56, 560/99, 562/73, etc.). Nada mais correto, pois o nome, conforme já assinalado, pertence a todo grupo familiar, como entidade, portanto não é exclusividade do indivíduo. O direito ao uso do nome familiar é adquirido *ipso iure*, desde o nascimento com vida. Com base nesse fundamento, foi julgado procedente pedido de alteração de nome de menor impúbere que desejava incorporar ao seu nome o apelido familiar do avô paterno, ainda que seu pai não tivesse adotado referido apelido em seu próprio nome, em decisão proferida na Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte, transitada em julgado [2]. Exatamente pela mesma razão, não é possível a supressão ou mesmo alteração da grafia de nome familiar no seu registro civil, por conveniência pessoal ou simples capricho, como, exemplificativamente, requereu determinado indivíduo, que, dizendo-se adepto da numerologia, formulou pretensão no sentido de acrescentar uma consoante no patronímico da família, cuja redação original desconhecia tal grafia, a pretexto de lhe assegurar a nova composição gráfica do nome êxito e felicidade na vida pessoal e profissional.

Por outro lado, as hipóteses de mudança legal do nome em virtude de adoção[3], renúncia ou perda ao direito da mulher separada judicialmente ao uso dos apelidos do marido[4] ou pela legitimação[5] são diferentes e não se confundem com as situações previstas nos arts. 56 e 57, ambos da Lei dos Registros Públicos.

---

[2] Proc. nº 98-103912-6.
[3] Lei nº 8.069, de 13.7.90, art. 47, § 5º.
[4] Lei nº 6.515, de 26.12.77, arts. 17, §§ 1º e 2º, e 18.
[5] Lei nº 6.015, de 31.12.73, art. 103.

Perdem-se os apelidos de família, por sua vez, quando a situação do indivíduo na família se modifica, deixando ele legalmente de integrá-la. Isso acontece nas hipóteses de filiação e casamento.

Deixando o indivíduo de ostentar a condição de filho, diante do êxito alcançado pelo suposto pai em ação negatória de paternidade, o assento de nascimento correspondente será averbado por mandado judicial para o fim de se lhe extirparem as pessoas do genitor e dos avós paternos, cujo nome patronímico respectivo (ramo paterno), por via reflexa, também deixará de figurar na composição do nome do titular do assento.

Na hipótese do casamento, conforme já assinalado, é faculdade da mulher acrescer, e somente acrescer, os apelidos de família do marido aos seus (o que exclui a possibilidade de suprimir nome patronímico de sua própria família), devendo expressar tal intenção, se for o caso, no procedimento específico de habilitação, surgindo o direito ao uso do novo nome patronímico com o registro do casamento perante o Cartório do Registro Civil pertinente, já que tal assento tem natureza constitutiva. Sendo o casamento declarado nulo, seus efeitos civis, relativamente a ambos os cônjuges, deixarão de existir, retroagindo a sentença até a data da celebração (*ex tunc*) para restituir as partes ao mesmo estado em que se encontravam anteriormente, pois é de conteúdo declaratório esse provimento judicial. Nesses termos, perde o cônjuge-virago o direito de portar o nome patronímico do varão.

Ainda que se trate de casamento putativo, entendido como tal o casamento que na percepção das partes e de terceiros foi celebrado de conformidade com a lei, exigindo-se, todavia, que em boa-fé tenha sido contraído por pelo menos um dos cônjuges (CCB, 221), não mais terá a virago, ainda que reconhecido como o cônjuge inocente, o direito de continuar usando o nome patronímico do marido.

Relativamente aos filhos havidos de casamento nulo, anulável ou putativo, o mesmo, todavia, não acontecerá, já que o direito aos nomes das famílias dos pais respectivos é-lhes inerente *ipso iure*, decorrendo tal direito da relação de parentesco, pura e simplesmente.

Finda a sociedade conjugal pela separação judicial ou pelo divórcio e vencida a mulher na ação respectiva, voltará ela a usar o nome de solteira. Partindo da mulher a iniciativa da separação judicial, nas hipóteses dos §§ 1° e 2° do art. 5° da Lei n° 6.515, de 26.12.77, igualmente, em caráter obrigatório, retornará a usar o nome de solteira. Nos demais casos, caberá exclusivamente à mulher a opção pela conservação do nome de casada, sendo-lhe assegurado o direito de renunciar ao uso do nome do marido a qualquer momento, se vencedora na ação de separação judicial ajuizada por qualquer dos cônjuges com base no art. 5°, *caput*, do mencionado diploma legal (art. 17 da Lei n° 6.515, de 26.12.77).

Assim, assinala-se que, no caso de viuvez, permanece a mulher com o mesmo nome adotado a partir do casamento.

2 Prenome

Assentadas tais considerações sobre o nome patronímico ou nome familiar, surge a ocasião propícia para um breve exame do prenome.

Segundo o disposto no art. 54, 4°, da Lei n° 6.015, de 31.12.73, aparece o prenome como um dos elementos obrigatórios do assento de nascimento. Diferentemente do que acontece com os apelidos de família ou nome patronímico, cuja composição normalmente conjuga o ramo paterno e o materno, não tem o indivíduo, ao nascer, direito preexistente a um prenome determinado. Essa a razão pela qual civilistas germânicos considerarem que o registro do prenome no assento de nascimento tem eficácia constitutiva[6].

Torna-se obrigatório o emprego de prenome duplo no caso de registro de nascimento de gêmeos ou simplesmente irmãos com igual prenome, de forma que possam distinguir-se entre si. Solução alternativa é o registro de nomes completos diferentes, assegurando-se a indispensável diferenciação entre um e outro (art. 63 e seu parágrafo único da Lei n° 6.015, de 31.12.73).

2.1 Limites na escolha do prenome

Em se tratando de recém-nascido, o prenome é atribuído pelo pai, na sua falta, pela mãe, ou ainda por aqueles obrigados a fazer a declaração perante o Oficial do Registro Civil (art. 52 e seus parágrafos da Lei de Registros Públicos).

É, sem dúvida, uma das atribuições de maior responsabilidade a escolha do prenome do indivíduo. Tão importante que o ideal seria cada um fazê-la pessoalmente, mas na prática, na generalidade dos casos, isso é impossível.

Os pais ou representantes legais têm o direito de escolher o prenome dos filhos ou tutelados, mas tal direito não é absoluto, pois veda a Lei dos Registros Públicos o registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo ou situações vexatórias e constrangedoras os seus portadores, devendo obrigatoriamente o oficial recusá-los, recomendando-se, não obstante, que, ao fazê-lo, atue o registrador com moderação, ou seja, apenas se diante de situação induvidosamente aberrante da normalidade cabendo-lhe exercer a recusa. Não se conformando os pais ou representantes legais com a recusa, o caso será submetido por escrito, indepen-

[6] Conforme informa SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 228.

dentemente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente, com a prévia audiência do Ministério Público, em processo de dúvida (Lei nº 6.015, de 31.12.73, art. 55, parágrafo único, c.c. arts. 296 e 198 e seguintes)[7].

2.2 Prenome ridículo ou imoral

O parágrafo único do art. 55 da Lei nº 6.015, de 31.12.73, refere-se à proibição de se registrarem prenomes suscetíveis de exporem ao ridículo o seu portador, considerando-se abrangido pelo referido impedimento o registro de prenomes não apenas ridículos, na acepção gramatical do termo, mas que de uma forma geral acarretem situações vexatórias ou constrangedoras a seu portador, assim entendido como determinados prenomes também reputados por imorais.

Neste último caso, é clássico o exemplo do Oficial do Registro Civil francês que se recusou a registrar o prenome "*Lúcifer*", recusa essa que, a despeito do inusitado inconformismo dos pais, foi mantida pela justiça gaulesa, ao argumento de que o caráter confessional dos textos bíblicos não conferia ao personagem em questão uma posição nada honrosa[8]. "*Mussolini*", "*Lampião*" e "*Hitler*" foram prenomes recusados ou cancelados, conforme o caso, por terem-se tornado ridículos ou imorais, inclusive por fatos supervenientes ao registro, assim sujeitando seus portadores à antipatia ou ao escárnio popular.

Em geral, é tido como ridículo o prenome que normalmente não é empregado com essa finalidade e que, de acordo com o senso comum e segundo o consenso médio, constitui expressão utilizada apenas para designar numerais, coisas, lugares, acidentes geográficos, fenômenos naturais, ou animais, por exemplo.

2.3 Possibilidade de substituição de prenome por apelido notório (Lei nº 9.708, de 18.11.98)

Em regra, de acordo com a antiga redação do art. 58 da Lei nº 6.015, de 31.12.73, era o prenome considerado imutável, mas, por construção doutrinária e jurisprudencial, tal imutabilidade, que já era relativa, de acordo com as exceções previstas na própria lei, foi ainda mais abrandada.

Na verdade, jamais o princípio da imutabilidade do prenome foi entendido num sentido absoluto, admitindo-se a alteração e modificação do prenome por interpretação humana e social dos dispositivos legais.

[7] Na Comarca de Belo Horizonte, a competência, em razão da matéria, é do juiz da Vara de Registros Públicos. Nas demais comarcas nas quais inexistia a vara especializada, a questão será decidida pelo juiz da Vara Cível (LCE nº 38, de 13.02.95, art. 63, I a III, c.c. arts. 62 e 61, I, letra *b*).
[8] Segundo menção de SERPA LOPES (em *op. cit.*, p. 229).

Agora, com o advento da recente Lei nº 9.708, de 18.11.98, que tratou de modificar a redação do art. 58 e seu parágrafo único da Lei nº 6.015, de 31.12.73, permite-se expressamente a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Com essa significativa novidade no direito positivo, o prenome deixou de ser imutável para tornar-se definitivo, vedando-se ainda, de acordo com a nova redação do parágrafo único, "a adoção de apelidos proibidos em Lei", o que permite concluir que não será admitida a substituição ou alteração do prenome por apelido suscetível de expor ao ridículo seu portador.

Ainda assim, apesar de atualmente conceituado como definitivo (absoluto, final) e não mais tido por imutável (imbatível, imudável) o prenome, permanece permitida sua retificação quando necessária qualquer restauração, supressão ou por erro de grafia, além de sua mudança ou alteração, quando registrado prenome suscetível de expor ao ridículo seu portador, obviamente na omissão do oficial em recusá-lo, ou mesmo quando gerado o constrangimento por situações posteriores ao registro, através de sentença do juiz, a qual será devidamente averbada no respectivo assento civil (art. 55, parágrafo único, c.c. arts. 97 a 99 e 109, todos da Lei de Registros Públicos).

Convém salientar, de qualquer forma, que a lei anterior jamais vedou o adicionamento, seja de nomes (nome patronímico), seja de prenomes, ao registrado, mesmo quando qualificados como imutável. Essa imutabilidade sempre foi relativa. Na verdade, imutável é o nome ou prenome que foi posto em uso, ainda que não conste do registro, e não o constante do assentamento e jamais usado (*RT*, 433:232).

O prenome é retrato sônico e vale da forma pela qual o indivíduo é conhecido no meio social. Existindo desencontro entre o registro e a vida, o que não raro acontece e desde que não se vislumbre fraude, que prevaleça a vida, consoante lição de nosso maior tratadista em direito público, SERPA LOPES[9]. É que, sendo o nome marca distintiva da personalidade (JOSSERRAND), convém eliminar-se a incoincidência do prenome registrado com o usado no meio social[10].

A propósito, conforme salientou WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "*o objetivo do legislador (ao consagrar o princípio da imutabilidade) é evitar que a pessoa, por malícia ou por capricho, esteja a todo instante a mudar de nome. Se, entretanto, não se trata de objetivo inconfessável, como o de ocultar a própria identidade ou causar prejuízo a outrem, não há como indeferir-se o pedido, colocando-se destarte o registro em consonância com o nome sempre usado pelo interessado*"[11].

[9] Em *op. cit.*, 4ª ed., v. I, p. 198.
[10] *RT*, 192/717.
[11] Em *Curso de Direito Civil*, 25ª ed., v. I, Saraiva, 1985, p. 91-2.

Observou-se, portanto, uma favorável tendência à influência do uso como agente modificador do prenome, a qual, sem dúvida, acabou por influenciar o espírito do legislador, desaguando na edição da referida Lei nº 9.708, de 18.11.98.

Não por acaso, nesse idêntico sentido já orientava a jurisprudência predominante, admitindo, por exemplo, a alteração para fazer constar do registro o verdadeiro nome pelo qual a pessoa é conhecida no meio em que vive, embora diferente do que consta do assentamento e, ainda, para acrescentar ao prenome os apelidos de família[12] ; nessa linha de argumentação, considerava-se como prenome imutável aquele que foi posto em uso, embora não conste do registro, e não o constante do assentamento e jamais usado[13].

2.4 Alteração do prenome do adotado

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) dispõe, em seu art. 47, § 5º, "*que a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome*".

Penso que tal regra deverá ser aplicada com a máxima prudência e cautela por parte do julgador. No mais das vezes, segundo a observação do que ordinariamente acontece, ministrada pelo senso comum, o adotado não tem interesse algum em ter o prenome substituído, especialmente aqueles que no convívio social já o incorporaram à própria personalidade. Assim, embora não previsto pela lei, entendo que será de todo conveniente em casos tais uma audiência na qual o adotado possa, sem constrangimentos, manifestar-se sobre seu interesse a propósito de eventual pedido neste sentido formulado pelo adotante. Tal solução, com certeza, é a que mais se aproxima do sentido do Estatuto, voltado sempre à integral proteção dos superiores interesses da criança e do adolescente (art. 1º). Todavia, em sendo o adotado ainda criança de tenra idade, de reduzidíssima convivência social, e que não possa ainda expressar-se perante o juiz, segundo o prudente arbítrio do magistrado, nada obsta que a troca possa ser autorizada.

2.5 Alteração e mudança do prenome

É fato que algumas pessoas não se sentem bem com seus prenomes ou nomes, chegando algumas vezes os inconvenientes deles resultantes ao ponto de provocar distúrbios psicológicos em seus portadores, pelos mais variados motivos, entre os quais, pode-se mencionar, a perda de parentes ou amigos próximos que de alguma forma estejam relacionados aos nomes, traumas infantis, incômodos gerados pela homonímia, abandono do genitor, mudança de sexo através de cirurgia,

[12] TJMG - Rel. Des. Bernardo Figueira - 3ª C. Civ. - Ap. Civ. 57.113 - "*Jurisprudência Mineira*", 84/116.
[13] *RT*, 433/232.

etc. Importa convir, entretanto, conforme adverte WALTER CENEVIVA[14] , que, muito embora o desapreço de cada um se situe no campo subjetivo, faz-se necessário que seja exposto e fundamentado de maneira a ensejar compreensão objetiva, impondo-se, em qualquer caso, a prudência do juiz ao analisar a pretensão.

Mas é distinto o tratamento legislativo dispensado ao nome patronímico e ao prenome.

É preciso estar atento, de início, para a regra do art. 56 da Lei de Registros Públicos, segundo a qual, limita-se a "*alteração*" do "*nome*" no primeiro ano após o interessado ter atingido a maioridade civil, mas desde que referida "*alteração*" não prejudique os apelidos de família.

O dispositivo em apreço não se refere ao "prenome", mas tão-somente ao "nome" em sentido estrito (nome patronímico). Cuida-se de regra restritiva de direito e, como tal, não admite da parte do intérprete sua ampliação para aplicação em outras hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, sob pena de desvirtuar o alcance natural de preceito dessa natureza, o qual, segundo regra de hermenêutica, só abrange os casos que especifica; nem mais, nem menos.

A propósito, anota SERPA LOPES que, ao referir-se a lei a nome, "*consigna-o num sentido restrito, sem incluir o prenome, pois este é objeto de uma regulamentação à parte*"[15].

Partindo-se dessa premissa, faz-se necessária a distinção:

a) o prenome não é mais imutável; tornou-se (em regra) definitivo ao editar-se a Lei nº 9.708, de 18.11.98, que mudou a redação do art. 58 da Lei de Registros Públicos, para permitir a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Excepcionalmente, contudo, admite o prenome, por construção doutrinária e jurisprudencial, alteração ou mudança, sem qualquer restrição temporal, inclusive por fatos supervenientes ao registro, em todos os casos sendo vedado o emprego de prenome imoral ou suscetível de expor ao ridículo o seu portador (art. 55, parágrafo único, da LRP). A retificação do prenome, por sua vez, é regulada nos arts. 109 e seguintes da Lei de Registros Públicos;

b) diferentemente é o tratamento dispensado ao nome em sentido estrito (nome patronímico). Durante o primeiro ano após atingir o indivíduo a completa maioridade civil, poderá alterá-lo, imotivadamente, desde que mantida a incolumidade dos

[14] Em *op. cit.*, p. 115.
[15] Em *op. cit.*, p. 208.

apelidos de família. Essa é a regra (art. 56 da LRP). Em caráter excepcional, permite-se que após esse período inicie o interessado ação judicial para alterar (e apenas alterar) seu nome, porém sendo tal pretensão condicionada à devida e prévia motivação, sob pena de inépcia da inicial (arts. 57, *caput*, da LRP, c.c. arts. 267, VI e 295, I, parágrafo único, I, segunda parte, ambos do CPC). A retificação do nome patronímico, que é outra coisa bem diferente, continua igualmente tutelada pelos já referidos arts. 109 e seguintes da Lei de Registros Públicos.

Surge então a discussão a respeito do alcance da expressão "alterar", tal como empregada no *caput* do art. 57 da Lei nº 6.015, de 31.12.73.

Conforme já assinalado, alterar significa introduzir modificação, que, não obstante, preserva o caráter anterior do nome, conservando-o reconhecível. Já foi assinalado que alterar é menos do que mudar e diferente de retificar. Na prática, equivale a acrescentar outro nome, sem mexer nos anteriores.

Reputa-se de todo censurável a confusão terminológica do legislador, que não se mostrou zeloso da sua linguagem ao fazer uso das mesmas expressões, porém adotando-as em várias de suas acepções. Na dúvida, é mais seguro pautar-se pela orientação pela qual o significado a ser extraído da norma é aquele que torna geral o princípio ali concretizado, em vez de procurar estabelecer exceção ou distinção não prevista de maneira clara e inequívoca, como converia. Ademais, sendo comum o objeto dos diferentes preceitos, parece coerente imputar-lhes significado semelhante, pois constitui tarefa do intérprete harmonizar o sistema jurídico, que é lógico.

Assim, no que diz respeito ao nome patronímico, entendido como tal aquele que efetivamente revela a procedência familiar, a estirpe do indivíduo, o princípio consagrado pelo legislador é preservar-lhe a incolumidade. Qualquer alteração deverá sempre preservar os apelidos familiares. Daí resulta a conclusão no sentido de que somente é permitido o acréscimo, na composição do nome, de outros apelidos familiares porventura omitidos no ato do registro, sem prejuízo daqueles já existentes, desde que, obviamente, melhor e mais eficientemente revelem tais patronímicos a procedência familiar do indivíduo, restrição essa a abranger as duas hipóteses previstas nos arts. 56 e 57, *caput*, pela ordem, ambos da Lei nº 6.015, de 31.12.73.

Interpretação diversa, levaria ao paradoxo de se admitir que justamente o dispositivo mais rigoroso (o do art. 57) viesse abrir mão da restrição expressa existente no preceito menos severo (o do art. 56), que não autoriza em hipótese alguma a eliminação dos apelidos familiares já existentes no registro civil do indivíduo.

Nesse sentido, mostra-se jurídico o aresto do eg. TJSP que indeferiu postulação de supressão do patronímico familiar paterno na composição do nome do

indivíduo, sob o fundamento de que o patronímico paterno é elemento fundamental do nome, atuando como sinal revelador da procedência da pessoa, ao indicar sua filiação, sua estirpe. Lembrou-se então que, mesmo quando a lei permite à mulher solteira, separada ou viúva averbar o patronímico do seu companheiro, o faz condicionando o exercício dessa faculdade à preservação dos apelidos próprios, da família da mulher, o que também ocorre no caso de matrimônio, não mais podendo a mulher excluir seus apelidos de família, mas apenas, se desejar, acrescentar aos seus os apelidos do marido, assim dispondo o art. 240 do CCB, com a redação que lhe deu o art. 50, nº 5, da Lei do Divórcio (*RT*, 714:125-126).

Versou-se ali hipótese em que o requerente, tomado por profundo desgosto e aversão à figura do pai, que o abandonou em tenra idade, nunca mais voltou a procurá-lo, nem lhe deu assistência alguma, formulou o pedido de suprimir de seu nome o patronímico paterno. É preciso convir, no entanto, que o nome patronímico não pertence exclusivamente ao indivíduo, mas sim a todo o grupo familiar ao qual pertence, como entidade, relativamente ao qual se sobrepõe o interesse público ao do particular em preservá-lo como elemento mais típico do nome e indispensável fator de segurança das relações sociais, não lhe sendo defeso, por outro lado, o uso abreviado do nome.

Na retificação, dessarte, não se muda um nome (ou prenome) por outro, apenas se restaura o nome (ou prenome) na sua forma correta e verdadeira, suprimindo-se as alterações ou omissões acontecidas na redação do assento de nascimento. Por isso, não se submete a sentença de retificação de nome ao comando de publicização ativa previsto nos arts. 56 e 57, ambos da Lei de Registros Públicos.

Com efeito, somente nos casos de alteração propriamente dita, a sentença que autoriza a averbação correspondente somente adquire eficácia após a transmissão de seu conteúdo para conhecimento de terceiros. Nada impede que nos locais onde exista imprensa oficial, caso assim autorizado pelo Corregedor-Geral de Justiça, seja tal exigência suprida com a intimação da sentença que indique tanto o nome anterior como o modificado.

3 Conflito de leis no tempo e no espaço

O surgimento da referida Lei nº 9.708, de 18.11.98, suscita a questão da aplicação do direito intertemporal a respeito do nome, de acordo com o disposto no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

Como atributo da personalidade, o nome civil espelha uma situação jurídica já definitivamente adquirida, impedindo que a lei nova retroaja para efeito de considerar inconveniente o nome com o qual alguém foi registrado.

Tratando-se de lei nova que veda a alteração do nome, possui imediata aplicação, regulando apenas os casos futuros, ou seja, desprovida de retroatividade, em que pese a lei em vigor à época do registro admitisse tal alteração. O efeito jurídico do registro já consumado garante o uso do nome, mas não a sua alterabilidade. Contrariamente, admitindo a lei nova a alteração do nome, não mais subsistem os impedimentos até então existentes para que possam mudá-lo os interessados.

No direito internacional privado, a lei do país em que for domiciliada a pessoa é a competente para determinar regras sobre o nome (art. 7º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Referida disposição surgiu com a intenção de prevenir conflito internacional relativo ao nome. Permanece, no entanto, a possibilidade de dissonância entre as leis do domicílio do pai e do filho, situação que ensejará a aplicação do Código de Bustamante, caso o conflito se dê entre o Brasil e uma das outras 14 Repúblicas que o subscreveram. Assim é que seu art. 57 determina que prevalecerá a lei pessoal do filho, vigente à época do nascimento, se diversa daquela do pai, aplicável a disposição em apreço exclusivamente ao filho legítimo, no caso de se conferir o direito ao apelido familiar. Em se tratando de filho natural, legitimado ou adotado[16], proclamam os arts. 64 e 74 do referido estatuto que a solução para o conflito dependerá das regras que concedem ou negam o nome da lei pessoal do filho, vigente à época respectiva (nascimento, legitimação e adoção, conforme o caso).

4 Nomes estrangeiros

Tem sido cada vez mais freqüente o problema dos nomes (em sentido amplo) redigidos em língua estrangeira. A questão se desdobra em dois aspectos: nome patronímico e prenome.

Quanto ao nome patronímico, não se pode fugir de sua natureza intrínseca, segundo a qual representa o sinal da família, assim pertencendo a todo grupo familiar, como entidade. Cabe portanto aos seus integrantes o dever de zelar por sua conservação e perpetuação em sua redação correta e original, pouco importando que de origem estrangeira ou não.

[16] A distinção quanto à origem da filiação é, em nosso País, de conteúdo puramente acadêmico, pois a Constituição da República tratou de igualar todos os filhos, independentemente da natureza de sua filiação (art. 227, § 6º), no que foi acompanhada pelas leis ordinárias que se seguiram (7.841/89 - que revogou o art. 358 do CCB -, 8.069/90 - arts. 25 e 26 -, e 8.560/92). O projeto do novo Código Civil abandona de vez qualquer menção quanto à origem da filiação, conduta que estende inclusive aos capítulos destinados à adoção.

Tratando-se de brasileiros, descendentes de imigrantes, que ao aqui aportarem não traduziram seus apelidos para o vernáculo, como é por lei permitido, não há dúvida de que deverão mantê-los na grafia original. A posterior "*tradução, constitui alteração de nome não permitida pelo art. 70 do Decreto nº 4.857/39, em sua nova redação*" (*RT*, 142/648) [17].

No que concerne ao prenome, uma vez que regido pela lei brasileira, deve figurar sempre em língua portuguesa. Essa a conclusão de SERPA LOPES, que, partindo do Dec.-lei nº 5.101, de 17.12.42 [18], diploma que autorizava a tradução do nome estrangeiro, aplicável a cidadão estrangeiro ou naturalizado, nome esse regulado, em todo caso, pela lei estrangeira, converge para o entendimento, segundo o qual, com muito mais razão, em face dessa situação, haverá de ser o prenome, quando tutelado pela lei nacional, redigido apenas no vernáculo [19]. Não se cuida, desta forma, de um alteração, mas sim de simples tradução, evidentemente desde que disponível a palavra equivalente no idioma português. Pela mesma razão, não será admitida a tradução inversa, ou seja, converter a grafia do prenome redigido em língua portuguesa para a estrangeira, à guisa de satisfazer conveniências pessoais.

Outra face do problema diz respeito ao prenome de cidadão estrangeiro no Brasil. A Lei nº 6.815, de 19.8.80, que define sua situação jurídica, prevê, no art. 43, a possibilidade de alteração do nome (*rectius*: prenome) em duas hipóteses: a) se tiver sentido pejorativo ou expuser ao ridículo o titular; b) se for de pronunciação e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa. Dispõe, ainda, que o nome que estiver comprovadamente errado poderá também ser "*alterado*". Na verdade, essa última hipótese não retrata caso de alteração, mas sim de retificação por erro de grafia ou por omissão de caracteres ou partículas inerentes ao nome. Estende-se, naturalmente, ao prenome também. Competirá, em qualquer caso, ao Ministro da Justiça autorizar qualquer alteração de assentamentos constantes do registro de estrangeiro (art. 44).

5 A situação dos transexuais

É predominante na jurisprudência o entendimento de impossibilidade de mudança do prenome (e igualmente da identidade sexual) de transexuais, mesmo que submetidos à terapia hormonal e operação voluntária de ablação de genitália

[17] A redação do art. 70 do Decreto nº 4.857/39 foi preservada sem significativas mudanças pelo atual art. 56 da Lei nº 6.015, de 31.12.73.
[18] Referido dec.-lei foi expressamente revogado pela Lei nº 6.815, de 19.08.80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, diploma esse que manteve o tratamento anteriormente dispensado à matéria sob enfoque.
[19] Em *op. cit.*, p. 237.

masculina, tenham adquirido características externas do sexo oposto ao original. A emasculação é tida em congressos médicos e por decisões de entidades superiores de controle da medicina como mutiladora, proscrita pelo Código de Ética Médica. Ademais, não repercute para o sexo definido geneticamente - cromossomo Y para o homem e X para a mulher - a referida cirurgia de ablação dos órgãos sexuais externos, que não tem como modificar por completo a anatomia interna de cada um, razão pela qual continua sendo respeitado o padrão sexual de origem. A título de ilustração, há acórdão muito bem fundamentado do eg. TJRJ a respeito, referindo-se à pretensão deduzida pelo requerente, no meio artístico conhecido por "Roberta Close" (*RT*, 712:235-240).

Excetuando-se, portanto, a situação especialíssima do pseudo-hermafrodita, em que se comprova em Juízo ter havido erro do registro na indicação do sexo do indivíduo e por via reflexa repercutindo na exigência de substituição do prenome, inviável será a pretensão nesse sentido ajuizada por aqueles que experimentam uma inversão da identidade psicossocial, com incontrolável anseio de completa reversão sexual, a menos que edite o legislador normas específicas que autorizem a averbação do mencionado *sexo psicológico*.

6 Ação de retificação

Tanto o nome patronímico quanto o prenome podem ser retificados por meio de ação própria, para correção de erros de grafia, supressões, preenchimento de lacunas ou omissões (arts. 109 e 110, ambos da Lei nº 6.015, de 31.12.73).

Trata-se da ação de retificação, cuja finalidade, portanto, 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 um nome (ou prenome) por outro, envolvendo idéia mais ampla do que a alteração. 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 ou se 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.

Os arts. 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, nada possuindo, em verdade, de 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 (CPC, 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 (CPC, 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 (CPC, 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 (CPC, 50) e a oposição (CPC, 56:61), além, é claro, do listisconsórcio 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 viçarem 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 o requerimento encaminhado no rito do art. 110, ambos da Lei nº 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 arts. 111 e 112, ambos da Lei de Registros Públicos, nenhuma retificação ou restauração em matéria de registro civil será entregue ao interessado, permanecendo os autos em cartório para eventuais consultas.

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, § 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 nº 6.015, de 31.12.73, permite o requerimento do interessado no lugar de sua residência, em que pese se refira ao 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 arts. 46 e 109, § 5º, em epígrafe.

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

Relativamente aos requisitos mínimos da inicial, espera-se que apresente a indicação do juiz a quem se dirige, a quem confira a lei de organização judiciária local competência para conhecer e julgar matéria de registros públicos; qualificação completa do requerente (esse, por sinal, pode não ser necessariamente o registrado) e/ou do interessado (se for o caso); os fundamentos de fato e de direito da pretensão; o pedido formulado com suas especificações, o que inclui necessariamente a menção do registro a ser retificado, números do termo, do livro e das folhas, nome e lugar do cartório no qual foi lavrado o assento respectivo; qualificação dos eventuais interessados e requerimento expresso de citação dos mesmos (CPC, 1.105); consignar o valor da causa, que será estimado pelo requerente, pois não há qualquer equivalência econômica em pedido dessa natureza; acompanhamento de prova documental já existente, instrumento de procuração e apresentação do rol de testemunhas (caso necessário), bem como esclarecimento de outras provas porventura existentes; comprovante do recolhimento das custas prévias, de acordo com o regimento específico, ou apresentação de declaração de pobreza firmada pelo próprio requerente, além de requerimento nesse sentido, conforme determina a Lei nº 1.060/50, com suas posteriores modificações.

Nesse ponto, é oportuna a indagação a respeito do alcance dos benefícios da assistência jurídica ao necessitado. Implicará ou não seu deferimento pelo juiz do feito a isenção dos emolumentos devidos ao registrador na averbação da sentença de retificação?

Em que pesem aos respeitáveis entendimentos em contrário, considero que o benefício em questão é extensível para impedir a cobrança desses emolumentos no extrajudicial, relativamente à prática dos atos indispensáveis à plena eficácia da sentença.

É direito elementar do cidadão e dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CR, art. 5°, LXXIV). Por sua vez, é certo que o instituto da assistência jurídica integral é mais amplo do que a assistência judiciária gratuita propriamente dita (STF - RE nº 204.305-2 - 1ª T., *RT*, 755:183). Com certeza, o intento do constituinte de 1988 foi de ampliar o raio de incidência da Lei nº 1.060, de 05.02.50.

E, seguramente, não o fez por acaso.

Trata-se de eficaz instrumento para garantir, na prática, o princípio da efetividade do processo, pelo qual, de acordo com o ensinamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "*o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus, segundo o ordenamento*".

As serventias do extrajudicial desempenham, por delegação do Estado, na plenitude de seu poder de partilha (CR, 236), atividade de caráter privado, mas ao mesmo tempo função de relevante interesse público. Tanto o notário como o registrador executam, portanto, serviço público de características especiais, sob o amálgama de função pública. Os emolumentos e custas, nesse contexto, têm o crivo de receita pública.

Em trabalho sobre o assunto, PEDRO ARMANDO E. DE CARVALHO, ao traçar comparação entre o art. 5°, LXXIV, da CR e o art. 3° da Lei da Assistência Judiciária, demonstra que a expressão "assistência jurídica integral" concebe dupla finalidade: "*a) a assistência transcende o Juízo, não se contenta em ser judiciária, é jurídica, isto é, efetiva-se onde estiver o Direito; b) a assistência é integral, ou seja, não se esgota na parte, na unidade, mas visa integrar as seções e facetas de um todo, visa, em uma palavra, coordenar os diversos grupos sociais, desintegrados do conjunto por sua marginalização*" [20].

[20] "A Defensoria Pública: um Novo Conceito de Assistência Judiciária", *RT*, 689:302-303.

Não de outra forma, orienta a jurisprudência predominante, a meu ver, com inteiro acerto, que "*A isenção da justiça gratuita abrange as despesas de cartório extrajudicial, necessárias à prática de ato tendente a realizar o direito subjetivo do beneficiário, como, por exemplo, a averbação da sentença de separação judicial*" [21].

É ainda digno de nota que a Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais acolhe idêntico entendimento, nos termos de sua Instrução nº 256, de 4.7.96, baseando-se para tanto, entre outros considerandos, em princípio firmado no VI Encontro de Corregedores-Gerais de Justiça (Belo Horizonte, 21 e 22 de junho de 1996, "Carta de Belo Horizonte", nº 7), segundo o qual, "*a delegação dos serviços notariais e de registro, pela própria natureza do instituto, resguarda ao Estado o poder-dever de assegurar a legalidade e eficiência em benefício do usuário, o que pressupõe abrangente ação fiscalizadora*".

O objetivo precípuo do processo de retificação, segundo a melhor doutrina [22], pode ser resumido em três diferentes categorias: a) suprimento da falta de registro; b) retificação por erro ou engano; c) restauração.

O suprimento da falta de registro equivale à omissão de algum requisito ao mesmo inerente, e não à inexistência absoluta do registro, caso em que se demandaria o registro realizado fora de época. Tais requisitos podem ser classificados como essenciais ou acidentais, conforme resultem, no exame do caso concreto, indispensáveis ou não à validade do registro civil. Uma mesma situação pode, de acordo com as circunstâncias, manifestar-se como requisito essencial ou acidental do assento. Veja-se, por exemplo, hipótese na qual se verifica a falta de assinatura daqueles que comparecem ao ato, competindo ao juiz examinar se a omissão se deu por simples desaviso, não intencional, ou se resulta da mudança repentina de vontade da parte que deixou de assinar.

Quando se busca simplesmente a correção do erro de grafia, pode o interessado optar pelo procedimento do art. 110 da Lei nº 6.015, de 31.12.73, que nada mais é do que uma adaptação da Lei nº 3.764, de 25.12.60, a qual estabeleceu "*o rito sumaríssimo para as retificações no registro civil*", composição híbrida, de acordo com a abalizada avaliação de WALTER CENEVIVA [23]. Cuida-se de procedimento que se inicia e se processa perante o Cartório do Registro Civil

[21] *Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 197:210 - Ed. Lex (em NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*, 30ª ed., Ed. Saraiva, 1999, p. 1.036).
[22] F. DEGNI. *Le Persone Fisiche*, p. 53 - PLANIOL, RIPERT ET SAVATIER. *Traité*, I, nº 219; conforme mencionado por SERPA LOPES, em *op. cit.*, p. 402-3.
[23] Em *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 7ª ed., Saraiva, 1991, p. 184.

responsável e depositário do assento a ser retificado, através de petição assinada pelo próprio interessado, independentemente da representação por advogado ou recolhimento de emolumentos, que será protocolada e autuada pelo registrador. Dependendo a prova de anotações, averbações ou registros existentes no cartório, compete ao Oficial certificá-los nos autos (art. 110, § 2º). Ouvido o órgão do Ministério Público (Curadoria de Registros Públicos) em 48 h, decidirá o juiz em seguida. Deferido o pedido pela sentença do juiz competente, averba-se a decisão respectiva à margem do registro retificado independentemente de mandado. Entendendo o julgador que o pedido reclama maiores indagações ou no caso de impugnação fundamentada pelo Órgão Ministerial, determinará o juiz a distribuição do autos a um dos cartórios do judicial com competência para conhecimento da matéria, processando-se a retificação pelo rito próprio do art. 109, acima referido, já com a intervenção de advogado.

Comumente, o erro gráfico é atribuído à homofonia, que prega peça no registrador desatento. Exemplos: "Nilo" em lugar de "Milo", "Nélson" em troca de "Nélsio", "Ormeu" em vez de "Romeu", "Siqueira", e não "Cerqueira", etc.

A retificação de um modo geral, e especialmente quando se trata de corrigir erro, engano ou suprir omissão, não pode ultrapassar situação que implique a mudança do estado civil do registrado, aplicável para suprimir enunciações indevidas no registro civil, porque não previstas em lei, por exemplo.

Tem sido relativamente comum na prática forense a tentativa de se desvirtuar o propósito da ação retificatória, seja por descuido, seja por objetivos inconfessáveis, numa ou noutra hipótese, de qualquer forma, de modo inescusável.

Na Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte, presenciamos o ingresso de ações indevidamente rotuladas como retificatórias, cuja causa de pedir e pedido efetivamente formulado indicavam verdadeira ação de estado, a respeito da qual a competência, em razão da matéria, é do Juízo de Família. Sob o pretexto de se sanar "erro" do assento civil, suprimindo-lhe "omissões", pedia-se a inclusão do pai biológico, avós paternos e apelido familiar respectivo na composição do nome do registrado, sem qualquer título que comprovasse a alegada paternidade, o que, obviamente, resultou na imediata declinação de competência para a Vara de Família, determinada de ofício, logo ao se despacharem tais iniciais. É que, sob a capa de uma ingênua ação retificatória de nome, o que se buscava, na realidade, era a alteração do estado civil, em razão do que se pedia sua modificação, tratando-se, na verdade, de inequívoca ação de estado. Nesse contexto, pouco importa o *nomen iuris* da ação, de sorte que sua natureza jurídica será fixada é pelo exame da causa de pedir (fundamentos de fato e de direito) e do pedido.

É certo, por outro lado, que, eventualmente, a distinção entre a pretensão retificatória e a ação de estado civil pode resultar de linha bem tênue, a exigir todo cuidado e senso jurídico do juiz no precisar o exato momento em que um caso de retificação encobre autêntica ação de estado. Assim é que hipóteses existem em que a própria retificação alcança matéria inerente ao estado civil, desprovida no entanto do propósito e do poder de modificar o estado civil anterior do registrado. A esse respeito, levanta CICU [24] situação que consubstancia erro de direito, na qual o registro de nascimento indique como filho de mulher casada com outro homem que não o marido; ponderando que a retificação será admitida, pois se trata de conferir ao ato de nascimento o estado legal inerente ao filho, determinado pela presunção legal de paternidade. Ainda assim, contudo, acrescento que na hipótese aventada será indispensável o comparecimento do marido para declarar expressamente a paternidade.

Caso interessante apreciado pela jurisprudência ocorreu em ação rotulada como "retificação" do nome do cônjuge-mulher, em registro de casamento consumado há mais de 40 anos. Postulava-se a "retificação", pois a requerente, ao se casar, adotou os sobrenomes da mãe e da sogra, e não o do pai e do sogro. Tal pedido foi julgado improcedente, e a sentença confirmada, por unanimidade de votos, pelo eg. TJRJ, ao fundamento, segundo penso, que se mostra corretíssimo, de inexistência de erro na espécie, simplesmente pela ausência de qualquer texto legal que determine a prevalência do sobrenome do pai ao sobrenome da mãe, consumando-se o nome da requerente dessa forma, ao casar-se, por livre escolha do casal, designação essa pela qual a postulante se tornou conhecida no meio social [25]. Na verdade, na situação em apreço, sob o rótulo de retificação, o que realmente pretendia o cônjuge-mulher era uma substituição ou alteração de seus apelidos familiares adotados após o casamento, o que não configura hipótese de ação retificatória.

Há, por fim, a possibilidade de se restaurar, suprir ou retificar o registro através da referida ação retificatória.

Restaurar tem significado mais abrangente que retificar. Quem retifica simplesmente "corrige", ao passo que restauração implica renovar, consertar, instaurar novamente, recomeçar, reintegrar, recuperar, readquirir, retornar ao estado primitivo, etc. Suprir tem o significado de completar, inteirar, preencher, substituir, preencher a falta de, prevenir, etc.

Normalmente, a restauração é empregada para sanar uma irregularidade, restabelecendo o ato atingido por alguma formalidade omitida, quando a jurisprudência

[24] "La Filiazone", *in Tratado di Dir. Civ.* de F. VASSALLI, III, t. 2º, nº 87/92, *apud* SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 402.
[25] *RT*, 647/169-170.

assim permite que se faça, *v.g.*: refazer o assento no qual ficou omitida a assinatura do Oficial, renovado com a assinatura do seu sucessor; ou ainda para referir-se ao extravio ou perda do assento do registro civil, o que implicará não só a prova do desaparecimento do assento, como ainda do conteúdo do mesmo, no todo ou em parte.

Pouco importa que a descoberta do erro se faça logo após o efetuar-se o registro ou muitos anos mais tarde. O tempo não opera a convalescência do registro deformado. O que basta é que o erro seja proveniente da desatenção ou alheamento do cartório, incluindo a serventia na qual se localiza eventual registro anterior, ou mesmo daquele obrigado por lei a declarar e promover o registro. Uma vez demonstrado o equívoco, deve ser reparado com a necessária cautela pelo registrador, ainda que apenas indiretamente responsável por sua prática.

A ação retificatória, com efeito, é imprescritível. O interesse público converge no sentido de que o registro civil espelhe fielmente a realidade social e jurídica. Eventuais descompassos entre um e outra, uma vez devidamente comprovados, devem ser eliminados, a qualquer tempo, podendo alcançar os registros dos ancestrais os mais remotos.

A título de ilustração, vem a pêlo o caso de brasileiros descendentes de imigrantes, aqui domiciliados, que, em busca da dupla cidadania, em número cada vez maior, postulam a retificação dos seus assentos civis e dos próprios antepassados que imigraram para o Brasil desde o final do século passado, a fim de corrigir erros materiais ou de grafia, alguns deles oriundos do aportuguesamento de tais nomes, que contaminaram os assentos civis das gerações que se seguiram, de modo a restaurar a forma original dos mesmos, segundo consta dos assentos civis primitivos nos respectivos países alienígenas. Na Comarca de Belo Horizonte, os descendentes de imigrantes italianos comparecem com mais freqüência com pedidos dessa natureza, possivelmente seduzidos pelas supostas facilidades proporcionadas com o eventual uso de dois passaportes.

Tem-se admitido ainda a mudança (*rectius*: retificação, pois se cuida de restaurar a forma) de nome que consiste na inversão dos apelidos de família, para pessoas de origem hispano-americana, relativamente às quais o patronímico paterno vem primeiro e o da mãe depois [26].

Em qualquer dos casos acima, averb a-se a decisão judicial respectiva, seja quanto ao nome, seja relativamente ao prenome, à margem do assento correspondente (Lei nº 6.015, de 31.12.73, art. 29, § 1º, *f*).

-:::-

[26] WALTER CENEVIVA, em *op. cit*, p. 110.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1 CORTE SUPERIOR

QUEIXA-CRIME - PRAZO DE DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - OFERECIMENTO POR PROCURADOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CPP - CONCURSO DE PESSOAS - RENÚNCIA TÁCITA EM RELAÇÃO A ALGUNS AUTORES - EXTENSÃO AOS DEMAIS - INTELIGÊNCIA DO ART. 49 DO CPP - REJEIÇÃO DA INICIAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- O prazo decadencial do direito de queixa começa a fluir a partir da data em que o ofendido toma conhecimento das ofensas feitas.

- Para viabilizar o oferecimento da queixa-crime por procurador com poderes especiais, o art. 44 do CPP não exige que a procuração contenha a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, bastando a simples menção ao mesmo ou ao artigo de lei violado.

- Tratando-se de ação penal privada, não pode o querelante, havendo concurso de pessoas, propor a queixa-crime apenas contra algumas delas, deixando outras de fora, pois a não-propositura contra um dos autores ou partícipes do crime, de identidade conhecida e em relação a quem militam também os necessários elementos de convicção, importa em renúncia tácita, que aos demais se estende (art. 49 do CPP), levando à rejeição da inicial e à extinção da punibilidade de todos.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 248.768-4/00 - Comarca de Galiléia - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Queixa-crime - Recebimento - Impossibilidade - Renúncia tácita em relação a alguns dos autores do acusado crime - Extensão aos demais - Inteligência do art. 49 do Código Penal - Rejeição - Extinção da punibilidade.

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, à unanimidade de votos, EM NEGAR RECEBIMENTO À QUEIXA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelas querelantes, o Dr. Luiz Paulo B. Calixto.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, Estado de São Paulo, Tagliassachi & Tagliassachi Ltda., Maria Cristina Tagliassachi Hubner e Maria Angélica Tagliassachi apresentaram queixa-crime em face de Júlio Alexandre Félix de Faria, Túlio Cassaniga, Luiz Alberto Agassi, José Batista Miola, Antônio Antunes, Gérson K. Tallens, Fernando Luiz da Silva, Rino Mamoli, José A. S. Hernandes, Jorge Henrique Alvarenga da Silva, Eurydes João Corrá, Suzana dos Santos Antunes, Odete Nictheroy, Celina M. Costa, Cesira Angelieri Mammoli, Érika Silva, Romão G. Ramos, José Garcia Urtz Neto, Luiz Alberto Moreira da Silva, Lucy Kruger Tallens, Aldair Pereira dos Santos, Carolina Silva Garcia, Célia Regina Camargo, Lázara Aparecida de Oliveira Pinto, Antônio César de Oliveira Nictheroy e Ricardo Telles Miranda, dando-os como incursos nos arts. 138 e 139 do Código Penal, sob a acusação de haverem imputado fatos ofensivos à reputação das três e à dignidade das duas últimas querelantes, fazendo-o em carta dirigida ao Secretário de Serviços Públicos daquele Município, postulando a não-liberação do alvará de funcionamento da primeira querelante, que, na realidade, trata-se de uma casa noturna cujo nome de fantasia é "Bar Arara Aurora", de propriedade da segunda e terceira querelantes.

Resultando infrutífera a tentativa de conciliação, apresentaram os querelados as manifestações de fls. 147/148, 155/168, 172/183-TJ, propugnando pela rejeição da inicial, alegando, para tanto, o seguinte, em resumo: 1 - decadência do direito de queixa, considerando que a carta nas quais as supostas ofensas estão contidas está datada de 07.06.99, enquanto a ação penal somente foi ajuizada em 14.03.2000; 2 - existência de vício de representação, uma vez que o mandato outorgado pelas querelantes não descreve o fato tido como criminoso; 3 - ocorrência de renúncia tácita, por haverem as querelantes excluído do pólo passivo as pessoas de Raphael D'ambrósio, Amélia Natalia D'ambrósio e Denise Maria D'ambrósio, que também subscreveram o documento no qual se veicularam as supostas ofensas; 4 - ser atípico o fato, pela inexistência de qualquer ofensa às proprietárias da casa noturna de nome comercial

Tagliassachi e Tagliassachi; e, finalmente, 5 - não visarem os querelados a atacar a reputação ou a dignidade de quem quer que seja.

Respondendo, manifestaram-se as querelantes pelo recebimento da queixa-crime.

Considerando o fato de o querelado Júlio Alexandre Félix de Faria haver sido aprovado no concurso para Promotor de Justiça deste Estado, e estando já no exercício do cargo, em razão de nomeação, o MM. Juiz paulista declinou da competência para este Tribunal (fl. 243-TJ).

Com vistas, opinou a douta Procuradoria de Justiça pela rejeição da queixa-crime.

É o relatório, no que interessa.

Não procede a alegação de decadência do direito de queixa feita pelos querelados.

Embora esteja datada de 07.06.99, a carta na qual estão contidas as supostas ofensas (fls. 38/39-TJ), dela as querelantes somente tomaram conhecimento depois de consultar o Procedimento Administrativo nº 19.570/99, originário do referido documento, e que foi apresentado ao protocolo da Prefeitura Municipal de Sorocaba-SP, no dia 26.11.99 (fl. 35-TJ), data a partir da qual passou a fluir o prazo decadencial, que não chegou a se expirar, considerando que o ajuizamento da queixa-crime se deu no dia 05 de março de 2000 (fl. 02-TJ).

Também não se pode cogitar de vício de representação. Ao contrário do que entendem os querelados, o art. 44 do CPP não exige que a procuração contenha a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, bastando a simples menção ao mesmo ou ao artigo de lei violado, para viabilizar o oferecimento da queixa-crime.

A respeito, já se decidiu:

"*Ação penal - Natureza privada - Oferecimento de queixa-crime através de procuração* ad judicia - *Desnecessidade para ser recebida de que contenha a narrativa pormenorizada do fato - Inteligência do art. 44 do CPP. - Para o recebimento da queixa-crime, oferecida através de procuração* ad judicia, *não é necessária a narrativa pormenorizada do fato, mostrando-se como suficiente a referência ao nome do querelado, aos dispositivos legais cuja transgressão lhe é imputada ou o* nomem juris *do crime cuja autoria lhe seja atribuída, conforme inteligência do art. 44 do CPP*" (*RT*, 755/644).

Procede, no entanto, a alegação de que houve renúncia tácita por parte das querelantes.

Observa-se claramente que o documento no qual estão contidas as supostas ofensas (fls. 38/39 e 184/185-TJ) também foi subscrito por Raphael D'ambrósio, Amélia Natália D'ambrósio e Denise Maria D'ambrósio.

Não obstante, essas pessoas não foram incluídas na queixa-crime de fls. 02/15-TJ e no aditamento que a ela se fez para definir as pessoas integrantes do pólo passivo da ação penal privada (fls. 121/125-TJ).

Ora, tratando-se de ação penal privada, não pode o querelante, havendo concurso de pessoas, propor a queixa-crime apenas contra algumas delas, deixando outras de fora, pois a não-propositura contra um dos autores ou partícipes do crime, de identidade conhecida e em relação a quem militam também os necessários elementos de convicção, como ocorre no presente caso, importa em renúncia tácita, que aos demais se estende (art. 49, CPP), levando à extinção da punibilidade de todos.

A propósito ensina MIRABETE: "*obriga-se o querelante a promover a ação penal contra todos os co-autores ou partícipes do crime, não podendo abstrair nenhum e a não propositura contra um, de identidade conhecida e em relação a quem existem também os elementos que possibilitam a queixa, importa renúncia tácita e a conseqüente causa de rejeição da inicial ou a declaração de extinção da punibilidade...*" (*Código de Processo Penal Interpretado*, 2ª ed., 1994, p. 107).

A alegação das querelantes de que não foi possível identificar os autores daquelas três assinaturas não convence, *data venia*, não só por se apresentarem as mesmas tão legíveis quanto as demais, e até mais do que algumas delas, como também pelo fato de se mostrarem idênticas às constantes da declaração de fls. 187/188-TJ, feita a pedido das próprias querelantes, e na qual, sintomaticamente, aquelas pessoas excluídas do pólo passivo da ação penal privada afirmam que, depois de inaugurada, a casa noturna "Bar Arara Aurora" nenhum transtorno lhes causou e até melhorou a segurança das imediações.

Conclui-se, portanto, que as querelantes sabiam sim quem eram os autores daquelas assinaturas, ficando claro que foram os mesmos excluídos do pólo passivo da ação penal pelo fato de haverem prestado uma declaração favorável ao estabelecimento comercial de propriedade das duas, o tal "Bar Arara Aurora".

Pelo exposto, rejeito a queixa-crime e julgo extinta a punibilidade de todos os querelados, nos termos do art. 107, V, do Código Penal.

Custas, pelas querelantes.

Os Srs. Desembargadores Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Aluízio Quintão, Almeida Melo, Lúcio Urbano, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Odilon Ferreira, Isalino Lisbôa, Roney Oliveira, Gomes Lima, Aloysio Nogueira, Reynaldo Ximenes Carneiro, Carreira Machado, José Antonino Baía Borges, Lucas Sávio Gomes, José Francisco Bueno e Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - NEGARAM RECEBIMENTO À QUEIXA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO RESCISÓRIA - ART. 485, INCISO V, DO CPC

- Para que a ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum rescindendo* seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 198.178-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Ação rescisória - Artigo 485, V, do CPC. - Para que a ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum rescindendo* seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pela ré, os Drs. Silvio Napoleão de Menezes e Lincoln Rocha.

Proferiu sustentação oral, pela autora, o Dr. Maurício Bhering Andrade.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de ação rescisória de acórdão (fls. 48/52) proferido na Apelação Cível nº 82.020/9, em 06.05.97, em autos de ação declaratória c/c pedido de compensação de crédito escritural corrigido (fls. 21/31), movido por Rima Industrial S.A. contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, buscando garantir seu direito à correção monetária do ICMS pago nas contas de energia elétrica, com seu aproveitamento extemporâneo, na quitação do destacado nas

faturas da Cemig, pela aquisição de energia elétrica utilizada como insumo.

O aresto rescindendo, da lavra do em. Relator, Des. Garcia Leão, com apoio do em. Revisor, Des. José Brandão de Resende, vencido o em. Vogal, Des. Roney Oliveira, teve a seguinte ementa:

"*ICMS - Créditos extemporâneos - Correção monetária. - O aproveitamento dos créditos de ICMS extemporaneamente poderão ser corrigidos monetariamente*".

Embasou-se, o aresto, no magistério de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, em *ICMS*, Malheiros, 2ª ed., p. 97, concluindo: "*para que esse direito do contribuinte não reste anulado ou, pelo menos, diminuído, é imprescindível que tais créditos de ICMS sejam atualizados monetariamente, por ocasião do pagamento do tributo*".

A Fazenda Pública, após tentativas frustradas de impedir a aplicação do dispositivo de cunho declaratório contido no v. acórdão, ajuizou a rescisória *sub examine*, embasada no inciso V do art. 485 do CPC, argüindo divergência do acórdão com jurisprudência do STF no RE nº 236.408-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 26.05.00, p. 034 (ementa transcrita à fl. 14), e ofensa ao art. 155, § 2º, I e XII, *c*, da CF, bem como ao art. 3º, § 1º, da Lei Complementar DL nº 406/68, além de textos de leis e do RICMS (Decreto nº 32.535/91), do Estado de Minas Gerais.

Denegada a tutela antecipada (fls. 74/75), pedida para determinar-se a cessação da correção monetária, da transferência dos referidos créditos à Cemig, em pagamento do ICMS nas contas de energia elétrica da ré, e o estorno dos créditos já transferidos, a requerente interpôs agravo regimental (fls. 77/83), recebido como agravo retido, na forma regimental (fls. 84).

A requerida, Rima Industrial S.A., contestou a pretensão, pedindo decretar-se a carência de ação, na dicção da Súmula 343 do STF, ou a improcedência, por descaber contrapor-se decisão posterior adotado em RE por Turma do STF a acórdão transitado em julgado, versando sobre texto legal de interpretação então controvertida.

Examinadas as teses contrapostas:

1. *Do agravo regimental*, retido, na forma regimental.

Nego-lhe acolhida, eis que o indeferimento da cautelar requerida se assentou em não se ter divisado claramente o *fumus boni iuris*, "*tratando-se de texto legal de interpretação ainda controvertida*".

Aliás, tal é o rumo indicado pela Súmula 343 do excelso STF: "*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindente se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais*". Além disso, não se detecta o *periculum in mora*, bem como resultaria na suspensão da execução de *decisum* transitado em julgado, embora, agora, sujeito ao pedido rescisório, mas cujo mérito resultaria frustrado com a antecipação da tutela.

Mantenho o despacho indeferitório da cautelar requerida.

2. Quanto ao *pedido rescisório*, não merece vingar, *data venia*.

Com efeito, seu fundamento é "*ofensa a literal disposição de lei*", como previsto no inciso V do art. 485 do CPC.

A autora dá como vulneradas as disposições do art. 155, § 2º, incisos I e XII, *c*, da CF; art. 3º, § 1º, do DL nº 406/68; art. 29, § 3º, do Convênio ICMS nº 66/88; art. 29, §§ 4º e 5º, da Lei Estadual nº 6.763/75; art. 143, § 2º, do RICMS/91 (Decreto nº 32.535/91).

Ora, tais normas vedam a cumulatividade do ICMS e prevêem que "*o saldo verificado em determinado período a favor do contribuinte transfere-se para o período ou períodos seguintes*", à evidência de normas não contrariadas pelo v. acórdão ora hostilizado tão-só porque, embasado em escólios doutrinários e jurisprudenciais, entendeu caber ao contribuinte o direito à compensação dos seus créditos. E, "*para que este direito não reste anulado ou, pelo menos, diminuído, é imprescindível que tais créditos de ICMS sejam atualizados monetariamente, por ocasião do pagamento do tributo*" (acórdão às fls. 48/52).

Entretanto, tal entendimento não carrega ofensa "a *literal* disposição de lei", tendo em vista o entendimento sedimentado dos Pretórios Pátrios Superiores, de que "*a correção monetária não se constitui em um* plus, *senão em uma mera atualização da moeda aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo de ordem jurídica, econômica e ética*" (*RSTJ*, 74/387).

Mas não se extrai do julgado rescindendo a violação de literal disposição de lei em tese. Com efeito, como objetado pela requerida (fls. 87/102), o conceito de violação a "literal disposição de lei", embora tenha ensejado amplas controvérsias por longos anos, adquiriu contornos precisos a partir da lição de AMARAL SANTOS, para quem "*sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal*"; "*é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*)*" (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 4ª ed., SP: Max Limonad, 1970, v. III, p. 455).

Na via rescisória, com efeito, não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador. Nesse sentido assentou o STF em sua

Súmula 343 que "*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*".

Descabe contrapor-se ao v. acórdão, prolatado em 06 de maio de 1997 e transitado em julgado, decisão interpretativa de lei, embora tida pelo STF, em RE nº 236.408-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, publicada no *DJU* de 26.05.00, p. 034, sob a seguinte ementa:

"*Recurso extraordinário. ICMS. Correção monetária dos débitos fiscais e inexistência de previsão legal para atualização do crédito tributário.*

- 1. Crédito de ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão por que não se pode pretender a aplicação do instituto da atualização monetária.

- 2. A correção monetária do crédito de ICMS, por não estar prevista na legislação gaúcha - Lei 8.820/89 -, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de se substituir o legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

- 3. A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural - técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade".

Quando, porém, do proferimento do acórdão rescindendo, que esposou a tese em prol da atualização dos créditos fiscais, nos idos de 1997, havia inúmeros julgados no sentido de que "*A correção monetária constitui resgate do valor real da moeda corroída e, por isso, é plenamente cabível sua aplicação nos créditos de ICMS*" (TJSP, Ap. 447.705, 4ª C. de Direito Público, Rel. Soares Lima, ac. 26.03.98, *in JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 22). Nesse mesmo sentido podem-se citar diversos julgados pretorianos, *v.g.*:

"*ICMS - Crédito - Correção monetária - Cabimento - Princípios constitucionais da isonomia e não-cumulatividade do imposto - Direito que acabou reconhecido pelo Decreto Estadual nº 38.355-94. Prova preconstituída do direito. Ordem concedida, sem prejuízo da oportuna verificação dos valores relativos à correção monetária pela autoridade fiscal - Recurso provido para tal finalidade*" (TJSP, Ap. 28.594-5, 8ª C. de Dir. Públ., Rel. Antônio Villen, ac. 27.07.98, *in JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 22).

Assim sendo, ainda que, *ad argumentandum*, o STF tenha pacificado a jurisprudência sobre a admissão ou não da incidência de correção monetária nos créditos de ICMS de modo diverso ao entendimento agasalhado pela eg. Primeira Câmara do TJMG, inalterável permanece o acórdão rescindendo quanto a esse aspecto.

Ademais, o só fato de a matéria ter sido amplamente debatida pelos pretórios pátrios, a ponto de suscitar o pronunciamento do STF para extirpar tal controvérsia dos quadros jurisprudenciais, já demonstra a razoabilidade e plausibilidade da conclusão aferida pelo acórdão rescindendo. Assim sendo, impossível é a pretensão de se rescindir o acórdão da lavra da eg. Primeira Câmara do TJMG, visto que interpretou o dispositivo de lei de forma consentânea com a sua literalidade, malgrado o entendimento atual do STF.

Não há que se falar, pois, em ofensa a "literal disposição de lei", que pressupõe a aberração da discrepância da interpretação consagrada pelo acórdão rescindendo em relação aos demais julgados pretorianos, conforme assentado reiteradamente pelo Superior Tribunal de Justiça:

"*Se o acórdão deu à lei a interpretação que lhe pareceu mais adequada e jurídica, não se podendo dizer que foi aberrante ou inteiramente distante do melhor entendimento, inviável a ação rescisória para desconstituí-lo, mormente se a matéria não é apenas objeto de mera divergência entre um e outro acórdão, mas, sim de acesa controvérsia entre autores e nos Tribunais*" (TJMG, Ag. Resc. nº 1.147, Rel. Des. Walter Veado, ac. 06.03.91, *in "Jurisprudência Mineira"*, 114/84).

Há que atentar-se à dicção do STF, *v.g.*:

"*O pedido rescisório não é meio idôneo para nova abordagem interpretativa de prescrições legais, a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca*" (STF - Pleno, AR 1.124-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, ac. 26.4.84, *RTJ*, 110/487).

Aliás, para a jurisprudência tranqüila do STF, é induvidoso que:

"*Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal de dispositivo de lei, para justificar sua rescisão - art. 485, V, do CPC - ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário*" (STF - 2ª T., RE 89.824-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 91/312. No mesmo sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: AR 159-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 2ª Seção, *Lex-JSTJ*, 5/21; *DJU* de 04.12.89).

Atente-se ao magistério do em. Min. e Professor Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao realçar:

"*A rescisória, um dos mais belos e complexos institutos da ciência jurídica, somente é admitida excepcionalmente, uma vez que a intangibilidade das decisões judiciais surgiu no universo jurídico como um imperativo da própria sociedade, para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranqüilidade social que atrita com o fim primário do Direito, que é a paz social*" (voto do Relator na AR 681, do TJMG, *RF*, 292/281).

Impende ressaltar que o fato de o STF ter "*pacificado a jurisprudência sobre a incidência ou não da correção monetária nas operações de ICMS*", após o acórdão rescindendo ter transitado em julgado, em nada altera a situação da autora quanto aos tributos a serem compensados perante a Cemig, pois não se pode simplesmente invocar uma exegese firmada pelo STF, após a prolação da sentença, com o intuito de obter a sua rescisão.

Restam desvalidas as teses defendidas pela autora de "*não ser possível a transferência de créditos de ICMS, salvo se for para períodos subseqüentes*", nem "*a correção monetária de créditos de ICMS, dado seu caráter meramente escritural*" (fls. 122), tendo em vista que tais teses resultam em inovação, na via rescisória, por não terem sido debatidas no feito rescindível. Aliás, os créditos corrigíveis quando da compensação no pagamento de débitos futuros do ICMS são apurados na respectiva escrituração, com força na *res iudicata*, assim podendo ocorrer até que uma lei complementar venha dispor diversamente, por força do previsto no art. 155, § 2º, incisos I e XIII, *c*, da CF.

Assim, *julgo improcedente o pedido rescisório*, condenando a autora nas custas processuais e nos honorários do advogado da requerida, que arbitro em R$3.000,00 (três mil reais).

Os Srs. Desembargadores Garcia Leão, Abreu Leite, Francisco Lopes Albuquerque e José Altivo Brandão Teixeira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - É preciso, desde já, dizer-se que o que se discute é a possibilidade de correção monetária no aproveitamento de créditos extemporâneos.

Aliás, isso está bem definido na ementa do acórdão rescindendo, de seguinte teor:

"*ICMS - Créditos extemporâneos - Correção monetária. - O aproveitamento dos créditos de ICMS extemporaneamente poderão ser corrigidos monetariamente*".

Não é demais lembrar que o próprio Relator, em seu voto, aduz que, no feito original, a autora, ora ré, buscou "*garantir seu direito à correção monetária do ICMS pago nas contas de energia elétrica, com seu aproveitamento extemporâneo, na quitação do destacado nas faturas da Cemig, pela aquisição de energia elétrica utilizada como insumo*".

Faço esta ressalva porque nesta rescisória poderia ter ficado a impressão de que aqui também se cogitou de créditos extemporâneos.

Posto isso, não obstante o empenho da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais na legítima defesa da tese de impossibilidade de aplicação da correção monetária em crédito extemporâneo de ICMS e, em que pese ter o Supremo Tribunal Federal pacificado a questão, corroborando este entendimento, certo que a questão se apresentou tormentosa, durante longo período

em que, perante nossos tribunais, contrapunha-se a este entendimento tese contrária, que mereceu, à época, apoio de respeitáveis doutrinadores incorporadas em decisões tais como a que se pretende rescindir.

Por tal razão, acompanho o voto do eminente Relator, por também entender inviável a ação rescisória, para desconstituir acórdão que deu à lei interpretação que lhe pareceu mais adequada, ainda que possa não ter sido a melhor.

Gostaria de acrescentar também o seguinte: todas as questões e as razões de mérito postas pelo ilustre Procurador de Justiça, a meu ver, são impertinentes em sede de ação rescisória.

E, por outro lado, ainda considerando o último item de sua sustentação oral com relação aos limites da decisão, evidentemente, não cabe em ação rescisória qualquer pronunciamento sobre limites específicos da decisão, que devem obedecer ao acórdão condutor da questão.

Daí por que estou acompanhando o em. Relator.

Os Srs. Desembargadores Geraldo Augusto, Lúcio Urbano e Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO.

-:::-

DANO MORAL - INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - MATÉRIA DE DIREITO - ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA SE PROFERIR A SENTENÇA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - POSSIBILIDADE - PROVAS - PRODUÇÃO - NECESSIDADE - LIVRE APRECIAÇÃO PELO JUIZ

- Sendo o juiz o destinatário das provas, tem ele ampla liberdade para avaliar a necessidade de produção das mesmas, cabendo-lhe, outrossim, deferir aquelas que, segundo seu discernimento, sejam necessárias e indeferir as que possam ser tidas como inócuas ou irrelevantes.

- Tratando-se de matéria unicamente de direito e existindo nos autos elementos necessários para se proferir a sentença, o julgamento antecipado da lide se impõe, por ser tal diligência dever do juiz, e não mera faculdade de assim proceder.

- Simples instauração de inquérito administrativo, com o fito de apurar ato delituoso, não possui o condão de causar dano de ordem moral aos investigados, mormente quando o aludido inquérito, em sua parte conclusiva, não aponta o agente do delito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.461-3/00 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Indenização por dano moral - Responsabilidade civil - Julgamento antecipado da lide, quando tratar-se de matéria eminentemente de direito - Dever do magistrado - Provas - Produção - Necessidade - Livre apreciação pelo juiz. - Assiste ao juiz ampla liberdade de apreciação quanto à necessidade de produção de provas, mormente porquanto é ele o verdadeiro destinatário delas. - Dano moral. - A simples instauração de inquérito administrativo, com o fito de apurar ato delituoso, não possui o condão de causar dano de ordem moral aos investigados, mormente quando o aludido inquérito, em sua parte conclusiva, não apontou o agente do delito. Recurso improvido.

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 PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço do recurso, posto que próprio e tempestivo.

O autor, ora apelado, propôs a presente ação de indenização, em face do Município de Barbacena, ao argumento de que laborava para o retromencionado Município, na condição de vigilante, sendo que, no início de 1995, fora responsabilizado pelo desaparecimento de 4 (quatro) toneladas de mantimentos destinados à merenda escolar.

Instaurado inquérito administrativo para que se apurasse o fato, bem como inquérito policial, sendo que este recebeu o nº 14/95, em ambos não se logrou êxito em apontar os responsáveis pela prática do referido delito, asseverando o autor que a imputação da conduta delituosa ao mesmo lhe ocasionou danos de ordem moral passíveis de indenização.

Prefacialmente, enfrento a preliminar suscitada pelo recorrente, no sentido de que a instrução do presente feito se revelou incompleta, o que eiva o processo de nulidade insanável.

Calha trazer à baila os comandos insertos no art. 330, inciso I, do CPC, *in verbis*:

"*O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:*

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

II - (omissis)".

Ademais, o artigo 130 do retromencionado diploma legal estabelece, com indubitável clareza, que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No caso em tela, verifica-se que o cerne da questão se refere a matéria unicamente de direito, não ensejando, pois, maiores delongas para que o Juízo *a quo* proferisse a sentença.

Assim o juiz, na processualística moderna, não é mais aquele espectador passivo do debate entre os litigantes, devendo assumir posição mais atuante no processo, deferindo aquelas provas que, segundo seu discernimento, sejam realmente necessárias ao esclarecimento da controvérsia, e indeferindo aquelas outras que possam ser tidas como inócuas ou irrelevantes.

Isto significa, em suma, que o juiz deve ser alçado à condição de principal árbitro nessa questão de produção de provas, mesmo porque é, por óbvio, o verdadeiro destinatário delas.

A jurisprudência pátria assenta-se nesse sentido, senão vejamos:

"*A questão ou não de deferimento de uma determinada prova depende da avaliação do Juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do art. 130 do CPC*" (STJ, Ag. 56995-0-SP, Rel. Min. Assis Toledo, j. em 22.1.1998, *BolAASP*, 2.079-6, supl.).

Nesse passo e, em se tratando de matéria unicamente de direito, vislumbrando o julgador *a quo* a existência dos elementos necessários para que se profira a sentença, tal diligência se impõe, antes como dever do magistrado do que como mera faculdade conferida ao mesmo.

A propósito:

"*Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder*" (STJ - 4ª Turma, REsp 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 14.8.90, negaram provimento, v.u., *DJU* de 17.9.90, p. 9.513, 2ª col., em.).

Assim, desacolho a dita preliminar.

Adentrando no mérito da questão, verifica-se que a Municipalidade, tendo por escopo apurar ato ilícito, determinou a instauração de inquérito administrativo, no qual se procedeu à oitiva, não somente do autor, mas também de diversas pessoas que trabalhavam no mesmo setor, qual seja, vigilância, não exsurgindo dos autos, em nenhum momento, que a Municipalidade tenha responsabilizado o autor pelo ato delituoso, cingindo-se esta, agasalhada em seu direito e como lhe competia, a instaurar o aludido inquérito administrativo, objetivando

aferir o responsável pela prática do ato ilícito.

Assim, imperioso trazer à baila a conclusão do inquérito administrativo instaurado, *in verbis:*

"*Apesar dos esforços envidados pela Comissão, no sentido de apurar o real autor ou autores dos furtos, restaram em vão as tentativas, posto que não se chegou a provas conclusivas, incontestes, cabais, da autoria dos fatos*".

Destarte, se a própria parte conclusiva do retromencionado inquérito assevera não ter sido possível a identificação dos autores do ato ilícito, corolário lógico de tal conclusão é que ninguém foi responsabilizado pelo mesmo, o que, por si só, já fulmina a pretensão do autor, ora apelante.

No âmbito do inquérito policial instaurado, no sentido de apurar a autoria do ato ilícito, também sem êxito, conforme bem asseverado pelo Juízo *a quo*, "*a autoridade que o preside, até por dever do ofício, é livre para investigar e ouvir as pessoas que julgar necessárias a apuração dos fatos*".

Calha ainda transcrever o seguinte aresto, coadunável à espécie dos autos:

"*Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Empregado. Ação penal. Absolvição. Prova. - A absolvição de ex-empregado por delito imputado por empregador não confere àquele direito à indenização por dano moral, se o procedimento instaurado constitui exercício regular do direito, não se revestindo de caráter doloso, traduzido na consciência de falsa imputação e no propósito de denegrir sua imagem*" (TAMG - Ap. nº 187.640-1; 4ª Câmara; Rel. Juíza Maria Elza; *DJMG* de 20.9.95).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso aviado, mantendo, *in totum*, a sentença proferida pelo Juízo *a quo*.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVENTARIANTE - DESÍDIA - PROCEDIMENTOS MERAMENTE PROCRASTINATÓRIOS - REMOÇÃO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 995, INCISO II, DO CPC - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - SURGIMENTO DE OUTROS HERDEIROS - CONFLITO - NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE JUDICIAL

- Impõe-se a remoção da inventariante, nos termos do art. 995, II, do CPC, quando o inventário estiver inconcluso há mais de quinze anos, por desídia da mesma, a qual tumultua o processo por meio de procedimentos meramente procrastinatórios, tentando impedir a conclusão do inventário, por ter herdeiros havidos fora do casamento do *de cujus*, os quais foram reconhecidos como filhos do falecido em ação de investigação de paternidade, mormente porque está na administração do patrimônio, da qual os filhos havidos da relação extraconjugal estão alijados, em flagrante prejuízo aos mesmos, que não podem desfrutar do quinhão que lhes pertence.

- Havendo controvérsia decorrente do surgimento de outros herdeiros, que foram reconhecidos como filhos do *de cujus* em investigação de paternidade, impõe-se a nomeação de inventariante judicial, pessoa eqüidistante das partes e acima dos interesses conflitantes.

AGRAVO Nº 210.061-8/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Espólio - Desídia do inventariante no processamento do inventário - Remoção - Possibilidade - Inteligência da norma do art. 995, inciso II, do Codex Instrumental. - Estando o inventário inconcluso há mais de quinze anos, por óbvio que exsurge manifesta a desídia da inventariante no processamento do mesmo, mormente porque está na gerência de polpudo patrimônio, da qual os filhos havidos de relação extraconjugal estão alijados, em flagrante prejuízo aos mesmos, que não puderam desfrutar do quinhão que lhes pertence. Recurso improvido.

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, 07 de maio de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravante, o Dr. Evandro França Magalhães.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço do recurso, posto que próprio e tempestivo.

Através da decisão ora objurgada, a instância singela determinou a remoção de M.C.S. da inventariança do espólio de H.S.N., ao fundamento de que a conduta da dita inventariante denotava, no mínimo, desídia na condução do feito, sendo conveniente à mesma perpetuar o processamento do aludido inventário, mormente porquanto, desta forma, dificultar-se-ia às ora agravadas alcançar as quotas-partes pertencentes às mesmas, devidas em função, através de ações competentes para tal fito, do reconhecimento de que o *de cujus* era o pai das mesmas.

Lado outro, bate-se a inventariante pela sua manutenção com o *munus* da inventariança do retromencionado espólio, porquanto não lhe poderiam ser imputados os atrasos no processamento do feito, que ocorreram em virtude do polpudo patrimônio do qual é composto o espólio, bem como pelos diversos incidentes processuais havidos no curso do feito, assim como pelas próprias ações investigatórias de paternidade ajuizadas, as quais também contribuíram para o retardamento do processamento do inventário.

Estabelece a norma do art. 995, inciso II, do Codex Instrumental, que "*o inventariante será removido, se não der ao inventário andamento regular, suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios*".

Na hipótese vertente, extrai-se dos autos que as ora agravadas foram reconhecidas como filhas do *de cujus* e, como corolário legal, declaradas herdeiras do mesmo, fazendo jus, portanto, às respectivas quotas-partes do patrimônio deixado por este.

De fato, verifica-se que o monte a ser partilhado é extenso, englobando bens de variadas categorias. Entretanto, não se justifica a demora exacerbada na conclusão do inventário, o que, a olhos vistos, só traz benefícios aos ora agravantes, em flagrante detrimento às ora agravadas, que, inobstante terem sido reconhecidas como filhas do *de cujus*, através de decisão judicial transitada em julgado nos idos de 1990, não puderam desfrutar das quotas-partes que lhes cabem, nos bens a serem partilhados, ainda que passados doze anos de tal reconhecimento.

Ademais, tendo sido as agravadas concebidas em relações extraconjugais, por óbvio que a Sra. M.C.S., inventariante cuja remoção foi determinada na decisão agravada, não nutre pelas mesmas qualquer afeição, razão pela qual conduz o inventário com certa dose de desídia, protelando ao máximo a concretização da partilha dos bens, mormente porque se encontra, juntamente com sua prole, havida com o falecido, na gerência de polpudo patrimônio.

Exsurge inconteste o prejuízo que tal conduta traz às ora agravadas, que aguardam por mais de quinze anos pela conclusão do inventário, para

desfrutar do quinhão que, de forma lídima, lhes pertence.

Assim, no caso em tela, tem-se, de um lado, a inventariante, agindo no interesse de sua prole com o *de cujus*, estando estes na cômoda posição de administração de todo o polpudo patrimônio, protelando ao máximo o deslinde do feito, e, de outro, as ora agravadas, reconhecidas como filhas do inventariado e, portanto, co-herdeiras dos bens deixados por este, sendo que, inobstante tal reconhecimento, não conseguem desfrutar das quotas-partes às quais as mesmas possuem o mais cristalino direito, situação que já perdura por longos anos.

Como bem asseverado pela Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer acostado às fls. 2.296/2.299, "*(...) com a devida vênia, se tumulto processual existe, tal fato deve ser debitado à ora agravante, que através de procedimentos meramente procrastinatórios, tenta, de todas as formas, impedir a conclusão do inventário, que tem dois herdeiros havidos fora do casamento do* de cujus, *mas que têm, sem dúvida, direito ao quinhão que lhes cabe. Dessa forma, estando a inventariante na posse dos bens deixados pelo* de cujus, *e com extrema má-vontade na condução do* munus, *pelos motivos já citados, é muito cômodo para ela que o inventário se eternize, o que é inadmissível, conforme muito bem colocado pela MMa. Juíza* a quo, *já que somente a inventariante está usufruindo dos bens, em detrimento dos demais*".

Outrossim, vários são os exemplos de desídia na condução do inventário, como a recusa em providenciar documentos a que, por certo, a inventariante possui pleno acesso, descumprimento à determinação judicial de imediata prestação de contas, quanto ao alvará para recebimento da restituição de imposto de renda cabível ao espólio, entre outras situações constantes nos autos.

Tanto é assim, que a própria inventariante, através da petição acostada às fls. 2.323/2.330 dos autos, requereu, até em colisão com a tese sustentada neste recurso, sua destituição de tal *munus*, pugnando que a inventariança fique a cargo de seu filho, H.G.S.

Entretanto, pelos contornos fáticos do caso em tela, exsurge inconteste que a inventariança do espólio de H.S.N. deverá ficar a cargo de pessoa isenta às duas facções que se digladiam, tal como determinado pelo Juízo *a quo*, na decisão objurgada, ao determinar que tal *munus* deveria recair sobre o Dr. R.A.S., o qual, eqüidistante das partes ora litigantes, poderá imprimir ao inventário o ritmo normal, portando-se com isenção e chegando-se o mais brevemente possível ao deslinde da questão.

A propósito:

"*Havendo flagrante dissensão entre os interessados, impõe-se a nomeação de inventariante judicial, pessoa estranha e acima dos interesses conflitantes*" (STF - *RTJ*, 71/881 e STF - *RT*, 478/231).

"*Não há direito líquido e certo à permanência no cargo de inventariante se, em caso de controvérsia decorrente do surgimento de outro herdeiro, o julgador nomeia um terceiro*" (*RSTJ*, 56/397).

Com tais considerações, nego provimento ao presente recurso, mantendo incólume a decisão agravada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente. Ouvi, com a costumeira atenção, as palavras do ilustre patrono dos agravantes, bem como o judicioso voto do eminente Relator.

Como não me sinto em condições de votar, peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO. PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela agravante, a Drª. Maria Inês da Cunha Pereira França.

O Sr. Presidente (Des. Lúcio Urbano) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 30.04.2002, a pedido do Primeiro Vogal; o Relator negava provimento.

Com a palavra o Des. Abreu Leite.

O Sr. Des. Abreu Leite - Após reexame dos autos cheguei à mesma conclusão constante do voto do douto Relator.

Realmente há flagrante animosidade entre as agravadas e os agravantes, como já registrado nos autos, pelo que a melhor solução é mesmo a nomeação de pessoa estranha para o cargo de inventariante.

Assim sendo e adotando integralmente os fundamentos constantes do voto já proferido pelo Des. Pinheiro Lago, também nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO - IRREVERSÍVEL SEPARAÇÃO DE FATO - INCOMPATIBILIDADE DOS CÔNJUGES - CULPA RECÍPROCA - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 6.515/77

- Verificando-se que o sentimento das partes envolvidas na demanda é mesmo o da separação, é incoerente o provimento que vai em sentido contrário a essa vontade, sob pena de se estar forçando um relacionamento que, neste momento, tem tudo para dar errado.

- Com o advento da Lei nº 6.515/77, ampliou-se o poder discricionário do julgador para, em causas de separação judicial, também ser decretada a separação nos casos de irreversível separação de fato e incompatibilidade dos cônjuges, para a qual ambos terão concorrido, ainda que não perfeitamente delineadas as respectivas culpas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 214.218-0/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Separação judicial - Irreversível separação de fato - Incompatibilidade dos cônjuges - Culpa recíproca. - Verificando-se que o sentimento das partes envolvidas na demanda é mesmo o da separação, é incoerente o provimento que vai em sentido contrário a esta vontade, sob pena de se estar forçando um relacionamento que, neste momento, tem tudo para dar errado. - Com o advento da Lei nº 6.515/77, ampliou-se o poder discricionário do julgador, para, em causas de separação judicial, também poder ser decretada a separação nos "*casos de irreversível separação de fato e incompatibilidade dos cônjuges, para a qual ambos terão concorrido ainda que não perfeitamente delineadas as respectivas culpas*". Recurso parcialmente 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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço do recurso, posto que próprio e tempestivo.

O presente caso reclama um desfecho diverso daquele sufragado pela r. sentença recorrida, *data venia*.

Impende identificar, antes de mais nada, se as partes reúnem

condições que propiciam uma reconstituição da vida conjugal.

A meu sentir, a resposta é negativa.

Segundo o que consta da petição inicial, dos termos da contestação apresentada, bem como do teor das atas das duas audiências realizadas, nem a apelante, nem o apelado, pretendem reatar os laços conjugais, relevando notar, outrossim, que os mesmos se encontram separados de fato desde 08.06.99, data em que foi proferida a decisão que determinou a separação de corpos do casal (fls. 14-TJ dos autos do processo apenso, nº 079.99.012.627-2).

Aduziu a autora-recorrente em sua petição inicial: "... *não lhe resta outro meio senão o presente Pedido de Separação Judicial Litigioso, até mesmo para evitar uma tragédia que, pelos inúmeros atos de ameaças do Suplicado, está na iminência de ocorrer, uma vez que as agressões e ameaças estão cada vez mais freqüentes e evoluídas*" (fls. 06-TJ).

A seu turno, afirma o réu-apelado, em sede de contestação (fls. 27-TJ): "*A gota d'água aconteceu no dia 28 de maio próximo passado, data do aniversário do suplicado, quando a suplicante ligou para o mesmo de seu trabalho dizendo que não pernoitaria em casa porque iria a um coquetel patrocinado pela sua empregadora no alto da Av. Afonso Pena.*

Não é verdade que o suplicado a tenha agredido ou lhe feito ameaças aliás, isso passou a ser uma constante na vida do casal e de forma recíproca" (grifei).

Neste mesmo sentido, de absoluta intolerância, foram as manifestações de ambas as partes perante o Juiz.

Vejamos.

Na assentada de fls. 25-TJ: "*O Juiz ouviu o cônjuge virago, que requereu a separação, e* a mulher ratificou a pretensão de separar-se do marido.

Proposta a transformação da separação em consensual, o procurador do varão informou que inexiste possibilidade e vai apresentar resposta no prazo legal" (grifei).

Mais adiante, quando da audiência de instrução e julgamento, ratificaram as partes a impossibilidade de continuarem juntos: "... *proposta a conciliação, as partes conversaram, mas neste momento não chegaram a um acordo, havendo problema sobre a divisão do bem imóvel*".

Por aí se vê que, definitivamente, não é da vontade de nenhuma das partes a continuidade da vida em comum.

O festejado YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra *Divórcio e Separação*, Tomo 1, 8ª ed., p. 456, lembra que: "*Em matéria de casamento, devem ser ponderados os sentimentos de ambos os cônjuges; a personalidade de cada um deles é fator importante para a estabilidade da união conjugal e deve ser levada em conta na valoração de fatos que constituem motivo legal para a separação; a vida em comum será intolerável para este casal, mas poderá não o ser para aquele outro; a sensibilidade de cada cônjuge falará mais alto em tais casos*".

Verificando, pois, que o sentimento das partes envolvidas na demanda é mesmo o da separação, penso ser incoerente o provimento que vai em sentido contrário a esta vontade, sob pena de se estar forçando um relacionamento que, neste momento, tem tudo para dar errado.

Ultrapassada esta questão, cumpre perquirir acerca de quem deu culpa à separação.

Assiste razão à r. sentença monocrática, quando assevera que "*as alegações e acusações feitas pela autora são de natureza fática e deveriam ser comprovadas pela prova oral, inexistente nos presentes autos*".

De fato, nenhuma testemunha foi ouvida no presente processo. Se o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, temos que a autora se distanciou da regra insculpida no art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Não desconheço o fato de ter a mesma trazido aos autos os documentos de fls. 61/66-TJ. Ocorre que tais documentos constituem apenas um início de prova. Para que os fatos alegados na inicial pudessem ser melhor apurados, fazia-se imprescindível a produção da prova testemunhal - o que não foi observado por nenhuma das partes -, sobretudo por se tratar de uma ação de separação judicial.

Sob esta ótica, compartilho do entendimento esposado pela douta PGJ, quando afirma estarmos diante de um típico caso da chamada separação-falência, em que se vislumbra a total insuportabilidade da vida em comum dos cônjuges.

Com o advento da Lei nº 6.515/77, ampliou-se o poder discricionário do julgador, para, em causas de separação judicial, também poder ser decretada a separação nos "*casos de irreversível separação de fato e incompatibilidade dos cônjuges, para a qual ambos terão concorrido, ainda que não perfeitamente delineadas as respectivas culpas*" (*op. cit.*, p. 454).

Permito-me, sob respeitosa vênia, extrair o seguinte trecho do voto proferido pelo em. Des. Bady Curi, nos autos da Apelação Cível nº 216.159-4, da qual foi Relator, em que se analisava situação semelhante à destes autos:

"*Sobre o tema, bem salientou o eminente. Desembargador Bernadino Godinho, Relator da Apelação 85.693-2, publicada no* Diário do Judiciário *de 10.04.92 e que casa perfeitamente na espécie:*

'Em YUSSEF SAID CAHALI, A Lei do Divórcio na Jurisprudência, *p. 60, temos: 'Culpa recíproca - Ação*

procedente. - Deve ser decretada a separação judicial, à vista dos elementos que informem da inviabilidade real da vida em comum, debitável, aos cônjuges, indistintamente, reconhecida a culpa recíproca (Segunda Câmara Cível, TJPR, Ac. nº 1.445/80, 25.3.1981, RT, *553/242)'.*

Por fim, conclui:

'Em artigo na RT, *587/27, MÁRIO DE AGUIAR MOURA, observa, citando Philadelpho Azevedo, que 'A causa duma ação de desquite reside menos nos fatos materiais alegados do que no alcance profundo e permanente que tais fatos produziram no laço matrimonial, tornando a vida comum intolerável'.*

E mais: 'Dada a subjetividade do fator insuportabilidade, embora deva ser analisado pelas circunstâncias qualificadoras da reação do cônjuge inocente, fica entregue a considerável arbítrio do juiz a determinação em concreto do que seja esse elemento limitador do efeito-sanção do ato de grave violação dos deveres do casamento ou conduta desonrosa'".

Nesse passo, diante do comprometimento da vida em comum dos cônjuges, bem como da ausência de elementos de prova capazes de determinar, com segurança, quem efetivamente deu causa à separação, hei por bem em decretar, com base em culpa recíproca dos cônjuges, a separação judicial de G.J.S. e S.A.S.

Como é de sua vontade, a varoa voltará a assinar o seu nome de solteira, não implicando esta medida prejuízo de nenhuma das partes.

No que tange à guarda dos filhos, considerando que o varão se limitou a dizer que "*deverá prevalecer a vontade dos mesmos*" (fls. 28-TJ), isto é, dos filhos; que, segundo noticiam os autos, a apelante encontra-se na casa de sua genitora, na companhia dos três filhos do casal; o parecer da lúcida PGJ (fls. 123, letra *c*); e, ainda, o disposto no art. 10, § 1º, da Lei nº 6.515/77, concedo a guarda dos filhos à mãe.

Nos termos do art. 15 da Lei nº 6.515/77, resguardo o direito de visitas do pai, assegurando-lhe o direito de visitar e ter os filhos em sua companhia em fins de semana alternados, das 8h do sábado até as 19h do domingo, e, também, por uma quinzena durante os meses de janeiro e julho de cada ano.

Em virtude do reconhecimento da culpa recíproca pela separação, nego o pedido de pensão formulado pela apelante, em seu próprio benefício, no valor de 01 (um) salário mínimo (fls. 06-TJ). Além disso, a apelante conta hoje com 30 (trinta) anos de idade, goza de boa saúde e está perfeitamente apta para o trabalho.

Estou indeferindo o pedido da apelante, acostado à fl. 127-TJ. A uma, porque as alegações nele contidas vieram desacompanhadas de qualquer prova. A duas, porque a questão dos alimentos já tinha sido objeto de uma ação perante o Juízo da Comarca de Contagem, como se vê nos autos do respectivo processo apenso.

Determino que os alimentos provisórios fixados à fl. 20-TJ, dos autos da Ação de Alimentos nº 079.99.034.314-1, prevaleçam, em favor dos filhos, até julgamento final daquela ação, que deverá prosseguir em seus regulares termos, com o pronunciamento da instância *a quo* sobre a matéria.

A partilha de bens deverá observar o regime da comunhão parcial, conforme adotado pelas partes (fls. 08-TJ).

Por fim, lembro às partes que, nos termos do art. 46, *caput*, da Lei nº 6.515/77, "*seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos próprios autos da ação de separação*".

Em virtude do parcial provimento do recurso, condeno o apelado ao pagamento de 50% (cinqüenta por cento) das custas processuais, bem como em honorários advocatícios, que arbitro, moderadamente, atento às diretrizes do art. 20, § 3º, do CPC, em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigidos desde a data da propositura da ação, mas suspendo tais pagamentos, tendo em vista estar lhe deferindo, nesta oportunidade, os benefícios da pleiteada Justiça Gratuita (fls. 30-TJ).

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

SOCIEDADE DE FATO - CONVIVÊNCIA *MORE UXORIO* - FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM - CONJUGAÇÃO DE ESFORÇOS - *AFFECTIO SOCIETATIS* - PROVA - FALECIMENTO DO COMPANHEIRO - COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - DIREITO À MEAÇÃO DOS BENS - SUJEITO PASSIVO DA AÇÃO - ERRO NA INDICAÇÃO - ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS - APROVEITAMENTO - ROL DE TESTEMUNHAS - DEPÓSITO EM CARTÓRIO NO PRAZO DE 5 DIAS ANTES DA AUDIÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 407 DO CPC - APRESENTAÇÃO PELO SISTEMA DE PROTOCOLO INTEGRADO - IMPOSSIBILIDADE

- O rol de testemunhas deve ser apresentado, em cartório, 5 dias antes da audiência, não bastando, para se dar cumprimento ao disposto no art. 407 do CPC, o simples protocolo da petição em comarca distante, pelo sistema de protocolo integrado.

- Mesmo que tenha havido erro na indicação do sujeito passivo da ação declaratória de sociedade de fato, com pedido de meação de bens, podem ser aproveitados os atos processuais já praticados, se a pessoa física do herdeiro único se confunde com a figura do inventariante, representante legal do espólio.

- Provadas longa convivência, *more uxorio*, e a conjugação de esforços na formação de patrimônio comum, configurando *affectio societatis*, reconhece-se à companheira sobrevivente o direito à meação dos bens que ajudou a adquirir e que estão em nome do companheiro falecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 218.085-9/00 - Comarca de Mariana - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: O rol de testemunhas deve ser apresentado, em cartório, 5 dias antes da audiência, não bastando, para se dar cumprimento ao disposto no art. 407 do CPC, o simples protocolo da petição em comarca distante, pelo sistema de protocolo integrado. - Mesmo que tenha havido erro na indicação do sujeito passivo da ação declaratória de sociedade de fato, com pedido de meação de bens, podem ser aproveitados os atos processuais já praticados, se a pessoa física do herdeiro único se confunde com a figura do inventariante, representante legal do espólio. - Provadas longa convivência, *more uxorio*, e a conjugação de esforços na formação de patrimônio comum, configurando *affectio societatis*, reconhece-se à companheira sobrevivente o direito à meação dos bens que ajudou a adquirir e que estão em nome do companheiro falecido.

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, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. José Olymmpio Soares.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Apela o réu de sentença que, acolhendo o pedido inicial, reconheceu à autora o direito de partilhar com o herdeiro único, filho de seu companheiro, os bens que o casal havia adquirido enquanto constituía uma sociedade de fato.

Preliminarmente, pede o apelante o conhecimento do agravo retido que interpusera às fls. 105/106 contra a decisão, proferida em audiência (fl. 82), que indeferiu os pedidos de juntada, aos autos da "ação declaratória de direito a meação de bens", do rol de suas testemunhas e de inquirição das mesmas.

Aponta omissão na sentença, que, mesmo após a interposição de embargos declaratórios, não decidiu todas as questões aduzidas a título de defesa, quais sejam: a ilegitimidade passiva do apelante; a impugnação ao pedido de gratuidade judiciária formulado pela autora, ora apelada; a falta de pagamento das custas prévias, o que importaria na extinção pura e simples do processo.

Acrescenta que a sua ilegitimidade *ad causam* foi expressamente reconhecida, tanto pela autora, que indevidamente pretendeu emendar a inicial, como pela própria Juíza de primeiro grau, que aceitou a emenda, mas o fez sem determinar que se citasse o espólio, reconhecido como parte legítima.

Argúi ofensa aos arts. 264, 285 e 303 do CPC.

Diz que, de qualquer modo, inepta era a inicial, porque a autora, ainda que conseguisse provar suas alegações, nunca poderia ser "herdeira" de seu suposto companheiro.

Quanto ao mérito, ressalta que a apelada não comprovou ter convivido com o apelante, como se casados fossem, durante o período por ela indicado na inicial, nem que tenha contribuído para a constituição do patrimônio deixado pelo *de cujus*, especialmente em relação a determinados bens que já seriam de propriedade dele, quando, segundo a própria apelada, teria começado o seu relacionamento com J.C.

Insurge-se também contra sua condenação em honorários advocatícios, argumentando que, se a própria sentença reconheceu ser o espólio o sujeito passivo da ação, ele é quem deveria ser condenado, não o apelante, pessoa física.

Conclui sua manifestação de inconformismo pedindo, com o provimento de seu recurso, ou a extinção pura e simples do processo, ou a declaração de nulidade da sentença, ou a sua reforma e a improcedência do pedido, em qualquer caso condenada a autora nas penas da sucumbência.

Em contra-razões, diz a apelada que o agravo retido não merece conhecimento, pois sobre a matéria já existiria decisão deste Tribunal de Justiça, conforme fls. 136/137 dos autos.

Diz que o acolhimento do pedido de retificação da inicial, com a retificação da referência ao sujeito passivo da pretensão ajuizada, nenhum prejuízo processual causou ao apelante, o qual, aliás, sequer levantara a questão, sendo herdeiro único e inventariante, e, como tal, a pessoa sobre quem iria recair, de qualquer modo, a citação; que o apelante nem estava regularmente representado nos autos, tendo seu advogado contestado a ação e acompanhado o processo sem instrumento de mandato *ad judicia*, só se regularizando a representação processual por determi-

nação da MMª Juíza, quando já se esperava a própria sentença; que não está demandando por uma parte da herança, antes pretende o reconhecimento de sua condição de meeira dos bens, para cuja aquisição contribuiu com seu trabalho, sua inteligência e seu apoio ao *de cujus*, com quem mantinha, além da convivência *more uxorio*, uma sociedade de fato que só a morte veio desfazer.

Pede a confirmação da sentença, negando-se provimento ao recurso.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela rejeição das preliminares e do agravo retido, e, no mérito, pela confirmação da sentença.

Recurso adequado, tempestivo e devidamente preparado, razão por que dele conheço.

Embora conste, dos autos, expressa referência a um agravo de instrumento já interposto perante este Tribunal, vê-se, desde logo, que a decisão de fls. 136/137, referente ao AI-118.767-3, não diz respeito ao agravo retido de fls. 105/106.

Neste, trata-se de indeferimento do rol de testemunhas. Naquele, "*de decisão que indeferiu liminar na ação de arrolamento de bens ajuizada contra M.T.M.*".

Rejeito, por conseguinte, a preliminar suscitada pela agravada e conheço do agravo retido de fls. 105/106.

Mas lhe nego provimento.

Sustenta o agravante que, tendo apresentado o seu rol de testemunhas pelo sistema de protocolo integrado, no foro de Belo Horizonte, 5 dias antes da audiência, atendeu, desta forma, à exigência do art. 407 do CPC.

Entretanto, não é bem assim.

Embora o protocolo integrado tenha sido criado para garantir à parte o prazo legal, sem necessidade de deslocamentos físicos dispendiosos, a sobredita exigência legal é específica quanto ao depósito do rol de testemunhas "*em cartório*", o que significa que não basta protocolar a peça, mas sim que seja ela apresentada na Secretaria do Juízo dentro do prazo regressivo.

"*Em princípio, para que se tenha como efetuado tempestivamente o depósito do rol de testemunhas, necessário que se encontre em cartório, com a antecedência prevista em lei, não bastando seja a petição recebida no protocolo geral. A ser de modo diverso, não se atenderá à finalidade da lei que é de ensejar, à parte contrária, tomar ciência do nome e qualificação das testemunhas, em vista de possíveis impugnações*" (STJ-3ª Turma, REsp 6.828-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 24.9.91, não conheceram, v.u., *DJU* de 28.10.91, p. 15.252). No mesmo sentido, *Lex, JTA*, 174/224 - *apud* Theotonio Negrão, *CPC*, nota 7 ao art. 407.

Aliás, outra não foi a fundamentação da r. decisão agravada, que endosso completamente:

"*Considerando que o rol de testemunhas foi protocolizado através de protocolo integrado, em 03/10 de 1997 às 16h44min, sexta-feira, considerando que somente no dia 07/10 foi o mesmo entregue em Juízo, considerando que o rol de testemunhas deveria estar em Cartório cinco dias antes da audiência, conforme dispõe o art. 407 do CPC, tendo tal norma como finalidade propiciar à parte contrária a ciência dos nomes das testemunhas, para possível impugnação, indefiro a juntada do rol, tendo em vista a intempestividade do mesmo...*" (fls. 82).

Passo, pois, ao exame da apelação.

Nenhuma razão assiste à autora, ora apelada, quando diz que o apelante não está regularmente representado nos autos.

É verdade que até certo momento, ao longo do período de processamento do feito em primeira instância, não havia instrumento de procuração nos autos, mas a falha foi oportunamente detectada e mandada sanar pela MMª Juíza (fls. 152/154) estando, pois, a representação processual do apelante regularizada, inclusive quanto ao substabelecimento de fls. 166/167.

Não há qualquer omissão na sentença recorrida, nem se justificava a interposição de embargos declaratórios, pois toda a matéria neles abordada já havia sido examinada e decidida, não podendo a simples discordância da parte, manifestada em sede de embargos de declaração, dar azo a qualquer espécie de reforma que só o provimento do recurso próprio poderia proporcionar.

Na verdade, como ressaltou a ilustrada Juíza sentenciante, o que pretendeu o apelante, com seus embargos declaratórios, foi a modificação da sentença na parte em que a Julgadora aceitou e definiu, como sujeito passivo da ação, o espólio, e não a pessoa física do apelante, que, não por coincidência, é herdeiro único e inventariante.

Também se insurgiu o apelante, então embargante, contra o deferimento do pedido de justiça gratuita formulado pela autora, como se pudesse valer-se dos embargos para pleitear a modificação do dispositivo da sentença, nesse particular.

Sobre a mesma matéria volta à carga o recorrente, agora como argüição preliminar.

Certo é que, deferida a inicial e feita a citação, torna-se imutável a relação processual estabelecida entre as partes e, sendo ilegítima uma delas, impõe-se a extinção do processo.

Entretanto, no caso concreto, há uma circunstância especialíssima que não só revela a inadequação, à espécie dos autos, dos precedentes judiciais invocados pelo apelante, como também serve de fundamento para a confirmação da sentença, no ponto em que decidiu aproveitar os atos processuais já praticados, tendo em vista

os "*princípios da Celeridade, Instrumentalidade, Fungibilidade e Economia Processual*" (fls. 157).

É que, uma vez suscitada, embora tardiamente, a questão da ilegitimidade passiva, a autora tratou de emendar o seu equívoco inicial: o espólio de J.C.M. tem como inventariante e, portanto, representante legal, o mesmo M.D.M., que, além do mais, é herdeiro único e, portanto, único interessado, tanto que já fora devidamente citado e atendera à citação, produzindo defesa que, em última análise, só a ele poderia aproveitar.

Conforme salientado na sentença, seria injustificado formalismo sacrificar um processo que já estava instruído e sazonado, para recomeçar tudo, entre as mesmas partes que integram a relação de direito material, só que uma delas, agora, sob a fictícia denominação de espólio.

O espólio, como é cediço, caracteriza uma universalidade de fato, compreendendo bens, direitos e obrigações cujo destino é a partilha entre os herdeiros. E, por ser assim considerado, à luz da lei adjetiva, o espólio deve ser representado pelo inventariante.

Mas, como já ressaltei, no caso específico destes autos, as qualificações de inventariante e herdeiro único se concentram na mesma pessoa que, embora equivocadamente designada como réu, compareceu ao processo e nele tinha tão exclusivo interesse que sequer se lembrou de argüir a preliminar de ilegitimidade passiva, preliminar que só foi levantada pelo Dr. Promotor de Justiça, em seu parecer final de fls. 121/126.

Pela mesma razão, e uma vez admitida a emenda, passando a figurar no pólo passivo o espólio, e não a pessoa física do herdeiro único/inventariante, também não havia necessidade de nova citação, uma vez que o representante do espólio participara de todos os atos processuais.

A sentença colocou bem a questão, quando ponderou:

"*E qual seria a vontade e interesse do espólio durante todo o desenrolar da presente ação senão a vontade do próprio representante, ainda reforçada pela peculiaridade de ser este o único herdeiro do* de cujus*? Vontade e interesse esses que podem ser cristalinamente observados no curso destes autos pela defesa do herdeiro/inventariante/representante do espólio ao patrimônio do qual o mesmo é co-proprietário e administrador até findo o inventário...*" (fls. 159).

Quanto ao pedido de justiça gratuita, fora formulado na inicial (fls. 5) e impugnado na contestação.

Embora a sentença não tenha decidido explicitamente a questão, na decisão dos embargos declaratórios (fls. 174) ficou consignado que, prevendo o art. 4º da Lei 1.060/50 a simples afirmação da parte, outra formalidade não se poderia exigir, deixando claro que o pedido estava deferido.

Ainda, porém, que fosse acatada a impugnação do réu e indeferido o pedido de gratuidade judiciária, tal hipotética decisão não produzia o efeito que dela quer extrair o apelante: o indeferimento da inicial e a extinção do processo, por falta de pagamento das custas prévias.

Melhor sorte não poderia estar reservada, neste julgamento, à argüição, não levantada na contestação, mas formulada nas razões de apelação, de inépcia da inicial, preliminar que é fruto de equivocada interpretação dos termos da inicial.

Em nenhum momento alegou a autora, ora apelada, ser herdeira do falecido companheiro. Muito pelo contrário, deixou bem claro que, tendo com ele convivido, *more uxorio*, por mais de 20 anos, e tendo com ele contribuído para a construção de um patrimônio que desfrutavam em comum, pretendia ver declarado seu direito à metade desse patrimônio, deixando a outra metade para satisfazer o direito sucessório do único filho do falecido.

Rejeito, por conseguinte, as preliminares suscitadas pelo apelante, passando a examinar o mérito do recurso.

Admite o apelante a convivência da autora com seu falecido pai, pelo menos a partir de dezembro de 1990 até sua morte, ocorrida em 1996.

Nega a convivência anterior, de 1977 a 1996.

Entretanto, além de não haver nos autos qualquer prova idônea para legitimar a negativa dessa convivência, cuidou a autora não só de prova documental, indiciária (fls. 9/11, 36/37) e direta (fls. 30/33), mas também de prova testemunhal (fls. 85/89), todas elas dando conta da estreita convivência e da cooperação mútua no trabalho, entre a apelada e o autor da herança.

Também argumenta o recorrente com a pobreza inicial da apelada, que não teria capital para, em pouco tempo, adquirir tantos bens quantos são relacionados na petição inicial.

Mas em nenhum momento alegou a apelada que sua contribuição para a formação de um patrimônio comum se tenha originado de fortuna anterior, mas sim do seu trabalho constante, de sua colaboração e conjugação de esforços com os do seu companheiro.

Aliás, é bom que se diga, nenhuma sociedade se constitui exclusivamente com dinheiro ou com trabalho, mas sim com a conjugação desses dois elementos e mais um terceiro, de suma importância, mas nem sempre levado na devida conta: a vontade, a união de esforços e de objetivos, aglutinados sob a clássica denominação de *affectio societatis*, sem a qual a sociedade, mesmo quando formalmente constituída, não subsiste.

Com muito maior razão não existiria sociedade de fato, não fosse

ela animada por esse elemento subjetivo, que, embora imponderável, é o que lhe dá essência e substância.

Tudo isso a autora logrou provar, pelo que só restava à douta Juíza de primeiro grau reconhecer a existência de uma sociedade de fato entre a autora e J.C.M., por todo o período alegado, até a morte do pai do recorrente.

Também é de ser reconhecida sua participação e sua colaboração efetiva na aquisição de bens e formação de patrimônio, de modo que, do patrimônio assim constituído, metade lhe seja reservada, por lhe pertencer de direito.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, confirmando, assim, a bem lançada sentença da Juíza Soraya Hassan Baz, que deu à lide correto desate.

Tendo a sentença acatado a retificação feita, atribuindo a condição de sujeito passivo da causa ao espólio de J.C.M., este é quem deve suportar os efeitos da sucumbência.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

-:::-

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREFEITO - CONTRATO DE PUBLICIDADE CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO E A RÁDIO LOCAL - DESVIO DE FINALIDADE - PROPAGANDA RADIOFÔNICA EM PROVEITO PESSOAL - PENALIDADES PREVISTAS NA LEI - APLICAÇÃO - OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA - RESSARCIMENTO DOS VALORES AOS COFRES PÚBLICOS - DOSAGEM ADEQUADA - EXEMPLARIDADE DA PUNIÇÃO

- O prefeito que desvia a finalidade do contrato de publicidade firmado entre a prefeitura e a rádio local para realizar propaganda radiofônica, em proveito pessoal, comete a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/92, ficando sujeito às sanções do art. 12, inciso III, da mesma lei.

- As penalidades por atos de improbidade administrativa, tal como estão previstas na lei, hão de ser aplicadas, levando-se em conta o alcance das expressões de orientação complementar postas na disposição do art. 37, § 4º, da CF, isto é, "*na forma e gradação previstas em lei*" e "*sem prejuízo da ação penal cabível*". O juiz, ao aplicar a pena, deve analisar amplamente a conduta do agente público, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, escolher, dentre as sanções legais, as aplicáveis ao caso concreto, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo necessidade, portanto, de que as penas previstas na lei sejam aplicadas cumulativamente.

- Demonstrado que o agente público desviou a finalidade do contrato de publicidade celebrado entre a prefeitura municipal e a rádio local, para realizar propaganda radiofônica em proveito pessoal, conduta que se revela contrária ao direito e prejudicial ao administrado, a dupla penalidade consistente na perda da função pública e no ressarcimento aos cofres públicos dos valores desviados constitui dosagem adequada à espécie, com repercussão exemplar na comunidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 218.240-0/00 - Comarca de Carangola - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Improbidade administrativa - Prefeito municipal - Contrato de publicidade - Propaganda radiofônica indevida - Perda do cargo e ressarcimento ao erário público - Razoabilidade da sentença - Recursos não providos.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 02 de maio de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público (fls. 429/434) e Roberto Alves Vieira (fls. 439/446) contra a sentença (fls. 420/425), que, confirmando medida liminar, julgou procedente o pedido múltiplo da ação civil pública, anulando parcialmente o contrato de publicidade celebrado entre a Prefeitura de Carangola e a Rádio Caparaó Ltda. e seu termo aditivo, apenas, com referência ao programa "A Prefeitura Informa", cuja veiculação ficou cancelada, além de condenar o Prefeito à perda de sua função pública e ao ressarcimento dos cofres públicos, em valores atualizados das quantias gastas e acrescidos de juros moratórios, até o efetivo pagamento, e às custas processuais.

Foram rejeitados embargos de declaração opostos pelo Ministério Público (fls. 426/427 e 427-verso) e houve contra-razões (fls. 436/438 e 453/456).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do apresentado pelo réu (fls. 463/471).

É o relatório.

Em seu apelo, pretende o Ministério Púbico que sejam aplicadas as demais sanções da lei específica, argumentando que a lei e a Constituição Federal (art. 37, § 4°) utilizam a conjunção aditiva "*e*", como a indicar que as penas deverão ser aplicadas cumulativamente.

Por sua vez, o réu segundo apelante sustenta que nas transcrições das fitas não há qualquer indício que possa ser interpretado como promoção pessoal e que as veiculações radiofônicas atenderam à determinação de dar-se publicidade aos atos e programas da Administração Municipal.

Conheço de ambos os recursos, pois presentes estão os pressupostos de admissibilidade.

No entanto, não assiste razão aos recorrentes.

Na síntese dos autos, vê-se que o ato tido como de improbidade administrativa, que foi imputado ao então Prefeito de Carangola, foi o de ter desviado a finalidade do contrato de publicidade firmado entre o Município e a Rádio Caparaó Ltda., realizando propaganda em proveito pessoal e, por isso, ficou obrigado a fazer o ressarcimento integral do dano ao erário público, ou seja, devolver o valor atualizado de R$21.413,51 (vinte e um mil, quatrocentos e treze reais e cinqüenta e um centavos), além de sofrer também a cominação da perda da função pública.

Ficou assim considerado autor da improbidade descrita no art. 11, inciso I, e sujeito às sanções do art. 12, inciso III, da Lei n° 8.429/92.

Ora, em casos que tais, é preciso levar-se em conta o princípio da razoabilidade, que nada mais é do que uma das expressões modernas da concepção romana da eqüidade, a suprema *ratio legis* ou a *religio judicantis*.

Ao meu ver, a exemplaridade da punição, também na área administrativa, não prescinde da adequação ou proporcionalidade ditada pela ponderação, ou seja, pela equanimidade.

Portanto, parece-me de bom alvitre admitir que as penalidades por atos de improbidade administrativa, tais como estão previstas na lei, hão de ser aplicadas, levando-se em conta o alcance das expressões de orientação complementar postas na disposição de comando maior (art. 37, § 4°, da CF), isto é, "*na forma e gradação previstas em lei*" e "*sem prejuízo da ação penal cabível*".

E, se a lei foi falha a tal respeito, importa adequá-la à realidade, com realce da gravidade ou não do ato punível e da amplitude de seus efeitos negativos ou danosos, sob pena do *summum jus summa injuria*.

É a própria lei, aliás, que, no parágrafo único do mesmo art. 12, orienta no sentido de que: "*na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente*".

A propósito, MARCELO FIGUEIREDO comenta:

"*Sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode 'discricionariamente' aplicá- las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta das penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente. (...) tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou o ato de improbidade em suas variadas formas. É bem verdade que a lei silenciou a respeito do tema. Ou, por outra, tem redação incompleta. O art. 12 e seus incisos apresentam-se confusos, dando margem a tais perplexidades...*".

"*Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, insito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais 'adequada' em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal...*".

"*Enfim, as penas devem ser, prudente e adequadamente, aplicadas de acordo com a conduta do agente, inobstante a ausência de critério explícito aparente contido na lei*".

E mais:

"*Assim, o termo 'fixação' pode ser decodificado e entendido do seguinte modo: o Judiciário analisará amplamente o ato praticado pelo agente, tido por violador da probidade administrativa, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, dentre as sanções legais, escolher as aplicáveis ao caso concreto*" (cf. *Probidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114-115 e 132-133).

Inegavelmente, a dosimetria da pena impõe-se.

Assim o entendeu também a Quarta Câmara Cível em acórdão relatado pelo Des. Almeida Melo, acentuando que "... *as cominações previstas no art. 12 da Lei n° 8.429/92 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser observado o caso concreto, em obséquio da proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes, conforme anota MARCELO FIGUEIREDO, in* Probidade Administrativa - Comentários à Lei n° 4.429/92

: Legislação Complementar, *Malheiros Editores, 4ª ed., p. 132*" (cf. AI 205.325-4/00, Rel. Des. Almeida Melo, j. 08.02.01).

E, para CARLOS ARI SUNDFELD, no seu *Direito Administrativo Ordenador* (São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67), "*o princípio da razoabilidade incorpora valores éticos ao universo jurídico, fulminando opções legislativas desatentas a este princípio*" (p. 69).

Também aconselha Juarez Freitas, diante de disposições legais draconianas, "*a necessidade de se buscar uma interpretação razoável no intuito de se alcançar a máxima e razoável observância dos mesmos*" (*RDA*, 204/65).

No caso concreto, restou demonstrado que o agente público agiu com desvio de finalidade (fls. 366/388), revelando conduta contrária ao Direito e prejudicial ao administrado, sendo que a dupla penalidade aplicada revela dosagem adequada à espécie, com repercussão exemplar naquela comunidade.

Com a devida vênia, portanto, prefiro manter-me coerente com a ponderação adotada em casos semelhantes, não valendo como agravante a publicação havida no diário *Carangola Hoje*, em junho de 1999, e apresentada pelo Ministério Público (fls. 403), nem maior implicação com a circunstância de então estar a findar-se o mandato de prefeito.

Aliás, até prejudicada ficou a segunda punição, porquanto, segundo certificado nos autos, o segundo apelante não foi reeleito no pleito de 01.10.00 (fls. 472).

Merece, pois, confirmação a sentença recorrida, razão por que nego provimento às duas apelações.

Arque o segundo apelante com as custas de seu recurso.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE - MULTA APLICADA - ACORDO HOMOLOGADO - FORÇA EXECUTIVA - INTELIGÊNCIA DO ART. 584, III, DO CPC - LICENÇA AMBIENTAL - ATRASO - RESPONSABILIZAÇÃO - QUESTÕES FÁTICAS A SEREM ESCLARECIDAS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

- O acordo judicial homologado em autos de ação civil pública, que traz expressa aplicação de multa em caso de descumprimento da obrigação, é apto à execução forçada, pois o art. 584, III, do CPC lhe confere força de título executivo judicial.

- O Ministério Público tem legitimidade para executar multa aplicada em autos de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, por ser o titular da referida ação.

- Distinta é a sentença órfã de fundamentação daquela com fundamento diverso do articulado pela parte, não estando o julgador adstrito aos fundamentos colocados pelos litigantes, considerando-se o princípio da persuasão racional do juiz, que aprecia os elementos da lide de acordo com o seu livre convencimento, dentro dos critérios críticos e racionais. Não é nula, por falta de fundamentação, a sentença que, embora sucinta, contém as razões que levaram o juiz a formar sua convicção, preenchendo todos os requisitos necessários à sua validade, tal como determinado pelo art. 458 do CPC.

- Constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide em embargos à execução da multa aplicada em ação civil pública, onde há questões fáticas a serem esclarecidas em torno da responsabilização pelo atraso da licença ambiental.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 221.034-2/00 - Comarca de Perdões - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Execução por título judicial - Embargos de devedor - Multa aplicada nos autos da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente - Acordo homologado - Prestabilidade do título - Demonstrativo do débito - Nulidade da execução - Ausência de fundamentação da sentença - Preliminares afastadas - Licença ambiental - Atraso - Apuração de responsabilidade - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Ocorrência. - O acordo obtido nos autos da ação civil pública,

que traz expressa a aplicação da multa em caso de descumprimento da obrigação, tem força executiva. Aplicação do art. 584, III, do CPC. - Não é nula, por falta de fundamentação, a sentença que contém as razões que levaram o juiz a formar sua convicção, preenchendo todos os requisitos necessários à sua validade, tal como determinado no art. 458 do CPC. - Em embargos à execução da multa aplicada em ação civil pública, onde há questões fáticas a serem esclarecidas, em torno da responsabilização pelo atraso da licença ambiental, caracteriza-se cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide. Rejeitadas preliminares, dá-se provimento ao recurso para cassar 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 REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO, ACOLHENDO A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E CASSANDO A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pelo apelante, o Dr. Raimundo Cândido Júnior, e, pelo apelado, o Dr. Antônio Sérgio Rocha de Paula.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Laticínios Almeida Indústria e Comércio Ltda. interpõe recurso de apelação contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Perdões, que julgou improcedentes os embargos de devedor por ela manejados, defendendo-se de execução por título judicial movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Suscita a apelante, preliminarmente, a nulidade do processo de execução, aos seguintes argumentos: ausência de título certo, líquido e exigível; inobservância aos artigos 604 e 614 do CPC; ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público; ausência de interesse de agir, em face do cumprimento do acordo celebrado na ação civil pública. Ainda em preliminar, sustenta a nulidade da r. sentença, à alegação de cerceamento de defesa e ausência de fundamentação. No mérito postula a reforma do *decisum* hostilizado ao argumento de que, dentro do prazo de 90 dias estabelecido no acordo, providenciou, perante o órgão competente, o requerimento da licença de operação, não podendo, portanto, ser penalizada por atraso a que não dera causa. Argumenta que no acordo estava expressamente ressalvada a possibilidade desse atraso.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos para sua admissão.

A preliminar de extinção do processo por falta de interesse de agir, em razão do alegado cumprimento do acordo, é questão de mérito.

Examinam-se as preliminares envolvendo a prestabilidade do título exeqüendo.

Imperioso dizer, *ab initio*, que a força executiva do título em apreço decorre de disposição expressa no art. 584, III, do CPC, que lhe confere força de título executivo judicial.

Com efeito, o título, ora executado, qual seja, acordo judicial homologado nos autos da ação civil pública, preenche os requisitos legais que o tornam apto à execução forçada.

Afasta-se, portanto, a preliminar de nulidade da execução por falta de título executivo.

Outrossim, não é de ser acolhida a pretensão da apelante de extinção do processo por inobservância aos artigos 604 e 614 do CPC.

É bem verdade que os artigos supramencionados se revelam categóricos em exigir que o credor instrua a petição inicial com o demonstrativo do débito discriminado e atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa, sob pena de ser extinto o processo por inépcia da inicial.

No caso dos autos, vê-se que o apelado apresentou o valor atualizado de débito, possibilitando-se à apelante a sua conferência, a fim de deduzir a sua defesa. A questão, como se vê, depende de simples cálculo aritmético.

Desacolho, portanto, a preliminar.

De igual forma, infundada a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para propor o presente processo executivo.

Ora, sendo o representante do Ministério Público o titular da ação civil pública, obviamente, tem ele legitimidade para executar a multa inerente àquela demanda.

Rejeita-se a preliminar.

Quanto à alegada ausência de fundamentação ao que se vê dos autos, a r. sentença não se fez incompleta, tendo o digno Julgador demonstrado suficientemente as razões por que estava decidindo daquela forma, explicitando o seu convencimento.

Com efeito, o julgador não está adstrito aos fundamentos colocados pelas partes, considerando-se o princípio da persuasão racional do juiz, que aprecia os elementos da lide de acordo com seu livre convencimento, dentro dos critérios críticos e racionais. Portanto, distinta é a sentença órfã de fundamentação daquela com fundamento diverso do articulado pela parte. É o que ocorreu nos autos. A propósito, tranqüila é a jurisprudência em não considerar nula a sentença sucintamente fundamentada (STJ - 3ª Turma, REsp 2.227 - GO, Rel. Min. Nilson Naves, *DJU* de 30.4.90 p. 3.526; STJ - 3ª Turma, REsp 10.670-MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* de 25.11.91, p. 17.072).

Ainda a propósito, decidiu o colendo STF:

"*A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento*" (STF - 2ª Turma, AI 162.089.8-DF - AgRg, Rel. Min. Carlos Velloso, in *DJU* de 15.3.96, p. 7.209).

Afasto a preliminar.

Ainda em preliminar, clama a apelante pela realização de audiência instrutória e coleta das provas para esclarecimento da verdade, ao argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa em face do julgamento antecipado da lide.

A meu aviso, merece prosperar o inconformismo do apelante, no tocante à preliminar de cerceamento de defesa.

A questão *sub judice* é a seguinte:

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente contra Laticínios Almeida Indústria e Comércio Ltda., aqui apelante.

O MM. Julgador primevo deferiu a liminar assim determinando:

"*Desta forma, defiro a liminar, devendo a requerida apresentar, no prazo de 90 dias, a contar da citação, a licença de operação junto a Feam/Copam, salvo razão ou impedimento a que a requerida não tiver dado causa, incorrendo, a partir do esgotamento do prazo, em multa de 1/2 salário mínimo por dia de atraso*" (fls. 56/57-TJ, autos em apensos).

Posteriormente, o acordo celebrado entre as partes foi homologado pelo MM. Julgador singular nos seguintes termos:

"*Fica mantida a liminar, devendo a requerida trazer para os autos, até 31.10.98, a licença de operação, sob as penas já cominadas*" (fls. 80-TJ, em autos apensos).

O representante do Ministério Público, com amparo no art. 604 do CPC, requereu a citação da apelante para o pagamento da multa no valor de R$32.504,00, ao fundamento de que não fora cumprido o pactuado, originando-se os embargos de devedor em questão.

Trata-se, como se vê, de execução por título judicial movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a apelante, referente à multa diária aplicada nos autos da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

A apelante sustenta nos embargos inexigibilidade do título exeqüendo, protestando na inicial pela produção de provas. Diz que não pode ser responsabilizada pelo não-deferimento da licença de operação, eis que entregou toda a documentação ao Feam/Copam dentro do prazo estabelecido no acordo exeqüendo.

Os embargos foram impugnados, e, com base em documento emitido pela Feam, alega o Ministério Público que a embargante protocolizou relatório no dia 28 de outubro de 1999, enquanto que se comprometera a obter a licença até o dia 31.10.1998.

Em julgamento antecipado da lide, os embargos foram julgados improcedentes, ao fundamento de que a embargante não cumpriu ato que assumira e não comprovou que a culpa pelo atraso foi do órgão competente.

Pretende, agora, a apelante seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa.

A meu entender, é de ser acolhida a pretensão da apelante, posto que o douto Sentenciante não poderia julgar improcedentes os embargos por falta de provas, sem antes proporcionar à apelante a oportunidade de provar os fatos por ela alegados. Aliás, verifica-se que o MM. Julgador singular sequer facultou à apelante a especificação de provas.

Lado outro, vejo que o documento de fls. 29/30 fornecido pelo Copam, no qual se baseou o douto Sentenciante, não se fez claro, trazendo redação truncada acerca do requerimento da "Licença de Operação" por parte da apelante.

Assim sendo, diante de tal fato, e considerando os documentos acostados às fls. 13/20-TJ pela apelante, a produção de provas requeridas oportunamente fazia-se necessária à realização da justiça, posto que imprescindível apurar se a apelante dera causa ao atraso da licença em questão. Assim, com a devida vênia do MM. Juiz primevo, tenho por precipitada, nessas condições, a prolação da r. sentença que se hostiliza.

Com efeito, após um estudo acurado dos autos, acredito ser de rigor a cassação da r. sentença para que seja realizada a audiência de instrução e julgamento com a coleta de provas, pelas quais protestou a recorrente, a fim de melhor elucidar os fatos quanto ao atraso da licença que originou a multa, objeto do título exeqüendo, uma vez que não há nos autos elementos suficientes para se chegar induvidosamente à sua responsabilização.

De fato, a questão *sub judice* contém aspectos fáticos decorrentes da própria natureza da demanda e que necessitam de maior apuração, haja vista, ainda, a ressalva contida na parte final do título judicial, objeto da execução.

Por isso, ante a ausência de elementos comprobatórios suficientes para o deslinde da causa, imprescindível que se esclareça a responsabilidade pelo atraso na obtenção da licença.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, a

fim de que, cassando a sentença, se abra à apelante a oportunidade de provar suas alegações, realizando-se a audiência de instrução e julgamento, com as provas que se fizerem necessárias, assegurando à apelante a garantia constitucional do contraditório, decidindo após o digno Juiz da causa, segundo entender de direito.

Sem custas.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. DERAM PROVIMENTO. ACOLHERAM A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE - EMPRESA QUE OPERA COM PRODUTOS DERIVADOS DE PETRÓLEO - ATRIBUIÇÃO A ELA DA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CF/88 - ART. 34 DO ADCT - CONVÊNIO Nº 66/88 - CONSTITUCIONALIDADE DESSA ATRIBUIÇÃO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - NÃO-VIOLAÇÃO

- Conforme a CF/88, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de substituição tributária, especialmente sobre a definição dos fatos geradores do tributo (art. 146, inciso III, alínea *a*). No que concerne ao ICMS, a CF/88, no Ato das Disposições Transitórias, estabeleceu prazo para a edição de lei complementar (60 dias, a contar de sua promulgação), findo o qual a matéria seria regulada por convênio (interestadual), nos termos da LC nº 24, de 07.01.1975. Ora, a referida lei complementar dispõe que os convênios "*... serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal*". **Assim, com o advento do Convênio nº 66/88, seu baixado Anexo Único estabeleceu que a lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a** "*produtor, extrator, gerador, inclusive de energia industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo imposto devido nas operações subseqüentes*". **Posteriormente ao convênio, editou-se a Lei Complementar nº 87/96, através da qual foram definidos os contribuintes do tributo (ICMS) e disposto acerca do regime de substituição tributária (normas gerais). Logo, no período compreendido entre o Convênio nº 66/88 e a LC nº 87/96, a substituição tributária progressiva ou "para frente" nele regulada tem validade e eficácia constitucionalmente asseguradas (previsão expressa a respeito no ADCT da CF/88).**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 221.071-4/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Substituição tributária progressiva ou "para frente" - Empresa que opera com produtos derivados de petróleo - Atribuição a ela da condição de contribuinte sob o regime de substituição tributária - CF/88 - Art. 34 do ADCT - Convênio nº 66/88 - Constitucionalidade dessa atribuição - Princípio da legalidade - Não-violação. - Conforme a CF/88, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de substituição tributária, especialmente sobre a definição dos fatos geradores do tributo (art. 146, inciso III, alínea *a*). No que concerne ao ICMS, a CF/88, no Ato das Disposições Transitórias, estabeleceu prazo para a edição de lei complementar (60 dias, a contar de sua promulgação), findo o qual a matéria seria regulada por convênio (interestadual), nos termos da LC nº 24, de 07.01.1975. Ora, a referida lei complementar dispõe que os convênios "*... serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal*". Assim, com o advento do Convênio nº 66/88, seu baixado Anexo Único estabeleceu que a lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a "*produtor, extrator, gerador, inclusive de energia industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo imposto devido nas operações subseqüentes*". Posteriormente ao convênio, editou-se a Lei Complementar nº 87/96, através da qual foram definidos os contribuintes do tributo (ICMS) e disposto acerca do regime de substituição tributária (normas gerais). Logo, no período compreendido entre o Convênio nº 66/88 e a LC nº 87/96, a substituição tributária progressiva ou "para frente" nele regulada tem validade e eficácia constitucionalmente asseguradas (previsão expressa a respeito no ADCT da CF/88).

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, 25 de abril de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - A empresa Texaco do Brasil S.A. Produtos de Petróleo opôs embargos à execução fiscal antes ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, com vistas à declaração da "*nulidade da inscrição da dívida ativa, consubstanciada na certidão de número 179/051-2, com a conseqüente condenação da embargada (...) nos ônus de sucumbência*" (fls. 02/19-TJ).

A Fazenda Pública Estadual impugnou os embargos (fls. 30/44-TJ).

A Promotoria opinou pela rejeição dos embargos (fls. 48/52-TJ).

Em seguida, foi proferida a r. sentença de fls. 53/54-TJ, que julgou improcedentes os embargos e condenou a embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor corrigido da causa, ao fundamento de ser legal a *substituição tributária progressiva*, notadamente porque o Convênio 66/88 e a legislação tributária estadual seriam instrumentos aptos a cuidar desse tema, de modo a ensejar o regular prosseguimento da execução fiscal.

Inconformada, recorre a Texaco do Brasil S.A. Produtos de Petróleo, com vistas à reforma do julgado, alegando, em síntese: a) *em preliminar*, que a substituição tributária pretendida pelos Estados era, até novembro de 1996, inconstitucional; b) *no mérito*, que foi autuada por ter "*promovido a venda de diversos produtos derivados de petróleo (...) a comerciante varejista (Cooperativa Agropecuária) localizado em território mineiro, sem destacar nas notas fiscais (...) o ICMS devido a título de substituição*"; c) que foi ultrapassada a esfera administrativa e confirmado o auto de infração; d) que, em juízo, trouxe à discussão a "... *inconstitucionalidade da tributação, por substituição tributária, das operações interestaduais praticadas com derivados de petróleo destinados a cooperativas de consumo...*"; e) que, todavia, o r. *decisum* objurgado refutou suas alegações e considerou válida a cobrança do ICMS, da maneira como empreendida pelo Fisco estadual; f) que, em relação ao ICMS, a Carta Magna estabelece, em seu art. 155, § 2°, inciso XII, alínea *b*, que "... *cabe à lei complementar dispor sobre substituição tributária*", seja antes ou depois da edição da EC 03/93; g) que não se poderia, portanto, reputar constitucionalmente válidos o Convênio n° 66/88 ou qualquer outro, para regular a matéria; h) *no mérito*, que, assim, até novembro de 1996, "... *a substituição tributária do ICMS que vinha sendo pretendida pelos Estados era espúria e inconstitucional*"; i) que, ainda que admitida a validade dos aludidos convênios e legislações estaduais, o auto de infração não poderia subsistir, tido em conta que "... *as vendas foram feitas a sociedade cooperativa, nos termos da Lei n° 5.764/71...*", ou seja, a sociedade que não guarda qualquer similaridade com as demais sociedades comerciais ou industriais; j) que as cooperativas não praticam atos de mercancia e, portanto, não praticam o fato gerador presumido; l) que, via de conseqüência, inexistiria o necessário vínculo ao fato gerador a embasar eventual substituição tributária; m) que somente com o advento da LC n° 87/96 "... *o consumidor final, ao adquirir em operações interestaduais, produtos derivados de petróleo, passou a ser contribuinte do imposto, passou a praticar o fato gerador, passou a vinculá-lo à operação tributada e, portanto, passou a ter capacidade legal de ser substituído por terceiro...*"; n) que, *tendo o auto de infração sido lavrado em* 1992, "... *não seria tributariamente possível a coexistência entre a realização do fato gerador do ICMS propriamente dito, com o fato gerador posterior e presumido...*" (fls. 55/70-TJ).

Há contra-razões, através das quais o apelado pugna pela manutenção do *decisum* (fls. 72/82).

O Promotor de Justiça Dr. Epaminondas da Costa apresentou parecer recursal e opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 84/94-TJ).

O Ministério Público de segundo grau, por seu Coordenador da Procuradoria de Justiça Cível, Dr. Márcio de Pinho Tavares, invocou a Súmula 189/STJ para isentar-se do parecer (fl. 101-TJ).

A Fazenda Pública Estadual requereu e teve vista dos autos (fls. 103 e 106-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Por se confundir com o mérito, a preliminar (de inconstitucionalidade) será com ele apreciada.

Como alhures relatado, discute-se, no caso *sub judice*, a chamada "substituição progressiva", ou seja, se é legítima ou não a atribuição, à apelante, da condição de substituta tributária, e, superada essa questão, se a substituição tributária poderia alcançar as operações de vendas por ela (a apelante) efetuadas para cooperativas de consumo.

Ab initio, é oportuno relembrar os conceitos de substituição tributária e da própria "substituição progressiva", com vistas à melhor compreensão da *quaestio juris* posta.

Da doutrina do jurista JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO colhe-se ser a substituição tributária a "... *imputação de responsabilidade por obrigação tributária de terceiro que não praticou o fato gerador, mas que tem vinculação indireta com o real contribuinte*" (*in Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Ed. Dialética, 1997, p. 179).

Colhe-se, ainda, que "... *na* substituição progressiva, *o legislador indica uma pessoa responsável pelo recolhimento de determinado valor (referido como tributo), relativamente a fato futuro e incerto, com alocação de valor (...), havendo definição, por antecipação, do sujeito passivo de uma obrigação não acontecida, que se presume venha a ser realizada no futuro*" (ob. cit., p. 180).

Soares de Melo salienta, também, que essa sistemática - substituição progressiva ou "para frente" - "... *tem sido considerada para diversas espécies de mercadorias, tais como* combustível, lubrificante, *água mineral, (...), veículos novos e produtos farmacêuticos*".

Em síntese: a figura do substituto legal tributário (ou sujeito passivo indireto) surge por conveniência da Administração tributária, que, por lei, poderá atribuir o dever de pagar o tributo a outra pessoa, que não tenha relação *de fato* com a operação (fato) tributável.

O preclaro jurista HUGO DE BRITO MACHADO esclarece que "... *há substituição quando o legislador,* ao definir a hipótese de incidência tributária, *coloca desde logo como sujeito passivo da relação tributária que surgirá de sua ocorrência alguém que está a ela diretamente relacionado, embora o fato seja indicador de capacidade contributiva de outros, aos quais, em princípio, poderia ser atribuído o dever de pagar, e que, por suportarem, em princípio, o ônus financeiro do tributo, são geralmente denominados contribuintes de fato*" (*in Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros Editores, 13ª ed., p. 99).

In haec specie, a apelante, por lhe ter sido atribuída a condição de substituta tributária, sustenta inexistir "... respaldo constitucional" a embasar essa qualidade, e isto porque a substituição tributária só teria passado a integrar o ordenamento jurídico pátrio através da EC nº 03/93.

Argumenta que, antes do advento da EC nº 03/93, não poderia lhe ter sido atribuída a qualidade de substituta tributária, já que a questão veio regulada através do Convênio nº 66/88, e não de lei complementar como determinado pela Lei Fundamental.

Ora, é de se relembrar que, de acordo com a CF de 1988, o ICMS encontra-se relacionado entre os impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal.

É de se relembrar, mais, que, de conformidade com a *Lex Major*, cabe à lei complementar estabelecer *normas gerais* em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a *definição dos fatos geradores do tributo* (art. 146, III, *a*).

É de se relembrar, ainda, que, quanto ao ICMS, a Constituição Federal de 1988, no Ato das Disposições Transitórias, estabeleceu prazo para a edição da aludida lei complementar (60 dias, a contar de sua promulgação), findo o qual a matéria seria regulada por convênio (interestadual), nos termos da LC nº 24, de 07.01.1975.

Ora, a LC nº 24/75 (de que trata o art. 34, §§ 3º e 8º, do ADCT) estabelece que os convênios "... *serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal*" e "*com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação*" (art. 2º, § 1º).

Assim, foi baixado o "*Anexo Único ao Convênio do ICMS 66/88*", que disciplinou o regime da substituição tributária. A propósito, seu artigo 25 estabelece que a lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a "*produtor, extrator, gerador, inclusive de energia industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto devido nas operações subseqüentes*" (II).

Finalmente, é de se relembrar que, no caso do Estado de Minas Gerais, já havia previsão legal instituidora da substituição tributária, mesmo antes da promulgação da Lei Magna de 1988. Depois dela (CF/88), a questão passou a ser regulada pelo Convênio 66/88 e, posteriormente, pela LC nº 87/96, através da qual foram definidos os contribuintes do tributo (ICMS) e disposto acerca do regime de substituição tributária (normas gerais).

Ora, a alegação de que a matéria, no período compreendido entre a promulgação da *Lex Major* e a edição da LC 87/96, não poderia ser regulada através de convênio interestadual não merece prosperar, e isto porque o legislador constituinte fez inserir, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previsão expressa neste sentido.

Ressalte-se que a exigência de que a matéria *sub apretiatione* fosse regulada através de lei complementar (art. 155, XII, *b*, da CF) foi excepcionada, pelo próprio legislador constituinte, no art. 34, § 8º, do ADCT, ou seja, poderia ela (a lei complementar) ser provisoriamente substituída por convênio interestadual.

Em suma, o Convênio nº 66/88, editado com observância do disposto na LC nº 24/75, substituiu, provisoriamente e até a edição da LC nº 87/96, a exigência constitucional de que a matéria viesse regulada através de lei complementar. Portanto, resta claro como luz meridiana ser perfeitamente válida e legal a substituição tributária "para frente" nele (convênio) regulada.

Neste sentido, inclusive, foi o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, dentre muitos outros, dos Embargos de Divergência no REsp nº 43.133-SP, ao julgar "... *admissível a exigência do recolhimento antecipado do ICMS pelo regime de substituição tributária. Inteligência do art. 155, § 2º, inciso XII,* b, *da Constituição Federal, do artigo 34, parágrafos 3º e 8º, do ADCT, da Lei Complementar nº 43/83, dos Convênios nºs 66/88...*" (Rel. Ministro Adhemar Maciel, 1ª Seção, *in DJ*, Seção 1, de 16.9.96, p. 33.657).

Ora, o Convênio nº 66/88 estabelece, em seu artigo 25, que "... *a lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a: (...) II) produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador,* pelo pagamento do imposto devido nas operações subseqüentes".

Assim, não há de se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque as normas gerais *já haviam sido editadas* e contemplavam a possibilidade de ser atribuída à apelante a *condição de contribuinte, sob o regime de substituição tributária.* Inteligência dos arts. 25 do Convênio do ICMS nº 66/88, 34 do ADCT e 155 da CF/88.

Por fim, quanto à alegada "*ausência de fato gerador passível de vincular o sujeito passivo à substituição tributária pretendida*", melhor sorte não assiste à apelante. A propósito, é de se relembrar que as cooperativas de consumo se tornaram sujeitas ao pagamento de impostos após a vigência do Decreto-lei nº 466, de 31.12.1968, e, portanto, nada impede que à apelante seja atribuída a qualidade de substituta tributária, figurando ela como responsável pelo recolhimento do tributo, relativamente a fato futuro e incerto a ser praticado pela cooperativa.

Sobreleva acrescer que, ainda que as cooperativas de consumo não pratiquem atos de mercancia, elas revendem mercadorias a seus cooperados, isto é, praticam o fato gerador do ICMS (operação de circulação de mercadoria). A propósito, o art. 15 da Lei nº 9.758, de 10.02.1989, incluiu as cooperativas entre os contribuintes do imposto.

Se assim é, nada há para ser reparado na bem lançada sentença objurgada.

À luz do exposto, rejeita-se, em preliminar, a inconstitucionalidade argüida e, no mérito, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ARREMATAÇÃO - ANULATÓRIA - AÇÃO PROPOSTA CONTRA MASSA FALIDA - PEDIDO SUCESSIVO DE INDENIZAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - SENTENÇA - NATUREZA DECLARATÓRIA NEGATIVA - ART. 20, § 4º, DO CPC - APLICABILIDADE

- Tratando-se de arrematação, que é uma conseqüência de alienação forçada, em processo de execução, e não de uma transferência contratual, o arrematante adquire a propriedade do bem praceado na situação em que ele se encontra, não havendo lugar para a reclamação contra eventuais vícios redibitórios. Na execução, o executado não é vendedor, não consentiu na alienação, não podendo ser responsável por fato que não praticou. Assim, em ação anulatória de arrematação, com pedido sucessivo de indenização, proposta em face da massa falida, é de ser mantida a sentença que dá pela improcedência do pedido sucessivo, quando não configurada a responsabilidade civil da mesma.

- Identificado e individuado o imóvel objeto da arrematação, no edital de praça, com base no título dominial da massa falida, não há por que se falar em indenização contra esta, decorrente de questão relacionada com as construções no imóvel, quando no edital não constou que tais construções estavam averbadas no registro de imóveis, o que significa que o arrematante não foi iludido com má-fé.

- Na sentença declaratória negativa, a verba honorária terá de ser arbitrada com base no art. 20, § 4º, do CPC, não no art. 20, § 3º, do mesmo código, hipótese a ser aplicada exclusivamente na sentença de natureza condenatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 223.319-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Falência - Arrematação - Edital - Anulatória da arrematação - Improcedência - Recurso. - É de ser mantida sentença que, em ação anulatória de arrematação, com pedido sucessivo de indenização, dá pela improcedência do pedido sucessivo, eis que não provada a culpa da massa falida. Honorários de advogado - Improcedência do pedido - Sentença de natureza declaratória negativa - Aplicação do § 4º, e não do 3º do art. 20 do CPC.

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, 18 de abril de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentação oral, pelo apelante, o Dr. José Aguinaldo Pinheiro e, pela apelada, o Dr. Renan Kfuri Lopes.

Assistiram ao julgamento, pela apelada, os Drs. Carlos Eduardo M. R. Pena e Mara Lobato.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante, com base nos fundamentos de fato e de direito, colocados no relatório, que fica fazendo parte integrante do presente voto, pleiteia a reforma da sentença, para julgar procedente o pedido sucessivo de indenização ou, quando não, ajustar os honorários de advogado à natureza de uma sentença declaratória.

Assiste-lhe razão parcial, como se verá ao longo do presente voto.

De início, é de convir-se que as partes debatem seus direitos na presente demanda, como se estivessem frente a uma transferência contratual de bens; como se debatessem em termos de um contrato de compra e venda de imóvel, o que é - *data venia* - um equívoco palmar.

Referindo-se à arrematação, em processo de execução forçada, leciona ENRICO TULLIO LIEBMAN:

"*Mas na execução o executado não é vendedor, não consentiu na alienação e não pode ser tido como responsável por fato que não praticou*" (*Processo de Execução* - Ed. Saraiva & Cia. - 1946 - nº 73 - p. 250).

JAMES GOLDSCHMIDT assim se manifesta:

"*El rematante no adquiere ninguna acción de garantia, como no la adquiere el comprador de una cosa mueble embargada*", isto é: "*O arrematante não adquire nenhuma ação de garantia, como não a adquire o comprador de uma coisa móvel embargada*" (*Derecho Procesal Civil* - Editorial Labor S.A. - 1936 - § 102 - nº 2 - letra *d* - p. 693).

Entre nós, HUMBERTO THEODORO JUNIOR, escudado em lições de Liebman, Rosenberg, Goldschmidt e Frederico Marques, assim se manifesta:

"*Em se tratando de alienação forçada e não de transferência contratual, o arrematante adquire a propriedade do bem praceado na situação em que ele se encontra, não havendo lugar para a reclamação contra eventuais vícios redibitórios. Em outras palavras: na arrematação, o 'arrematante não adquire nenhuma ação de garantia'*" (*Curso de Direito Processual Civil* - v. II - 22ª ed. - Forense - 1998 - nº 866 - p. 239).

Vê-se, assim, que a arrematação é uma conseqüência de alienação forçada, em processo de execução, e não de uma transferência contratual e, por isso mesmo, a executada - no caso, a massa falida - não é vendedora, não consentiu na alienação e não pode ser responsável por fato que não praticou.

A prova material existente nos autos é de que o imóvel pertencia, originariamente, à Sagiaço Ltda., com a área de 7.177,26 m², abrangendo os lotes 1, 2, 3, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23, da Quadra nº 23, do Bairro Alto dos Pinheiros, conforme escritura púbica devidamente transcrita no Registro Fundiário da Comarca de Belo Horizonte.

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem desapropriou, da referida área, 2.373,00 m², ficando, assim, reduzida a área da Sagiaço Ltda. a 4.804,26 m².

Na matrícula 33.066-A consta a área de 4.483,00 m², constituída de partes dos lotes 1, 2, 3; lotes 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10; e parte dos lotes 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23, do Quarteirão nº 23, do Bairro Alto dos Pinheiros, constatando-se uma diferença de 321,26 m², entre a área remanescente - 4.804,26 - e a área registrada 4.483,00 m², como está devidamente comprovado em escritura registrada e no próprio laudo do vistor oficial.

Constata-se dos autos que o imóvel objeto da praça pública e, pois, da arrematação está bem descrito e individuado no edital de fls. 10-TJ, que é o mesmo de fls. 93-TJ, com base no *ius in re* e *no ius ad rem* da apelada, conforme escritura pública de compra e venda, devidamente registrada no R. 3.33066-A, de fls. 133-TJ, o que significa dizer que o apelante teve pleno conhecimento e ciência do que estava sendo objeto da praça pública, que é modalidade de alienação forçada, e não de transferência contratual, como já ficou consignado no presente voto.

Logo, identificado e individuado o imóvel objeto da arrematação no edital de praça, com base no título dominial da própria apelada, não há por onde se falar em indenização contra esta, decorrente de questão relacionada com as construções no imóvel, quando é certo que no edital não constou que tais construções estavam averbadas no registro de imóveis, o que significa que o apelante não foi iludido com má-fé.

Pelo laudo oficial, justamente às fls. 138 e 139-TJ, constata-se que, desapropriada parte do imóvel pelo DNER, em 8.11.82, o próprio DNER aprovou o acesso à Auto Silva Ltda. e, com base em tal projeto do DNER, a apelada veio a construir as benfeitorias no imóvel.

Pode não ser o DNER órgão competente para estabelecer limites, como alega o apelante, mas, seja como for, é um órgão federal, beneficiado com uma desapropriação pela via legal e, por força de tal desapropriação, estabeleceu o acesso à Auto Silva Ltda., que, assim, agiu de boa-fé, quando, respeitando os limites traçados pelo DNER, levantou as construções no imóvel arrematado, pois é certo que, por época do estabelecimento dos limites pelo DNER, não existia planta aprovada no bairro, mas apenas planta particular.

Por onde se vê que, inexistindo planta aprovada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, impossível seria à apelada obter a aprovação de planta de construção, habite-se e baixa das mesmas, como quer o apelante.

Ora, esclarece o laudo pericial, exatamente à fl. 140-TJ, que, em 11.11.88, a Prefeitura Municipal aprovou o loteamento, através da planta CP 252-121 e, com tal loteamento, foram alteradas as numerações dos lotes e estabelecida uma faixa *non aedificanda*, que ultrapassou a área desapropriada, invadindo, assim, terreno de propriedade da apelada, sendo certo que tais alterações não foram averbadas no registro de imóveis.

Vê-se, do exposto, que não pode a apelada responder por ato administrativo da Prefeitura Municipal, com o estabelecimento de área *non*

aedificanda, prejudicando o terreno da apelada, que foi objeto da arrematação.

B. BRUGI ensina:

"*El acto ilicito debe ser imputable a su autor...*". Isto é: "*o ato ilícito deve ser imputável ao seu autor...*" (*Instituiciones de Derecho Civil* - nº 26 - p. 135).

EM P. CHIRONE se lê:

"*La responsabilidad, y con ella el ressarcimiento, pesa sobre el que ha causado injustamente la ofensa*", isto é: "*A responsabilidade e, com ela, o ressarcimento, pesa sobre aquele que tenha causado injustamente a ofensa*" (*La Culpa em el Derecho Civil Moderno* - Tomo I - nº 159 - p. 377).

No mesmo sentido, VON TUHR - Derecho Civil - v. III - 2 - p. 156; CUNHA GONÇALVES - Princípios de Direito Civil - v. II - letra "c" - p. 575; AGOSTINHO ALVIM - Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências - nº 210 - p. 362.

Conclui-se do exposto que não se discute a boa ou má-fé do apelante; que as informações do edital correspondem ao título dominial da apelada, devidamente registrado no fundiário; que a área *non aedificanda* de 1.192,00 m², decorrente de loteamento da Prefeitura Municipal, não foi por esta averbada no registro de imóveis, pelo que responsável é a Prefeitura, e não a apelada; que, relativamente à área de 353,00 m², do domínio público, esclarece a perícia que, admitido o projeto de acesso à apelada, feito pelo DNER, as construções não ultrapassaram o limite estabelecido naquele projeto; que, se impossível o aproveitamento de tais benfeitorias, a responsabilidade não é da apelada; que, realmente, desconfigurada está a responsabilidade civil da apelada, como bem entendeu a sentença recorrida, no que tange ao pedido de indenização feito pelo apelante.

Assiste-lhe razão apenas quanto à verba honorária.

É que a sentença que dá pela improcedência de uma ação, como a presente, é de natureza declaratória negativa, e não condenatória e, assim, a verba honorária terá de ser arbitrada com base no art. 20, § 4º, e não no art. 20, § 3º, do CPC, como determinou a sentença, hipótese a ser aplicada exclusivamente na sentença de natureza condenatória, que não é o caso dos autos.

Com esses fundamentos, dou provimento parcial ao recurso de apelação, para, com base no art. 20, § 4º, combinado com as letras *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 do CPC, arbitrar os honorários de advogado em R$50.000,00.

Custas, pelo apelante em 80% e pela apelada em 20%.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CARTA DE ARREMATAÇÃO - INCIDÊNCIA DE SUCESSIVAS PENHORAS - CONCURSO DE CREDORES - ART. 711 DO CPC - CANCELAMENTO DAS DEMAIS PENHORAS - PROVA CABÍVEL AO ARREMATANTE - REGISTRO DE IMÓVEL - DÚVIDA SUSCITADA - PROCEDÊNCIA

- Constando dos autos a existência de mais de uma penhora sobre o imóvel, os credores, sob pena de nulidade, devem ser intimados para a instauração do concurso e para se manifestarem sobre o pedido, bem como para requererem o que for de seu interesse, não comportando o procedimento administrativo discussão sobre nulidade das penhoras anteriores nem a ordem de pagamento aos credores prevista no art. 711 do CPC.

- Cabe ao arrematante comprovar o cancelamento das demais penhoras junto ao registro de imóveis.

- Impõe-se a procedência da dúvida suscitada, com a determinação ao oficial do registro de imóveis de levar a registro a carta de arrematação depois de comprovado o cancelamento das demais penhoras.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 224.026-5/00 - Comarca de Timóteo - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Dúvida de cartório de registro de imóveis - Carta de arrematação - Incidência de sucessivas penhoras - Cancelamento - Procedência da dúvida. - 1. Constando dos autos a existência de mais de uma penhora, devem os credores, sob pena de nulidade, ser intimados para a instauração do concurso e para se manifestarem sobre o pedido e bem assim requererem o que for de seu interesse. - 2. Não comporta no procedimento administrativo discussão sobre nulidade das penhoras anteriores e nem a ordem de pagamento aos credores prevista no art. 711 da Lei Instrumental. - 3. Cabe ao arrematante comprovar o cancelamento das demais penhoras junto ao Registro de Imóveis. - 4. Impõe-se a procedência da dúvida suscitada, com a determinação ao oficial do registro de imóveis de levar a registro a carta de arrematação depois de comprovado o cancelamento das demais penhoras. - 5. Recurso a que se nega provimento.

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, 28 de fevereiro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de recurso de apelação manifestado por Paulo César Alves de Lima em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, que, nos autos da ação de suscitação de dúvida argüida pelo Cartório de Registro de Imóveis daquela Comarca, julgou procedente a dúvida suscitada, determinando, como corolário, que se procedesse ao registro da carta de arrematação após a comprovação do cancelamento das demais penhoras.

Em sede de razões recursais (fls. 59/62-TJ), o recorrente postula a reforma da r. sentença, à consideração de que a mesma contraria o entendimento dos tribunais e da lei, posto que o arrematante nada tem a ver com as demais penhoras registradas, devendo todas elas ser canceladas, vez que o citado art. 711 do CPC se refere a pagamento em dinheiro aos credores e estes pagamentos é que devem obedecer à ordem de prelação, e não o registro da carta de arrematação.

Aduz, também, que as penhoras cujos registros suscitaram a dúvida não coincidem com a constrição realizada pelo impugnante e que originou a carta de arrematação, pois esta foi realizada sobre a nua propriedade.

O Ministério Público de 1° grau, em parecer de fls. 64/68-TJ, manifesta-se pelo improvimento do recurso, por considerar que a r. sentença não merece reforma.

Subiram os autos.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso (fls. 76/77-TJ).

Processamento regular.

É o relato, em síntese.

Passo a decidir.

Conheço do recurso de apelação, aos pressupostos e condições de sua admissibilidade.

À fundamentação de meu voto.

Não há preliminares suscitadas, por isso que se passa, desde já, ao exame meritório da demanda.

Assoma do contexto probatório que, sobre a casa residencial e seu respectivo lote de n° 170, da quadra n° 20, situados na Rua Rio de Janeiro, Bairro

Alvorada, na cidade e Comarca de Timóteo, oneram três penhoras registradas e uma cláusula de usufruto vitalício em favor dos doadores.

Como bem enfatiza o d. Juiz singular, no que pertine à cláusula de usufruto vitalício, como são as hipóteses da penhora e arrematação, *é tão-só da nua propriedade, não existindo impedimento para o registro por continuarem resguardados os direitos dos usufrutuários*.

Ademais, o fenômeno da extinção do usufruto vai depender apenas da parte interessada.

Diversa, entretanto, é a circunstância que envolve as penhoras.

A propósito, a certidão expedida pela oficiala do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Coronel Fabriciano demonstra, à saciedade, que o registro da constrição, a que se refere a aludida carta de arrematação, veio a ocorrer por derradeiro, *ut* fls. 35-TJ, com o realce de que a ordem dos registros nem sempre corresponde à cognominada ordem cronológica das penhoras.

De igual modo, tenho o entendimento de que, na espécie, não apresenta nenhuma relevância a seqüência das constrições e dos registros, haja vista que a solução deverá ser dirimida através do remédio processual contencioso adequado.

Sublinhe-se a circunstância de que o oficial substituto do cartório de registro de imóveis, ora apelado, suscitou dúvida no que se refere ao registro do auto de arrematação em favor de Paulo César Alves de Lima, ora apelante, à consideração de que, sobre o imóvel que se pretendia registrar, pendiam duas outras penhoras, com datas anteriores à dele, e usufruto vitalício em favor do casal doador Maria de Lourdes Alves e José Geraldo Alves.

Assinale-se também que, recaindo mais de uma penhora sobre o bem, é cabível processualmente a instauração de concurso de credores, consoante prescreve o art. 711 da Lei Instrumental.

Nessa quadra, correta a invocação, pela sentença, da lição jurisprudencial de que nos dá notícia o festejado THEOTONIO NEGRÃO em seu *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor* (São Paulo: Saraiva, 1999, p. 697).

Destarte, a conclusão sentenciante é marcante e invulnerável:

"(...) *Assim, cabe ao arrematante comprovar junto ao Registro de Imóveis o cancelamento das demais penhoras.*

Não comporta no presente procedimento administrativo discussão sobre a alegada nulidade das duas outras penhoras, nem a ordem de pagamento aos credores prevista no art. 711 do Código de Processo Civil, como quer o arrematante.

A conduta marcada por aparente esperteza da parte não merece guarida judicial por não se compadecer com o conteúdo ético do direito (...)".

Destarte, a outra conclusão não poderia atinar o nobre Colega de primeiro grau quando, ao julgar procedente a dúvida, determinou ao oficial do registro de imóveis levar a registro a carta de arrematação depois de comprovado o cancelamento das penhoras.

De se manter, pois, o r. decisório singular.

Com essas razões de decidir, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo, como corolário, a r. sentença recorrida, aos seus fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

É o voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DESCONTO DE PROVENTOS - POSSIBILIDADE NA VIGÊNCIA DA LEI ANTERIOR, DE Nº 12.278/96 - ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE PELA LEI Nº 13.441/2000 - NÃO-IMPLICAÇÃO DA LEI NOVA COM SITUAÇÕES PRETÉRITAS

- O ex-servidor público estadual, dito inativo ou aposentado do Poder Executivo, ficou sujeito passivo da contribuição social/previdenciária instituída pela Lei nº 12.278/96, nos termos da faculdade concedida aos Estados e Municípios pela Constituição Federal, para custeio do sistema de previdência e assistência social por todos os servidores, sem distinção entre servidor em atividade e ex-servidor ou aposentado, tal como vinha sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça. A alteração da referida lei e de outras de idêntico conteúdo para os outros Poderes do Estado, com a superveniência da Lei nº 13.441, de 05.01.2000, tem a eficácia *ex nunc*, não havendo base jurídica para sua retroação a situações anteriores, como no caso de descontos de proventos havidos, que até então configuram atos jurídicos perfeitos e intocáveis também na via judicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional específico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 227.269-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Contribuição previdenciária - Desconto de proventos - Possibilidade na vigência da lei anterior - Alteração legal superveniente - Não-implicação da lei nova com situações pretéritas. - O ex-servidor público estadual, dito inativo ou aposentado do Poder Executivo, ficou sujeito passivo da contribuição social/previdenciária instituída pela Lei nº 12.278/96, nos termos da faculdade concedida aos Estados e Municípios pela Constituição Federal, para custeio do sistema de previdência e assistência social por todos os servidores, sem distinção entre servidor em atividade e ex-servidor ou aposentado, tal como vinha sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça. A alteração da referida lei e de outras de idêntico conteúdo para os outros Poderes do Estado, com a superveniência da Lei nº 13.441, de 05.01.2000, tem eficácia *ex nunc*, não havendo base jurídica para sua retroação a situações anteriores, como a dos apelados, cujos descontos havidos até então configuram atos jurídicos perfeitos e intocáveis também na via judicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional específico.

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 À APELAÇÃO, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 08 de agosto de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Antônio Alves Benjamim Júnior e outros ex-servidores estaduais aposentados ajuizaram em 26.4.00 (fls. 12-TJ) ação declaratória e de cobrança contra o Estado de Minas Gerais, a propósito da Lei nº 12.278, de 29.07.96, instituidora da contribuição previdenciária de 3,5% (três e meio por cento), "*para custeio parcial de aposentadoria de servidores públicos*", tendo-lhes sido favorável a sentença (fls. 449/456), que concluiu pela ilegalidade dos descontos efetuados em seus proventos e determinou a devolução dos valores recolhidos, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora (0,5%).

À margem do duplo grau obrigatório, apelou o Estado, regularmente, insistindo na constitucionalidade da contribuição e vendo a sentença em confronto com dispositivos constitucionais (art.149 e parágrafo único; art. 195, inciso II e § 5º; art. 194, parágrafo único; art. 169), e legais (art. 6º da LICC e Lei Federal nº 9.686/99).

Sob o prisma constitucional, a matéria mereceu inúmeras decisões favoráveis ao Estado, tanto na Corte Superior como nas diferentes Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça, até janeiro de 2000, a despeito da intercorrência, sem maiores implicações, ao meu ver, de alguma liminar favorável a aposentados neste Tribunal (ex.: Amagis *versus* Estado) ou no STF (ADIN nº 2.807/Amazonas), a pretexto da nova redação dada ao art. 40 da Constituição Federal pela EC nº 20/98.

Assim é que, de meus pronunciamentos anteriores, como, entre outros, nos acórdãos do MS nº 111.452-9.00/Ouro Fino, de que fui Relator, e AC nº 151.893-5.00/Ipatinga, de que fui Vogal, considero válido, para a espécie em julgamento, reiterar o seguinte raciocínio:

"*Convém lembrar que estaria caracterizando a contribuição previdenciária o fato primeiro de ter sido criada com caráter social e* 'natureza compulsória', *ao comando da previsão do parágrafo único do art. 149 da Constituição Federal, que facultou aos Estados, Distrito Federal e Municípios sua instituição, a fim de ser 'cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdências e assistência social'.*

Estaria, assim, tal contribuição inserida no objetivo maior do financiamento da seguridade social, ao qual, como regra geral, ficou sujeita 'toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da Lei' *(art. 195,* caput*) e de cuja gestão administrativa há de ter* 'caráter democrático descentralizado', *com* 'a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados' *(art. 194, parágrafo único, inciso VII).*

E não há dúvida, segundo lembra o tributarista HUGO BRITO CARVALHOS, as contribuições sociais, que interessam às categorias profissionais ou econômicas (art. 149, caput, *da CF),* 'são, nitidamente, contribuições parafiscais' *(cf.* Curso de Direito Tributário, *Ed. Del Rey, p. 306).*

O primeiro princípio infringido seria o da anterioridade e, nos termos postos pelos impetrantes, a contribuição previdenciária estaria no mesmo nível de limitação dos tributos.

Ora, por sua natureza parafiscal, a contribuição social/previdenciária poderia, em princípio, estar atingida pelos vários princípios constitucionais tributários, com destaque para os da legalidade (art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, a*) e da anterioridade (art. 150, III,* b*), que condicionam sua gênese e sua exigência.*

Acontece, entretanto, que, como bem lembra SACHA CALMON NAVARRO COELHO (cf. Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, *Forense, 1996, p. 44), ao contrário das duas outras espécies (corporativas e interventivas),* 'as sociais realizam o princípio axiológico da não-surpresa do contribuinte, pelo decurso de um tempo de noventa dias, fugindo, destarte, à norma geral da anterioridade prevista para os demais tributos'.

E, na obra 1.000 Perguntas sobre Direito Tributário, *Thex Ed., 2ª ed., questão 433, p.195, sob a coordenação de Reis Friede, está acentuado que* 'às contribuições de seguridade social não se aplica o princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, *b*), como nas demais contribuições parafiscais, exigindo-se, apenas, a sua cobrança, após decorridos noventa (90) dias da publicação da lei que as houver instituído ou modificado'.

Com efeito, ademais, é a própria Carta Magna que excepciona, a tal respeito, ao dispor no art. 195, § 6º, que as contribuições sociais 'só poderão ser exigidas, após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*', *isto é, o princípio da anterioridade fiscal.*

Causa espécie, merecendo certa consideração, a crítica que os impetrantes fazem à referência expressa da Lei Estadual nº 12/278/96 a 'servidores inativos' (art. 2º, IV).

Realmente, há inegável contradio in terminis, *porquanto, pelo conceito natural do termo, servidor é aquele serve, está servindo, é servente, e não o que já serviu, deixou de servir e é somente ex-servente ou um aposentado. Aliás, a inatividade ou aposentadoria nada mais é do que o repouso vitalício e remunerado de quem foi, efetivamente, servidor público e pelo fato de tê-lo sido.*

Todavia, a lei mineira foi apenas na onda de um linguajar não muito purista que os próprios cultores do Direito Administrativo acabaram assimilando e dizendo, sem pudor lingüístico, - antes, funcionário inativo ou aposentado -, hoje, servidor inativo ou aposentado.

Não era, a rigor, necessário fazê-lo o legislador mineiro, porque, tradicionalmente também, se entendeu de atribuir ao termo funcionário ou servidor o conceito elástico e abrangente de quem está em atividade no serviço público ou esteve e ficou, com a aposentadoria, preso pelo vínculo de natureza financeira à pessoa jurídica de direito público para a qual foi prestante. 'Ao contrário dos trabalhadores da iniciativa privada, lembrou o Ministro Octávio Galloti, que nenhum liame conservam com seus empregadores, após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria' (cf. ADIN nº 1.441/2-DF).

Assim é que até a atual Constituição Federal, ao tratar da Administração Pública, nos arts. 37 a 42, usa a expressão servidores públicos ou servidor, no sentido amplo do antigo agente público, ou como gênero, que, na dependência do contexto da norma, se refere tanto ao ativo como ao inativo, e que, somente quando convém, tem distinção nas espécies de 'servidor em atividade' e 'servidor inativo', como se deu, por exemplo, com a norma do § 4º do art. 40, que dispôs tratamento isonômico entre vencimentos e proventos e foi reproduzida no parágrafo 4º do art. 36 da Constituição Mineira.

Sob tal óptica, a norma federal do parágrafo único do art. 149, autorizativa da criação da contribuição previdenciária nos Estados, usou o termo plural 'servidores', sem qualquer distinção, que, na melhor regra de hermenêutica, não cabe ao intérprete fazer.

Da mesma forma, agiu o constituinte mineiro, ao reproduzir a facul-

dade instituidora no § 6º do art. 24 de nossa Carta, à qual estiveram atentos os legisladores ordinários, com a superveniente lei, em resguardo da disponibilidade de caixa e no interesse dos próprios servidores, sem distinção.

Por outro lado, não se pode ignorar que a autorização federal nasceu do Poder Constituinte e, da maneira justificada como foi expressa sua vontade para tal encargo do servidor público, sem exclusões ou limitação dos sujeitos passivos da contribuição previdenciária, não agiu o Estado, na redação da lei que a instituiu em Minas Gerais, nem com ganância arrecadadora, nem com extrapolação da faculdade que foi inserida em sua competência.

E, diante disso, não há razão para se perder em divagações, teoricamente apreciáveis e de inutilidade pragmática, sobre os princípios da anterioridade, da irredutibilidade de proventos, do direito adquirido e da falta de causa eficiente.

Vale observar, finalmente, que o sacrifício imposto a todos os servidores, conquanto de dolorosa expressão individual, representa apenas pequeno alívio para os cofres públicos, uma vez que, segundo dados oficiais recentes, a arrecadação da malsinada contribuição tem representado somente cerca de 10% do compromisso financeiro que o Estado tem com seus valorosos aposentados".

Vê-se que, na seqüência de promessa do Governo Estadual, em conveniente eco à insatisfação dos aposentados, acabou sendo sancionada, ao alvorecer do ano 2000, a Lei 13.441, de 05 de janeiro, para viger a partir de sua publicação (art. 7º), ocorrida no dia seguinte no Órgão Oficial *Minas Gerais*.

Fruto do uso reverso daquela faculdade constitucional (art.149, CF), o referido diploma modificou a legislação que tratava da matéria (Lei nº 12.278, de 29.7.96, referente ao pessoal do Poder Executivo; Lei nº 12.328, de 31.10.96, relativa ao Poder Judiciário; Lei nº 12.329, de 31.10.96, sobre o Ministério Público; e a Resolução nº 5.171, de 12.6.96, quanto ao pessoal do Poder Legislativo), simplesmente retirando dos textos a referência à incidência da contribuição de 3% sobre os proventos dos aposentados.

Ora, tal lei revogadora da antiga imposição (art. 8º) ostenta, é claro, efeito *ex nunc*, não me parecendo abonada pela lógica jurídica qualquer tentativa, em nome de conflito intertemporal de leis, de fazer a inovação benéfica retroagir a situações anteriores reguladas por dispositivos legais que mereceram do próprio Poder Judiciário o reconhecimento da regularidade e conformidade constitucionais.

Ademais, sob outra ótica, as imposições até então havidas, como as questionadas pelos apelados nestes autos, constituíram-se, a favor do Estado, em verdadeiros atos jurídicos perfeitos, postos à sombra da regra do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e insuceptíveis de serem prejudicados

por lei posterior, ao comando do princípio previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Em suma, as normas legais anteriores tiveram eficácia impositiva, enquanto vigoraram, resultando, portanto, poder concluir-se que não assiste aos apelados contemplação judicial alguma em sua pretensão.

Vê-se, portanto, que a pretensão formulada na inicial é improcedente e a recorrida conclusão judicial não deve subsistir.

Razão por que, em reexame necessário, dou provimento à apelação e reformo a sentença, para julgar improcedente o duplo pedido, ficando invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, pelos apelados.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - VICE-PREFEITO - ACUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS E SUBSÍDIOS - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL - DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NOS ARTS. 37 E 38 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - QUANTIA RECEBIDA INDEVIDAMENTE DOS COFRES PÚBLICOS - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO

- Após o advento da Constituição Federal/88, o campo de atuação do Órgão Ministerial foi ampliado, sendo possível, atualmente, a defesa do patrimônio público, não só por meio de ação popular, mas também por meio de ação civil pública de que cuida o art. 129, III, da CF, tendo o Ministério Público legitimidade para propor a referida ação, objetivando o ressarcimento ao erário de quantias injustamente recebidas dos cofres públicos por agentes políticos.

- O vice-prefeito, tal como o próprio prefeito, não pode acumular a remuneração de servidor público ou de secretário municipal com os subsídios pelo exercício do cargo eletivo (CF, arts. 29, V, e 38, II), devendo restituir ao município o que recebeu indevidamente, acrescido de juros e correção monetária.

- O exercício da função de vice-prefeito é o exercício de um mandato popular, é ato de administração do Poder Executivo municipal e, independente da

vontade do mandatário, deve obrigatoriamente obedecer não só ao princípio da legalidade, como também ao da moralidade. Receber dos cofres públicos o pagamento como escriturário sem exercer esta função, sem prestar este serviço ao município e ao mesmo tempo receber o pagamento de remuneração pelo cargo de vice-prefeito de município ou de secretário de obras não é lícito, não é moral, não atende aos princípios insculpidos no art. 37 da CF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 227.889-3/00 - Comarca de Ferros - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Ação civil pública - Ressarcimento ao erário - Vice-prefeito - Acumulação de vencimentos e subsídios - Vedação constitucional. - O vice-prefeito, tal como o próprio prefeito, não pode acumular a remuneração de servidor público ou de secretário municipal com os subsídios pelo exercício do cargo eletivo (CF, arts. 29, V, e 38, II), devendo restituir ao município o que recebeu indevidamente, acrescido de juros e correção monetária.

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 REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 265/273, que julgou improcedente o pedido constante da ação civil pública que o Ministério Público move a João Antônio de Almeida, sob a alegação de que o mesmo vem acumulando indevidamente a remuneração dos cargos de Escriturário III, Secretário de Obras do Município e ainda o subsídio de Vice-Prefeito do Município de Ferros, no exercício do mandato de 1993 a 1996, pedindo ainda o ressarcimento ao erário da quantia de R$14.461,40, acrescido de correção monetária, juros de mora, multa civil e suspensão dos direitos políticos.

Em suas razões recursais de fls. 278/285, o apelante sustenta a reforma da r. decisão de primeiro grau, argumentando a inconstitucionalidade da acumulação de remuneração e reiterando a procedência do pedido.

O apelado, réu na ação, respondeu ao recurso reiterando a argüição de ilegitimidade do Órgão Ministerial para promover a presente ação e, no mérito, pedindo a confirmação da r. sentença pelos fundamentos que invoca (fls. 291/310).

O Município de Ferros nada manifestou sobre o recurso.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou as alegações às fls. 316/322 refutando a alegação de preliminar de ilegitimidade ativa e ratificou as razões recursais.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

1. *Da questão de legitimidade ativa*:

A questão prejudicial aventada é se o Ministério Público tem ou não legitimidade para propor ação civil pública, objetivando o ressarcimento aos cofres públicos, em decorrência de alegados desvios de verbas.

A matéria não é nova, pelo contrário, já foi tantas vezes decidida por nossos tribunais que já não comporta mais qualquer dúvida, bastando recordar aqui a copiosa jurisprudência trazida à colação pelos dignos representantes do Ministério Público de primeiro e de segundo graus em suas alegações.

Com efeito, quando do julgamento dos Embargos Infringentes nº 49.472-4, na Apelação Cível nº 29.976-8, da Comarca de Itapajipe, como Relator do voto condutor do acórdão, tive oportunidade de salientar:

"Para melhor exame da matéria deve-se antes de mais nada aferir a função do órgão ministerial como 'instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' no conceito consagrado pelo art. 127 da Carta Magna.

E, no caso específico da ação civil pública, não se há de perder de vista o que consta expressamente do texto constitucional no art. 129, III, que, inegavelmente é de maior alcance e de muito mais extensão do que a própria Lei 7.347/85, que o precedeu.

A propósito é salutar repetir a lição de Hugo Nigro Mazilli quando lembra que após o advento da Carta Magna, 'abandonou-se o sistema, até então vigente, de limitar a numerus clausus *as hipóteses de ações civis públicas a cargo do MP' e adentrar no alcance da expressão 'patrimônio público e social' incluída no contexto desta ação.*

É que, antes do advento do novo texto constitucional, a lesão ao patrimônio proveniente de desvio de verbas públicas, no desrespeito às normas que resguardam o erário contra a voracidade de administradores inescrupulosos e que procuram locupletar-se do bem público, só havia um procedimento adequado para se obter a reparação do dano patrimonial, que é a ação popular instituída pela Lei nº 4.717/65.

Ficava assim o erário desfalcado e submetido à iniciativa do cidadão mal-informado, com as normais dificuldades de ingresso em juízo em defesa do patrimônio público.

horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV - em qualquer caso que exija o afastamento para ao exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse".

O que a norma constitucional proibe de forma bastante clara é a remuneração dupla pelo exercício de apenas uma função pública, ou seja, investido no cargo eletivo, não pode o agente político receber remuneração por este cargo juntamente com a remuneração pela função de servidor público, pois na verdade está trabalhando ou prestando serviços à Administração Pública em apenas uma destas funções. Tanto é assim que a própria norma estabelece uma única exceção - para o Vereador, pois pode perfeitamente haver compatibilidade de horários. As sessões da Câmara de Vereadores acontecem em horários compatíveis com o exercício de outro cargo ou função pública.

E, se houver alguma dificuldade na interpretação de tal dispositivo, a norma expressa contida no inc. XVI do art. 37 da Carta Magna não deixa qualquer dúvida:

"*é vedada a acumulação de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI*".

O *caput* deste artigo estabelece que Administração Pública de qualquer Poder, seja ele Executivo, Legislativo, Judiciário, seja da União, dos Estados ou do Município, "*obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*".

O exercício da função de Vice-Prefeito é o exercício de um mandato popular, é ato de administração do Poder Executivo municipal e, independente da vontade do mandatário, deve obrigatoriamente obedecer não só ao princípio da legalidade, como também ao da moralidade.

Receber dos cofres públicos o pagamento como Escriturário sem exercer esta função, sem prestar este serviço ao Município e ao mesmo tempo receber o pagamento de remuneração pelo cargo de Vice-Prefeito de Município ou de Secretário de Obras não é lícito, não é moral, não atende aos princípios insculpidos no art. 37 da CF.

Aliás, nem seria necessário que a norma constitucional de um povo exigisse do cidadão seriedade, moralidade e eficiência para o exercício da administração, pois isto é o mínimo que se pode esperar daqueles que exercem o poder em nome do povo.

O dinheiro público não deve ser visto como dinheiro fácil, que é despejado dentro dos cofres, mas como dinheiro recebido do povo. Especialmente o dinheiro do Município e de municípios que enfrentam sérias dificuldades de toda ordem, como é o caso de Ferros, onde toda a população é contribuinte, seja aquele pequeno e humilde cidadão trabalhador braçal que luta diariamente para ganhar o pão que alimenta e mantém a vida da família e que possui uma humilde residência sobre a qual recai o IPTU e as taxas municipais, seja aquele outro abastado cidadão que também quer construir o progresso de sua cidade com suas empresas, com seus empregos, com sua produção e que também contribui em maior proporção com os impostos e taxas municipais.

Este dinheiro precisa ser respeitado pelo administrador público seja por dever legal ou constitucional, seja pelo respeito à moralidade no exercício do cargo que o povo lhe confiou.

E não se pode ter como lícito receber remuneração sem que haja a contraprestação de serviços, de trabalho para a Administração Pública. E é exatamente por isto que o legislador constituinte teve a preocupação de inserir na Carta Maior a vedação de se acumularem cargos públicos remunerados, quando não houver compatibilidade de horários.

Ora, como pode o cidadão exercer ao mesmo tempo o cargo de Escriturário da Municipalidade e ao mesmo tempo estar prestando algum tipo de serviço ao mesmo Município como Vice-Prefeito? Como pode estar exercendo a função de Secretário de Obras Públicas e ao mesmo tempo exercendo a função de Vice-Prefeito?

A questão é muito clara. Qualquer pessoa é capaz de entender isto.

Não seria possível ao Dr. Promotor de Justiça estar recebendo sua remuneração pelo exercício deste cargo e ao mesmo tempo receber a remuneração como Prefeito ou Vice-Prefeito, pois não tem o dom da ubiqüidade, não poderia estar trabalhando ao mesmo tempo nas duas funções.

E isto serve para o juiz, para o desembargador, para o governador, para quem quer que exerça cargo ou emprego públicos.

Não há como discutir ou tentar interpretação diferente do que está tão claro e tão expresso na norma constitucional.

A jurisprudência transcrita do douto parecer ministerial de fls. 321 merece aqui ser repetida:

"*Não pode o Vice-Prefeito acumular a remuneração decorrente de emprego em empresa pública estadual com a representação estabelecida para o exercício eletivo (Constituição Federal art. 29, V, e art.38, II). O que a Constituição excepcionou, no art.38, III, no âmbito municipal, foi apenas a*

situação do Vereador, ao possibilitar-lhe, se servidor público, no exercício do mandato, perceber as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, quando houver compatibilidade de horários; se não se comprovar a compatibilidade de horários, será aplicada a norma relativa ao Prefeito (CF, art. 38, II). Hipótese em que o acórdão não reconheceu ao Vice-Prefeito, que exercia emprego em empresa pública, o direito a perceber cumulativamente, a retribuição estabelecida pela Câmara Municipal" (RE 140.269-RJ, Relator Min. Néri da Silveira, j. em 1°.10.96).

Em tais termos, *reformo a r. sentença de primeiro grau*, tendo como prejudicado o recurso voluntário, para julgar procedente o pedido e condenar o réu a ressarcir ao Município o valor recebido na quantia de R$14.461,40, corrigido monetariamente desde a data de cada parcela indevidamente recebida, acrescido este valor de juros moratórios à taxa de 6% ao ano a contar da citação.

Condeno-o ainda ao pagamento das custas processuais.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SERVIDOR - HORAS EXTRAS - INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS - PREVISÃO LEGAL - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 11, §§ 1° E 4°, DA LEI ESTADUAL N° 10.745/92

- É possível a incorporação aos proventos de aposentadoria da medida de horas extras percebidas regularmente pelo servidor, por vários anos, se há previsão legal (art. 11, § 4°, da Lei Estadual n° 10.745/92) e se foi obedecido o limite máximo de horas mensais em regime extraordinário admitido por lei (art. 11, § 1°, da mesma lei).

APELAÇÃO CÍVEL N° 229.136-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Servidor público - Incorporação aos proventos de aposentadoria da média de extras percebidas regularmente por vários anos de trabalho em regime extraordinário - Possibilidade à vista de previsão legal.

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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Cuida-se de ação ordinária ajuizada por servidor aposentado dos quadros do Ipsemg, objetivando incorporar a seus proventos os valores relativos às horas extras percebidas regularmente nos últimos quatro anos que antecederam sua aposentadoria, devido ao serviço em regime extraordinário que exercia, buscando respaldo em diversos diplomas legais, com cópias carreadas aos autos.

Julgado procedente o pedido exordial, a sentença é submetida ao duplo grau de jurisdição, dela recorrendo voluntariamente a autarquia estadual que deduz, em preliminar, nulidade do *decisum* por cerceamento de defesa. No mérito, suscita a inaplicabilidade imediata do artigo 11, § 4°, da Lei Estadual n° 10.745/92, o mais recente diploma legal dispositivo sobre a matéria, por entender necessária sua regulamentação por decreto, de acordo com a previsão inserta no § 5°.

Diz ainda tratar-se de parcelas de cunho indenizatório, pagas em função de anormalidades do serviço público sem se incorporarem ao vencimento, na forma de doutrina que cita, acrescentando que postura contrária da Administração estaria a vulnerar o princípio da legalidade, de obrigatória observância pelo ente público.

Afasta-se a preliminar argüida, tendo em vista que a prova pretendida já se encontra nos autos. Certidão vista às fls. 14/15-TJ, emitida pela ré, dá notícia do tempo de serviço do autor em regime extraordinário, de forma a dispensar a prova pericial requerida.

No mérito, anote-se que a princípio o serviço prestado em regime extraordinário não cria para a Administração Pública vínculo definitivo com o servidor em relação à remuneração percebida em função daquela atividade exercida em condições excepcionais, pois que pagas com o vencimento e dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor. Vantagens como a que ora se cogita, decorrente da função ou do serviço, via de regra, não se incorporam automaticamente ao vencimento nem o acompanham em suas mutações, muito menos quando este se converte em proventos da inatividade, a não ser quando haja determinação legal nesse sentido, e tal se vislumbra na espécie.

Segundo prescrição do art. 3° da Lei n° 6.565/75, na redação da Lei n° 8.330/82, integrarão os proventos da inatividade do servidor as gratificações por ele recebidas "*pelo período mínimo de 1.460 (um mil quatrocentos e sessenta) dias, desprezado qualquer tempo anterior a 730 (setecentos e trinta) dias de interrupção*".

Por sua vez, a Lei n° 10.745/92, que deu nova redação à de n° 10.363/90, ao tratar da convocação de servidor para a prestação de serviço em regime extraordinário, garantiu a incorporação de horas extraordinárias aos proventos de aposentadoria ao dispor em seu artigo 11, § 4°:

"*Aplica-se ao servidor em regime de trabalho de que trata este artigo o disposto no artigo 3° da Lei n° 6.565, de 17 de abril de 1975, modificado pelo artigo 13 da Lei n° 8.830, de 29 de novembro de 1982, observado o valor da hora extraordinária à época da aposentadoria*".

O limite máximo de horas mensais em regime extraordinário admitido por lei restou obedecido, atendendo-se ao disposto no § 1° do artigo 11 da Lei n° 10.745/92, e a ausência do decreto regulamentador de que trata o § 5° não inibe a concessão do direito ao servidor, uma vez que já definidas pela norma legal as regras básicas que possibilitam sua aplicação, restando ao decreto regulamentador dispor "*sobre os afastamentos que serão considerados para efeitos de percepção da média de horas extraordinárias*", o que a espécie dispensa.

Do período de interrupção para efeito de perda do direito à incorporação já tratou o artigo 3° da Lei n° 6.565/75, e o autor, ora recorrido, comprova nos autos que somente por 60 (sessenta) dias esteve afastado do regime extraordinário de trabalho, sendo que o direito se perderia a partir de 730 (setecentos e trinta) dias, e, ainda que descontado o período de afastamento, a gratificação pelo serviço extraordinário restou creditada por tempo superior a 1.460 dias.

A matéria *sub judice* já foi enfrentada por esta Corte em oportunidade diversa, conforme se vê do precedente jurisprudencial visto às fls. 43/46, oriundo da Quarta Câmara Cível, e solução idêntica se dá à espécie, pois provadas pelo autor as condições que o fazem destinatário da norma legal.

No reexame necessário, mantenho a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

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

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ASSISTÊNCIA MÉDICA DEFICIENTE E ERRÔNEA - AMPUTAÇÃO DE PERNA DA PACIENTE - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - REPARAÇÃO

- Sujeita-se o Poder Público à responsabilidade objetiva de reparação de danos físicos, morais e estéticos, quando a assistência médica dispensada por seu preposto à paciente não atende aos cuidados normais e acarreta, por negligência, imperícia ou imprudência do profissional, a amputação de membro inferior da paciente.

- Segundo a teoria dos antecedentes causais, tudo aquilo que contribui para o resultado, *in concreto*, é causa, não se distinguindo entre causa e condição. Se, remotamente, a causa da lesão foi a queda da paciente, seu inadequado e ulterior tratamento constitui uma concausa eficiente, sem a qual não teria ocorrido a amputação.

APELAÇÃO CÍVEL N° 229.445-2/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Responsabilidade objetiva do Estado - Assistência médica deficiente e errônea - Amputação de perna da paciente - Danos materiais, morais e estéticos - Reparação. - Sujeita-se o Poder Público à responsabilidade objetiva de reparação de danos físicos, morais e estéticos, quando a assistência médica dispensada por seu preposto à paciente não atende aos cuidados normais e acarreta, por negligência, imperícia ou imprudência do profissional, a amputação de membro inferior da paciente.

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, 11 de abril de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Conheço do recurso, por reunir condições legais de admissibilidade.

Dele conhecendo, passo então à análise das matérias questionadas nos autos.

A primeira delas - ponto de partida para o julgamento - consiste no exame da tese da responsabilidade objetiva do Estado, base e fundamento, por sinal, dos pedidos indenizatórios.

A propósito, cumpre salientar que não constitui nenhuma demasia repetir aqui e agora aquilo que já se converteu em verdadeiro truísmo jurídico-constitucional, ou seja, o axiomático entendimento de que a nossa ordem política adotou e vem ainda admitindo a responsabilidade objetiva do Estado, ou a teoria do risco administrativo - art. 37, § 6° -, para cuja caracterização a doutrina se contenta com a própria e simples existência material do fato e o dano que dele possa resultar em detrimento do particular, independentemente da verificação da culpa *lato sensu*.

Somente se eximirá o Poder Público desse ônus se provar que o fato lesivo decorreu de força maior, causa fortuita ou de culpa exclusiva da vítima.

A segunda matéria diz respeito, por sua vez, à garantia de ressarcimento do dano moral, erigida, hoje, em direito individual - art. 5°, X, da CF/88.

Firmadas essas premissas, passa-se então à subsunção do fato às normas jurídicas aplicáveis ao caso.

A autora, menor de 13 anos, dirigia-se à escola que freqüentava, em data de *08.03.94*, quando tropeçou no caminho e bateu seu joelho esquerdo de encontro à calçada, ocasionado-lhe lesões e dores agudas que a levaram a procurar o Pronto Socorro Municipal de Passos, cidade mais próxima, onde, atendida pelo médico de plantão, lhe foi prescrito apenas o uso de antiinflamatórios, a par da aplicação da proteção de enfaixamento da perna esquerda.

Com essas duas providências, o facultativo optou pela dispensa da paciente, com a observação de que seriam elas suficientes para conjurar aquele quadro clínico, tornando desnecessária a internação da menor, não obstante a advertência de que deveria permanecer ela em repouso, em casa, com "a perna levantada", e de que poderiam também surgir complicações, devendo retornar ao hospital se o órgão apresentasse coloração roxa e vermelha - fl. 152-TJ.

Registre-se que o facultativo insistiu em recusar a internação, ponderada, aliás, pela acompanhante da paciente, mesmo depois de haverem ocupado, de volta, a ambulância, de regresso à Cidade de Delfinópolis.

Dois dias depois - 10.03.94 - como se agravara sobremaneira o quadro clínico da paciente, foi ela reconduzida, às pressas, à Cidade de Passos, onde, já agora atendida na Santa Casa local por outro facultativo, e após realizados os exames necessários, a conclusão a que se chegou não foi outra senão a necessidade de urgente amputação da perna lesionada.

Diante dessa contundente realidade, a paciente foi encaminhada ao Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, São Paulo, onde se chegou à mesma conclusão de que o único recurso, àquela altura, seria a amputação da perna, então totalmente necrosada, o que afinal se realizou em *16.03.94*.

Esses, pois, em síntese, os fatos essenciais geradores da presente medida judicial.

Ora, o Município, para se safar da obrigação de indenizar, argumenta que não lhe coube qualquer parcela na queda que degenerou nas lesões sofridas pela paciente, com o que conclui então não se haver configurado a relação de causalidade entre um fato de que não participara e a amputação da perna esquerda da paciente.

O argumento, entretanto, envolve engenhoso sofisma, que não se pode validamente aceitar.

O art. 159 do Código Civil dispõe, com efeito:

"*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*".

No campo do direito público, em razão do princípio da responsabilidade objetiva, essa norma se transfere do preposto e agente público para a Administração.

Ora, o CP/40, repetido, nesse particular, pela reforma penal de 1984, assim conceitua a relação de causalidade:

"*Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*".

Segundo a teoria dos antecedentes causais, tudo aquilo que contribui para o resultado, *in concreto*, é causa, não se distinguindo entre causa ou condição.

Se, remotamente, a causa da lesão foi a queda da paciente, seu inadequado e ulterior tratamento constituiu uma concausa eficiente, sem a qual não teria ocorrido a amputação.

A negligência e a imperícia com que agiu o facultativo se tornam patentes diante do fato de não haver feito a necessária anamnese (uma paciente que se dispõe a viajar 100 km em busca de atendimento médico deixa claro um processo de sofrimento agudo denotando quadro mais grave do que uma simples lesão no joelho, hipótese então em que o enfaixamento seria desaconselhado). Além disso, podem ser medidas também pela autoridade científica do pronunciamento do Prof. Fued Elias Esper, Professor Titular de Cirurgia Geral da Universidade Federal de Uberlândia - fl. 137-TJ -, ao declarar que o processo de evolução clínica era perceptível, e, assim sendo, se houvesse sido internada a paciente, o resultado danoso teria sido evitado.

Por outro lado, tanto eram previsíveis essas complicações que o próprio profissional que atendeu a paciente a alertou para essa probabilidade, recomendando-lhe que retornasse de imediato ao hospital, se persistissem as

dores e a inflamação e se surgissem colorações roxas e avermelhadas no membro inferior.

Ademais, há uma outra significativa particularidade, que não pode nem deve ser desconsiderada.

A recomendação do profissional era a de que a paciente permanecesse em repouso absoluto, em casa, "com a perna levantada".

Entretanto, não trepidou em forçá-la a viajar 100 km, retornando à sua terra, Delfinópolis, e depois mais 100 km de volta a Passos, se se agravasse seu estado clínico.

Como manter-se em repouso absoluto e em postura de "perna levantada" dentro do veículo que a conduzia?

Seria impossível seguir, dentro de um veículo em movimento, ao longo de 100 km de ida e 100 km de volta, as recomendações prescritas pelo profissional.

É lícito presumir, portanto, que essa desconfortante situação haja também concorrido para o agravamento da saúde da autora.

E, se assim o é, tornam-se mais patentes ainda a negligência, a imperícia e a imprudência do facultativo.

É inquestionável, pois, o nexo de causalidade entre o comportamento médico do servidor da Municipalidade e a amputação da perna da paciente, sem que pudesse elidi-lo qualquer das causas que teoricamente eximiriam ou mitigariam a responsabilidade objetiva do Município.

Quanto ao valor dos danos materiais, considero que os motivos apresentados pela douta PGJ para reduzir o valor da pensão mensal a um salário mínimo, em lugar de três, como se pleiteia na inicial, estão a justificar, a meu ver, o que pede a autora.

Com a perna amputada, terá a autora de arcar, pelos tempos em fora, com gastos permanentes com "fisioterapeuta, psicólogos, nutricionistas e endocrinologistas", além dos encargos decorrentes de prótese que lhe for recomendada.

Como cobrir todo esse montante com um só salário mínimo?

Como atender aos demais e obrigatórios gastos com alimentação, vestuários e diversões?

Entendo, por isso, que o pensionamento da ordem de três salários mínimos, principalmente se devidos por um órgão público, não destoa do justo e razoável, devendo ser pago à autora enquanto viver.

Quanto aos danos morais, adoto, aqui, toda a fundamentação do parecer da douta PGJ, mesmo porque não se trata de indenização permanente senão uma só e única parcela de pagamento, nela compreendidos também os danos estéticos, de acordo com respeitáveis correntes de opinião.

Dou provimento parcial ao recurso, para, reformando a sentença, julgar procedente, em parte, o pedido, e condenar o Município a pagar à autora o valor fixado para os danos materiais, com o acréscimo do que resultar em despesas com aquisição e implantação de próteses e perna mecânica, bem como o valor fixado para danos materiais e estéticos, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO PARCIAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Cláudio Costa) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04.04.2002, a pedido do Revisor, após o meu voto, como Relator, dando provimento parcial.

Com a palavra o Des. Aluízio Quintão.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Tive a oportunidade de novamente ter acesso aos autos, de conferir minhas anotações e o voto de V. Exa., como Relator, para confirmar o ponto de vista que, desde o primeiro momento, tinha adotado, no exato sentido do seu voto, concluindo pelo provimento parcial do recurso, e, com isto, julgando procedente, em parte, o pedido inicial indenizatório múltiplo, reiterando, portanto, a condenação do Município a pagar à autora-apelante a reparação dos valores solicitados, tanto para os danos materiais, com o acréscimo das despesas de aquisição e implantação de prótese e perna mecânica, quanto para os danos morais e estéticos, ficando invertidos os ônus da sucumbência. Para tanto, alerto que, no voto de V. Exa., houve um pequeno engano, com relação à repetição no final, de danos materiais, quando, na verdade, trata-se ali de danos morais.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Tendo em vista a observação do em. Revisor, estou verificando que, de fato, houve troca de expressão: danos morais pela expressão: danos materiais. Fica, portanto, corrigido o erro material, onde se lê: "danos materiais", deve-se ler: "danos morais". Isto na parte dispositiva do meu voto, mais precisamente na última linha do pronunciamento.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANOS AO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO E HISTÓRICO DA CIDADE - EXISTÊNCIA DE ACERVO DOCUMENTAL HÁBIL À SUA DEMONSTRAÇÃO (DELES, DANOS) - PRETENDIDA ELABORAÇÃO DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - AUSÊNCIA DE IMPRESCINDIBILIDADE

- Se já constam dos autos elementos documentais hábeis à demonstração *salienter tantum* de que o tráfego pesado de veículos tem efeito deformador no solo, o que pode culminar não só por romper as galerias, mas também pressionar os numerosos muros de arrimo da cidade, e se, ademais, os aparelhos sonoros, sempre utilizados no mais alto volume nos eventos do calendário, produzem vibrações, com danosas repercussões sobre suas frágeis e vetustas edificações - comprometendo o seu patrimônio arquitetônico e histórico -, deixa de ser imprescindível, para o desate do feito, a elaboração de estudo de impacto ambiental.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 229.543-4/00 - Comarca de Ouro Preto - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Ação civil pública - Danos ao patrimônio arquitetônico e histórico da cidade - Existência de acervo documental hábil à sua demonstração (deles, danos) - Pretendida elaboração de estudo de impacto ambiental - Ausência de imprescindibilidade. - Se já constam dos autos elementos documentais hábeis à demonstração *salienter tantum* de que o tráfego pesado de veículos tem efeito deformador do solo, o que pode culminar por romper não só as galerias, mas também pressionar os numerosos muros de arrimo da cidade, e se os aparelhos sonoros, sempre utilizados no mais alto volume nos eventos do calendário, produzem vibrações, com danosas repercussões sobre suas frágeis e vetustas edificações, comprometendo o seu patrimônio arquitetônico e histórico - deixa de ser imprescindível, para o desate do feito, a elaboração de estudo de impacto ambiental.

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 AO AGRAVO RETIDO E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 06 de junho de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a ação civil pública intentada pelo dinâmico representante do Ministério Público da Comarca de Ouro Preto, Dr. Luiz Henrique Manoel da Costa, com vistas à manutenção da integridade urbanística daquela cidade, ameaçada pelos reflexos da excessiva afluência de público nos acontecimentos culturais de grande vulto que ocorrem em seu centro histórico, notadamente as comemorações atinentes ao carnaval, 21 de abril, festival de inverno e 12 de outubro. Pediu antecipação de tutela.

A inicial relata impropriedades no planejamento político da cidade, destacando o fato de que o turismo é explorado sem qualquer critério, pondo em risco não só a vida de seus habitantes e visitantes, mas também os seus traços arquitetônicos, que a erigiram à conta de Patrimônio Cultural da Humanidade.

Cogita seja providenciado, pela Prefeitura Municipal, estudo de impacto ambiental atinente a todas e quaisquer festividades e comemorações nas regiões de risco, bem como ao tráfego pesado de veículos na zona urbana, não se permitindo a realização daqueles eventos e proibindo-se o trânsito de caminhões de carga pelas vias que compõem o centro histórico da cidade.

Para ilustrar seu arrazoado, traz o Ministério Público cópias de atas de audiências públicas realizadas com a participação de integrantes da sociedade civil, políticos e comerciantes locais, na sede da Promotoria (fls. 12/15-TJ) e também na sede da Prefeitura (fls. 16/22-TJ).

Mediante as cópias, ficou evidenciada a preocupação dos participantes dessas audiências (reuniões), quanto à segurança da cidade, ressaltando a posição dos chefes da Polícia Civil e Militar, bem como do Comandante do Corpo de Bombeiros, os quais apontam deficiências de planejamento e insuficiência de seus efetivos, para superar eventuais problemas decorrentes de grandes aglomerações.

Foi designada audiência preliminar para oitiva das partes interessadas (fls. 24/25-TJ) e oficiou-se às autoridades locais para que carreassem aos autos cópias de documentos que se referissem à *quaestio* posta, notadamente, boletins de ocorrências (fls. 925/1.037-TJ), calendário oficial da cidade (fls. 34/43-TJ), relação das empresas de transportes coletivos, bem como levantamento de danos geológicos preparados e afins (fls. 56/384-TJ) e estudos de transportes urbanos (fls. 841/924-TJ).

O Ministério Público anexou (fls. 963/1042-TJ) mais boletins de ocorrências policiais e estudo de poluição sonora, além de abaixo-assinados contra festas realizadas pelos estudantes residentes nas "repúblicas" da cidade.

A Prefeitura encaminhou legislação específica, concernente à sonorização, e acordos realizados com as empresas de transporte quanto à utilização do centro urbano pelos veículos de circulação (fls. 1.043/1.063-TJ).

O pedido de antecipação de tutela foi apreciado pela ilustre Juíza *a quo*, Dra. Lúcia de Fátima Albuquerque

Magalhães Silva, que o indeferiu de plano, no que concerne à suspensão imediata dos eventos e da circulação de veículos no centro histórico da cidade. Todavia, acolheu (até porque não poderia ser de outra forma) o pedido de aplicação da legislação municipal que regula os limites de tolerância de som, e, ainda, determinou a intimação da União e do Estado para se manifestarem acerca do pedido, uma vez que os interesses em conflito extravasavam os limites da Municipalidade (fls. 1.064/1.069-TJ). Da decisão indeferitória da liminar, o MP interpôs agravo retido (fls. 1.070/1.071-TJ). Foram feitas as intimações.

Houve contestação (fls. 1.076/1.090-TJ).

Idem, impugnação (fls. 1.105/1.139-TJ).

Seguiu-se a juntada de outros tantos documentos e requerimentos pelo Ministério Público, dos quais tomou conhecimento o Município. As partes, ao final, acordaram acerca do conhecimento da ação diretamente, sem mais provas a produzir.

Em análise final da controvérsia, o eficiente Magistrado, Dr. Magid Nauef Lauar, julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 2.034/2.058-TJ), cuja parte dispositiva ora se transcreve:

"*Julgo parcialmente procedente o pedido inaugural, no sentido de determinar ao Município de Ouro Preto o seguinte:*

a) que se abstenha de promover, cooperar, patrocinar, colocar ou autorizar a colocação de aparelhagem de sons mecânicos dirigidos - tão-somente - para a realização das festas carnavalescas nos seguintes locais:

- toda a área das seguintes Praças: Tiradentes; Reinaldo Alves de Brito, Silviano Brandão e Barão do Rio Branco;

- toda a extensão das seguintes Ruas: Paraná, Conde de Bobadela, Senador Rocha Lagoa, São José, Américo Lopes, Getúlio Vargas e Diogo de Vasconcelos, até que haja condições reais de segurança às pessoas e ao patrimônio histórico (vias de acesso, hidrantes, vistoria prévia do Corpo de bombeiros, etc.);

b) que se abstenha de conceder alvarás e recolha aqueles porventura já concedidos para funcionamento de comércios (estabelecidos ou não) que visem à mercancia exclusivamente para o período carnavalesco e que sejam incompatíveis ou inviabilizem o cumprimento do disposto na letra "a" (com sonorização mecânica externa em todas as praças e ruas supra- referidas);

c) que durante o período carnavalesco mantenham-se livres e desimpedidas pelo menos duas vias de acesso ao Hospital Municipal (os dois sentidos da Rua Pandiá Calógeras e parte superior à direita - sentido centro/bauxita da Rua dos Inconfidentes);

d) que cumpra e faça cumprir - independentemente do período carnavalesco - o termo de acordo (ou ajustamento) elaborado pelo Ministério Público local, Município de Ouro Preto e outros, pertinente ao tráfego de veículos (fls. 1.004/1.066-TJ);

e) que cumpra, faça cumprir e auxilie o cumprimento - independentemente do período carnavalesco - da Lei Municipal nº 178/80 (alterada pela Municipal nº 69/95), combinada com a Lei Estadual nº 7.032, de 21/07/78, modificada pela 10.100/90, observando-se, em especial no período carnavalesco, o disposto no artigo 4º, V, da Lei Estadual nº 7.203, de 21/07/78 ("...locais permitidos pelas autoridades...)".

Inconformado com o r. *decisum*, apela o Ministério Público (fls. 2.102/2.126-TJ), requerendo a apreciação do agravo retido. Em preliminar, argúi: a) nulidade da sentença por cerceamento de defesa, porque não se procedeu à produção das provas requeridas; b) julgamento *extra petita*, em face do deferimento de pedidos sucessivos, pendentes de pedido principal rejeitado.

No mérito, reafirma a pertinência e a necessidade de realização do estudo de impacto ambiental e relatório final, transcrevendo *ipsis litteris* trecho da impugnação já relatada (fls. 2111/2125-TJ).

Há contra-razões, na qual o Município manifesta sua concordância, no que tange à r. sentença verberada (fls. 2.156/2.177-TJ).

O Ministério Público de segundo grau, em r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça, Dr. Almir Alves Moreira, recomenda o provimento, em parte, do apelo, "... *a fim de que seja imposta ao Município de Ouro Preto tão-somente a obrigação de proibir o tráfego de veículos pesados no centro histórico da cidade, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida*" (fls. 2.195/2.203-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Conhece-se do recurso de ofício, bem como do voluntário, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Do agravo retido.

Foi o agravo retido interposto para questionar a decisão que negou a antecipação de tutela, com relação a alguns dos pedidos do apelante voluntário (fls. 1.070/1.071-TJ).

Todavia, com a superveniente sentença, o interesse de agir, quanto ao agravo, desapareceu, como reconhece o próprio apelante, em suas razões, ao afirmar que "... *as questões decididas no despacho liminar agravado foram confirmadas e inclusive ampliadas na sentença, confundindo-se já agora com o exame do mérito...*" (fl. 2.104-TJ).

Ora, tido em conta que, em juízo definitivo, procedeu-se à apreciação

da totalidade dos pedidos, a pretensão do agravo retido se esvaziou, isto é, ficou sem objeto, *permissa venia.*

Julga-se, pois, prejudicado o agravo.

Das preliminares.

Do cerceamento de defesa.

Está nos autos que o término antecipado da fase cognitiva ficou condicionado a um juízo favorável à aspiração do Ministério Público, tanto que o combativo Promotor Luiz Henrique Manoel da Costa, em sua manifestação de fls. 2.013/2.014-TJ, salientou, *verbis*:

"... *sem prejuízo dos requerimentos pertinentes à instrução probatória ainda não atendidos, caso V. Exa. entenda,* como o Ministério Público, *que se encontram provados nos autos de forma satisfatória os fundamentos de fato e de direito que amparam a procedência do pedido inicial,* não me oponho a que seja proferida sentença, no estado em que se encontra o processo" (fl. 2.014-TJ).

Também está nos autos que o ilustre Sentenciante entendeu necessária a prova pericial, para comprovar o invocado dano ao patrimônio histórico da vetusta e admirável Ouro Preto. Ora, se essa prova havia sido requerida na exordial da ação civil pública ajuizada, o julgamento do processo no estado em que se encontrava ficaria *obstaculizado*, evidentemente. Daí o cerceamento de defesa argüido.

Conquanto caracterizado o cerceamento, afigura-se melhor, mais oportuno e proveitoso que se mantenha a sentença, pois a decretação de sua nulidade *seria ainda pior* aos lídimos interesses difusos que a ação ministerial busca amparar, pondere-se.

A propósito, como ressaltou, com acuidade, o culto Procurador Almir Alves Moreira, "... *embora configurado o cerceamento de defesa, não convém seja anulada a sentença, pois esse resultado seria mais prejudicial aos interesses difusos que se pretende proteger, em virtude do restabelecimento do* status quo ante, *o que possibilitaria a realização da festa carnavalesca de 2002 com os riscos geológicos mencionados na ação civil pública e, também, com os problemas destacados pelo Magistrado. Ademais, nada impede que os pedidos indeferidos sejam objeto de outra ação, na qual poderão ser produzidas as provas do dano real ou potencial no patrimônio histórico de Ouro Preto, porquanto não faz coisa julgada material a sentença que considera improcedente o pedido por falta de provas, consoante o art. 16 da Lei 7.347/85*" (fl. 2.200-TJ).

Tem-se, pois, o quanto basta à rejeição da primeira preliminar.

Do julgamento extra petita.

Ademais, o desate condenatório imposto ao Município-réu não está fora do pedido. Afina-se com a proemial, tanto que nesta, em seu item 7/b, pretendeu o Ministério Público que ele

(réu) se abstivesse "... *de autorizar, promover ou cooperar com a realização de festas e eventos mencionados*". No rol desses eventos consta o carnaval, tendo, a seu respeito, sido, em parte, atendido o pedido, pois o Município-réu deixou de patrocinar ou cooperar na realização do carnaval, cooperação que ocorria, nos anos anteriores. Em suma, ainda que por vias mediatas, a sentença, quanto às festividades carnavalescas, surtiu efeito. Pondere-se que sua anulação - dela, sentença - culminará por ocasionar *efeito inverso*, ou seja, passará a permitir o carnaval nos locais nela especificados, o que será danoso ao patrimônio histórioco, voltando tudo ao *status quo ante...*

Rejeita-se, pois, também a segunda preliminar.

Do mérito.

No que concerne ao transporte coletivo de passageiros pelo centro histórico, basta que se cumpra o termo de ajustamento de conduta que firmaram o Ministério Público, o Município de Ouro Preto e demais entidades também signatárias. Esse termo, porém, não é extensivo à proibição do *tráfego de caminhões pesados* no frágil centro histórico. Todavia, a sentença poderia tê-lo proibido, pois consta dos autos prova técnica a tanto hábil, ou seja, o estudo sobre o transporte urbano daquela cidade, com supedâneo em testes de vibrações e pesquisas de acidentes motivados pelo tráfego de veículos pesados em suas ruas centrais.

Esse estudo técnico, embora realizado em 1983 (fl. 841 *usque* 924) vale para a atualidade, pois Ouro Preto é cidade que não pode ser modificada, eis que tombada, o que vale dizer, o lapso de tempo que medeia entre aquela época (1983) e hoje não tem o condão de modificar a realidade atual, que é a mesma, tido em conta o tombamento.

Daí nada impedia que a sentença se pronunciasse a respeito, procedendo à proibição do tráfego de veículos pesados - caminhões. Note-se, ainda, a propósito, que esse valioso estudo técnico não conflita com qualquer outro dado probatório constante destes volumosos autos, isto é, não sofreu contrariedade. Estava, pois, apto a merecer receptividade, quando da prolação da sentença, *renovata venia.*

No que tange ao estudo de impacto ambiental, este destinado à avaliação das condições do solo e das construções que compõem o centro histórico e adjacências, conquanto fosse importante, inclusive e notadamente para efeito de concessão de alvarás, não se afigura imprescindível ao desate da questão jurídica de que se ocupam estes autos. É, *in haec specie*, prova dispensável, se tida em conta a presença, nestes autos, do já comentado estudo sobre o transporte urbano, que contém conclusão que põe à mostra *salienter tantum* a realidade fática das vias, do terreno e da topografia de Ouro Preto, evidenciando um misto de precariedade e fragilidade.

Eis a parte conclusiva desse valioso estudo: "... *o tráfego de veículos*

pesados é incompatível com o sistema viário de Ouro Preto (...), pois a maior parte dos acidentes graves ocorridos na cidade refere-se ao choque de veículos pesados contra fachadas, muros e postes (...). As vibrações decorrentes do tráfego pesado provocam deformações acentuadas nos terrenos, os quais podem resultar no rompimento de galerias e sobrecarga nos muros de arrimo" (fl. 846-TJ).

Ainda a propósito, registre-se que, no "*Levantamento de Áreas de Risco no Espaço Urbano de Ouro Preto*", elaborado pelo Professor Frederico Garcia Sobreira e alunos do Curso de Engenharia Geológica da Escola de Minas, concluiu-se, *verbis*:

"*Caso não se tomem as medidas urgentes, no sentido de recuperação dos locais afetados, execução de obras preventivas e, principalmente, de orientação e fiscalização, quanto às formas mais adequadas de ocupação, além do planejamento e controle da expansão da cidade, Ouro Preto está sujeita a ficar mais conhecida pela repetição de tragédias do que pelo que representa historicamente para o Estado e o País*" (fl. 221-TJ).

Também a propósito, o engenheiro José Alberto Alves de Brito Pinheiro, em seu estudo, ao concluir, considerou que "... *o volume de carnavalescos na Rua São José e o impacto dos mesmos sobre o patrimônio histórico equivaleria ao deslocamento contínuo de cerca de 50 caminhões-caçamba de minério carregados*" (fl. 13-TJ).

É o quanto basta à demonstração suficiente e segura dos inegáveis inconvenientes do tráfego de veículos pesados pelo centro histórico e cercanias. A ação desses veículos é deformadora do solo, pois gera vibrações, o que pode fazer romper não só as galerias, mas também os muros de arrimo que são numerosos na cidade. À sua vez, os aparelhos sonoros, sempre utilizados no mais alto volume *nos eventos do calendário*, também produzem vibrações, *com danosos efeitos* sobre as tão antigas edificações de Ouro Preto. São, pois, *prejudiciais* ao patrimônio histórico. É o suficiente.

Ora, se os elementos instrutórios dos autos *levam a essas conclusões*, infere-se que o tão discutido estudo de impacto ambiental, na espécie *sub judice*, torna-se dispensável. O julgador, à vista desses elementos e conclusões, tem nos autos os dados hábeis ao desate do feito.

À luz do exposto, em reexame necessário e *em preliminar*, nega-se provimento ao agravo retido e rejeitam-se as nulidade argüidas. *No mérito*, confirma-se a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS

- Não pode a Fazenda Pública redirecionar a execução contra o coobrigado, quando não demonstrada a dissolução irregular da devedora, que chegou a oferecer bens à penhora suficientes para o adimplemento da obrigação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 229.998-0/00 - Comarca de Tupaciguara - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Embargos à execução fiscal - Ilegitimidade passiva dos sócios . - Não pode a Fazenda Pública redirecionar a execução contra o coobrigado, quando não demonstrada a dissolução irregular da devedora, que chegou a oferecer bens à penhora suficiente para o adimplemento da obrigação.

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.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

Em execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra Prolat Produtos Lácteos Ltda., visando receber multa isolada por transporte de mercadorias acompanhadas de notas fiscais com respectivos prazos de validade vencidos, manifestou a executada e os sócios coobrigados embargos do devedor, julgados improcedentes pela sentença de fls. 105/108, apelando os embargantes.

Alegam negativa de vigência ao CTN, art. 135, vez que os sócios da empresa não poderiam estar sendo executados, sem demonstração de infringência, por parte desses sócios, às

ressalvas contidas na norma legal. Sustentam a ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo que não se presume a responsabilidade do sócio pela dívida fiscal da sociedade, sendo que o descumprimento de obrigação tributária não acarreta sua responsabilidade, necessitando a prova de ter agido com violação à lei ou ao contrato.

Procede a pretensão recursal.

É certo que, ajuizada execução fiscal contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e não localizados bens desta suficientes à satisfação da dívida, pode o processo ser redirecionado contra o sócio-gerente, hipótese em que este deve ser previamente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada.

Isto porque, em princípio, não é responsável por débitos fiscais da empresa, uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o sócio que não tem atribuições de gerência, mesmo porque esta não é sociedade de pessoas, mas de capital.

No caso, em que pese a não existir qualquer informação de exercerem os embargantes a gerência da empresa ou não, sem importância o pormenor, quando se verifica que a executada ofereceu bem a penhora (fl. 27, autos da execução) e, mais, não há demonstração de estar a sociedade dissolvida, revelando a impertinência de incluir os sócios no pólo passivo da execução.

Ora, o que possibilitaria à exeqüente redirecionar a execução contra o sócio-gerente e até penhorar bem de coobrigado seria a dissolução irregular da devedora ou insuficiência dos bens à satisfação da dívida. Hipóteses aqui inocorrentes. Nesse sentido, REsp 7.397-MT, Rel. Min. Ari Pargendler, *RSTJ*, 81/160.

Pelo exposto, provejo o apelo para excluir do pólo passivo da execução os sócios embargantes.

Outrossim, apesar de terem os embargantes suscitado preliminar de ilegitimidade passiva dos sócios, rejeitada pela r. sentença, e de ter a exeqüente sustentado a sua legitimidade, não vislumbro tenha ela pedido a inclusão dos sócios coobrigados na lide, tampouco sua citação pessoal, sendo a execução direcionada somente contra a Prolat Produtos Lácteos Ltda., bem como citados os sócios como representantes legais da devedora, razão pela qual deixo de condenar a recorrida nos honorários. E, também, porque procedente a execução contra a devedora, conforme reconhecido pela r. sentença, com o reconhecimento dos embargantes, que não a impugnaram no mérito.

Custas, pela recorrida.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO E CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS - CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DENTRO DO PRAZO DA VALIDADE DO CERTAME - DIREITO À NOMEAÇÃO - SURGIMENTO

- Nasce o direito à nomeação do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas, se, dentro do prazo de validade do concurso público, ocorre a sua contratação precária para ocupar o cargo existente, com manifesto desprezo ao resultado do certame.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.406-1/00 - Comarca de Areado - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Administrativo - Concurso público - Prazo de validade - Contratação precária de candidato aprovado e classificado - Direito à nomeação - Surgimento. - Nasce o direito à nomeação se, dentro do prazo de validade do concurso para provimento dos cargos, ocorre contratação precária, até mesmo dos próprios aprovados no certame, com manifesto desprezo ao resultado do concurso.

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, 26 de março de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Edilma Maria de Araújo contra ato do Prefeito Municipal de Areado, onde a impetrante objetiva sua nomeação e posse no cargo para o qual foi aprovada em concurso público, uma vez que, escoado o prazo de validade do concurso, a mesma perderá sua vaga.

A impetrante alega que obteve a 71ª classificação no concurso, mas que, diante da desistência de outras candidatas passou a ocupar o 63º lugar, sendo certo que as vagas existentes para preenchimento são exatamente em número de sessenta e três, conforme Lei Municipal nº 180/00, que aumentou as vagas. Afirma que a Municipalidade deu posse à candidata de nº 62 no dia 15 de fevereiro de 2000, quando faltavam poucos dias para expirar o prazo de validade do concurso (19/02/00), e que foi contratada por prazo determinado, ao invés de ser nomeada e empossada.

Pela r. sentença de fls. 105/109-TJ, o MM. Juiz entendeu por bem denegar a segurança aos seguintes fundamentos:

- a impetrante não trouxe comprovante da data da homologação do

concurso, nem prova da efetiva prorrogação de seu prazo de validade;

- a Lei Municipal nº 180/00 não alterou o edital do concurso com relação ao número de vagas a serem preenchidas;

- o edital contemplava o preenchimento de apenas 45 vagas e, se outras foram criadas, jamais poderiam ser preenchidas sem que houvesse a realização de novo certame aberto indistintamente a todos os interessados;

- a impetrante foi contratada a fim de substituir temporariamente outra professora titular, o que não significa que o cargo se encontra vago;

- não há prova nos autos de que houve preterição da impetrante na ordem de classificação.

A recorrente, nas razões recursais de fls. 111/114-TJ, sustenta a reforma da r. decisão, alegando que o número de vagas foi aumentado dentro do prazo de validade do concurso para 63, com o advento da Lei nº 180/00. A prorrogação da validade para o dia 19/02/00 foi admitida pelo próprio impetrado à fl. 100-TJ; tanto assim que a candidata de nº 62, Mª Auxiliadora S. Vieira Ribeiro, foi empossada no dia 15/02/00. Assim, como existe a vaga de nº 63 e que corresponde exatamente à sua classificação, não poderia simplesmente ser contratada temporariamente, mas sim nomeada para tomar posse no cargo em questão, já que atende a todos os requisitos para assumir o cargo.

Conheço do recurso, desde que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente cumpre registrar que a aprovação da impetrante no concurso público realizado pelo Município de Areado lhe gera uma mera expectativa de direito à nomeação.

Contudo, os elementos contidos nos autos demonstram que a recorrente deveria ter sido nomeada ao invés de contratada temporariamente, desde que restaram comprovadas as seguintes alegações:

- que foi classificada no 63º lugar do certame;

- que o número de vagas corresponde exatamente a 63;

- que as vagas foram aumentadas de 45 para 63 dentro do prazo de validade do concurso pela Lei nº 180/00;

- que a validade do concurso foi prorrogada para o dia 19/02/00 (fls. 100-TJ);

- que a candidata classificada na posição de nº 62 foi devidamente nomeada e empossada dentro do mencionado prazo de validade;

- que foi contratada temporariamente antes do término da validade do concurso.

O argumento adotado pelo ilustre Magistrado de que a impetrante "*não se preocupou em trazer aos autos qualquer prova da efetiva prorrogação do prazo de validade*", *data venia*, é equivocado, já que tal prova é absolutamente desnecessária diante da confirmação da própria autoridade apontada como coatora de que "*o prazo de validade do concurso foi 19 de fevereiro de 2000*" (fls. 100-TJ). Esta informação, inclusive, se refere à solicitação do próprio Juízo em despacho proferido à fl. 98-v.-TJ.

Além do mais, a candidata de nº 62 foi empossada quando faltavam apenas quatro dias para o término do aludido prazo de validade (fls. 101-TJ), o que demonstra mais uma vez que houve a sua prorrogação.

Na verdade, o que se constata é que a Administração Pública simplesmente desconsiderou o resultado do concurso, pois ainda no prazo de validade, contratou temporariamente a impetrante, quando esta já havia previamente sido aprovada e classificada para ocupar o cargo existente, estando plenamente habilitada à nomeação.

Questão idêntica à versada nos autos foi examinada recentemente pelo em. Des. Orlando Carvalho, precisamente no dia 23 de outubro de 2001, na ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 224.964-7/00, quando proferiu elucidativas considerações sobre o tema em discussão:

"*Ora, a Administração Municipal afirma a necessidade e a oportunidade do provimento dos cargos, ao promover o concurso público, e, não obstante, faz contratações precárias dos próprios aprovados, imediatamente após a sua realização, fazendo surgir para os aprovados o direito à nomeação, consoante dicção do STF, assentando,* v.g.:

'Se a Carta assegura, no prazo de validade do concurso, a convocação de candidatos nele aprovados com prioridade sobre novos concursados, ou seja, candidatos aprovados em concurso posterior, é de concluir-se que a inércia intencional, ou não, da Administração Pública, deixando de preencher os cargos existentes, leva à convicção sobre a titularidade do direito subjetivo de ser nomeado. No campo da atuação administrativa, não se podem admitir atos que consubstanciem tergiversação, verdadeiro drible a normas imperativas como são as constantes da Carta de 1988' (RDA, *206/188).*

A contratação temporária da impetrante para desempenhar, em caráter permanente, por mais de cinco anos, as mesmas atividades correspondentes ao cargo a ser preenchido pelo concurso realizado, durante o prazo de sua validade, denota a existência de vaga e caracteriza a conveniência e a oportunidade da nomeação definitiva.

Neste sentido é o acórdão do colendo STJ, assim ementado:

'Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso. Prazo de validade. Preterição. Candidatos aprovados contratados precariamente,

dentro do prazo de validade do concurso destinado ao preenchimento de vagas para o mesmo cargo.

- É pacífico o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.

- Nasce o direito à nomeação se, dentro do prazo de validade do concurso para provimento dos cargos, ocorre contratação precária, até mesmo dos próprios aprovados no certame, com manifesto desprezo ao resultado do concurso. Segurança concedida para assegurar aos impetrantes o direito à nomeação, observada a ordem de classificação e o número de cargos vagos. Recurso provido' (STJ - 5ª Turma - ROMS nº 9.745-MG - Rel. Min. José Arnaldo - j. unân. em 01/09/98 - DJ *de 26/10/98, p. 133).*

*Neste jaez é a lição do em. Min. Carlos Mário da Silva Veloso: '... o que deve ser tomado em linha de conta é que a Administração Pública sempre age com base em motivos sérios, para realização do interesse público. Ora, se ela abre um concurso público para preenchimento de um número certo de vagas, é porque, na verdade, o interesse público reclama o preenchimento de tais vagas. Bem por isto que se justificam as despesas, o tempo e o dinheiro público gastos na realização do concurso' (*RDA *nº 206)*".

A culta Promotora de Justiça, Dra. Ivana Andrade Souza, também consignou com correção que, "*se a vaga existia, se o concurso estava em pleno vigor e a autora havia sido aprovada e estava classificada para ocupar o cargo específico, conclui-se então que, comprovada a necessidade da contratação conforme exposto acima, afigura-se o ato da autoridade como lesivo a direito da impetrante, especialmente porque a vaga existente fora preenchida justamente por ela, em caráter temporário*" (fls. 98-TJ).

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para conceder a segurança e determinar a nomeação da impetrante, que produzirá efeito *ex tunc*, isto é, retroagindo à data de sua contratação.

Custas, pela Municipalidade.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

VENCIMENTOS - REAJUSTES SETORIAIS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INEXISTÊNCIA DE OFENSA - PODER JUDICIÁRIO - AUMENTO DE VENCIMENTOS - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA Nº 339 DO STF

- O Estado pode conceder reajustes de vencimentos a determinadas classes de funcionários, procedendo a revisão setorial de vencimentos para corrigir distorções no serviço público, o que não fere o princípio da isonomia, por não se tratar de revisão geral de vencimentos.

- A teor da Súmula nº 339 do STF, ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, não cabe aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.416-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Servidor público - Reajustes setoriais de remuneração - Admissibilidade - Improcedência do pedido - Recurso a que se nega provimento. - 1. O Estado poderá conceder reajustes setoriais de vencimentos, com a finalidade de corrigir distorções verificadas no serviço público, não cabendo ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (Súmula nº 339 do STF). - 2. Desprovimento do 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, 04 de abril de 2002 . - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani (convocado) - Cuida-se de apelação interposta por Leila Minucci Guimarães e outros quatorze servidores públicos em face da r. sentença de fls. 62/69-TJ, que julgou improcedente o pedido constante de ação ordinária por eles promovida em face do Estado de Minas Gerais, condenando-os ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$2.000,00 (dois mil reais), *ex vi* do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ficando suspensa a sua exigibilidade em face da gratuidade de justiça aos mesmos deferida.

Da r. sentença foram interpostos embargos declaratórios que se viram rejeitados, através da decisão de fl. 74-TJ.

Os autores/recorrentes, nas razões recursais de fls. 75/82-TJ, alegam que pleiteiam reajuste salarial da ordem de 48,2% (quarenta e oito vírgula dois por cento) no mínimo, referente ao reajuste concedido aos policiais militares e civis pela Lei Delegada nº 38/97, tendo em vista a sua natureza de revisão geral, contida no inciso X do art. 37 da Constituição da República, e pelo que determina o princípio da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Lei Maior.

Sustentam que a revisão geral é reajuste decorrente da perda do valor aquisitivo da moeda e que atinge a todos os servidores, sendo certo que o reajuste para categorias, concedido de forma diferenciada, deve ser entendido como alteração da situação remuneratória específica, ou de determinadas categorias profissionais, ocorrendo evidente divergência na natureza jurídica de cada tipo de reajuste, sendo a extensão, ou não, a todos os servidores mera conseqüência da natureza do reajuste.

Sustentam a tese de inaplicabilidade da Súmula nº 399 da eg. Corte Constitucional, terminando por pleitear a procedência total dos pedidos constantes da inicial.

Contra-razões às fls. 85/87-TJ, batendo-se pela manutenção do *decisum*.

Subiram os autos.

Isento de preparo (fl. 89-TJ).

Instada a se manifestar no feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se no sentido de desnecessidade de sua intervenção (fls. 95/97-TJ).

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, porque interposto e processado a tempo e modo.

Os autores, servidores públicos do Estado de Minas Gerais, ingressaram em Juízo objetivando o direito ao reajuste de vencimentos e pagamento da incorporação do abono concedido pela Lei Delegada nº 38/97. Tal requerimento baseia-se no art. 37, X, da Constituição Federal, que impede a revisão de vencimentos de categorias específicas de servidores, impedindo a discriminação dos demais servidores afirmando que houve violação ao princípio constitucional da isonomia.

Inicialmente, cumpre estabelecer a distinção entre revisão geral de vencimentos e aumento de vencimentos, de forma a concluir pela legalidade, ou não, da concessão de aumento de forma diferenciada.

O reajuste setorial é permitido e não há qualquer ilegalidade no referido decreto, não ferindo o princípio da isonomia, como sustentam os autores/recorrentes.

Aliás, sobre as espécies de aumento, esclarece o professor HELY LOPES MEIRELLES:

"*Há duas espécies de aumento de vencimentos: uma genérica, provocada pela alteração do poder aquisitivo da moeda, à qual poderíamos denominar aumento impróprio, por se tratar, na verdade, de um reajustamento destinado a manter o equilíbrio da situação financeira dos servidores públicos; e outra específica, geralmente feita à margem da lei que concede o aumento geral, abrangendo determinados cargos ou classes funcionais e representando realmente uma elevação de vencimentos, por se fazer em índices não proporcionais ao do decréscimo do poder aquisitivo. A segunda espécie ocorre através das chamadas reestruturações, pelas quais se corrigem as distorções existentes no serviço público, tendo em vista a valorização profissional observada no setor empresarial, para que a Administração não fique impossibilitada de satisfazer suas necessidades de pessoal*" (*Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros*, 19ª edição, p. 401).

Já a Lei Delegada nº 38/97 concedeu aos autores o abono de R$ 45,00 (quarenta e cinco reais), conforme especificado no art. 10, inc. VIII:

"*Art. 10. Fica concedido abono de R$45,00 (quarenta e cinco reais) ao servidor civil, inclusive inativo, da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Poder Executivo, dos quadros e das categorias seguintes, a partir de 1º de julho de 1997:*

VIII - Quadro da carreira de Atividades de Ciência e Tecnologia, de que trata a Lei nº 10.324, de 20 de dezembro de 1990".

Assim, do reajuste setorial ocorrido pelas referidas leis não resultou qualquer prejuízo aos vencimentos dos ora apelantes, ao contrário, foram contemplados pelo abono de R$45,00 (quarenta e cinco reais).

Aliás, sobre a isonomia invocada pelos recorrentes o col. STF já sumulou o seguinte entendimento:

"*Súmula 339 - Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*".

Diante das definições acima, concluímos que não houve revisão geral da remuneração dos servidores, tendo o Estado agido unicamente com a finalidade de corrigir distorções verificadas no serviço público, concedendo reajuste de forma a reestruturar o sistema remuneratório, abrangendo os integrantes das Polícias Civil e Militar, cujas remunerações estiveram muito defasadas.

Nesse diapasão, não colhe o argumento dos apelantes de que, tendo em vista a concessão de reajuste aos demais servidores, teriam eles direito a ter os seus vencimentos também revistos.

Consoante já decidiu o STF, essa norma somente se aplica aos casos em que a Administração procede à

revisão geral de remuneração dos servidores públicos, e não quando apenas "determinadas classes de funcionários" são alcançadas.

Isso porque, com a finalidade precípua de realizar o princípio da isonomia, pode a Administração proceder à revisão setorial de remuneração, beneficiando tão-somente determinadas classes do quadro de funcionalismo do Poder Público.

Nesse sentido já decidiu o TJSP, em aresto abaixo transcrito:

"*O fato de se instituir um teto de vencimentos ou piso salarial que impõe limite na remuneração do servidor não leva à conclusão de que esteja ocorrendo equiparação ou vinculação de vencimentos de servidores em situações funcionais diversas. E não fere o princípio da isonomia conferir o Estado reajustes diferenciados, de modo que recebam igual tratamento todos os servidores que, por ganharem mais, nenhum reajuste tiveram em seus vencimentos*" (*RT*, 660/88).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos recorrentes em partes iguais, observada a gratuidade judiciária.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BEM GRAVADO COM HIPOTECA - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 184 E 186 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

- Não é de se acolher a alegação de impenhorabilidade do bem, por estar ele gravado com garantia de cédula rural, pois o fato de ter sido ele dado em garantia não prevalece no caso, nos termos dos arts. 184 e 186 do CTN, não se anulando a penhora.

- O crédito fiscal prefere aos demais, ressalvado o trabalhista, por força da aplicação dos arts. 184 e 186 do CTN, que indicam, inclusive, a preferência do crédito fiscal sobre o crédito hipotecário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 231.324-5/00 - Comarca de Passa-Quatro - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Execução fiscal - Penhora - Bem gravado com hipoteca - Cédula de crédito rural - Possibilidade - Prevalência do crédito tributário - Inteligência dos artigos 184 e 186 do CTN - Recurso não provido - Decisão confirmada.

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, 11 de abril de 2002 - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada por Banespa Banco do Estado de São Paulo S.A. contra r. sentença, fls. 54/55, que julgou improcedente o pedido nos embargos de terceiro, opostos à execução movida pela Fazenda Pública Estadual em desfavor de Joaquim da Costa.

Inconformado, fls. 57/62, reafirma o apelante a impossibilidade de recair a penhora sobre bem hipotecado, invocando em socorro de sua tese o artigo 69 do Decreto-lei nº 167/67, além de farta jurisprudência que colaciona. Pugna pela reforma da decisão, julgando-se inteiramente procedentes os presentes embargos de terceiro à execução, nos termos da impugnação de fls. 02/07, tornando-se sem efeito a penhora de fls. 66 da execução, levantando-a, bem como seja suspensa eventual designação de praça do bem penhorado.

Contra-razões, fls. 75/88, onde a Fazenda ressalta a legalidade da decisão e alega não ter ocorrido nulidade da penhora, sendo que a preferência do crédito fiscal decorre de lei, não havendo que se falar em reforma da sentença. Afirma que não procede a alegação de impenhorabilidade do bem, por estar ele gravado como garantia de cédula rural, em razão do art. 184 do CTN.

Suas alegações não procedem. Não vejo como acolher a alegação de impenhorabilidade do bem, por estar ele gravado como garantia de cédula rural, pois o fato de ter sido ele dado em garantia não prevalece no caso, nos termos dos arts. 184 e 186 do CTN, não se anulando a penhora, como se retira da jurisprudência:

"*Execução fiscal. Penhora de bens dados em penhor industrial. Respondem estes por dívida fiscal, nos termos do art. 184 do Código Tributário Nacional. Recurso conhecido e provido*" (STF, 1ª Turma, REO 74.856/SP, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. em 22.05.1973, *RTJ*, 66:263-264).

"*Processo Civil. Execução fiscal. Penhora de bens vinculados a cédula de crédito rural. Possibilidade. Decreto-lei 167/67, art. 69 - I - Todos os bens hipotecados, penhorados ou, de qualquer modo, gravados por ônus real, ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, respondem pelo crédito tributário, inclusive aqueles constantes do art. 69 do Decreto-lei 167/67. Somente prevalece contra o crédito tributário a impenhorabilidade absoluta, assim declarada expressamente pela norma legal. - II - A impenhorabilidade estabelecida no art. 69 do Decreto-lei 167, de 14.02.1967, cede, em execução fiscal, em favor da Fazenda Pública* (AG 96.01.34321/MG, Rel. Juiz Tourinho Neto). - *III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento. Decisão confirmada*" (TRF, 1ª Região, AgIn 0148804/GO, Rel. Juiz Cândido Ribeiro, j. em 07.05.1997, *DJU* de 05.09.1997).

"*A impenhorabilidade dos bens vinculados à cédula de crédito industrial, prevista no Dec. 413/69, não prevalece diante de créditos tributários e trabalhistas*" (STJ - 3ª Turma, REsp 55.196/0-RJ, Rel. Min. Cláudio Santos, j. em 6.6.95, não conheceram, v.u., *DJU* de 9.10.95, p. 33.550).

Quanto à alegação de negativa de vigência dos artigos 534, 755, 817, 826, 2ª parte, e 833 do CC; 615, II, 648, 1.047, II, e 1.054 e incisos do CPC; art. 69 do Decreto-lei nº 167/67; das *RT*, 493/117, 593/154 e 597/95, razão não assiste ao recorrente, vez que referidos dispositivos garantem a prevalência da hipoteca diante da execução de créditos comuns, excetuando-se, no caso, o crédito fiscal, o qual prefere aos demais, ressalvado o trabalhista, por força da aplicação dos artigos 184 e 186 do CTN, que indicam, inclusive, a preferência do crédito fiscal sobre o crédito hipotecário.

Assim considerando, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA IRREGULAR - FRAÇÕES IDEAIS DE IMÓVEIS - AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - NULIDADE - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - GARANTIA DO JUÍZO - PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS - EXAME OU REEXAME DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA APÓS O RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO ATÉ REALIZAÇÃO DE NOVA PENHORA - ARTS. 737, I, E 791, III, DO CPC

- A penhora de imóvel só se perfaz com sua inscrição no Registro Imobiliário (art. 659, § 4º, do CPC), pelo que, constatada a inexistência daquele registro e a irregularidade de que se revestiu a própria constrição, sobretudo por haver recaído sobre frações ideais de imóveis cuja propriedade não está comprovada nos autos da execução fiscal, não se pode considerar seguro o juízo.

- A garantia do juízo é pressuposto de admissibilidade da ação incidental de embargos (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80), e o exame, ou reexame, desse pressuposto pode-se fazer de ofício, em qualquer grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC).

- A desconstituição da penhora, após o recebimento dos embargos do devedor, longe de caracterizar fato extintivo do processo de embargos, importa na respectiva suspensão até que a execução seja reativada com nova penhora.

- Nos casos de superveniente desfazimento de penhora, cuja efetivação tenha propiciado o oferecimento de embargos, com razões de mérito direcionadas para a desconstituição do título exeqüendo, o art. 737, I, do CPC não pode ser interpretado isoladamente, sob pena de negativa de vigência do art. 791, III, do mesmo Código, que manda suspender a execução "*quando o devedor não possui bens penhoráveis*".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 231.382-3/00 - Comarca de Machado - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Execução fiscal - Embargos ajuizados com base em penhora irregular - Conhecimento de ofício - Nulidade da constrição e da sentença que julgou a postulação incidental da executada - Suspensão, por tempo determinado, do processamento dos embargos, para que as questões de mérito suscitadas pelo embargante sejam apreciadas após a realização de penhora válida. - A penhora de imóvel só se perfaz com sua inscrição no Registro Imobiliário (art. 659, § 4º, do CPC), pelo que, constatada a inexistência daquele registro e a irregularidade de que

se revestiu a própria constrição, sobretudo por haver recaído sobre frações ideais de imóveis cuja propriedade não está comprovada nos autos da execução fiscal, não se pode considerar seguro o juízo. - A garantia do juízo é pressuposto de admissibilidade da ação incidental de embargos (art. 16, § 1°, Lei 6.830/80), e o exame, ou reexame, desse pressuposto pode-se fazer de ofício, em qualquer grau de jurisdição (art. 267, § 3°, do CPC). - A desconstituição da penhora, após o recebimento dos embargos do devedor, longe de caracterizar fato extintivo do processo de embargos, importa na respectiva suspensão até que a execução seja reativada com nova penhora.

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 ANULAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedentes embargos opostos à execução fiscal processada nos autos em apenso, excluindo da penhora parte ideal que a embargante possui em imóvel residencial situado em outra comarca.

Não houve apelação, nem da embargante, nem da embargada, tendo o MM. Juiz sentenciante determinado a submissão da espécie ao duplo grau de jurisdição.

Conheço da remessa oficial.

Reexaminando os autos destes embargos e das execuções fiscais em apenso, observo, com a devida vênia do MM. Juiz sentenciante, que a penhora, com base na qual a co-devedora embargou a primeira execução, padece de nulidade a ser decretada *ex officio*, por indeclinável submissão ao princípio do devido processo legal.

Com efeito, não tendo sido encontrados bens a penhorar, apesar das inúmeras diligências determinadas a requerimento da Fazenda Estadual, de repente, e sem qualquer outra explicação, formulou esta o seguinte requerimento, lançado à fl. 43-v. de um dos apensos:

"*A exeqüente vem requerer a penhora de 3 (três) imóveis pertencentes à sócia coobrigada executada Karla Maria de Paula Rodrigues, conforme declaração de bens e direitos referente ao ano calendário de 1996, que se encontra arquivada na Secretaria deste Juízo...*".

Com base unicamente nessa lacônica petição, que foi deferida (fl. 44), expediu-se carta precatória para a Comarca de Nepomuceno, para que ali fossem penhoradas frações ideais de 1/4 que a executada teria em 3 imóveis distintos, situados naquela cidade, uma casa com o respectivo terreno e mais 2 lotes.

Embora constem da carta precatória os elementos informativos necessários para a localização dos imóveis a serem penhorados, ali não há qualquer indicação sobre a eventual inscrição daqueles bens no Registro Imobiliário local.

Não se sabe como a zelosa oficial de justiça da Comarca deprecada conseguiu dar cumprimento ao mandado, localizar e identificar os imóveis, e ainda avaliá-los, pois a certidão que exarou (fl. 58-v.) apenas registra que ela fez a penhora e deixou de depositar o bem penhorado, assim como de intimar a executada, pois esta residia em Machado.

Não consta que tenha procurado alguém, quem quer que seja, para citá-lo ou intimá-lo, ou que tenha ido ao Cartório do Registro de Imóveis para verificar se ali foi aberta matrícula, relativamente aos bens penhorados, e para identificar os respectivos co-proprietários.

É bem verdade que, posteriormente, já no foro da execução, foram os executados intimados da penhora, tendo a executada informado que já havia alienado os dois lotes de terreno e que a casa, objeto de condomínio, era bem de família.

Ora, não havendo, nos autos da execução embargada, prova documental de propriedade dos imóveis penhorados, não se pode concluir pela regularidade da penhora, tudo indicando, ao contrário, que houve irregularidade e atropelo na formalização daquele ato processual.

Por outro lado, a desconstituição da penhora, após o recebimento dos embargos do devedor, longe de caracterizar fato extintivo do processo de embargos, importa na respectiva suspensão até que a execução seja reativada com nova penhora.

É que, nos casos de superveniente desfazimento de penhora, cuja efetivação tenha propiciado o oferecimento de embargos, com razões de mérito direcionadas para a desconstituição do título exeqüendo, o art. 737, I, do CPC não pode ser interpretado isoladamente, sob pena de negativa de vigência do art. 791, III, do mesmo estatuto processual, que manda suspender a execução "*quando o devedor não possui bens penhoráveis*".

Com efeito, enquanto o regular processamento da execução estivesse na dependência da realização de nova penhora, outra sorte não poderia estar reservada aos embargos pendentes de julgamento, mesmo porque nem teria sentido extinguir, pura e simplesmente, o processo incidental, enquanto houvesse a possibilidade de ser reativado o feito principal, uma vez cumprido o requisito da segurança do juízo.

Diante do exposto, em reexame necessário, declaro, *ex officio*, a nulidade da penhora a que se refere o auto de fl. 58 da execução embargada (1° apenso), bem como da sentença que acolheu parcialmente os embargos, e suspendo o processamento dessa postulação incidental, pelo prazo de 30 dias, para que nova constrição seja efetivada, sob pena de extinção deste processo sem julgamento do mérito.

Custas, pelos litigantes, em partes iguais.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Trata-se de reexame necessário de sentença que, acolhendo em parte os embargos à execução fiscal opostos por Karla Maria de Paula, excluiu da penhora parte que a executada possuía sobre um dos imóveis, por se tratar de bem de família.

Vejo que o eminente Relator, por força do art. 267, § 3°, do CPC, suscitou *ex officio* questão afeta aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, questão essa de ordem pública e, portanto, passível de exame em qualquer fase em que se encontre o feito.

Sabido é que a penhora, por ser ato formal, quando recai em bem imóvel, exige inscrição, e na remota hipótese de inexistir o registro, é necessário tomar providências acautelatórias em relação ao depósito do bem, uma vez que seria impossível a terceiros conhecerem a constrição no caso de possível tentativa de alienação.

Sem dúvida que a prova de propriedade do imóvel objeto da constrição é indispensável, eis que visa a sua individualização no auto de penhora e posterior registro perante o cartório competente, tendo em vista a exigência do § 4° do art. 659 do CPC.

Cito a esse respeito decisão do em. Des. Almeida Melo, que, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n° 209.523-0, com muita propriedade observou:

"Como em qualquer processo, os atos da execução fiscal devem se revestir de absoluta regularidade, impondo-se sejam evitadas medidas precipitadas, com potencial prejuízo à eficácia da prestação jurisdicional (...). Não se há de colocar em risco eventual direito de terceiros de boa-fé, dispensando-se a apresentação de documento apto à demonstração da propriedade do bem que se quer penhorar e a prova de que sobre ele não incide ônus que possa comprometer a validade do ato".

Desse modo, a nulidade da penhora e a conseqüente suspensão dos embargos têm amparo legal e visam dentre outras coisas, evitar a nulidade da arrematação pela inobservância de qualquer formalidade, além de assegurar o arrematante acerca da inexistência de quaisquer ônus gravados sobre o imóvel.

À vista do exposto, acompanho o voto do em. Relator em todos os seus termos.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - ANULARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

ÁGUA E ESGOTO - SERVIÇO FORNECIDO POR EMPRESA PÚBLICA - RELAÇÃO DE CONSUMO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - LIMITE DE MULTA MORATÓRIA - INTELIGÊNCIA DO § 1° DO ART. 52 DO CDC

- A relação de fornecimento do serviço de água e esgoto entre a empresa pública e seus clientes é uma relação de consumo, pelo que se lhe aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto ao limite de 2% para multa moratória, conforme estabelecido pelo § 1° do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL N° 231.436-7/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Direito do Consumidor - Limite de multa moratória - Empresa pública fornecedora do serviço água/esgoto - Inteligência do § 1°, art. 52, do CDC. - A relação de fornecimento do serviço de água e esgoto entre a empresa pública e seus clientes é uma relação de consumo, pelo que se lhe aplicam as normas do Código Defesa do Consumidor, inclusive quanto ao limite de 2% para multa moratória, conforme estabelecido pelo § 1° do art. 52.

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, 12 de março de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.189/196, que julgou procedente em parte o pedido constante da ação de repetição de indébito que o apelado move ao apelante para dele reaver a quantia cobrada abusivamente como multa em percentual superior a 2% por atraso no pagamento de produtos e

serviços nos termos do § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90, que contém o Código de Defesa do Consumidor.

Em suas razões recursais de fls. 198/204-TJ, a ré sustenta a reforma da r. sentença aos mesmos argumentos já sustentados na contestação e segundo os quais a norma fixada pelo CDC não se aplica aos seus serviços de natureza pública, mesmo porque a cobrança da multa de 10% por atraso no pagamento da conta dos referidos serviços está regulada por legislação municipal que invoca.

O apelado rebateu as razões recursais em resposta às fls. 206/208-TJ, sustentando a confirmação da r. sentença.

O Ministério Público em ambas as instâncias emitiu parecer também no sentido de ser desprovido o recurso voluntário e confirmada a r. sentença (fls. 209/214 e 220/225).

Conheço do recurso voluntário e da remessa oficial.

A apelante voluntária sustenta que a cobrança de multa à taxa de 10% teve como fundamento decreto municipal que invoca e que o CDC não se aplica nos casos do serviço público de fornecimento de água e esgoto, posto que o art. 52 do CDC se refere apenas ao fornecimento de produtos ou serviços referentes à outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor.

Este todavia não é o melhor entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência conforme corretamente transcrito na brilhante sentença proferida pelo culto Juiz Dr. Oilson dos Santos.

Entre os casos similares trazidos à colação pela r. sentença está o excelente voto proferido pelo douto Des. Francisco Figueiredo, na Apelação nº 92.863-0, da Comarca de Passa Tempo, em que esse ilustre Relator discorre sobre aplicação das normas do CDC às pessoas jurídicas tanto de direito privado como de direito público e sobre o conceito de fornecedor, demonstrando de forma irrefutável que o limite de 2% estabelecido para as multas moratórias é extensivo às taxas de água e esgoto cobradas pelas empresas públicas prestadoras deste serviço, o que também está de forma muito clara na Apelação nº 65.989-6, da Comarca de Divinópolis, do mesmo Relator, e na Apelação nº 45.376-1, da Comarca de Pará de Minas.

Também não é outro o entendimento jurisprudencial do col. STJ e bem assim a sustentação doutrinária a respeito.

Nestes termos, *confirmo no duplo grau de jurisdição* a r. sentença de fls. 189/196-TJ, tendo como prejudicado o recurso voluntário.

Recomendo à publicação na "*Jurisprudência Mineira*" a r. sentença de primeiro grau tanto pelos doutos fundamentos que ela contém como por seu conteúdo didático a respeito da matéria jurídica.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

SENTENÇA

Processo 637 00 007698-3
2ª Vara Judicial

Vistos etc...

Hotéis Primus S.A., qualificados nos autos, via seu representante legal e por procurador firmado nos autos, ofertou neste Juízo ação de repetição de indébito a desfavor da autarquia municipal SAAE-Serviço Autônomo de Água e Esgoto, também qualificada, alegando, em resenha, que: como é de conhecimento público e conforme atesta a farta documentação acostada, a autarquia-ré não cumpre o que determina o art. 52, § 1º, da Lei 8.078/90, norma de caráter cogente e de aplicação imediata, em face do impermissivo de se aplicar multa superior a dois por cento por atraso no pagamento de produtos ou serviços adquiridos; sem qualquer caráter regulamentador baixou-se o Decreto 2.181/97 estabelecendo penalidades para os infratores, motivando a empresa-autora a observar seu acervo de documentos e constatar a irregularidade na cobrança de janeiro de 1996 a janeiro do ano presente, pois que a autarquia-ré fez incidir sobre as faturas de fornecimento de água, pagas com atraso, multa superior à autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, reclama a restituição dos valores cobrados indevidamente, no montante de R$5.367,06, que deverão ser corrigidos com compensação em contas futuras, até o limite apurado. Com a inicial vieram os documentos de fls. 05 a 120, com o devido recolhimento das custas, fls. 121/125.

Citada, a autarquia-ré compareceu ao feito, alegando que a cobrança tida pela empresa-autora como irregular tem sua base legal no § 2º do art. 42 do Decreto Municipal 485/79, que autoriza a cobrança de multa de dez por cento ao mês, sobre o débito em atraso. Continua: pelo Decreto 1.302/00, em seu art. 80, foi determinada a incidência de multa de 0,28% ao dia sobre as contas não quitadas até o vencimento, limitado o percentual de 8,4% do valor da fatura. Sustentou, ainda, ser inaplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, pois que este incide tão-somente na hipótese de fornecimento de produtos ou serviços envolvendo a outorga de crédito e financiamento ao consumidor, sendo certo que a autarquia-ré nada mais fez do que aplicar a legislação própria e vigente no Município, o que é sua obrigação, pois, do contrário, poderia incorrer na Lei de Responsabilidade Fiscal. Requereu a improcedência do pedido, com a condenação da empresa-autora no ônus sucumbencial, trazendo com a peça defensiva os documentos de fls. 135 a 177 .

A empresa-autora retornou aos autos, e, sustentando entre outros o já pontificado anteriormente, argüiu que a legislação municipal está derrogada, uma vez que é norma inferior à lei federal, fls. 179/182.

O Ministério Público, em judicioso pronunciamento, pugnou pela improcedência do pedido, uma vez que assiste razão à autarquia-ré quando suscitou que inaplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, pois que este diz respeito apenas à relação de consumo, fls. 183 a 187.

Os autos foram conclusos a este Juiz no dia 05 do mês e ano passante; entretanto, ante o acúmulo de serviços junto à Vara Judicial, somente agora foi-me possível conhecer e decidir o contido nos autos vertentes.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cabe registrar que a questão dos autos é unicamente de direito, não havendo necessidade de se produzir qualquer prova em audiência, sendo, pois, caso de julgamento antecipado da lide, a teor do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Extrai-se dos autos que o móvel do pedido se centra, num primeiro instante, em identificar se o Código de Defesa do Consumidor se aplica à empresa-ré, autarquia municipal; ao depois, a declaração de que abusiva a multa moratória por ela aplicada a seus consumidores inadimplentes com o pagamento dos serviços por ela prestados, reduzindo-se o percentual aplicado de dez para dois por cento, nos termos do art. 52, § 1°, do CDC.

É questão iniludível que a empresa-ré é pessoa jurídica de direito público, realizando um serviço destacado da Administração Direta, exercendo atividade típica da Administração Pública. Desta forma, sem dúvida nenhuma, a ré presta serviços públicos, dando atendimento às necessidades essenciais à comunidade.

Cumpre registrar *a priori* que a relação de consumo é prevista no Código do Consumidor como norma jurídica que trata dos mecanismos de equilíbrio no mercado de consumo. A bem da verdade, o Código do Consumidor não é uma simples norma jurídica, e sim um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material civil e penal, além do direito instrumental.

Reza o art. 22 do CDC que "*os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimentos, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*".

É cediço que o Código do Consumidor surgiu atendendo a um comando constitucional, estabelecendo um sistema de defesa do consumidor. Assim, se há relação de consumo, os direitos dos usuários/consumidores são regulados e tutelados pelo Código do Consumidor. Aliás, o art. 1° do CDC é bem claro ao dispor que "*o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII; 170, inciso V, da Magna Carta, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias, atendendo assim à política nacional de relação de consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo*" (CDC, art. 4°, *caput*).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por unanimidade, que o fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, fundamentando:

"*O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários*".

Para o Ministro Garcia Vieira, Relator do processo, "*a Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal. É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente e segura e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento, casos esses previstos no Código de Defesa do Consumidor*" (*in RT*, 778/110).

A referência supra foi apenas com o sentido de demonstrar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica à empresa-ré, que se diga, autarquia municipal com personalidade de direito público e sujeita integralmente aos princípios e normas de direito público. Ademais, a tal respeito, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua Quarta Câmara Cível, tendo por Relator o e. Desembargador Francisco Figueiredo, decidiu na Apelação Cível 92.863-0, da Comarca de Passa Tempo, que:

"*A presente ação civil pública objetivou a condenação do Município de Passa Tempo em obrigação de fazer, consistente na adoção de medidas necessárias para que a água fornecida à população atendesse aos padrões mínimos estabelecidos pelo Ministério da Saúde, bem como ao ressarcimento pelos danos causados aos consumidores, obedecendo-se ao disposto no Código de Defesa do Consumidor. No que se refere à aplicação do CDC à espécie, posiciono-me no sentido de seu cabimento. Em primeiro lugar, observe-se que o artigo 3° do CDC procura estabelecer a maior abrangência possível para o conceito de 'fornecedor', podendo o mesmo tomar a forma de pessoa jurídica, privada, nacional e estrangeira. Embora, aprioristicamente possa parecer que o Código do Consumidor, em seu artigo 2°, ao se referir a toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, pudesse estar dizendo*

que toda empresa pública ou privada, esta não é a interpretação consentânea com seus objetivos, uma vez que a expressão empresa pública entraria demasiada na limitação ao conceito, vez que esta é apenas uma das espécies do gênero pessoa jurídica de direito privado, mesmo que tenha a totalidade de seu capital de propriedade da União. Também a sociedade de economia mista (paraestatal) pertence ao gênero de pessoa jurídica de direito privado, com a característica de ter a maioria de suas ações com direito a voto em poder do Estado".

E continua o festejado Desembargador:

"*Por outro lado, a enumeração dos serviços constantes do § 2º do mesmo dispositivo legal não é taxativa, estando o 'serviço público' perfeitamente enquadrado no conceito geral que antecede a referida enumeração. A corroborar este entendimento, as disposições do artigo 4º, VII, 6º, X e 22, todos do CDC. Um dos princípios basilares da Política Nacional das Relações de Consumo, elencados no artigo 4º deste Código do Consumidor, é justamente a racionalização e melhoria dos serviços públicos (artigo 4º, inciso VII, do Código do Consumidor), princípio que quedaria absolutamente inócuo se não se entendesse possível o controle da qualidade e da eficiência do serviço público, através do próprio Código. Tal princípio é ainda reforçado com o disposto no artigo 6º, inciso X, que assegura ao consumidor, como direito básico, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral*".

E arremata:

"*Some-se, com o mesmo propósito, que, no capítulo concernente à responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, em seu artigo 22, determina-se que os órgãos públicos (ou empresas a estes ligadas) sejam obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*".

Na Apelação Cível 65.989/6, da Comarca de Divinópolis, o e. Desembargador Francisco Figueiredo deixa escrito com tinta indelével que:

"*A relação de fornecimento de água entre a Copasa e seus clientes é uma relação de consumo; aplica-se-lhe o Código de Defesa do Consumidor. É descabida a cobrança pelo consumo mínimo, vez que o consumidor não pode ser penalizado, pagando pelo que não gastou. Flagrante é a ofensa de tal cobrança ao Código de Defesa do Consumidor*".

Pontificou o proficiente Desembargador:

"*A Copasa é uma sociedade de economia mista. O vínculo que une a Copasa ao consumidor de água é um vínculo de natureza contratual. Isso porque este pode, ou não, optar por receber a água da referida empresa. Isto como o próprio eminente Desembargador Fernandes Filho muito bem colocou em seu voto à Apelação Cível 10.538/7, de Belo Horizonte, em 31 de maio de 1994: 'E quem não quiser utilizar a água da Copasa não irá pagar a tarifa: pode optar pelas várias formas de obtenção desse recurso (poços artesianos e cisternas, além das comercializadas em caminhões e garrafas)'. Não me posiciono, todavia, de acordo com as demais posições do referido e judicioso voto no que toca à não-aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A própria doutrina assim coloca a aplicação do CDC nos contratos de fornecimento de serviços públicos*".

Na Apelação Cível 45.376/1, da Comarca de Pará de Minas, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua Quarta Câmara Cível, decidiu:

"*Copasa - Sociedade de economia mista - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Sentença confirmada. - A relação de fornecimento de água entre a Copasa e seus clientes é uma relação de consumo; aplica-se o Código de Defesa do Consumidor*" (*in* TJMG-"*Jurisprudência Mineira*", 139-140/155).

Isto posto, ao meu aviso, consoante respeite o entendimento esposado pelo Vigia Ministerial, entendo poder afirmar, sem qualquer timidez, que a empresa-ré, autarquia municipal, fornecedora de água e prestadora de serviços, sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor.

Deitando os olhos no corpo da inicial, verifica-se que a empresa-autora busca receber o que entende indevidamente recebido pela empresa-ré, a título de multa moratória.

É questão iniludível que, perante o Código Civil Brasileiro, fiel à inspiração romana, o princípio vigorante nessa matéria é o de que todo enriquecimento sem causa jurídica e que acarrete como conseqüência o empobrecimento de outrem induz obrigação de restituir, em favor de quem se prejudica com o pagamento. Urge frisar, todavia, que nem todo enriquecimento é condenado, e sim, exclusivamente, o injusto, sem causa lícita ou jurídica.

Sustenta a empresa-autora que, sujeitando-se a empresa-ré ao Código de Defesa do Consumidor, deve a mesma adequar a cobrança de multa moratória imposta ao usuário/inadimplente no percentual estabelecido no art. 52, § 1º, da Lei 8.078/90-CDC, fato este não observado por ela.

Extrai-se dos autos, notadamente pela defesa ofertada pela empresa-ré, que, pelo Decreto Municipal 485/79, era-lhe assegurado cobrar multa no valor de dez por cento sobre o débito da conta em atraso; entretanto, em 14 de março deste ano, o art. 42, § 2º, do aludido decreto, foi alterado pelo Decreto Municipal 1.302, dispondo, no art. 80, que:

"*As contas não quitadas até a data de vencimento serão acrescidas de multa de 0,28% ao dia, limitada a 8,4% sobre o seu valor*".

Como sabido, multa moratória é aquela imposta em face da mora, ou seja, da falta de cumprimento de uma obrigação em determinada época. DE PLÁCIDO E SILVA define que:

"*Multa moratória. Também dita de pena moratória, é a que se fixa para pagamento, quando ocorre o retardamento na execução da obrigação contratada. Assim, a multa moratória resulta da impontualidade no cumprimento da obrigação*" (*Vocabulário Jurídico*, Editora Forense, 1987, p. 218).

Estabelece o art. 955 do Código Civil que:

"*Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento (...)*".

Nos mais diversos contratos e negócios jurídicos, tem-se imposto multa moratória, com a finalidade de compelir o adimplemento da obrigação, na época aprazada, evitando-se assim o atraso, ou seja, a mora . O grande problema é que, para o resgate do principal, faz-se mister o pagamento também do acessório, *in casu*, a multa. Afinal, o art. 919 do Código Civil é de clareza ímpar, *verbis*:

"*Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, (...), terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal*".

É fato inconteste que o inadimplente com o pagamento da água, para continuar a recebê-la deverá pagar o principal, acrescido da multa. Entretanto, não se pode virar o rosto para a história, num País onde reinava uma inflação estratosférica, o percentual de dez por cento era facilmente absorvido; agora, mantendo-se a inflação na faixa de meio por cento ao mês, conforme o nosso caso, não se justifica mais a imposição de uma multa de cinco, oito, dez por cento ao mês, sendo absolutamente certo poder afirmar que, sem dúvida, sua mantença é abusiva. Há de ser lembrado que a multa nada mais é do que uma medida tendente a compelir o devedor a pagar sua obrigação na época aprazada. Permitir-se a cobrança de uma multa dez, quinze vezes maior do que a inflação de um mês é impor uma penalidade injusta ao devedor, quando o escopo da multa moratória não é esse.

EDUARDO GABRIEL SAAD, comentando acerca do Código de Defesa do Consumidor, explicita que:

"*O valor da multa moratória, indicado no § 1º do artigo 52 não pode ser desrespeitado em todas as relações de consumo, cuja amplitude nos é dada pelos conceitos de produto e serviço. O primeiro, '(é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial)'; o segundo, o serviço, '(é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração)(...)*' (*CDC*, 2ª ed., LTR, p. 411).

Dessa forma, sendo questão iniludível a cobrança de multa moratória por parte da empresa-ré, que se diga, superior à estabelecida pela Lei 8.078/90, alterada pela Lei 9.298, de 1º de agosto de 1996, uma vez que explícita em decreto municipal, que no caso de contas não quitadas até o vencimento incide multa moratória de 0,28% ao dia, limitada ao percentual de 8,4%, o certo é que a mesma é abusiva, podendo-se afirmar que o § 2º do art. 42 do Decreto Municipal 485/79, alterado pelo art. 80 do Decreto Municipal 1.302, de 14 de março de 2000, é incompatível com a boa-fé e o princípio da eqüidade, motivo pelo qual abusivo, sujeitando-se à nulidade. Aliás, o art. 51, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, é claro de que "*nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

Inciso IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a eqüidade".

Como se sabe, a nulidade é sanção imposta pela lei; retira os efeitos jurídicos do negócio celebrado com infringência da norma legal. Causa espécie que a autarquia-ré, braço da Administração Pública, tendo por fim o bem comum da coletividade administrada, sob as regras dos princípios básicos da administração pública, tenha-se conduzido às avessas, ferindo os princípios da legalidade e da moralidade . Estranho que aquele que impõe as regras ao administrado, tendo como princípio basilar que somente é permitido fazer o que a lei autoriza, conduza-se ao arrepio da lei federal, em detrimento dos munícipes. Tanto é verdade a afirmativa de que abusiva a cobrança de multa superior a dois por cento que recentemente o Estado de Minas Gerais, pela Lei 13.443, de 10 de janeiro do ano passante, reduziu o percentual aos níveis estabelecidos pelo art. 52, § 1º, da Lei 8.078/90, deixando escrito que:

"*Artigo 1º. A multa de mora decorrente do inadimplemento da obrigação de pagamento por serviço público prestado diretamente ou mediante concessão ou permissão não será superior a dois por cento do valor do débito*".

Afinal, não se pode olvidar que quem não pode pagar o principal, muito menos este acrescido do acessório Ademais, conforme já volvido linha atrás, mas que nunca é demasia repetir estando o País em uma inflação praticamente zero, tenha o consumidor, já altamente espoliado pelos impostos encargos fiscais, que suportar um percentual tão elevado, que se diga, exagerado, com resquícios ainda da época inflacionária.

Para finalizar, causa estranheza que o Executivo Municipal, ao editar um decreto, totalmente afrontoso à coletividade e em desrespeito à lei, simplesmente os edis tenham-se calado deixando de exercer o sagrado direito que lhes foi outorgado pelo povo, qu seja, a fiscalização.

Busca a empresa-autora a restituição do montante que entende pago indevidamente à empresa-ré e pertinente à multa moratória retroativo a janeiro de 1996.

O saudoso e inigualável WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO leciona que:

"*Ocorre, todavia, direito à petição se se trata de pagamento*

impostos, ilegais ou inconstitucionais, recolhidos ao erário, em virtude de notificação fiscal. O contribuinte, nesse caso, tem direito à restituição. Em semelhante hipótese, não há erro do solvens, *que vem a pagar embora ciente de que não é devido o tributo. Nem se lhe aplica a presunção de que efetuou liberalidade. Imposto eivado daqueles vícios não tem existência jurídica, concedendo-se-lhe por isso a restituição. O particular sofre desfalque em seu patrimônio mercê do ato ilícito do poder público, circunstância que lhe outorga direito à restituição*" (*Curso de Direito Civil*, 4º v., 14ª ed., Saraiva, p. 271).

A lei que estabeleceu a percentagem de dois por cento para o caso de multa moratória e alterou o art. 52, § 1º, do CDC, é de 1º de agosto de 1996, motivo pelo qual, pelo princípio *lex posterior derogat priori*, é aqui aplicável, sendo certo que a empresa-autora faz jus ao pleiteado, a contar do advento da Lei 9.298, pois que, até então, vigia o CDC na sua plenitude, estabelecendo o percentual de dez por cento sobre o valor da multa moratória.

E não há dúvida de que, diante da procedência do pedido, a execução ocorrerá nos termos do art. 604, c/c o 652, ambos do Código de Processo Civil, sem prejuízo de compensação sobre as contas futuras, até o limite dos créditos apurados.

Ex positis, por todos esses argumentos e pelo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a inicial para declarar, como de fato declaro, abusivo o art. 80 do Decreto Municipal 1.302, de 14.03.2000, que alterou o § 2º do art. 42 do Decreto Municipal 485/1979 e, via de conseqüência, condenar, como de fato condeno, o SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto - a restituir à empresa Hotéis Primus S.A. a importância que se apurar em cálculo aritmético e pertinente ao pagamento por esta realizado, indevidamente, no período de agosto de 1996 a janeiro de 2000, devidamente corrigida, quando de seu efetivo resgate, a ser apurada nos termos do art. 604 e seguintes do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar a autarquia-ré nas custas processuais, por força do contido no art. 10, inciso I, da Lei 12.425/96; entretanto, condeno-a ao pagamento de honorários, na razão de dez por cento sobre o valor da restituição encontrada, devidamente corrigido.

Por força do contido no art. 475, inciso II, do Código de Processo Civil, recorro de ofício a uma das Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

À Secretaria do Juízo para extrair cópia da presente decisão e encaminhando-se à Casa Legislativa do Município local e sede de Comarca, para conhecimento.

P.R.I.C.

São Lourenço-MG, 1º de dezembro de 2000. - *Oilson dos Santos* - Juiz de Direito e Titular da 2ª Vara Judicial.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - INSCRIÇÃO - REQUISITOS - EXIGÊNCIA DE ENTREGA DE DOCUMENTOS NO MOMENTO DA INSCRIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 37, I, DA CF - LEI Nº 8.112/90 - INTELIGÊNCIA

- Se a Carta Magna, em seu art. 37, I, determina que, para o acesso aos cargos públicos, há de se observar o que dispõe a "lei", sendo que esta, Lei nº 8.112/90, determina que os requisitos somente deverão ser preenchidos quando da investidura no cargo - o que ocorre com a posse -, vulnera direito líquido e certo dos candidatos ao certame o ato que anula suas inscrições, ao argumento de que o edital previa a entrega de documentos no momento da inscrição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 232.412-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Concurso público - Requisitos para a inscrição - Impertinente e descabida a exigência de documentos no momento da inscrição - Vulneração à regra constitucional (art. 37, I). - Se a Carta Magna, em seu artigo 37, I, determina que, para o acesso aos cargos públicos, há de se observar o que dispõe a "lei", sendo que esta, Lei nº 8.112/90, determina que os requisitos somente deverão ser preenchidos quando da investidura no cargo - o que ocorre com a posse -, vulnera direito líquido e certo dos candidatos ao certame o ato que anula suas inscrições, ao argumento de que o edital previa a entrega de documentos no momento da inscrição.

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, 15 de abril de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de reexame necessário à r. sentença de fls. 224/226, que concedeu a segurança impetrada por José Cupertino Pinheiro Chagas Neto e outras, em face de ato, tido como inconstitucional pelo Sr. Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais-Ipsemg, porquanto veio negar-lhes a inscrição no concurso público para o cargo de médico, sob o fundamento de que não tinham, no ato da inscrição, o título de especialista, tal qual exigido no edital do certame.

A par disto, não se conformando com a decisão singular, opõe o

Instituto de Previdência o vigente recurso de apelação, alegando que, em respeito ao art. 21 da Constituição do Estado, em consonância com a norma disposta no art. 37 da Carta Magna, deverão os candidatos a cargo público respeitar o que dispõe a lei, que, no presente caso, consubstancia-se no edital, o qual prevê que os documentos a serem fornecidos, para fins de validade da inscrição, deverão, impreterivelmente, ser entregues até tal data, não podendo ser entregues posteriormente, e muito menos na ocasião da posse, sob pena de configurar manifesta desigualdade com os outros candidatos.

Desta forma, sustentando inexistir direito líquido e certo a amparar a pretensão dos apelados, roga-se pelo provimento do recurso, a fim de que seja denegada a segurança (fls. 235/242).

A seu turno, os apelados, às fls. 245/247, bateram-se pela manutenção da decisão recorrida.

Pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, emitiu-se parecer, às fls. 257/260-TJ, pela confirmação da sentença, em reexame necessário.

É o necessário relatório.

Subindo os autos, por força do duplo grau de jurisdição, é de se conhecer da remessa oficial, bem como do apelo aviado, atendidos os seus pressupostos.

Cinge-se o inconformismo recursal pelo fato de que a instância singular, diante da concessão da segurança aviada por José Cupertino Pinheiro Chagas Neto e outros, todos candidatos a cargo de médicos junto ao Ipsemg, determinou a anulação do ato levado a efeito por este, que havia cancelado suas inscrições ao referido concurso público.

Analisando as questões sob exame, tenho que a tese dos apelados deve prevalecer, tendo o MM. Juiz singular dado o correto deslinde ao caso, razão esta, assim, para se prestigiar a bem lançada sentença.

Na realidade, delimita-se a controvérsia dos autos na discussão de se saber, diante do sistema constitucional vigente, qual o momento deve imperar para efeitos da validade da inscrição a concursos públicos, vale dizer, os documentos exigidos pelo edital devem ser fornecidos no momento da inscrição, ou poderão - daí a alegada inconstitucionalidade - ser entregues quando da investidura no cargo, ou seja, no ato da posse.

Com efeito, a determinação para que a inscrição só seja aceita se acompanhada de toda a documentação dos candidatos, inclusive a comprovação dos títulos, está contida no item 1.13 do edital e seu Anexo I, como se infere às fls. 33/42.

Neste desiderato, tem-se que o art. 37, I, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 19, determinante do princípio da legalidade sob a ótica da ampla acessibilidade aos cargos públicos,

cristalino ao estabelecer que "*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*".

Quanto aos requisitos para acesso aos cargos públicos, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, determina expressamente que estes deverão ser exigidos apenas no momento da investidura no cargo público, e não antes do empossamento. Veja- se:

"*Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:*

(...)".

"*Art. 7º.* A investidura em cargo público ocorrerá com a posse" (destacamos).

Flagrante, portanto, a inconstitucionalidade do edital em foco, na medida em que, exigindo a comprovação da especialidade médica, no momento da inscrição preliminar, contraria a norma contida na Lei nº 8.112/90, merecendo, por conseguinte, imediato reparo.

Merece ressaltar-se a posição da abalizada doutrina do prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quanto às normas que pretendem inovar a ordem jurídica, criando direitos e obrigações:

"*É que os princípios constitucionais caracterizadores do* princípio da legalidade *no Brasil impõem ao regulamento caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato* estritamente subordinado, *isto é, meramente subalterno e, ademais,* dependente da lei. *Logo, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como 'regulamentos executivos'. Daí que, em nosso sistema,* de direito, *a função do regulamento é muito modesta*" (*Curso de Direito Administrativo*, Melhoramentos, 2000, 10ª ed., p. 200, grifos no original).

Desta feita, tendo os apelados, ao apresentarem documentos que atestam suas habilidades para o certame, atendido à disposição legal expressa no sentido de que os requisitos para investidura em cargo público só poderão ser exigidos no momento da posse, a norma regulamentar e editalícia que determina que a comprovação se dê no ato da inscrição está a lhes ferir direito líquido e certo.

Por oportuno, cito entendimento jurisprudencial:

"*Administrativo. Inscrição em concurso público. Limite de idade. - A limitação de idade imposta como condição em concurso viola, frontalmente, os arts. 3º, IV, 5º e 39, § 2º, da Constituição Federal. Em face da Lei nº 8.112/90, não há limite de idade com relação a oportunidade para a inscrição em concurso, mas tão-somente no concernente à posse do candidato aprovado*" (TRF da 2ª Região, REO 205804/RJ, Rel. Juiz Frederico Gueiros, em 06.07.93).

A bem da verdade, a análise da matéria se centra na distinção a qual insistem as Administrações em fazer entre os requisitos da inscrição e requisitos do cargo.

Neste sentido, vale notar a abalizada lição do administrativista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. Ei-la:

"*Os requisitos do cargo são aqueles que o candidato deve preencher para a investidura no cargo público. Dizem respeito, portanto, à natureza das funções a serem exercidas, e não ao procedimento de seleção levado a efeito pelo concurso. Em virtude do princípio da legalidade (art. 37, CF) esses requisitos devem estar contemplados em lei. Nada impede, contudo, que o edital os mencione reproduzindo o que a lei estabelece. O que não é lícito é que tal exigência seja apenas prevista no edital. Também revela ilegalidade a exigência de cumprir requisito de cargo ao momento em que o candidato se limita a inscrever-se no concurso. Cuida-se de exigência prematura, desnecessária e inoportuna. Se o requisito é para o cargo, sua exigência deverá dar-se somente quando o candidato, já agora aprovado, estiver em condições de ser nomeado para a consequente investidura*" (*Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris*, 2000, 6ª ed., p. 464).

Sob tais aspectos, se o edital para o concurso público ao cargo de médico, para o Ipsemg, continha previsão ou exigência diversa do que a lei determina, contrariando-se, pois, o art. 37, I, da Constituição da República, o ato que anulou as inscrições dos apelados fere direito líquido e certo destes, razão pela qual a decisão recorrida não deve ser reformada.

Diante do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença, dando por prejudicado o recurso voluntário, acolhendo, assim, o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Conheço da controvérsia, aos seus pressupostos.

Segundo os pronunciamentos jurisprudenciais e doutrinários, a limitação de idade imposta como condição em concurso afronta o permissivo constitucional, para efeito de inscrição em concurso público.

Todavia, o sobredito limite de idade deve ser observado no que pertine à posse do candidato aprovado.

Na espécie, o edital para o concurso público ao cargo de médico, junto ao Ipsemg, continha exigência que afrontava o art. 37, I, da Carta Federal.

Sendo assim, a anulação das inscrições dos candidatos por força de ato contido no edital viola direito líquido e certo dos impetrantes, ora em sede recursal.

Por tais fundamentações, confirmo a sentença, que concedeu a ordem impetrada.

Julgo prejudicado o recurso voluntário e condeno o vencido ao pagamento das custas.

É o voto.

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

-:::-

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - SERVIDORES PÚBLICOS NÃO SINDICALIZADOS - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - COBRANÇA PELO SINDICATO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - RETRATAÇÃO - POSSIBILIDADE

- O art. 296 do CPC admite a retratação da sentença na hipótese de indeferimento da inicial, caso em que o juiz pode voltar atrás e reformar sua própria decisão, admitindo a lide.

- A contribuição sindical tem caráter tributário e, como tal, depende de lei que regule sua cobrança. Não havendo previsão legal para descontar tal contribuição de todos os servidores públicos, o desconto compulsório só alcança servidores sindicalizados e os celetistas, sendo impossível a cobrança pelo sindicato das contribuições relativas aos servidores não sindicalizados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 232.567-8/00 - Comarca de Itanhandu - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Contribuição sindical - Cobrança pelo sindicato - Servidores públicos civis não sindicalizados - Impossibilidade - Falta de previsão legal. - A contribuição sindical tem caráter tributário e, como tal, depende de lei que regule sua cobrança. Quanto aos servidores públicos civis, não existe a previsão legal da cobrança desta contribuição e, assim, impossível a cobrança pelo sindicato das contribuições relativas aos servidores públicos civis não sindicalizados. Entendimento do art. 8º e incisos da CF.

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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Cuida-se da questão da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical para o funcionário público municipal.

O digno Juiz de primeiro grau, apreciando o pedido do Sindicato dos Servidores Públicos do Município de São Lourenço e Região do Circuito das Águas, julgou procedente a pretensão daquele de que fosse compelido o Município de Itanhandu a recolher a contribuição sindical de todos os seus funcionários. Fundamentou que a contribuição sindical tem caráter tributário, afetando assim a todos, inclusive os servidores não sindicalizados.

Recorrem o Município de Itanhandu e o Ministério Público, ambos alegando serem indevidas as contribuições reclamadas pelo sindicato-apelado.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Primeiramente, impõe-se observar que não houve qualquer problema no fato de o digno Juiz de primeira instância se retratar da sentença que havia julgado extinto o feito sem o julgamento de mérito.

Ocorre que, em que pese ao fato de a sentença, via de regra, realmente não admitir juízo de retratação, existe uma exceção a este princípio: é quando a sentença retratada indeferiu a inicial, caso em que o juiz pode voltar atrás e reformar sua própria decisão, admitindo a lide. Esta hipótese está expressamente admitida no Código de Processo Civil, em seu art. 296.

Assim, não tem razão o Município quando reclama da retratação do Juiz.

Quanto ao mérito propriamente dito, relevante é a questão de ser ou não devida pelos servidores públicos municipais a contribuição confederativa discutida nos dispositivos constitucionais e trabalhistas concernentes ao caso.

Deve-se examinar, em primeiro lugar, o caráter tributário de tal contribuição, a respeito do qual muito bem asseverou o ilustre tributarista SACHA CALMON:

"*(...) Nas contribuições previdenciárias, o caráter sinalagmático da relação jurídica é irrecusável. Nas demais contribuições, inclusive as sociais, este aspecto inexiste. São idênticas, estas últimas contribuições, aos impostos. São impostos afetados a fins determinados com o nome de contribuições. Examine-se o fato gerador de todas elas e sobressairá que são todas manifestações de capacidade contributiva e que, mesmo quando tal aspecto esteja obscurecido, como nas contribuições corporativas (sindicais ou associativas), inexistirá atuação do Estado direta, pessoal, especificamente relacionada à pessoa do contribuinte, senão vejamos:*

A) (omissis)

B) (omissis)

C) nas corporativas (sindicais e associativas), paga-se um quantum *fixo* per capita *(um dia de salário,* v.g., *é do sindicato). O que se recebe em troca, de modo específico, pessoal, mediata ou imediatamente? Absolutamente nada. Supõe-se que os órgãos de classe zelem por seus filiados e lutem por seus interesses. O Estado empresta o seu poder de tributar em favor da manutenção desses órgãos, e é só o que faz. Nada de pessoal, específico, sinalagmático. A face do imposto se mostra até as orelhas*". (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Editora Forense, 6ª ed., p. 405.)

Neste enfoque, mister proceder-se à diferenciação entre a contribuição confederativa e a contribuição sindical, de caráter tributário e parafiscal ("imposto sindical"), sobre as quais assim se pronunciou MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

"*Imposto sindical. O texto em estudo consagra implicitamente o chamado imposto sindical, contribuição compulsoriamente arrecadada aos trabalhadores, destinada à manutenção das associações sindicais. É a 'contribuição prevista em lei' (...).*

Contribuição confederativa. Uma contribuição poderá ser instituída para custeio da confederação a que se filiar, embora indiretamente, determinado sindicato. Deverá ela, porém, ser estabelecida em assembléia geral. Adotada, porém, pelo sindicato, deverá ser descontada em folha pelo empregador" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, edição 1990, p. 109-110).

O caráter tributário da contribuição sindical, assim (como admitiu o próprio Juiz prolator da decisão atacada), é inafastável. Conseqüentemente, devem-se aplicar à contribuição sindical todos os princípios que norteiam a legislação tributária brasileira, com todas as vedações e garantias a ela inerentes.

Em conseqüência, a contribuição sindical depende de lei que a regule, não podendo ser cobrada de outra forma. A lei na qual se baseiam os sindicatos para cobrar esta contribuição dos empregados é, desde há muito, a CLT, em seus artigos 578 a 610. Tais dispositivos, no entanto, fazem menção apenas aos empregados e profissionais liberais.

Além disso, acontece que o regime jurídico dos servidores de Itanhandu é estatutário e escapa à disciplina da CLT, conforme se tira do art. 8º, inc. IV, parte final, da CF, que condiciona a exigência da contribuição à previsão legal, inexistente na hipótese, como ficou claro nos autos.

À vista deste dispositivo constitucional, observa-se que a obrigatoriedade de recolhimento da contribuição

sindical dos servidores públicos municipais teria de ser precedida por lei específica que a regulasse e autorizasse, não podendo o administrador agir de ofício neste sentido.

Com efeito, a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 37 os princípios fundamentais da Administração Pública, quais sejam, "legalidade", "impessoalidade", "moralidade" e "publicidade".

O princípio da legalidade informa que toda conduta da Administração Pública é subordinada à lei. Tendo este caráter de vinculação, deve respeitar as normas estabelecidas, sendo infração grave a ação do administrador fora do âmbito de previsão legal. Neste enfoque, a Súmula nº 12 do Tribunal de Contas já estatuiu que "*as despesas públicas realizadas sem a observância do requisito legal do empenho-prévio são irregulares e de responsabilidade pessoal do ordenador*".

Deste modo, o Município não tinha, como não tem, a obrigação de proceder aos descontos pretendidos pelo apelado, ante a completa ausência de previsão legal do desconto das contribuições sindicais de seus servidores públicos.

Esta é também a posição majoritária não só deste Tribunal, mas do eg. STJ e de outros tribunais brasileiros, como se pode denotar pelos julgados abaixo:

"1. *De acordo com o princípio do livre alvedrio, inexiste a obrigatoriedade do desconto em folha de pagamento de servidores civis face à exegese do art. 8º, e incisos, da Carta Política atual. De fato, dita norma constitucional não obriga ao servidor a filiação sindical não podendo, assim, cogitar-se da compulsoriedade do pretendido desconto (...)*". (STJ, ROMS 6.515/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 24.08.99.)

"*Servidor público. Desconto em vencimentos a título de contribuição sindical. Impossibilidade. Ausência de previsão legal específica. Sentença reformada parcialmente*". (TJMG, Apelação Cível nº 189.363-5, Rel. Des. Aluízio Quintão, j. em 07.12.2000.)

"*Sindicato - Ação de cobrança contra a prefeitura municipal - Contribuição sindical - Servidores municipais estatutários não sindicalizados - Falta de autorização para desconto anual na folha de pagamento - Desconto compulsório que só alcança os servidores celetistas e aqueles sindicalizados - Falta de previsão legal para desconto de um dia de trabalho para funcionários públicos estatutários - Situação não prevista no artigo 37, VI, da Constituição Federal - Recurso não provido para manter a sentença que negou provimento à ação*". (TJSP, Apel. Cível nº. 8.175-5, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ribeiro Machado, j. em 25.11.97.)

Pelo exposto, dando como feita a remessa necessária, reformo a sentença, para julgar improcedente a ação, prejudicados os recursos voluntários.

Custas e honorários, *nihil*.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

MAGISTÉRIO - LICENÇA-MATERNIDADE - COINCIDÊNCIA COM AS FÉRIAS COLETIVAS - GOZO DE FÉRIAS FORA DO PERÍODO REGULAMENTAR - AUTORIZAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE

- Se a Constituição Federal de 1988 criou em favor dos trabalhadores em geral os benefícios das férias regulamentares e da licença-maternidade, que são garantias independentes e autônomas, inspiradas em causas e motivações diferentes, não pode a Administração, sem lei que a autorize, conceder à gestante, servidora do magistério, o gozo de férias individuais fora do período de férias coletivas, quando estas coincidirem com a licença-maternidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 232.939-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Magistério - Licença-maternidade e férias regulamentares - Coincidência - Ausência de regulamentação. - Se a CF/88 criou, em favor dos trabalhadores em geral, os benefícios autônomos das férias regulamentares e da licença-maternidade, não pode a Administração, sem lei que a autorize, conceder à gestante, servidora do magistério, o gozo de férias individuais fora do período de férias coletivas.

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, 09 de maio de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - O recurso preenche todos os requisitos de

admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

A CF/88, em verdade, inscreve entre os direitos e garantias sociais deferidos ao trabalhador (em sentido genérico):

"*o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal*" - art. 7°, inciso XVII;

"*(...) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias*" - art. 7°, inciso XVIII.

Trata-se, em verdade, de duas garantias independentes e autônomas, inspiradas em causas e motivações que nada oferecem de comum.

A legislação existente a respeito - Lei Municipal n° 2.610, de 08.01.62, e Decreto Municipal n° 1.805, de 10.10.69 - é anterior à CF/88, como também o é a Lei Estadual n° 7.109, de 13.10.77, que contém o Estatuto do Magistério do Estado de Minas Gerais.

Todas essas disposições legais já estabeleciam a norma segundo a qual, na área do magistério, as férias coletivas seriam gozadas no mês de julho.

Não previram, entretanto, como não podiam prever, uma situação singular criada pelo constituinte de 1988, que é, em verdade, a concomitância de férias coletivas e de licença-maternidade.

Se há essa coincidência, a servidora-gestante fica, em verdade, prejudicada.

Todavia, como essa situação constitucional *sui generis* não mereceu, até agora, qualquer regulamentação conciliadora, seja em termos de legislação complementar, seja em termos de legislação ordinária, medidas que ressaem implicitamente da natureza da norma, não cabe ao Judiciário a missão legiferante de contornar o impasse que se criou em torno do assunto.

Se o direito a essa dupla situação se encontra garantido na CF/88, os meios adequados à sua concretização constituem matéria *de lege ferenda*, que não poderá ser atendida pelo Judiciário.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso, com a ressalva, feita no 4° parágrafo das razões do recurso - fl. 107-TJ -, de que o terço de férias foi pago apenas à primeira autora.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - ASCENDENTES ESTRANGEIROS - PRENOME - PATRONÍMICO DE FAMÍLIA - ALTERAÇÃO DA GRAFIA ORIGINAL - OBTENÇÃO DE CIDADANIA ESTRANGEIRA - COMPROVAÇÃO DA ASCENDÊNCIA - RETIFICAÇÃO ÀS MARGENS DO ASSENTAMENTO - POSSIBILIDADE

- A pretensão de se obter cidadania estrangeira é motivo justificado para o pedido de retificação às margens do assentamento do registro civil de descendente de estrangeiro, mormente se amparado por documentos que comprovam a ascendência e a alteração da grafia original de prenomes e do patronímico familiar do requerente.

APELAÇÃO CÍVEL N° 233.195-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Retificação de assentamento de registro civil - Alteração da grafia de patronímico familiar de ascendentes - Requerimento de cidadania italiana - Comprovação da ascendência - Legitimidade da requerente - Ministério Público - Recurso - Improvimento. - A obtenção de cidadania estrangeira é motivo justificado para o pedido de retificação às margens de assentamento de registro, mormente se amparado por documentos que comprovam a ascendência e a alteração da grafia original de prenomes e do patronímico familiar da requerente.

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, 14 de maio de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Trata-se de ação de retificação de assentamento de registro civil proposta por Laura Pereira, perante o Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte, dizendo que descendente, em linha reta, por consangüinidade, em terceiro e quarto graus, de Giovanni Battista Olivero e Francisca Capai e de Giuseppe Olivero e Felicita Albano, que são italianos, desejando obter a cidadania italiana; acrescenta que os nomes de seus ascendentes foram adequados nos Cartórios e Serviços de Registros de Brasileiros de acordo com a estrutura da língua portuguesa - João Baptista de Oliveira e Maria Francisca Capae, José de Oliveira e Albana Felicitá -, o que vem impossibilitando a requerente de exercer seu direito, pois o Consulado da Itália exige, para conceder-lhe a cidadania, a retificação dos dados.

Afinal, o pedido foi deferido (fls. 56/57).

Inconformado, o Ministério Público apelou, tempestivamente, buscando a reforma da sentença e o indeferimento do pedido (fls. 58/61).

O apelo foi contrariado, sustentando-se o acerto da decisão hostilizada.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo, em preciso parecer da lavra da Dra. Eliane Falcão (fls. 77/81).

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Insurge-se o i. representante do Ministério Público de primeiro grau, alegando, em síntese, que a certidão de nascimento do ascendente italiano, à fl. 08, deveria ter sido vertida para o português; que os documentos acostados às fls. 11 e 24 foram extraídos com base em alegações dos supostos imigrantes, não podendo ser presumidas como verdadeiras; e a incompetência do órgão que expediu a certidão negativa de naturalização dos ancestrais italianos da requerente.

Em que pesem às precauções do i. representante do MP, não lhe assiste razão, pois os documentos que acompanharam a inicial e aqueles posteriormente juntados são formalmente regulares e hábeis a comprovar a ascendência italiana da requerente.

O *estrato dell'atto di nascita*, fls. 8, correspondente à certidão de nascimento brasileira, em cumprimento a acordo internacional celebrado pela Convenção de Viena, traz a tradução automática de todos os termos de seu conteúdo para diversos idiomas, entre eles o português, sendo despicienda a formalidade exigida pelo *Parquet*, se já possível averiguar a legitimidade da descendente para requerer a retificação.

Os documentos de fls. 11 e 24, emitidos pelo Serviço de Registro de Estrangeiros, necessários para que os imigrantes obtivessem seu registro junto à repartição competente, cujo teor é confirmado por testemunhas, emanam de autoridade que dispõe de fé pública, gozando o ato de presunção de veracidade. Como se trata de fatos ocorridos há mais de sessenta anos, difícil ou mesmo impossível averiguar a sua verdade ou inverdade, presumindo-se verdadeiro o que a Administração ali consignou.

Quanto à alegação de competência do Ministério da Justiça, e não do Arquivo Nacional, para expedir a certidão negativa de naturalização, como bem salientou a douta Procuradora de Justiça:

"*temos, consoante o documento de fls. 69/70-TJ, que o órgão está diretamente subordinado ao Ministro da Justiça (art. 1º, do Regimento Interno do Arquivo Nacional), sendo de sua atribuição, dentre outras, autenticar as reproduções e dar certidão dos documentos sob sua guarda, além de executar atividades relativas à autenticação de reproduções e à emissão de certidões sobre os documentos sob sua guarda (arts. 5º, III, e 6º, VIII, do mencionado Regimento), logo, sendo de sua competência, na hipótese, a expedição da aludida certidão negativa, já que atinente a documentos mantidos sob sua guarda, plenamente satisfeita restou, a nosso ver, a exigência feita pelo Órgão Ministerial à apelada no curso do feito, com a juntada dos documentos de fls. 43/44-TJ*" (fls. 79/80).

Ademais, juntou a requerente, à fl. 94, a certidão negativa de naturalização do seu ascendente, fornecida pelo Ministério da Justiça.

E cabe ressaltar, complementando a doutrina citada no parecer ministerial de segundo grau, destacando a lição do prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*Realmente, a forma, nos atos jurídicos mais importantes, é sempre instituída para segurança das partes e não por mero capricho do legislador.*

O que se pode, razoavelmente, condenar é o excesso de formas, as solenidades exageradas e imotivadas. A virtude está no meio-termo: a forma é valiosa e mesmo imprescindível na medida em que se faz necessária para garantir aos interessados o proveito que a lei procurou visar com sua instituição.

Por isso, as modernas legislações processuais não sacrificam a validade de atos por questões ligadas ao excessivo e intransigente rigor de forma, quando se relacionam com atos meramente instrumentais, como soem ser os do processo.

Sem se chegar ao extremismo da ausência de forma, que levaria ao caos e à inutilização do processo como meio hábil de composição dos litígios (pois é impossível conceber-se o processo desligado da forma), nosso Código faz, de maneira clara, prevalecer sobre a forma a substância e a finalidade do ato processual" (em *Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, v. I, 24ª ed., p. 219).

Isto posto, comprovada a ancestralidade italiana da apelada e sua legitimidade para requerer que sejam procedidas as retificações às margens dos registros, nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SUCESSÃO - FILHO ADOTIVO - ABERTURA DA SUCESSÃO ANTES DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - ADOÇÃO REGIDA PELA LEI CIVIL (ART. 377 DO CÓDIGO CIVIL) - ART. 227, § 6º, DA CF/88 - NÃO-INCIDÊNCIA - IRRETROATIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL - SITUAÇÃO DOS FILHOS ADOTIVOS RELATIVA À SUCESSÃO - INALTERABILIDADE PELA LEI DO DIVÓRCIO (LEI Nº 6.515/77)

- A sucessão regula-se pela lei vigente à data de sua abertura, por força do art. 1.577 do Código Civil. Aberta a sucessão antes do advento da Constituição Federal de 1988, estando em vigor à data do óbito do autor da herança a norma do art. 377 do Código Civil, o filho adotivo regido pela lei civil não é herdeiro, não incidindo no caso a norma do art. 227, § 6º, da CF/88, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil, entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito, não podendo a referida norma constitucional retroagir para assegurar o direito à sucessão aberta antes da entrada em vigor da Constituição Federal/88.

- A Lei do Divórcio alterou a situação dos filhos adulterinos, estabelecendo a igualdade entre estes e os filhos legítimos, mas não alterou a situação dos adotivos, que permaneceram com restrições legais relativas à sucessão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 233.547-9/00 - Comarca de Vazante - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Sucessão - Filho adotivo - Herança - Falecimento do adotante, no regime anterior à atual CF/88 - CCB, artigos 377 e 1.605, parágrafo segundo. - A sucessão regula-se pela lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil, entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito.

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, 23 de maio de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Conheço do recurso por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Aparecida Maria de Ávila Jordão ajuizou a presente ação ordinária de petição de herança contra Ildeu Esteves de Ávila e outros, pretendendo ver reconhecido seu direito sucessório

em relação à herança deixada por sua mãe adotiva, Sra. Francisca de Ávila, falecida em 26.02.1982, em igualdade de condições com os filhos legítimos da adotante.

O feito foi julgado improcedente pelo ilustre Magistrado *a quo*, ao entendimento de que, sendo a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão a que rege o direito sucessório, não possui a recorrente capacidade para suceder, como filha adotiva de sua falecida mãe, posto que em vigor à data do óbito desta o art. 377 do Código Civil, não incidindo, no caso, o art. 227, § 6º, da CF/88.

Irresignada, busca a recorrente a reforma da r. decisão alegando, em resumo, que a mesma adotou solução simplista para a questão, não a examinando à luz do art. 51 da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) e do antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), leis federais que vigeram antes do tempo da abertura da sucessão, ocorrida em 1982, e que revogaram tacitamente o art. 377 do Código Civil. Acrescenta, ainda, que a questão do direito intertemporal deve ser encarada à luz do princípio do *jus superveniens* e, uma vez que a norma constitucional do art. 227, § 6º, é imperativa, não pode deixar de ser aplicada.

Data venia, o inconformismo da apelante não merece prosperar.

Como cediço, por força do art. 1.577 do Código Civil, a sucessão é regida pela lei vigente à época de sua abertura, que ocorre com o falecimento do *de cujus*.

Na espécie, o falecimento da mãe adotiva da recorrente, Sra. Francisca de Ávila, se deu no dia 26 de fevereiro de 1982, conforme se verifica do documento acostado à fl. 12.

Assim, tendo ocorrido o óbito da autora da herança em 1982, a recorrente não é herdeira do espólio, visto que se encontrava então em vigor o disposto no art. 377 do Código Civil, não incidindo na espécie o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, por se tratar de sucessão aberta anteriormente à sua vigência.

É que a referida norma constitucional não retroage para assegurar o direito à sucessão aberta antes da entrada em vigor da Constituição.

A respeito do tema em debate, já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

"*Direito das Sucessões. Filhos adotivos. Pretendida habilitação na qualidade de herdeiros do* de cujus. *Indeferimento calcado no fato de a abertura da sucessão haver ocorrido antes do advento da nova Carta, que eliminou o tratamento jurídico diferenciado entre filhos legítimos e filhos adotivos, para fins sucessórios. Alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade inexistente. - A sucessão regula-se pela lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas*

antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso não conhecido" (ac. un. 1ª T. STF, RE 163.167/8-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05.08.1997, *DJU* de 31.10.1997).

Em seu voto, reportou-se o eminente Ministro Relator ao parecer emanado da douta Procuradoria-Geral da República, o qual peço *venia* para transcrever, porque em perfeita consonância com o caso ora em exame:

"*Como bem explicitado pelo ilustre representante do Ministério Público, em manifestação às fls. 118/119, 'abertas as sucessões antes da vigência da Carta Magna de 1988, o domínio e a posse dos direitos e obrigações já haviam se transmitido aos herdeiros legítimos dos* de cujus, *por força do estatuído no art. 1.572 do Código Civil. E, tendo se consolidado tais direitos no patrimônio destes, de acordo com a lei vigente na época, não era mais possível a sua transmissão às recorrentes.*

(...) E o que pretendem as recorrentes, através do apelo extremo, nada mais é do que conferir efeito retroativo à norma constitucional acima mencionada, o que não lhes é permitido, uma vez que o direito constitucional não detém a característica da retroatividade'.

Vale trazer à colação manifestação desse Excelso Pretório, verbis:

'Rege-se, a capacidade para suceder, pela lei da época da abertura da sucessão, não comportando, assim, eficácia retroativa, o disposto no art. 227, § 6º, da Consituição' (RE nº 162.350/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, unânime, *RTJ*, 156/1.050).

Destacamos, ainda, trecho do voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Relator Octavio Gallotti:

'É princípio assente, em nosso direito positivo, que a capacidade de suceder se regula pela lei do tempo da abertura da sucessão, porque é nesse momento que se transfere a propriedade.

A pretensão do Recorrente implicaria, portanto, o reconhecimento de inadmissível efeito retroativo da disposição constitucional invocada. Não apenas de sua incidência imediata'".

Não discrepa deste entendimento a doutrina de Maria Helena Diniz, que, embora trazida à colação pela própria recorrente, melhor aproveita aos apelados, reforçando o posicionamento adotado na r. decisão monocrática, conforme se infere às fls. 185/186:

"*(...) Os direitos dos herdeiros são regulados pela norma que vigora ao tempo da abertura da sucessão. Se se alterar a ordem de vocação hereditária, isto será aplicado a todas as sucessões que se abrirem após sua vigência, porém as já abertas escapam de seu comando*".

No que concerne ao argumento de que o art. 377 do Código Civil teria sido tacitamente revogado pelo art. 51 da Lei do Divórcio, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 883/49, e pelo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), não assiste razão à recorrente.

O art. 2º da Lei nº 883/49 previa que "*O filho reconhecido na forma desta lei, para efeitos econômicos, terá direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado*", passando a ser assim redigido, com o advento da Lei do Divórcio (art. 51, Lei nº 6.515/77): "*Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições*".

Extinguiu-se, por força do disposto no art. 51 da Lei do Divórcio, com a discriminação até então existente entre filho natural reconhecido e filho legítimo e legitimado, em direito sucessório, perdurando, todavia, com relação aos incestuosos e adotivos.

A respeito, vale transcrever a lição de ARNOLDO WALD, *verbis*:

"*Posteriormente, vários diplomas legislativos admitiram parcial e, em seguida, totalmente, a equiparação dos filhos adulterinos ao filho legítimo, numa evolução que terminou com a promulgação da Lei 6.515/77, que no seu art. 51 afirmava: 'Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições'.*

Assim mesmo ficaram, na época, excluídos da equiparação os filhos incestuosos e os adotivos, os primeiros por impossibilidade de reconhecimento e os segundos por existir regulamentação própria.

Escrevemos, na ocasião, que a generalidade do texto podia, à primeira vista, iludir o leitor, pois, nele, evidentemente, o legislador disse mais do que queria. A finalidade da lei foi, tão-somente, no sentido de equiparar o filho adulterino ao legítimo e ao legitimado, não afetando o regime legal do filho adotivo, embora a interpretação literal pudesse levar a conclusão oposta. Não obstante inexistir qualquer reserva explícita, a compreensão do texto deve atender ao fato de se ter modificado, no referido artigo, a Lei 883, que só se refere ao adulterino, e de não ter sido revogado o § 2º do art. 1.605 do Código Civil, que cuidou especificamente da posição sucessória do adotado" (*in Direito das Sucessões*, Ed. Revista dos Tribunais, 11ª ed., 1997, p. 72).

Portanto, a Lei do Divórcio alterou a situação dos filhos adulterinos, estabelecendo a igualdade entre estes e os filhos legítimos, e não com relação aos adotivos, que permaneceram com restrições legais relativas à sucessão.

Por sua vez, o Código de Menores, de 1979, em seu art. 37, dispunha que: "*A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, aos quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres*". Assim, por força do

disposto neste artigo e no artigo 29, tornou-se indiscutível que a adoção plena, prevista no Código de Menores, atribuía direitos hereditários aos adotados, em igualdade de condições com os demais filhos, legítimos ou não. Todavia, na adoção da lei civil e na adoção simples, a situação não era a mesma, persistindo a desigualdade, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que equiparou todas as formas de filiação, incluindo-se expressamente a adoção.

Nessa ordem de idéias, tendo em vista que a adoção da recorrente pela falecida ocorreu nos idos de 1965, fls. 17, não se trata de adoção plena, que somente surgiu com o Código de Menores, em 1979, mas sim de adoção regida pela lei civil, que não atribuía ao adotado direitos hereditários, não lhe cabendo, destarte, direito à herança deixada pela finada.

Já decidiu o colendo STJ:

"*Filiação. Adoção. Filho adotivo. Herança. Falecimento do adotante, no regime anterior à atual CF/88. CCB, artigos 377 e 1.605, parágrafo segundo. - Quando a adotante já tivesse filhos carnais, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária. O artigo 2º da Lei nº 883/49, com a redação dada pelo artigo 51, nº 2, da Lei nº 6.515/77, não havia revogado os artigos 377 e 1.605, parágrafo segundo, do CCB*" (STJ - RE nº 38.545-SP - Rel. Min. Waldemar Zveiter - j. em 16.12.96 - *DJU* de 14.04.97).

Por fim, este eg. Tribunal de Justiça, no julgamento do AI nº 031.068-0, da Comarca de Sete Lagoas, em 11 de outubro de 1994, manifestou-se em consonância com o entendimento ora esposado, conforme se depreende do voto do eminente Relator, Des. Artur Mafra, inobstante a conclusão tenha sido favorável à adotada, uma vez que ali o óbito fora posterior à CF/88:

"*A capacidade sucessória é determinada pela lei em vigor na data da abertura da sucessão (art. 1.577 do C. Civil). Tendo ocorrido o falecimento do Adotante em 1990, o filho adotivo é herdeiro do Espólio, mesmo que o adotante tenha filhos legítimos preexistentes à adoção, prevalecendo a norma constitucional, deixando de ter relevância jurídica o fato de os sucessores do* de cujus *serem apenas os designados pela lei que regia a matéria à época imediata (no caso, o art. 377 do C. Civil). Não fora assim, restaria violada a norma constitucional, na medida em que permitiria a exclusão de um filho do* de cujus *dos direitos sucessórios ainda não partilhados. A aplicação é imediata, como norma definidora dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXXVII, § 1º, da CF).*

Todavia, adverte ANTÔNIO CHAVES, em Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, *Editora LTR - SP, 1994, p. 170:*

'Mas aquela norma constitucional não tem efeito retroativo', embora de hierarquia superior e de aplicação imediata, adverte o ac. un. da 3ª Câm. do TJSC, publ. em 22.03.1991, Ap. 35.421, Rel. Des. Amaral e Silva, Adv. 54.652: 'não pode retroagir para assegurar o direito à sucessão aberta antes da vigência da Constituição, pois com a morte, a posse e o domínio da herança se transmitiram aos herdeiros, que tomaram o lugar do defunto, não mais havendo qualquer direito hereditário a ser transmitido'".

In casu, tendo ocorrido o falecimento da adotante em 1982, a recorrente não é herdeira do espólio de sua mãe adotiva, porque inaplicável à espécie a norma constitucional contida no art. 227, § 6º, da CF/88, sendo sucessores da *de cujus* apenas os designados pela lei que regia a matéria à época da abertura da sucessão (o art. 377 do C. Civil).

Como se sabe, com a morte da adotante, a posse e o domínio da herança deixada foram transmitidos aos herdeiros, de acordo com o disposto na lei vigente à data do óbito (arts. 377 e 1.572 do Código Civil), passando a integrar o patrimônio destes, não mais havendo qualquer direito hereditário a ser transmitido à recorrente, quando do advento da CF/88, que não retroage para assegurar direito à sucessão aberta antes de sua vigência.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso. Sem condenação em custas, por estar a apelante sob justiça gratuita.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

OBRA PÚBLICA - DESVALORIZAÇÃO DE IMÓVEIS - DANOS AO PROPRIETÁRIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO - INDENIZAÇÃO

- O dano causado por obra pública, ensejando a desvalorização de imóveis, gera para a Administração a responsabilidade objetiva, assegurando ao proprietário o direito à indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 233.714-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Administrativo - Obra pública - Responsabilidade objetiva - Obrigação de indenizar da Administração. - A responsabilidade objetiva da Administração assegura o direito de indenização por dano causado por obra pública.

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, 09 de abril de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço da remessa obrigatória no duplo grau de jurisdição e do recurso voluntário, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Tratam os autos de ação de indenização, ajuizada pelo espólio de Biagio Perazzo, em face do Município de Belo Horizonte, ao fundamento de que as obras de construção da Trincheira Renato Azeredo teriam causado a desvalorização de seus imóveis, sobretudo pela queda dos negócios, dificuldade de acesso, segurança e privacidade.

Por correto, adoto o relatório constante da sentença de fls. 360/363-TJ.

Acresço que o pedido de indenização foi julgado procedente. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, na forma do inciso II do art. 475 do CPC.

Inconformado, apela o vencido (fls. 365/370-TJ), atacando o mérito da decisão objurgada. Alternativamente, requer a redução do valor da indenização e dos honorários de advogado.

Contra-razões, às fls. 373/379-TJ, batendo-se o apelado pala manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça entendeu dispensável sua manifestação (fls. 386/390-TJ).

Assim relatados, passo à decisão.

A questão posta em exame é relativa ao dano causado por obra pública, no caso específico, os efeitos da construção da Trincheira Eduardo Azeredo em relação aos bens imóveis localizados em seus arredores.

Sobre a matéria escreveu o saudoso e sempre atual HELY LOPES MEIRELLES, na sua consagrada obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 553, *in verbis:*

"*O dano causado por obra pública gera para a Administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para os serviços públicos, porque embora a obra seja um fato administrativo, deriva sempre de um ato administrativo de quem ordena a sua execução. Mesmo que a obra pública seja confiada a empreiteiros particulares, a responsabilidade pelos danos oriundos do só fato da obra é sempre do Poder Público que determinou a sua realização. O construtor particular de obra pública só responde por atos lesivos resultantes de sua imperícia, imprudência ou negligência na condução dos trabalhos que lhe são confiados. Quanto às lesões a terceiros, ocasionadas pela obra em si mesma, ou seja por natureza, localização, extensão ou duração prejudicial ao particular, a Administração Pública que a planejou responde objetivamente, sem indagação de culpa de sua parte. Exemplificando: se na abertura de um túnel ou de uma galeria de águas pluviais o só fato da obra causa danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional, e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro*".

Na espécie, restou provado que a construção da Trincheira Eduardo Azeredo ensejou a desvalorização de 2 (dois) imóveis residenciais e 3 (três) imóveis comerciais, todos de propriedade do apelado, localizados na Rua Ouro Preto, 1.750 e Av. do Contorno, 8.412, porquanto prejudicados na sua "*privacidade, acesso à garagem, dificuldade de acesso às lojas e falta de estacionamento*" (laudo oficial de fls. 139/229-TJ; fls. 264/265-TJ; fls. 267/269-TJ; fls. 282/319-TJ; fls. 329/335-TJ).

A teoria da responsabilidade sem culpa do Estado existe e tem como fundamento a idéia de socializar o ônus injusto recaindo sobre um ou alguns isoladamente; a vítima também não é culpada, e, como foi a ação própria e direta da Administração a causadora do mal, é mais justo, em tais casos, a divisão de custos pela coletividade, representada pelo ente público.

Nesse sentido, leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra de fôlego *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª ed., 1991, p. 343, *litteris*:

"*O Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta comissiva legítima e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos*".

Outra não é a hipótese dos autos, sobretudo porque as vantagens de melhor acesso aos bairros e o bom tráfego obtidos com a construção da *Trincheira Eduardo Azeredo* não têm o condão de impor aos proprietários de imóveis próximos que suportem, individualmente, os efeitos negativos da

obra, se os cômodos são por toda a Municipalidade auferidos.

A redução do valor da indenização, fixada em R$240.505,53 (duzentos e quarenta mil, quinhentos e cinco reais e cinqüenta e três centavos) não se mostra possível, no cenário dos autos, notadamente porque encontrado por meio de prova técnica, na qual se preservaram as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Os honorários de advogado foram estipulados na forma da legislação processual civil em vigor, de modo que o pedido de minoração se revela inoportuno.

Assim sendo, em reexame necessário, mantenho a sentença hostilizada, julgando prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO POPULAR - PROJETO DE LEI - MERA EXPECTATIVA - VIA PROCESSUAL ESCOLHIDA - DESCABIMENTO - CARÊNCIA DA AÇÃO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 267, VI, DO CPC C/C ART. 22 DA LEI Nº 4.717/65

- A ação popular é via processual inadequada para agressão de projeto de lei municipal, o qual goza de mera expectativa de vir a integrar o ordenamento jurídico do município, devendo ser decretada a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, declarando-se extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, c/c art. 22 da Lei nº 4.717/65.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.004-0/00 - Comarca de Miradouro - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Ação popular - Lei em tese - Projeto de lei - Mera expectativa - Incabimento - Impossibilidade jurídica - Carência de ação decretada - Inteligência do art. 267, VI, do CPC, art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e art. 1º da Lei 4.717/65. - A ação popular é via inadequada para a agressão de lei em tese, salvo se capaz de produzir efeitos concretos. Entretanto, nos presentes autos, o objeto da ação é projeto de lei, o qual goza de mera expectativa de vir a integrar o

ordenamento jurídico municipal, razão pela qual é incabível a via processual escolhida, devendo ser decretada a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

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.

Belo Horizonte, 18 de março de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Cuida-se de remessa necessária em autos de ação popular proposta por José Paloma de Andrade em face do Município de Vieiras e da Câmara Municipal de Vieiras, objetivando a suspensão definitiva da tramitação do Projeto de Lei 719/01, de iniciativa do Prefeito Municipal, perante a edilidade local, que concede remissão de multas e juros para pagamento de tributos municipais inscritos em dívida ativa, por beneficiar pessoas de alto poder aquisitivo no Município, ferindo a moralidade administrativa, tendo a sentença de fls. 45/49-TJ indeferido a inicial e julgado extinto o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I e VI, do CPC, c/c art. 22 da Lei 4.717/65, por não ser dita ação meio idôneo para atacar lei em tese, que dirá projeto de lei, que goza de mera expectativa de ser aprovado, incapaz de produzir efeitos nessa fase.

Conheço da remessa necessária, em duplo grau de jurisdição, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, dispõe que:

"*Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*".

E, por seu turno, HELY LOPES MEIRELLES a conceitua como:

"*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 dinheiros públicos*" (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e* Habeas Data, Malheiros Editores, 18ª ed., 1997, p. 105/106).

Na hipótese vertente, o autor entende que o projeto de lei em tramitação na Câmara Municipal, quando da interposição da ação, quer "*beneficiar aqueles que há anos, vem burlando os cofres públicos, e ainda, premiando os maus pagadores em detrimento daqueles que com todo sacrifício, pagaram seus impostos em dia*" (*litteris*, fls. 03-TJ), uma vez que "*inúmeras foram as vantagens oferecidas em parcelamentos aos contribuintes/devedores, e que nada fizeram para enfim ficarem em dia com o 'fisco municipal'*" (*sic*).

O projeto de lei vergastado (fls. 12-TJ) tem como pressuposto a concessão de remissão de multa e juros para pagamento de dívida ativa e a autorização de seu parcelamento para os débitos inscritos em dívida ativa até a publicação da lei, sem menção a pessoa ou classes de pessoas determinadas.

Conforme muito bem asseverado pelo digno Magistrado sentenciante, percebe-se, claramente, que a ação tem por escopo uma espécie normativa, o que, por si só, é apta a demonstrar a inadequação da via escolhida para o questionamento da violação à moralidade administrativa, por ser incabível ação popular contra lei em tese.

Nem se venha argumentar que a lei tem por escopo beneficiar pessoas de alto poder aquisitivo do Município, vez que nem há discriminação em seu bojo, pois, se assim fosse, seria ato de efeitos concretos e individuais, passível de ser atacada via ação popular, ainda que dissimulada de norma legal, conforme é do magistério do mesmo festejado mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"*Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra a lei em tese*" (ob. cit.).

E, ainda, a acrescer o argumento esposado, a lei objeto da presente demanda, na verdade, ao menos quando da interposição da ação, nem lei era, mas simples projeto, dotado da mera expectativa de ser aprovado pela edilidade, como também poderia deixar de sê-lo, o que nos leva à conclusão inarredável de que não há como responsabilizar os réus, Município e Câmara de Vieiras, por um ato que sequer existe e, mesmo existindo, inapto a embasar a presente ação, vez que o questionamento da constitucionalidade de lei em tese tem sua própria via, não sendo esta substitutiva daquela, por óbvio.

Nesse aspecto, por impossibilidade jurídica do pedido, é o autor carecedor de ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC, uma vez não atendidos os pressupostos de sua condição.

Aliás, esta eg. Corte de Justiça, já se pronunciou a respeito, como se constata, dentre outros, dos arestos adiante trazidos à colação:

"*Ação popular. Lei sem efeito concreto. - Não há ação popular contra lei meramente autorizativa, porque a autorização pode, ou não, ser exercitada pela autoridade autorizada*" (2ª CC, Apelação Cível nº 192.197-2, Rel. Des. Francisco Figueiredo, j. em 24.10.00, *DJ* de 1º.12.00).

"*Ação popular - Lei em abstrato - Ausência de lesão ao patrimônio público - Indeferimento da inicial. - Não cabe ação popular contra lei em abstrato, que não produziu qualquer efeito concreto, em detrimento do patrimônio público. Inicial indeferida por impossibilidade jurídica do pedido*" (1ª CC, Apelação Cível nº 219.974-3, Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque, j. em 11.9.01, *DJ* de 14.9.01).

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no mesmo sentido, *verbis*:

"*3. Não é possível exercer ação popular, para agredir determinada lei, ao fundamento de que ela tem potencial para gerar atos ilegais. Semelhante desafio equivale a declarar-se a imprestabilidade, em tese, do diploma legal. Tanto importa em fazer da ação popular um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.*

4. É manifesta a ilegitimidade passiva de pessoas que - mesmo em sendo competentes - não praticaram, autorizaram, aprovaram e nem ratificaram qualquer ato semelhante àqueles impugnados na ação popular.

5. Não adimplidas as condições da ação, declara-se extinto o processo, sem julgamento do mérito" (1ª T., REsp nº 97.610-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 7.10.96, *DJ* de 11.11.96, p. 43.672).

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEPÓSITO IRREGULAR DE LIXO - DANO AO MEIO AMBIENTE - PODER PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - MUNICÍPIO - CONDUTA CONTRÁRIA ÀS NORMAS AMBIENTAIS - REPARAÇÃO DOS DANOS - REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA - CONDENAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO - INTERVENÇÃO MINISTERIAL COMO FISCAL DA LEI - DESNECESSIDADE - CUSTAS PROCESSUAIS - PARTES - ISENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 10, INCISOS I E III, DA LEI ESTADUAL Nº 12.427, DE 1996

- Tratando-se de ação proposta pelo representante do Ministério Público Estadual, é desnecessária a intervenção ministerial, como fiscal da lei.

- O representante do Ministério Público Estadual, na condição de Curador de Defesa do Meio Ambiente, encontra-se inequivocamente legitimado pela norma constitucional inserta no art. 129, III, da Constituição Federal, para propositura de ação civil pública visando à proteção do meio ambiente.

- O depósito irregular de lixo causa danos ao meio ambiente, podendo o Poder Público ser responsabilizado pelos mesmos, tanto por ação como por omissão.

- Constatada a existência de prejuízos ao meio ambiente causados pelo depósito irregular de lixo em local inapropriado, tendo agido o município contrariamente às normas definidas pelas autoridades ambientais competentes, é plenamente admissível, além de inevitável, sua condenação, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas à recuperação da área degradada, em cumprimento aos arts. 2º, VIII, e 4º, VII, da Lei Federal nº 6.938, de 1981.

- Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o município, ambas as partes estão isentas do pagamento das custas processuais, por força do disposto no art. 10, incisos I e III, da Lei Estadual nº 12.427, de 1996.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.112-1/00 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Ação civil pública - Depósito de lixo irregular - Dano ambiental comprovado. - Constatada a existência de prejuízos ao meio ambiente causados pelo depósito irregular de lixo em local inapropriado, tendo agido o Município contrariamente às normas definidas pelas autoridades ambientais competentes, é plenamente admissível, além de inevitável, sua condenação, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas à recuperação da área degradada, em cumprimento aos artigos 2º, VIII, e 4º, VII, da Lei nº 6.938/1981.

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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuidam os presentes autos de reexame necessário da sentença que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Santa Bárbara do Tugúrio, julgou procedente em parte o pedido, para condenar o Município-requerido a realizar a limpeza de todo o local em que depositou o lixo, bem como a tapar os buracos e valetas que abriu em virtude do mesmo, marcando prazo de 06 (seis) meses para o cumprimento da obrigação. Em face da procedência parcial do pedido, foram as custas processuais distribuídas em partes iguais, não havendo condenação ao pagamento de verba honorária em favor do Ministério Público (fl. 157/175-TJMG).

Não houve recurso voluntário de qualquer das partes.

Desnecessária a intervenção ministerial, como fiscal da lei, porque se trata de ação proposta pelo representante do Ministério Público estadual, conforme precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça acerca do parágrafo 1º do art. 5º da LAP (neste sentido, AG 95.537/SP, pub. no *DJ* de 16.09.1996, e REsp 156.291/SP, pub. no *DJ* de 01.02.1999).

Conheço da remessa obrigatória, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ação civil pública - Depósito de lixo irregular - Reparação do dano ambiental.

Cuida-se de ação civil pública aforada pelo d. Órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Curador de Defesa do Meio Ambiente. Pretende o MD representante do *Parquet* seja a Municipalidade impedida de prosseguir com a disposição de resíduos sólidos na área descrita na inicial, conhecida como "Sítio Xavier", ao fundamento de que tal atividade estaria produzindo efeitos nocivos ao meio ambiente e à saúde pública, na medida em que estaria havendo contaminação de nascentes e cursos d'água, além de propiciar a proliferação de vetores responsáveis pela transmissão de doenças infecto-contagiosas.

A inicial aponta, como circunstâncias que agravam a instalação daquele "lixão", que a Municipalidade promoveu desmatamento de vegetação nativa, que aquela área estaria localizada próxima a moradias e nascentes d'água e que a instalação do referido depósito de lixo foi realizada sem qualquer estudo de impacto ambiental.

As fotografias trazidas às fls. 12/21 e 45/50-TJMG demonstram que, de fato, o Município de Santa Bárbara do Tugúrio vinha lançando os resíduos sólidos coletados naquela cidade em uma área em declive. Percebe-se daquelas fotografias que o lixo era lançado sem qualquer controle ou tratamento, estando em boa parte espalhado, sem aterramento adequado e fumegando, em clara indicação de que o mesmo vinha sendo queimado. Também ficou demonstrado que o "lixão" foi instalado em área próxima a nascentes d'água, que abasteceriam famílias residentes naquelas proximidades (cf. docs. fls. 34/36-TJMG).

O laudo pericial realizado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais bem descreve a forma em que era realizada a atividade de disposição de resíduos:

"... *que o depósito de lixo está localizado no topo da antiga estrada do Amaral, localizado a 1400 m do centro da cidade num terreno pertencente à Prefeitura, sendo observado no citado e proximidades a existência de córregos, brejos, minas d'água, bem como alguns imóveis residenciais, sendo que duas das minas localizavam-se no leito da estrada. O 'lixão' era constituído de restos de legumes, papelão, plásticos e latas em geral, estando parcialmente soterrado. Foi observado existência de um córrego ao rés da estrada, o qual após o percurso de 700 m desaguava no rio 'Pomba'. A localização exata do lixão em relação a cidade, aos imóveis e aos elementos da natureza (brejos, minas, rio e córrego) está melhor esclarecida em croqui e fotografias, anexos neste documento*" (fl. 43-TJMG).

Em sua defesa, o Município de Santa Bárbara do Tugúrio alegou que o referido depósito de lixo estava sendo utilizado "*de forma precária, até que fosse designado outro local para tal, já que o lixo recolhido pela Administração Municipal passada estava sendo colocado às margens do rio que circunda o Município*", poluindo aquele manancial. Afirmou, também, que há muito o lixo estaria sendo depositado em outro local, adequado para a atividade, razão pela qual estaria prejudicado o pedido inicial (cf. fls. 56/58-TJMG).

A "perícia complementar" de fls. 80/97-TJMG, bem como a prova testemunhal produzida (fls. 109/112-TJMG) informaram que a área onde era localizado o antigo depósito de lixo foi aterrada e, atualmente, presta-se ao cultivo de mandioca, embora ainda haja muito lixo sob o aterro.

Extraídos os principais elementos dos autos, passo à reanálise do processado, observados os limites do pedido e do reexame necessário.

Inicialmente, cumpre destacar que o MD representante do Ministério Público Estadual, na condição de Curador de Defesa do Meio Ambiente, encontra-se inequivocamente legitimado pela norma constitucional inserta no art. 129, III, da Magna Carta, para propositura de ação civil pública para proteção do meio ambiente.

Inequívoco, também, que o depósito irregular de lixo causa danos ao meio ambiente, podendo o Poder Público ser responsabilizado pelos mesmos, tanto por ação como por omissão. Segundo ÉDIS MILARÉ:

"*As pessoas jurídicas de direito público interno, como vimos, podem ser responsabilizadas pelas lesões que, por ação ou omissão, causarem ao meio ambiente. De fato, não é só como agente poluidor que o Poder Público se expõe ao controle do Poder Judiciário (por exemplo, em razão da construção de estradas ou usinas hidrelétricas, sem a realização de Estudo de Impacto Ambiental), mas também quando se omite no dever constitucional de proteger o meio ambiente (inércia da municipalidade quanto à instalação de sistemas de disposição de lixo e tratamento de esgotos, por exemplo)*" (*in A Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 214).

No caso dos autos, revela-se incontroverso que o Município de Santa Bárbara do Tugúrio vinha promovendo o lançamento direto de resíduos sólidos, provenientes da coleta de lixo naquela Municipalidade, diretamente ao solo, sem qualquer estudo prévio, monitoramento ou tratamento, em total contrariedade ao art. 12 da Lei Federal nº 2.312/1954 e à Deliberação Normativa nº 07, de 29 de setembro de 1981, editada pela Comissão de Política Ambiental (Copam), na forma da Lei Estadual nº 7.772/1980.

Nem mesmo a alegação de que o lançamento do lixo estaria feito de forma "precária" ou provisória conferiria ares de regularidade ao procedimento adotado pela Municipalidade, em face do disposto na referida Deliberação Normativa nº 07/1981, da Copam, que assim dispõe:

"*Art. 1º. É proibido depositar, dispor, descarregar, enterrar, infiltrar ou acumular no solo resíduos de qualquer natureza, ressalvado o disposto no artigo 2º desta Deliberação*".

"*Art. 2º. O solo somente poderá ser utilizado para destino final de resíduos de qualquer natureza, desde que sua disposição seja feita de forma adequada, estabelecida em projetos específicos de transporte e destino final, ficando vedada a simples descarga ou depósito em propriedade pública ou particular*".

"*Art. 3º. Ficam sujeitos à aprovação da Copam os projetos de disposição de resíduos no solo, bem como a fiscalização de sua implantação, operação e manutenção*".

"*Art. 4º. É proibida a acumulação temporária de resíduos de qualquer natureza, na área de propriedade da fonte de poluição ou em outros locais, desde que ofereça riscos de poluição ambiental*".

O lançamento direto dos rejeitos ao solo, forma arcaica e condenável de disposição dos resíduos sólidos, conhecida por "lixão", geralmente acarreta a contaminação do solo por chorume, líquido oriundo da decomposição da matéria orgânica, que pode atingir o lençol freático e as nascentes e cursos d'água, em prejuízo da própria saúde pública, além de contribuir para a proliferação de animais parasitas (insetos e roedores), provocar a emissão de odores nauseabundos de fermentação, além de produzir efeitos adversos sobre os valores da terra, contaminando o solo, criando transtorno público, com interferência na vida comunitária e no desenvolvimento.

Estes danos ambientais foram todos constatados na área indicada na exordial, de forma efetiva ou potencial, durante o período em que o "lixão" estava em funcionamento. E, mesmo após sua paralisação, ainda se verifica potencialidade de contaminação das águas e do solo pelos dejetos enterrados, em processo de putrefação, conforme fazem ver os laudos periciais de fls. 82/83 e 128/132-TJMG, possibilidade que tende a se agravar nas épocas de chuvas em razão da própria declividade do terreno.

A Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, conceitua poluição como "... *a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos*" (art. 3º, III).

Por sua vez, a Constituição da República de 1988 impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente, como forma de prevenção ao dano, bem como de reparar os danos já causados.

"*Art. 225. 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*".

(...)

"*§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*".

Restando evidenciado que o lançamento e depósito irregular de lixo continua causando danos e degradação ao meio ambiente, mesmo após sua desativação, em face das particularidades do caso ora versado, impõe-se a condenação do agente poluidor à reparação da área degradada, em cumprimento aos artigos 2º, VIII, e 4º, VII, da Lei nº 6.938/1981.

Portanto, a área onde se localizava o antigo "lixão" deverá ser limpa, com retirada de todo o lixo aterrado, conforme determinado na sentença revisanda, mesmo porque, se os resíduos ali permanecerem, poderá haver contaminação das nascentes próximas pelo chorume nas épocas chuvosas, risco agravado pela declividade acentuada do terreno. Além disso, os resíduos tornam a área imprópria para o cultivo, pelos mesmos riscos de contaminação.

Apenas deve ser observado que, embora a sentença tenha determinado a recuperação do meio ambiente lesado no local do antigo depósito dos resíduos sólidos da Municipalidade, deixou de aplicar a pena prevista no art. 11 da Lei nº 7.347/1985, o que importa em mitigação da pena, à míngua de punição ante seu descumprimento.

À falta de recurso voluntário, nada há para prover quanto à multa.

Quanto ao pedido de plantio da mata retirada, nada há a alterar na sentença. Conforme consignado na v. decisão revisanda, não restou demonstrado nos autos que houve qualquer desmatamento na área onde foi instalado o "lixão" atualmente desativado. Ao contrário, a perícia complementar acostada aos autos revela que no local não havia matas, mas uma vegetação rasteira e arbustos (v. resposta ao quesito n.01, fl. 82-TJMG), que é sabido, recupera-se naturalmente.

Quanto à regularidade do funcionamento do novo "lixão", deixo de fazer qualquer consideração, observados os limites do pedido inicial e do reexame necessário.

Outro aspecto que está a merecer reforma é quanto à condenação das partes, Ministério Público e Município de Santa Bárbara do Tugúrio, ao pagamento das custas processuais.

Ocorre que ambos estão isentos de custas, *ex vi* do art. 10 da Lei Estadual nº 12.427/1996, que preconiza:

"*Art. 10. São isentos do pagamento de custas:*

I - a União, o Estado, os municípios e as respectivas autarquias e fundações;

(...)

III - o autor nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor -, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé".

Diante da isenção retro, apenas se poderia falar em eventual direito do vencedor ao reembolso das custas por ele pagas, como efeito da sucumbência.

Ocorre que, como qualquer das partes não adiantou qualquer valor a título de custas, nada há a reembolsar.

Conclusão.

Por todo o exposto, no reexame necessário, reformo parcialmente a v. sentença, apenas para isentar as partes do pagamento das custas processuais.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA.

-:::-

MEIO AMBIENTE - ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DE AREIA E CASCALHO - DESMATAMENTO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (VEGETAÇÃO EM MARGEM DE RIO) - LICENÇA AMBIENTAL ESPECÍFICA - NECESSIDADE - PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL - ÓRGÃO AMBIENTAL ESTADUAL - POLÍCIA MILITAR FLORESTAL - AUTO DE INFRAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - JULGAMENTO - JUSTIÇA ESTADUAL - COMPETÊNCIA

- O exercício do poder de polícia sobre as atividades poluidoras do meio ambiente é atribuição comum da União, dos Estados e dos Municípios. A cada um desses entes compete atuar nos limites de seu território e de sua competência e, em conjunto, colaborar nas providências de âmbito nacional de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal. Esta orientação foi adotada pela Lei nº 9.605/1998 (art. 70), que atribuiu competência a todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama).

- O poder de polícia do Ibama é de ordem supletiva, ou seja, o Ibama deve atuar a partir do momento em que o órgão estadual ou municipal não age. O licenciamento ambiental cabe ao Ibama somente no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional (Lei nº 6.938/1981).

- A polícia militar florestal, ao atuar pelo órgão ambiental estadual, lavrando auto de infração ambiental, exerce fiscalização nos limites da competência que lhe é atribuída pela Constituição Estadual, em seu art. 142, I, c/c o art. 214, IV. O fato de aquela autoridade policial, errônea e desnecessariamente, ter-se utilizado de impressos do Ibama para fazer a autuação em nada altera a atribuição da competência do ato, eis que, neste caso, ao órgão ambiental estadual é que cabe exercer o poder de polícia, o que afasta qualquer discussão em torno da competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o mandado de segurança impetrado contra o ato da autoridade policial.

- O fato de a empresa haver obtido licença de localização e de exploração minerária não a exime de atender às determinações legais referentes à preservação do meio ambiente, sobremaneira de possuir prévia autorização do órgão ambiental competente para promover desmatamento em áreas de preservação permanente. Portanto, se a referida empresa não observa as prescrições ambientais definidas em lei, sujeita-se às sanções previstas no art. 72 da Lei de nº 9.605/1998, dentre as quais o embargo da obra ou atividade (inciso VII).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.578-3/00 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Atividade de extração de areia e cascalho - Desmatamento de área de preservação permanente (vegetação em margem de rio) - Código Florestal - Necessidade de licença ambiental específica - Segurança denegada. - O fato de a empresa haver obtido licença de localização e de exploração minerária não a exime de atender às determinações legais referentes à preservação do meio ambiente, sobremaneira de possuir prévia autorização do órgão ambiental competente para promover desmatamento em áreas de preservação permanente. Portanto, se o impetrante não observa as prescrições ambientais definidas em lei, sujeita-se às sanções previstas no art. 72 da Lei nº 9.605/1998, dentre as quais o embargo da obra ou atividade (inciso VII). Segurança denegada.

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 REFORMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuidam os presentes autos de reexame necessário da sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por José Gabriel Resende Silva - ME contra ato inquinado de ilegalidade atribuído ao Cabo Sebastião Bernardes Filho, membro da 6ª Companhia da Polícia Militar Florestal do Estado de Minas Gerais, rejeitou as preliminares argüidas e, no mérito, concedeu a segurança reclamada, determinando o imediato levantamento do embargo das

atividades de exploração de areia, bem como a liberação dos bens apreendidos, mantendo os efeitos da liminar concedida. Por fim, foi o impetrado condenado ao pagamento das custas processuais (fls. 114/119-TJMG).

Conheço da remessa obrigatória, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de incompetência absoluta *in ratione personae*.

A Polícia Militar Florestal de Minas Gerais autuou o impetrante porque este teria suprimido vegetação natural existente na margem direita do Rio Sapucaí, sem autorização do órgão competente.

O auto de infração e o termo de depósito e embargo de fls. 29/30-TJMG, respectivamente, foram lavrados em impressos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), que é o órgão federal executor do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama).

Tal ocorreu porque o Ibama celebrou com a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais o Convênio Administrativo nº 43/1998, cujo extrato foi publicado no *Diário Oficial* de 18.09.1998, Seção III, p. 67. Por meio daquele convênio, instituiu-se um "*regime de mútua cooperação entre os convenentes, com vistas à execução, no Estado de Minas Gerais, de ações fiscalizatórias, em caráter supletivo às ações dos órgãos estaduais de fiscalização ambiental, voltadas para a preservação e conservação do meio ambiente e dos recursos naturais renováveis*" (cláusula primeira daquele convênio).

Percebe-se assim que, por meio do convênio retrocitado, o Ibama delegou à PMMG prática de atos relativos ao poder de polícia que lhe foi conferido pelo art. 70, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.605/1998.

O poder de polícia ambiental, segundo lições de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, é:

"*Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza*" (*in Direito Ambiental Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 305/306).

O exercício do poder de polícia sobre as atividades poluidoras do meio ambiente é atribuição comum da União, dos Estados e dos Municípios. A cada um daqueles entes compete atuar nos limites de seu território e de sua competência, e em conjunto colaborar nas providências de âmbito nacional de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal (HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 519/526).

Esta orientação foi adotada pela Lei nº 9.605/1998, que atribuiu competência a todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama):

"*Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.*

§ 1º. São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha".

Deve-se considerar, contudo, que o poder de polícia do Ibama é de ordem *supletiva*, ou seja, o Ibama deve atuar a partir do momento em que o órgão estadual ou municipal não age. O licenciamento ambiental cabe ao Ibama somente no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional (Lei nº 6.938/1981, art. 10, § 4º).

Ocorre que, no caso dos autos, *houve atuação do órgão ambiental estadual*, por meio da Polícia Militar Florestal, que agiu em conformidade com a competência que lhe é atribuída pela Constituição Estadual, em seu art. 142, I, c/c art. 214, IV.

Logo, não há ato algum a suprir e, portanto, somente se pode entender que *a Polícia Florestal exerceu a fiscalização nos limites da sua própria competência funcional*, e não por força do convênio celebrado com o Ibama.

O fato de a Polícia Militar Florestal, errônea e desnecessariamente, ter-se utilizado de impressos do Ibama para exercer a fiscalização ambiental em nada altera a atribuição da competência do ato, uma vez que, insista-se, no caso dos autos era ao órgão ambiental estadual que cabia exercer o poder de polícia, o que afasta qualquer discussão em torno da competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o presente *mandamus*.

Pelas mesmas razões, não há interesse próprio do Ibama a observar e, portanto, também não há que se falar em litisconsórcio necessário, a atrair a competência da Justiça Federal, na espécie.

Outrossim, agiu bem o douto Magistrado ao reconhecer a competência da Justiça Estadual para apreciar e julgar o presente mandado de segurança.

Mandado de segurança.

Atividade de extração de areia e cascalho.

Necessidade de prévio licenciamento ambiental.

Em que pese ao brilho do arrazoado desenvolvido na peça de ingresso, razão não assiste ao impetrante.

Em 18 de janeiro de 2001, a Polícia Militar Florestal compareceu no local onde o impetrante desenvolvia suas atividades de extração de areia e cascalho, localizada às margens do Rio Sapucaí, na zona rural do Município de São Sebastião da Bela Vista. Além de aplicação de multa pecuniária, teve o impetrante suas atividades extrativas embargadas, ao argumento de que:

"... *o autuado suprimiu vegetação natural à margem direita do Rio Sapucaí numa área de aproximadamente 06,00 ha sem autorização do órgão competente Ibama*".

Nota-se assim que, quando da autuação, a Polícia Militar Florestal não questionou se o impetrante estaria ou não devidamente licenciado pelos órgãos públicos competentes para exercer a atividade de extração de areia e cascalho. *O motivo do embargo foi a ausência de autorização para supressão da vegetação natural às margens de rio.*

É certo que o impetrante, em julho de 2000, requereu autorização ao Ibama para "*uso de área de preservação permanente como depósito de areia*" (fl. 34-TJMG). Segundo consta do Relatório de Controle Ambiental apresentado quando daquele pedido de autorização, além do depósito de areia, às margens do rio seriam ainda instalados um prédio com escritório e um banheiro. Também seria aberta uma via de acesso para entrada e saída de caminhões que fariam o transporte da areia (fl. 40-TJMG).

Ocorre que, antes mesmo de o Ibama pronunciar-se acerca daquele pedido de autorização, o que segundo a inicial não ocorreu até a data do ajuizamento da presente ação, o impetrante passou a exercer as atividades de mineração, causando degradação ambiental. Tanto é assim que, segundo Laudo Pericial nº 1.359/2000, elaborado pelo Instituto de Criminalística da 13ª Delegacia Regional de Segurança Pública de Pouso Alegre (MG), em 26.09.2000 o impetrante já estava realizando extração de areia e já havia realizado desmatamento das margens do rio (fls. 76/79-TJMG).

Cabe então verificar se a autorização do Ibama seria mesmo indispensável para que o impetrante pudesse promover a supressão de vegetação às margens do Rio Sapucaí, para fins de depósito de areia e cascalho extraídos do leito do rio, bem como para abertura de estradas de serviços e instalação de áreas de apoio social e infra-estrutura, ou se a autorização expedida pela Prefeitura Municipal, trazida às fls. 31/32-TJMG, seria suficiente.

O art. 10 da Lei nº 6.938/1981, que dispõe acerca da política nacional de meio ambiente, é expresso ao dispor que "*a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do Sisnama*, sem prejuízo de outras licenças exigíveis" (grifos nossos).

É por demais sabido que a atividade de mineração é uma das principais atividades que estão a depender de autorização do Poder Público, pelos órgãos ambientais competentes, seja porque os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União (art. 20, inciso IX, da CF/1988), seja porque a atividade mineradora é, notoriamente, uma das que possuem maior potencial de produzir degradação ambiental.

Por isto, além da atividade mineradora, desde a fase de pesquisa, depender de autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), a teor do art. 176, § 1º, da CR/1988, bem como do Decreto-lei nº 227/1967, necessário também se faz o prévio licenciamento ambiental, na forma definida pelas Leis nº 6.938/1981 e 7.805/1989.

A licença ambiental deferida ao impetrante pela Prefeitura Municipal de São Sebastião da Bela Vista é específica para autorizar a atividade de extração de areia e cascalho. Este licenciamento, em princípio, competiria ao órgão ambiental estadual, que no caso de Minas Gerais é o Conselho Estadual de Política Ambiental (Copam), mas este delegou sua competência ao Conselho Municipal de Defesa Ambiental (Codema), por meio da Deliberação Normativa nº 03/1991.

Ocorre que *aquela licença não era a única exigível*, porque o impetrante, no exercício da atividade mineradora, vem suprimindo a vegetação localizada às margens do Rio Sapucaí. *E as margens de rios, a teor do art. 2º do Código Florestal (Lei nº 4.771/1965), são áreas de preservação ambiental permanente (APAs):*

"*Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:*

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

1 - de 30m (trinta metros) para os cursos d'água de menos de 10m (dez metros) de largura;

2 - de 50m (cinqüenta metros) para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50m (cinqüenta metros) de largura;

3 - de 100m (cem metros) para os cursos d'água que tenham de 50 (cinqüenta) a 200m (duzentos metros) de largura;

4 - de 200m (duzentos metros) para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600m (seiscentos metros) de largura;

5 - de 500m (quinhentos metros) para os cursos d'água que

tenham largura superior a 600m (seiscentos metros).

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados 'olhos d'água', qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50m (cinqüenta metros) de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100m (cem metros) em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800m (mil e oitocentos metros), qualquer que seja a vegetação".

Áreas de preservação permanente são aquelas definidas na lei, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e da flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 1°, § 2°, *c*, II, da Lei n° 4.771/1965, com a redação que lhe deu a atual MP 2.166-67, de 24 de agosto de 2001).

As florestas e demais vegetações naturais situadas nas áreas definidas nas alienas *a*, *b* e *c*, do art. 2°, supra, são conhecidas como "*matas ciliares*". Essas florestas protegem os mananciais, agindo como um filtro de escoamento superficial, impedindo ou dificultando a ação de agentes poluentes, como adubos, defensivos agrícolas, sedimentos e outros. Além disso, protegem os rios e reservatórios contra a massa de detritos que para eles são carreados, provocando assoreamento, que prejudica a vida aquática, a navegação e, sobretudo, a capacidade de fornecer água para o consumo humano em boas condições. Também são importantes na recuperação dos lençóis freáticos, gênese das nascentes.

Por tais motivos, a exploração de recursos naturais em Áreas de Proteção Ambiental (APAs) sujeita-se à observância dos requisitos da legislação federal, estadual e/ou municipal pertinentes, sobremaneira das normas gerais estabelecidas no art. 9° da Lei n° 6.902/1981, que dispõe:

"*Art. 9°. Em cada Área de Proteção Ambiental, dentro dos princípios constitucionais que regem o exercício do direito de propriedade, o Poder Executivo estabelecerá normas, limitando ou proibindo:*

a) a implantação e o funcionamento de indústrias potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de água;

b) a realização de obras de terraplenagem e a abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em sensível alteração das condições ecológicas locais;

c) o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão das terras e/ou um acentuado assoreamento das coleções hídricas;

d) o exercício de atividades que ameacem extinguir na área protegida as espécies raras da biota regional.

§ 1°. A Secretaria Especial do Meio Ambiente, ou órgão equivalente no âmbito estadual, em conjunto ou isoladamente, ou mediante convênio com outras entidades, fiscalizará e supervisionará as Áreas de Proteção Ambiental.

§ 2°. Nas Áreas de Proteção Ambiental, o não-cumprimento das normas disciplinadoras previstas neste artigo sujeitará os infratores ao embargo das iniciativas irregulares, à medida cautelar de apreensão do material e das máquinas usadas nessas atividades, à obrigação de reposição e reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior e à imposição de multas graduadas de Cr$200,00 (duzentos cruzeiros) a Cr$2.000,00 (dois mil cruzeiros), aplicáveis, diariamente, em caso de infração continuada, e reajustáveis de acordo com os índices das ORTN's - Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

§ 3°. As penalidades previstas no parágrafo anterior serão aplicadas por iniciativa da Secretaria Especial do Meio Ambiente ou do órgão estadual correspondente e constituirão, respectivamente, receita da União ou do Estado, quando se tratar de multas.

§ 4°. Aplicam-se às multas previstas nesta Lei as normas da legislação tributária e do processo administrativo fiscal que disciplinam a imposição e a cobrança das penalidades fiscais".

Pode-se afirmar, então, que o exercício de atividades extrativas em área de preservação ambiental permanente demanda *autorização ambiental específica, a ser expedida pelo Conselho Estadual de Política Ambiental - Copam*, na forma do art. 5° da Resolução Conama n° 237/1991, observando-se, ainda, a determinação contida no art. 6° da Resolução Conama n° 10/1988:

"*Art. 6°. Não são permitidas nas APAS as atividades de terraplenagem, mineração, dragagem e escavação que venham a causar danos ou degradação do meio ambiente e/ou perigo para pessoas ou para a biota.*

Parágrafo único. As atividades acima referidas, num raio mínimo de 1000 m no entorno de cavernas, corredeiras, cachoeiras, monumentos naturais, testemunhos geológicos e outras situações semelhantes, dependerão de prévia aprovação de Estudos de Impacto Ambiental e de licenciamento especial, pela entidade administradora da Área de Proteção Ambiental".

PAULO AFFONSO LEME MACHADO, versando sobre a exploração de atividades mineradoras em áreas de proteção permanente, leciona:

"*Apontou-se que as atividades de mineração, através de depósitos do estéril, podem vir a assorear as coleções hídricas. O uso de produtos químicos para o beneficiamento dos minérios poderá poluir os mananciais d'água. Assim, aplicando-se o princípio da responsabilidade independentemente de culpa (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81), cabe o ônus da prova ao requerente do alvará para exploração mineral de que sua atividade é totalmente segura.* Se houver dúvida, a finalidade da APA lastreada pelo art. 9º da Lei 6.902/81 deve conduzir a Administração Pública, ou o juiz em caso de litígio judicial, a proibir a atividade de exploração mineral nessa área" (*in Direito Ambiental Brasileiro.* 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 635)(grifos nossos).

E mais adiante:

"*O exercício de algumas atividades de mineração - como a extração de areia ou a exploração de jazida em encostas - poderá configurar atentado à vegetação de preservação permanente. Os abusos têm-se multiplicado por excessiva tolerância da Administração Pública, com conseqüências gravosas para os cursos d'água, que se vêem assoreados, e para os mananciais, que são afetados na quantidade e na qualidade.*

Cumpre salientar que acerca da vegetação de preservação permanente, máxime quando há induvidosa mensuração, no art. 2º da Lei 4.771/65, não cabe outra decisão ao Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM, ao Ibama e aos órgãos ambientais estaduais a não ser cumprir as normas, sem nenhuma margem de discricionariedade" (*in* ob. cit., p. 637).

Resta demonstrado, portanto, que o fato de a empresa haver obtido licença de localização e de exploração minerária não a exime de atender às determinações legais referentes à preservação do meio ambiente, sobremaneira de possuir prévia autorização do órgão ambiental competente para promover desmatamento em áreas de preservação permanente.

O art. 170, parágrafo único, da Magna Carta, assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos. Contudo, ficou consignado naquele próprio dispositivo que *a Lei* poderia excepcionalizar as hipóteses em que a autorização se faria necessária.

A atividade mineradora é potencialmente poluidora, por isso a necessidade de prévia autorização ambiental para que seja possível sua exploração.

Se a atividade extrativa produz impactos ambientais também nas áreas de operação, dentre os quais o desmatamento nas áreas utilizadas para deposição da areia e cascalhos extraídos do leito do rio, estradas de serviços, bem como nas áreas de apoio social e

infra-estrutura, e se estes impactos serão produzidos em área de proteção permanente, indispensável se faz o licenciamento ambiental específico também para que a supressão de vegetação em área de proteção permanente possa ocorrer, de forma que o desenvolvimento econômico possa conviver com o equilíbrio ambiental.

Portanto, se o impetrante não observa as prescrições ambientais definidas em lei, sujeita-se às sanções previstas no art. 72 da Lei nº 9.605/1998, dentre as quais o embargo da obra ou atividade (inciso VII).

A Constituição da República de 1988 impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente (art. 225, *caput*), deixando evidente que o princípio adotado pelo constituinte, em matéria ambiental, foi privilegiar a prevenção do dano.

"*Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente*" (Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro/1992).

Por força dos princípios retro, não cabe dizer que o ato da autoridade policial se revestiu de ilegalidade porque não foi assegurado ao impetrante o direito de defesa em processo administrativo. Ao contrário, o auto de infração de fl. 29-TJMG é expresso ao conferir ao impetrante prazo para defender-se, no prazo de 15 dias. O que não se pode admitir, diante do princípio constitucionalmente adotado de precaução do dano ambiental e da supremacia do interesse coletivo difuso sobre o interesse do particular, é que a atividade degradante prossiga até que a defesa do impetrante seja apreciada.

Conclui-se assim que o ato da autoridade policial não se reveste de qualquer ilegalidade, havendo observado toda a legislação de regência, sobremaneira a Lei nº 9.605/1998.

Conclusão.

Por todo o exposto, em reexame necessário, reformo a v. sentença revisanda, para julgar improcedente o pedido inicial, denegando a segurança e cassando a liminar deferida.

Custas, pelo impetrante. Sem honorários, na forma da Súmula nº 105/STJ.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA.

-:::-

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SERVIDOR - CONTRATAÇÃO IRREGULAR - AUSÊNCIA DE CONCURSO - PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - PARCELAS TRABALHISTAS DEVIDAS - RESSARCIMENTO - ADMINISTRADOR RESPONSÁVEL - AÇÃO REGRESSIVA - QUESTÃO DE FATO E DE DIREITO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - POSSIBILIDADE - REEXAME NECESSÁRIO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 10.352, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001 - ALTERAÇÃO DO ART. 475 DO CPC

- Por imposição da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que alterou os dispositivos do CPC quanto ao reexame necessário, não está sujeita à remessa obrigatória a condenação ou direito controvertido de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, como agora preconiza o § 2º do art. 475 do CPC.

- É perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide quando, cuidando-se de questão de fato e de direito, não houver necessidade de produzir-se prova em audiência, em obediência aos princípios da economia e da celeridade processual.

- A irregularidade de contratação de trabalhador pela Administração Pública, em razão de ausência de concurso público, não sendo caso de serviço temporário e excepcional (art. 37, incisos II e IX, da CF), não afeta os direitos adquiridos do trabalhador, eis que a prestação de serviços não pode ser devolvida. Outrossim, surgiu entre trabalhador e Administração uma relação obrigacional que impôs a um o dever de prestar os serviços e ao outro o dever de pagar por eles. Destarte, devidas são as parcelas trabalhistas, cabendo à Administração Pública ressarcir-se mediante ação regressiva contra o administrador responsável pela contratação irregular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.894-4/00 - Comarca de Lagoa Santa - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Administração Pública - Contratação irregular - Ausência de concurso - Efetiva prestação de serviços - Ressarcimento. - "*A irregularidade de contratação de trabalhador pela Administração Pública, em razão de ausência de concurso público, não afeta os direitos adquiridos pelo trabalhador, já que a prestação de serviços não pode ser devolvida. Devidas, pois, as parcelas trabalhistas, cabendo à Administração Pública ressarcir-se mediante ação regressiva, contra o administrador responsável pela contratação irregular*" (Apelação Cível nº. 124.952/3 - Comarca de Lagoa Santa).

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 PRELIMINARES, NÃO CONHECER DA REMESSA OFICIAL E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Não conheço do reexame determinado pelo ilustre Sentenciante, por imposição da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que alterou os dispositivos do CPC quanto ao reexame necessário. À vista disso, não está sujeita à remessa obrigatória a condenação ou direito controvertido de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, como agora preconiza o § 2º do art. 475 do CPC. Conheço, entretanto, do recurso voluntário, presentes os pressupostos genéricos e específicos que condicionam sua admissibilidade.

Suzi Carla Martins ajuizou contra o Município de Lagoa Santa ação declaratória de direitos cumulada com indenização, dizendo que foi contratada pelo Município para exercer a função de auxiliar de serviços gerais, prestando serviços à comunidade de Tavares, na Escola Estadual de Tavares, no período de 03/02/93 a 31/12/96, e que, findo o contrato, apesar de inúmeros apelos junto à Municipalidade, não foi efetuado o pagamento referente ao seu saldo de salário do período de 01/09/96 a 31/12/96, nem as parcelas referentes às parcelas de férias, acrescidas de 1/3 e décimo-terceiro salário, referente ao ano de 1996, ao que entende fazer jus.

Após seu trâmite normal, houve por bem a ilustre Juíza da 1ª Vara da Comarca de Lagoa Santa julgar parcialmente procedente o pedido formulado pela autora, condenando o Município-réu a pagar o valor de R$150,00 (cento e cinqüenta reais) relativo aos meses de setembro a dezembro de 1996, corrigidos desde o dia em que deveriam ter sido pagos, acrescidos de juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação.

Recorreu voluntariamente o Município, às fls. 28/30. Alega cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, uma vez que pugnou por provas não acatadas pela Magistrada. Alega falta de fundamentação do *decisum* e, no mérito, volta aos argumentos trazidos quando de sua defesa, dizendo que os serviços executados o foram ao arrepio da lei.

As contra-razões trazidas pela apelada às fls. 33/35 refutam os

argumentos contidos na irresignação da recorrente.

O Ministério Público de primeiro grau e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinam pela confirmação da sentença.

É o que faço, após a rejeição das preliminares.

É perfeitamente permitido o julgamento antecipado da lide quando, cuidando-se de questão de fato e de direito, não houver necessidade de produzir-se prova em audiência, em obediência aos princípios da economia e da celeridade processual.

"*O julgamento antecipado da lide é uma faculdade conferida por lei ao juiz, quando desnecessária a realização de audiência, não se configurando cerceamento de defesa se a prova documental existente nos autos demonstrar aspecto fático da controvérsia*" (*Rev. Julgs. TAMG*, 64/224).

Incorporando ao voto os substanciosos pareceres ministeriais, rejeito a preliminar. De igual modo, rejeito a alegação de falta de fundamentação da sentença, que bem apreciou todas as questões trazidas nos autos.

No mérito, nenhuma razão assiste ao Município-recorrente, e a decisão judicial não está a merecer qualquer reparo.

Os documentos emitidos pela Administração Municipal e vistos às fls. 07/08, não impugnados e de teor inequívoco, demonstram que houve a prestação do serviço nos meses de setembro a dezembro/96 e que a autora foi contratada por R$150,00, conforme alegado na inicial.

O fato de ser nula a contratação da autora, diante da ausência de concurso público e por não ser caso de serviço temporário e excepcional (artigo 37, incisos II e IX, da Constituição Federal), e o fato de os atos nulos não gerarem efeitos em prejuízo da Administração Pública não afastam a necessidade de recompor o seu patrimônio, pois surgiu entre ele e a ré uma relação obrigacional que impôs a um o dever de prestar serviços e ao outro o dever de por eles pagar. Essa obrigação em nada tangencia as regras constitucionais ou as do Município, e sim o surrado princípio segundo o qual ninguém deve se enriquecer à custa de prejuízo alheio.

É certo dizer-se, também, que possível prejuízo causado por falha do então administrador ao Erário municipal poderá ser recuperado por intermédio de ação regressiva contra ele.

Citado nos autos, com pertinência, Marçal Justem Filho, ao qual me reporto:

"*A Administração não poderá utilizar a declaração de nulidade como instrumento de enriquecimento. Não se admite que a Administração, tomando conhecimento da nulidade, deixe de adotar imediatamente as providências adequadas. Mantendo o terceiro na ignorância acerca do vício e percebendo a prestação derivada do contrato (nulo) a Administração terá o dever de indenizá-lo integralmente. Terá de desembolsar o preciso valor previsto no contrato (nulo), o que corresponderá às perdas e danos devidos ao contratante*".

Ensina, ainda o autor acima citado que:

"*Se o terceiro atuou de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a Administração recuse ao particular o benefício que ele extrairia da avença; a Administração dever arcar com os prejuízos derivados da desídia dos próprios agentes. A via adequada é obter o ressarcimento em face do patrimônio do causador direto do prejuízo*" (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*).

Faço também inserir ao voto pertinente entendimento jurisprudencial colacionado pela nobre Juíza:

"*A irregularidade de contratação de trabalhador pela Administração Pública, em razão de ausência de concurso público, não afeta os direitos adquiridos pelo trabalhador, já que a prestação de serviços não pode ser devolvida. Devidas, pois, as parcelas trabalhistas cabendo à Administração Pública ressarcir-se, mediante ação regressiva, contra o administrador responsável pela contratação irregular*" (Apelação Cível nº 124.952/3 - Comarca de Lagoa Santa).

Pelo exposto e por tudo mais que consta dos autos, nego provimento ao recurso.

Custas, pela recorrente.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, NÃO CONHECERAM DA REMESSA OFICIAL E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ADOÇÃO - NULIDADE - MÁ-FÉ DOS ADOTANTES - CITAÇÃO IRREGULAR - REVERSÃO DE GUARDA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - FIXAÇÃO DE DIREITO DE VISITAS - EXAME - PROXIMIDADE DO JUIZ DA CAUSA - APLICAÇÃO

- Deve ser declarada nula a adoção do menor requerida por tios-avós, no procedimento citatório da mãe, tida revel, por utilizarem da citação edilícia, após terem sido eles, adotantes, citados por aquela mãe para ação de reversão de guarda e fixação de direito de visitas. A forma ardilosa e feita às

pressas, denotando singular má-fé dos adotantes, já que a mãe poderia ser citada até mesmo no rosto daqueles autos, aponta para nulidade do ato citatório e do processo.

- Não se altera a guarda do menor que desde que nasceu se acha com os tios-avós, devendo prevalecer o interesse da criança.

- Revelando-se a sutileza peculiar de que o caso se revestiu, a discussão atinente à regulação da visita da mãe ao filho pode ser atribuída ao juiz monocrático, que sobre a mesma ainda não se manifestou.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.905-8/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 06 de agosto de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

O presente cenário apresenta-nos fato curioso.

Um jovem casal - 17 anos - teve uma relação afetiva e certamente imatura, em razão da qual nasceu o menino em questão, hoje com pouco mais de dez anos de idade.

À época, a mãe, de costumes mundanos, viajou mundo afora, e o pai entregou o filho, de pronto, a seus tios, cujo casal tem sob sua guarda esta criança.

Nos idos de setembro/97, vem a mãe aos autos e propõe "ação de reversão de guarda" e "fixação do direito de visitas". A primeira impressão que tive foi que difícil seria a reversão de guarda, visto que a criança - hoje um rapazinho - está, desde que nasceu, sob os cuidados dos tios, mas o direito de visita era, em tese, perfeitamente estudável. Se o próprio Cristo determinou que quem não tivesse faltas jogasse pedra em Madalena, o que dizermos de nós contingentes e mortais?

No correr da presente lide foi juntada fotocópia de um processo de adoção da criança pelos tios, à revelia da mãe, com a gravidade de que tal ação foi proposta *depois* que o casal adotante já havia sido citado para a presente - *vide* fls. 47-v. (9.11.98) e

103 (26.5.99) - e o que é mais grave e de singular má-fé dos adotantes, a mãe foi citada por edital, quando *poderia ser citada até no rosto dos presentes autos*.

Pelos motivos acima expostos, é que não fico de consciência pacificada ao prestar minha anuência à manifestação ministerial. O procedimento citatório pelo qual a ora apelante foi tida revel pareceu-me ardiloso e feito *às pressas após* a proposição da presente. Admito que esta criança, se tiver que ser adotada, ninguém melhor do que os tios-avós, que detêm a guarda do menor desde que nasceu; mas não desta forma enunciada.

Com relação à guarda, não vejo, até então, o menor fundamento para retirá-la do referido casal de tios-avós.

Finalmente, com relação à visita da mãe ao filho, considerando a sutileza peculiar de que o caso se revestiu, transfiro-a para que o nobre Colega monocrático, após ouvir as partes interessadas, sensatamente, decida.

Assim, *dou parcial provimento* à apelação, para declarar nula a adoção do menor pelos tios-avós; mas que a guarda permaneça com eles, sendo que as visitas da mãe ao filho serão determinadas como acima explicitado.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente. Estou de acordo com o eminente Relator, especialmente quando ele observa que a apelante propôs, contra os adotantes, uma ação de reversão de guarda, anteriormente ao ajuizamento do pedido de adoção, razão por que não se justificava a citação dela, por edital, pois os adotantes tinham conhecimento de que ela tem domicílio certo.

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - DEPENDENTE INCAPAZ - PROVA - PAGAMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO

- Se, no momento processual adequado, foi dada a oportunidade para a produção da prova e as partes dela desistiram, não há falar-se em cerceamento de defesa.

- Comprovado ser a doença determinante da incapacidade anterior à morte do segurado, é devida ao dependente a pensão previdenciária a partir do seu requerimento administrativo.

- Sendo vencida a Fazenda Pública, a verba honorária poderá ser fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do art. 20 do CPC, consoante disposição contida no § 4º do mesmo dispositivo processual, que não restringe o arbitramento do julgador.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.097-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Comprovado ser a doença determinante da incapacidade anterior à morte do segurado, é devida ao dependente a pensão previdenciária a partir do seu requerimento administrativo. - Aplica-se o artigo 20, § 4º, do CPC, quando sucumbente a Fazenda Pública.

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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do reexame necessário e das apelações voluntárias, porque presentes os requisitos para a sua admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e apelações interpostas por Reginaldo da Silva, fls. 98/102-TJ, e Ipsemg, fls. 104/108- TJ, à sentença do Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias, fls. 93/95-TJ, que julgou procedente em parte o pedido inicial em ação ordinária, reconhecendo o direito do autor ao recebimento de pensão previdenciária e demais benefícios do Ipsemg pela morte de seu pai, segurado daquela autarquia, determinando ainda o seu pagamento a partir do requerimento administrativo.

Recorre Reginaldo da Silva pretendendo a reforma da sentença para que o benefício seja concedido a partir da morte de seu pai; pleiteia, ainda, sejam os honorários sucumbenciais fixados entre 10 e 20% sobre o total da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC, e não em 5%, como adotado pelo Juiz *a quo*, sustentando, ainda, a inconstitucionalidade parcial do § 4º do citado artigo, por ferir o princípio da isonomia.

O Ipsemg apela argüindo a nulidade da sentença por ofensa ao disposto no art. 330, I, do CPC, por não ter o Juiz determinado a produção da prova pericial requerida pela autora, segundo a ré-apelante, imprescindível para o julgamento do pedido. Sustenta, ainda, que o autor não era inválido à época da morte do pai, inexistindo, por isso, a

condição imprescindível para a concessão do benefício.

Apelação do Ipsemg

Afasto a argüição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Observo que o autor, fl. 90-TJ, considerando o seu pedido satisfatoriamente comprovado, facultou ao Juiz, caso entendesse necessário, a feitura da prova pericial. À fl. 91-TJ, o Ipsemg expressamente requereu o julgamento antecipado da lide, declarando não ter mais provas a produzir. Como visto, no momento processual adequado, foi dada a oportunidade para a produção de prova, e as partes dela desistiram. Estando o processo instruído, o Juiz regularmente julgou o feito. Nada a reparar. Rejeito a preliminar.

Também deve ser mantida a sentença na parte que reconheceu o direito do autor à pensão previdenciária e demais benefícios.

A Constituição Federal, nos termos do art. 201, V, abaixo transcrito, garante aos dependentes do segurado a pensão por morte:

"*Art. 201. 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"'.

O artigo 31 da Constituição de Minas Gerais determina que o Estado assegurará: "*III - assistência e previdência sociais, extensivas ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes*".

Por sua vez, o Decreto nº 26.562/87, que rege o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, em seu art. 8º, I, considera como dependentes do segurado:

"*I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos*".

Para demonstrar a sua dependência, deveria o filho-autor provar a sua invalidez à época do fato gerador do benefício da pensão, que, no caso em exame, foi a morte do seu pai.

Nos autos encontram-se exames, atestados e declarações médicas trazidos pelas partes, que ratificam a doença causadora da invalidez e procuram determinar o seu termo inicial. Todos os documentos merecem credibilidade porquanto não foram impugnados expressamente, estando seus subscritores sujeitos às penalidades legais.

No cotejo entre eles, observo que os trazidos pelo autor melhor sustentam o seu pedido, por serem mais

objetivos e esclarecedores. O atestado de fl. 34-TJ, subscrito pelo Dr. Jorge Rios Gussen, confirma ser o autor portador de hipertensão arterial maligna em tratamento desde de 1992. A declaração de fl. 35-TJ, firmada pelo Dr. Odir Andrioni, descreve a doença e as limitações do seu paciente, sob seus cuidados desde 1991. Já os exames trazidos pelo Ipsemg, realizados no curso do procedimento administrativo, foram feitos por médicos que só tiveram contato com o paciente no momento da consulta, inferindo o termo inicial da doença. Certamente os médicos que acompanham o autor têm mais condições de atestar sobre sua doença, seu início e sua evolução. Entendo que o Magistrado *a quo* analisou bem as provas trazidas pelas partes, devendo ser mantida a sentença e a concessão da pensão.

Apelação de Reginaldo da Silva

O benefício da pensão por morte, por disposição expressa, é devido a partir do seu requerimento. Assim dispõe o parágrafo único do artigo 114 do Decreto nº 26.562/87 (Estatuto do Ipsemg):

"*Parágrafo único. Concedido o benefício, qualquer inscrição ou habilitação posterior, que implique exclusão ou inclusão de dependente, somente produzirá efeito a partir da data em que se realizar*".

A condição de invalidez do dependente, por si só, não o torna credor da pensão, sendo essencial sua atitude positiva requerendo o benefício para que o pagamento lhe seja devido.

Já decidiu o STJ de maneira análoga:

"*Previdenciário - Recurso especial - Divergência jurisprudencial - Pensão por morte - Concessão - Termo inicial - Art. 74, I e II, da Lei 8.213/91. - A teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como apresentadas cópias integrais de tais julgados. Como isto não ocorreu, impossível, sob este prisma, conhecer da divergência - In casu, o benefício pleiteado deve ter como termo inicial a data do requerimento, a teor do art. 74, II, da Lei 8.213/91 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido* (REsp 224.354/SP, *DJ* de 28.08.2000 - p. 00102 - Rel. Min. Jorge Scartezzini - j. em 09.05.2000)".

Desse modo, correta a sentença que determinou o pagamento da pensão e demais benefícios previdenciários a partir do requerimento.

Os honorários advocatícios, nas causas em que a Fazenda Pública for vencida, por expressa disposição do § 4º do art. 20 do CPC, devem ser fixados: "*... consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas* a, b *e* c *do parágrafo anterior*". O dispositivo citado não ofende o princípio da isonomia, simplesmente

concede ao magistrado maior margem de discricionariedade para fixação dos honorários sucumbenciais, possibilitando a realização de justiça eqüitativa no caso concreto.

O § 3º do art. 20 estabelece os critérios balizadores do valor da condenação à verba honorária a ser fixado pelo juiz, que são: "*a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*".

No caso, o valor da verba honorária foi fixado em 5% sobre o valor da condenação, afigurando-se escorreito, considerados os critérios citados. Nesse sentido:

"*... Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária pode ser fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do art. 20 do CPC, conforme dispõe o § 4º do mesmo dispositivo processual, que não restringe o arbitramento do julgador*" (REsp 246.389/DF, *DJ* de 12.11.2001 - p. 00139, Relator Min. Francisco Peçanha Martins - j. em 20.09.2001).

Portanto, também nessa parte, não merece reforma a sentença.

Ante o exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicados os recursos voluntários.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

FALÊNCIA - IMÓVEL HIPOTECADO - ALIENAÇÃO FORA DO TERMO LEGAL DE FALÊNCIA - BEM ARRECADADO PELA MASSA FALIDA - RESTITUIÇÃO - HIPOTECA - INSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - JUIZ - APRECIAÇÃO DAS PROVAS - LIVRE CONVENCIMENTO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- O juiz, na livre apreciação das provas, pode, diante do princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC), julgar o feito no estado em que se encontrar, quando estiverem atendidos os pressupostos para sua ocorrência, sem que tal provimento venha transgredir a regra constitucional do contraditório e da irrestrita defesa.

- O direito real de hipoteca somente tem seus efeitos em vigor a partir da inscrição no registro imobiliário, não tendo relevância o momento em que o imóvel foi transferido por contrato de compra e venda.

- Impõe-se a restituição de imóvel arrecadado pela massa falida aos seus legítimos proprietários, quando a sua alienação se deu fora do termo legal de falência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.218-5/00 - Comarca de Lagoa Santa - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Falência - Embargos de terceiro - Alienação de imóvel hipotecado - Termo legal de falência - Constrição judicial - Restituição. - 1- Impõe-se a restituição de imóvel arrecadado pela massa falida aos seus legítimos proprietários, quando a sua alienação se deu fora do termo legal de falência. - 2 - Descabida a alegação de que a hipoteca tenha sido averbada junto ao registro do bem dentro do período suspeito, de forma a desconstituir a operação.

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Da r. sentença de fls. 159/161, que acolheu os embargos de terceiro opostos por Geraldo Félix Lima e outros, vem a massa falida da Fazenda Granja Cristal Ltda., por intermédio do presente recurso de apelação, visar a sua reforma, ao fito de desconstituir a ordem judicial de restituição do bem arrecadado.

A tanto, sustenta-se, de início, no arrazoado recursal de fls. 163/172, a ocorrência de cerceamento de defesa ao seu desfavor, eis que o MM. Juiz sentenciante deixou de lhe deferir a produção de prova requerida na contestação dos embargos de terceiro, contrariando, assim, o disposto no art. 803 do CPC.

Além do mais, não se conforma a apelante com a exclusão do Banco do Brasil S.A. da lide, na condição de litisconsórcio, na medida em que, tendo sido responsável pela transferência do imóvel, sobre a qual se funda a ação ressarcitória, deve sobre ele recair a responsabilidade pelos vícios da evicção que recaíram sobre o bem, sobretudo, assinalou-se, quando tal operação ocorreu no período do termo legal de falência, tal qual fixado pela sentença declaratória da quebra.

Neste ponto, assinala a apelante que, tendo sido o imóvel hipotecado transmitido à apelada, pelo Banco do Brasil S.A., em 29 de abril de 1998, por meio de escritura pública, e, assim,

dentro do período suspeito, cujo marco inicial foi fixado no dia 24.10.98, descabida a regularidade da operação em apreço.

E é por tais razões que roga o provimento do recurso.

Os apelados batem pela manutenção da sentença, conforme se infere das contra-razões apresentadas às fls. 176/186 e 188/192.

A opinião do ínclito Dr. Procurador de Justiça é pelo provimento do recurso, com a rejeição dos embargos, fls. 201/204.

Conheço do recurso, porquanto atendidos seus requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Versam os autos de embargos de terceiro aviados em face da massa falida Fazenda Granja Cristal Ltda., em que se pretendeu desconstituir a arrecadação judicial de imóvel que Geraldo Félix e outros julgam ser os legítimos proprietários, ao pressuposto da ocorrência de esbulho sobre o bem adquirido do Banco do Brasil S.A.

Acolhendo-se os embargos, concluiu a digna Magistrada que "*o esbulho caracterizou-se pelo ato de arrecadação e lacre do estabelecimento comercial*", determinando-se, em função disto, a restituição do imóvel em favor dos apelados e a conseqüente improcedência da denunciação à lide, requerida em desfavor da instituição bancária.

Antes de mais nada, analiso a preliminar levantada no apelo recursal.

Alega a apelante a ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto, a par de a MMª Juíza singular ter dado oportunidade para a produção de provas, julgou-se antecipadamente o feito, implicando grave violação ao seu direito de ampla defesa.

Diante do contexto dos autos, não vejo em que a aplicação do art. 330 do CPC, na antecipação do julgamento, causou prejuízo à apelante, diante das circunstâncias e dos elementos probatórios presentes no caso em exame.

O juiz, na livre apreciação das provas, pode, diante do princípio do livre convencimento (art. 131, CPC), julgar o feito no estado em que se encontrar, quando, evidentemente, estiverem atendidos os pressupostos para sua ocorrência, sem que tal provimento venha transgredir a regra constitucional do contraditório e da irrestrita defesa.

Assim ocorrendo, no caso dos autos, rejeito a preliminar.

Adentrando-se o mérito da causa, tenho que o apelo não deverá lograr êxito.

O inconformismo recursal se cinge, primordialmente, no fato de que a hipoteca, gravada no bem reclamado pelo apelado, deu-se dentro do termo legal de falência, fixado este no dia 24.10.97, uma vez que, por dação em pagamento, a transferência do imóvel

ocorreu em 29 de abril de 1998, o que implica a invalidação do ato negocial, sendo inoperante a alienação realizada pelo Banco do Brasil S.A.

Com efeito, ao contrário da tese recursal, não se pode olvidar que os efeitos da hipoteca, sendo esta uma das espécies do direito real, iniciam-se desde o exato momento em que for registrada junto à matrícula do bem imóvel.

Depreende-se dos autos, a rigor, que o imóvel em tela foi hipotecado, pelos apelados, ao Banco do Brasil Investimentos S.A., e por este posteriormente cedido ao Banco do Brasil S.A., na data de 05 de junho de 1996, ocorrida tal operação, portanto, em momento bem anterior ao termo legal fixado na sentença de quebra da falida.

Independentemente de quando o imóvel fora transferido, por meio do contrato de compra e venda, o que se deve levar em conta, para a incidência dos efeitos da hipoteca, é o momento inicial em que ela passou a gravar, como direito real, o imóvel, daí decorrendo seus efeitos, como o de seqüela e de preferência.

Diante de tais aspectos, o que se deve perquirir, a bem da verdade, é se a alienação do imóvel, em favor dos apelados, ocorreu antes ou no período do termo legal da falência, em face do modo de aquisição da hipoteca.

Neste ponto, perfilho do entendimento do renomado civilista ORLANDO GOMES, que assevera:

"*O contrato de hipoteca exige observância de formalidade que o inclue na categoria dos contratos solenes. Há de ser celebrado, com efeito, mediante* escritura pública.

É este o instrumento *o título constitutivo da hipoteca convencional. Mas não basta para constituir o* direito real de hipoteca. *O contrato é simples* titulus. *A hipoteca só se reveste da realidade própria de sua natureza quando o título é inscrito no registro imobiliário. Por conseguinte, a* inscrição *é o* modus adquirendi *do direito real da hipoteca*" (*Direitos Reais*, Forense, 12ª ed., 1997, p. 384/385, grifos no original).

Em assim sendo, se é certo que o direito real de hipoteca somente tem seus efeitos em vigor a partir da inscrição no registro do imóvel, não tendo relevância o momento em que a alienação do bem ocorrer, não se pode afirmar, como faz crer a apelante, que a operação negocial realizada ocorreu fora do termo legal da falência, e, por conseqüência, hábil a não autorizar sua restituição.

Assim porque, tendo sido averbada a hipoteca, em 05.06.96, e, portanto, bem antes do período suspeito, fixado em 24.10.97, indubitável que os apelados fazem jus à restituição do imóvel, posteriormente arrecadado pela massa falida, porquanto legítima e lícita a forma como adquiriram tal propriedade.

Decorre disto, ademais, a impertinência da requerida denunciação à lide da instituição financeira, haja vista a regularidade da transferência mercantil.

Por oportuno, cito entendimento jurisprudencial que ampara o pedido exordial, *verbis*:

"*Processual Civil. Embargos de terceiro. Bens imóveis hipotecados. Indisponibilidade. - Não tem eficácia a arrematação de bens hipotecados, em caso em que os mesmos se achavam gravados por indisponibilidade, decorrente de ato do Banco Central, depois de adotado para termo inicial da falência da empresa de que era diretor o devedor, dado que nessa mesma data é que foi efetivado o registro da hipoteca. Aplicação adequada do art. 215 da Lei 6.015/73, sem ofensa aos arts. 694 e 486 do CPC, até porque sequer fora expedida carta de arrematação a indicar a ausência de título de domínio ou de posse da embargante*" (STJ - REsp nº 4.817/SP, Rel. Min. Dias Trindade, *DJ*, 06.05.91).

Em assim sendo, constatando-se que a hipoteca foi registrada - e é o quanto vale - anteriormente ao termo legal da falência, o que leva a concluir, com efeito, que agiram os apelados com inequívoco ato de boa-fé, impõe-se a restituição do imóvel, objeto de arrecadação judicial, aos seus verdadeiros proprietários, em consonância, pois, com a bem-lançada sentença.

Com estas considerações, nego provimento à apelação, para manter a r. decisão recorrida, em seus próprios fundamentos.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INTERDIÇÃO - DISTÚRBIO MENTAL E PRODIGALIDADE DA INTERDITANDA - COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DA MEDIDA

- A interdição judicial é uma medida extrema, sendo recomendável a cautela, uma vez que coloca o indivíduo na zona limítrofe da sanidade, porque retira dele a capacidade de gerir seus bens e dirigir sua pessoa.

- Não provado nos autos distúrbio mental da interditanda, capaz de prejudicá-la na regência de sua pessoa, inexistindo também provas da sua prodigalidade, o fato de ela dispor de seus vencimentos de professora como quer, de pagar escola para uma sobrinha, ou mesmo de ter algumas dívidas não justifica a decretação de sua interdição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.777-0/00 - Comarca de Viçosa - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A interdição judicial é uma medida extrema, sendo recomendável a cautela, uma vez que coloca o indivíduo na zona limítrofe da sanidade, porque retira dele a capacidade de gerir seus bens e dirigir sua pessoa.

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, 18 de abril de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso. Próprio, tempestivo, devidamente processado e sem preparo por estar o apelante sob o pálio da justiça gratuita.

Trata-se de apelação interposta por Vanir Soares do Carmo contra a sentença de fls. 53/58-TJ, que julgou improcedente seu pedido de interdição em desfavor de Luzia do Carmo Andrade, julgando extinto o processo com fulcro no art. 269, inciso I, segunda parte, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o apelante às fls. 60/63-TJ argumenta que a interditanda, por si só, não tem condições de reger sua vida civil e, devido ao seu distúrbio mental, está dilapidando o patrimônio do casal. Ressalta que a esposa necessita de cuidados e que sua pretensão é somente prestá-los.

A questão *sub examine* é se a interditanda sofre ou não das faculdades mentais, se pródiga, deve ser declarada sua interdição.

A curatela tem por pressuposto fático a incapacidade. O indivíduo, devido às suas condições pessoais, é impossibilitado de querer, sendo afastado da vida jurídica. A interdição judicial é uma medida extrema, sendo recomendável a cautela, uma vez que coloca o indivíduo na zona limítrofe da sanidade, porque retira dele a capacidade de gerir seus bens e dirigir sua pessoa.

Não restou nos autos provado doença mental que leve à interdição. As testemunhas apresentadas desconhecem distúrbio mental da interditanda capaz de prejudicá-la na regência de sua pessoa. Embora à fl.16-TJ haja um atestado clínico especificando que a interditanda apresenta "*distúrbio bipolar, doença que se caracteriza por fases de crises e outras de remissão*", o mesmo atestado prevê a possibilidade de remissão completa com tratamento adequado, levando-a à estabilidade.

Ora, o fato de uma pessoa já ter feito tratamento psicoterápico não significa que seja doente mental, que não tenha condições de dirigir sua vida.

A regra, sujeita a exceções, é de que a pessoa maior e capaz esteja em condições de orientar-se, de administrar a si própria e o seu patrimônio, sendo esta prerrogativa um direito da pessoa humana, que somente há de se afastar, como se pretende na espécie, se restar cumpridamente provado que a interditanda seja pródiga.

A prodigalidade se caracteriza "*na prática habitual de imoderados gastos, de desperdícios e negligência na administração dos bens, com risco de cair em ruína quem assim procede*" (*Manual de Psiquiatria Forense* - HEBER SOARES VARGAS - LFB, 1ª ed., cf. fl. 75 - *in fine*).

Inexistem nos autos provas da prodigalidade da interditanda. O fato de dispor de seus vencimentos de professora como quer, de pagar escola para uma sobrinha, ou mesmo de ter algumas dívidas na praça não justifica a decretação de sua interdição.

Portanto, o apelante não logrou êxito em comprovar os fatos alegados por meio das provas produzidas nos autos. A interditanda não se enquadra nos arts. 5º e 6º do Código Civil, não sendo possível decretar sua interdição.

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.

-:::-

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DISPOSIÇÃO EM LEI NO SENTIDO FORMAL E MATERIAL - NECESSIDADE - FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS E PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES NO INTERESSE DA FISCALIZAÇÃO - NORMA JURÍDICA INFRALEGAL - DECRETO - PORTARIA - IMPRESTABILIDADE - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - DESVINCULAÇÃO

- A obrigação acessória, tal como prestar informação, entregar livros e documentos, bem como não recusar cumprimento de intimações, no interesse da fiscalização, deve estar disposta em lei, no sentido formal e material, para que seja válida, não podendo ser disciplinada em legislação infralegal, como decreto ou portaria.

- Não há, na seara do direito tributário, a relação de que o acessório segue o principal. Assim, a pessoa jurídica, independentemente de ser contribuinte

do tributo, deve cumprir a obrigação acessória. Todavia, para que tal obrigação seja exigida, deve estar disposta em lei, no sentido formal, não sendo válida a sua exigência, quando estiver disciplinada em qualquer outra norma jurídica infralegal, como portaria ou mesmo decreto.

- Os honorários advocatícios, a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, quando vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados tendo em vista, igualmente, os outros critérios estabelecidos nos seus demais parágrafos do referido artigo, a fim de que seu montante não ultrapasse o próprio valor cobrado na demanda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.796-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Tributário - Obrigação acessória - Obrigação principal - Desvinculação - Necessidade de lei - Descabimento da multa - Honorários advocatícios - Regra de fixação (art. 20, CPC). - 1- A pessoa jurídica, independentemente de ser ou não sujeita ao pagamento de tributo, que se consubstancia na obrigação principal, deverá cumprir a legislação que disciplina a obrigação acessória, de fornecer documentos ou de prestar informações, no interesse da fiscalização, apenas se estiver regulada por lei, já que qualquer outra norma jurídica infralegal, como decreto ou portaria, não serve a tal finalidade. - 2 - Os honorários advocatícios, a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, quando vencida a Fazenda Pública, deverão ser fixados tendo em vista, igualmente, os outros critérios estabelecidos nos seus demais parágrafos, a fim de que seu montante não ultrapasse o próprio valor cobrado na execução fiscal.

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, EM PARTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. José Anchieta da Silva.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Ouvi com atenção a manifestação feita da tribuna pelo douto advogado, Dr. José Anchieta da Silva, em nome da parte apelada, e digo que é com prazer que também o revejo neste Tribunal, pois com ele tive a honra de trabalhar no Tribunal de Alçada por muitos anos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública Municipal, em razão da r. sentença de fls. 288/292, que acolheu os embargos à execução opostos pela Bolsa de Valores Minas, Espírito Santo e Brasília, determinando-se a anulação de auto de infração que dela exigia o ISSQN sobre suas operações.

Sendo este o fundamento da decisão contra a qual a apelante se insurge, sustenta-se, ao objetivo de desconstituí-la, que, na realidade, não se pretende cobrar da apelada o imposto sobre serviços, mas sim multa decorrente da negativa de informações, exibição de livros e documentos, conforme se verifica do Termo de Intimação nº 591.

Alega que tal obrigação acessória, que é completamente desvinculada da obrigação principal, tem origem no art. 55 do Decreto nº 4.032/81 (RISSQN), bem como na Portaria GMSFA 002/95, determinando aos contribuintes a sujeição à legislação tributária, que, neste ponto, cinge-se na declaração e preenchimento de documentos fiscais capazes de atender à fiscalização.

De outro lado, não se conforma a apelante, outrossim, com a condenação nos honorários advocatícios, na ordem de R$2.000,00 (dois mil reais), porquanto até superior ao montante exigido da apelada, por meio da execução fiscal, pelo que requereu seu provimento (fls. 294/305).

Nas contra-razões, de fls. 307/329, bate a apelada pela manutenção da decisão recorrida, ao principal argumento de que, em não sendo contribuinte do ISS, inviável qualquer exigência do velho brocardo de que o acessório segue o principal.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, ao se manifestar no parecer de fls. 339, diz ser desnecessária sua intervenção no feito, em razão da Súmula 189 do STJ.

Em sede de reexame necessário, conheço do recurso de apelação interposto.

Visa a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, por meio do vigente apelo, desconstituir a sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito substituto, da qual se extrai que *"reconhecida a falta de previsão legal para a tributação, restam prejudicados os demais questionamentos jurídicos"*, de sorte que concluiu que, não devendo recair sobre a apelada o ISS, inviável, outrossim, a discussão acerca da imposição de multa decorrente da falta de informações fiscais ao Fisco.

Na análise da matéria, tenho que a r. sentença deverá ser confirmada, a par de não trazer, corretamente, os fundamentos a afastar a validade das multas hostilizadas.

Conforme se depreende da CDA de fls. 03, que deu embasamento à execução fiscal, pretende a apelante exigir da apelada multa penal decorrente da falta de exibição de livros e documentos fiscais a cargo desta, com base

no Decreto nº 4.032/81 (RISSQN), bem como na Lei nº 6.812/94.

Faz-se necessário, diante da relevância da discussão, trazer à colação os dispositivos legais e infralegais que deram ensejo à aplicação da multa postulada pela Fazenda Pública, em sua exordial, no valor de R$883,59 (oitocentos e oitenta e três reais e cinqüenta e nove centavos).

O Decreto nº 4.032/81, que consolidou, como regulamento no âmbito do Município, o ISSQN, dispõe que:

"*Art. 55. Os contribuintes do imposto sobre serviços de qualquer natureza, devido sobre o preço do serviço ou receita bruta, emitirão obrigatoriamente os seguintes documentos fiscais, conforme modelos aprovados:*

(...)

VI - Declaração de Serviços.

(...)

§ 1º. A Declaração de Serviços a que se refere o artigo será apresentada pelas instituições financeiras e equiparadas através de disquete de computador...

§ 2º. A Declaração de Serviços será preenchida mensalmente devendo conter a receita mensal da instituição financeira e será apresentada ao término de cada semestre civil, no prazo estabelecido em Portaria do Secretário Municipal da Fazenda".

Sobreveio, então, a referida Portaria de nº 002/95, disciplinando a forma e o momento de cumprir a referida obrigação de prestar ao Fisco a Declaração de Serviços.

Por sua vez, a Lei Municipal nº 6.812/94, a que faz referência a certidão de dívida ativa, estipula que "*constitui infração a ação ou omissão, voluntária ou não, que importe inobservância, por parte do sujeito passivo ou de terceiros, de normas estabelecidas na legislação tributária*".

Dito isto, verifica-se que a obrigação acessória de prestar informação, entregar livros e documentos, bem como de não recusar cumprimento de intimações, foram todas dispostas em normas infralegais que não coadunam, com efeito, com a sistemática tributária em vigor.

Ademais disto, vale ressaltar que, embora a apelada não seja vinculada à obrigação principal - de pagar o ISS - e que a própria Fazenda Pública admite, tem-se que a essência da discussão não se prende a saber se é ela contribuinte do referido imposto, à luz da lista taxativa de serviços, veiculada pelo Dec.-lei nº 406/68, com as posteriores modificações.

O que se deve levar em conta é se a obrigação acessória está disposta em lei, no sentido formal e material, para que seja válida, independentemente de se discutir sobre a obrigação principal.

Ao contrário do entendimento firmado pela apelada, em suas contra-razões, não há, na seara do direito tributário, a relação de que o acessório segue o principal, de sorte a levar à conclusão de que, por não ser ela contribuinte do ISS - que é a obrigação principal -, não seria, igualmente, obrigada a atender à legislação que versa sobre obrigações acessórias.

No entanto, mesmo assim, como já se adiantou, não terá êxito a execução fiscal levada a cabo pela apelante, na medida em que a legislação infralegal, sobre a qual se funda a apelante, não poderá disciplinar a referida matéria.

Sabe-se que o Código Tributário Nacional assegurou que as obrigações acessórias, ou também chamadas de deveres instrumentais, devem ser dispostas na legislação tributária, tendo como escopo o cumprimento de alguma obrigação de fazer ou não fazer, sem qualquer conteúdo pecuniário (obrigação de dar), todas, frise-se, realizadas para o interesse da fiscalização.

Na lição abalizada de LUCIANO AMARO, "*a acessoriedade da obrigação dita 'acessória' não significa (como se poderia supor, à vista do princípio geral de que o acessório segue o principal) que a obrigação tributária assim qualificada dependa da existência de uma obrigação principal à qual necessariamente se subordine*" (*Direito Tributário Brasileiro*, Saraiva, 2000, p. 235).

Basta, segundo dispuser a legislação, que determinada pessoa, sendo ou não contribuinte de dado imposto, venha, no interesse da fiscalização, prestar ou informar, bem como não informar dados relativos às suas atividades, entregar documentos e livros fiscais, declarações e demais condutas objetivando o controle e investigação sobre os tributos a que estão vinculadas suas operações.

A bem da verdade, como o próprio Código Tributário Nacional determina que a obrigação principal surge com o nascimento do fato gerador (art. 113, § 1º) e a obrigação acessória origina-se da legislação tributária (art. 113, § 2º), não se pode - já que expressa e clara a diferença - pretender aplicar-se, ao caso em exame, o tradicional brocardo (pelo menos, no direito civil) de que o acessório segue o principal.

É fora de qualquer dúvida que poderá ocorrer que determinada entidade ou pessoa jurídica seja isenta ou mesmo imune de pagar certo tributo (obrigação principal), mas que, por outro lado, através de lei, seja obrigada a escriturar livros contábeis e declarar ao Fisco, mensalmente, por exemplo, as suas receitas ou atividades, o que traz a conclusão, por certo, de que será obrigada a cumprir com as aludidas obrigações acessórias.

À luz de tais considerações, portanto, não se me afigura pertinente, para o deslinde da presente demanda, que se valha da premissa - equivocada - de que, não sendo a apelada devedora do ISS, não seria, de pronto, obrigada a fornecer à apelante informações

fiscais ou Declarações de Serviços, tal qual se pretende, eis que o acessório se vincularia ao principal.

A r. sentença, e seu reexame obrigatório, deverá, sim, ser mantida, já que, conforme explicitado, as obrigações acessórias deverão estar reguladas por lei, no seu sentido formal, não podendo portaria ou mesmo decreto dispor sobre as penalidades ou procedimentos realizados por contribuintes no interesse da fiscalização.

E, neste ponto, extrai-se da legislação que regulamentou as obrigações acessórias que todas elas foram disciplinadas por normas infralegais, tendo a Lei nº 6.812/94 somente trazido, de forma ampla e genérica, a regra de que importará em infração qualquer descumprimento da legislação tributária em vigor, o que se mostra inconcebível, sob a égide do princípio da estrita legalidade.

Assim, se se admitisse como válido tal raciocínio, para validar a multa em tela, não teriam os contribuintes, na salvaguarda da segurança e da certeza jurídicas, a ciência de quais atos poderão ensejar penalidade.

A rigor, o princípio da reserva legal se consubstancia na exigência da subsunção de todo ilícito e conseqüente sanção fiscal à norma legal básica, o que vale dizer que tão-só a lei poderá estabelecer a cominação de penalidades, seja na obrigação principal, seja na acessória.

SACHA CALMON, com precisão, pontifica que as obrigações acessórias, na dicção do § 2º do art. 113 do CTN, "*deverão decorrer de previsões legais em estrito senso, ou seja, de leis em sentido formal e material, até porque ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, a teor da Constituição da República*".

Isto porque, prossegue o renomado especialista da matéria:

"*A ressalva, a fazemos por isso que o conceito de legislação tributária é elástico no CTN (art. 96), compreendendo não apenas as leis, eis que abarca também os decretos e outros atos administrativos. Tome-se a legislação referida no parágrafo como sinônimo de lei*" (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, Forense, 1998, 2ª ed., p. 260).

Do mesmo raciocínio não discrepa ROQUE CARRAZZA, de quem se extrai a assertiva segundo a qual "*a nossa certeza de que só a lei pode criar deveres instrumentais cresce de ponto, na medida em que notamos que seu descumprimento resolve-se em sanções das mais diversas espécies, inclusive pecuniárias. Repugna ao senso jurídico que uma pessoa possa ser compelida a pagar multa, com base no não-acatamento de um dever criado por norma jurídica infralegal*" (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros, 8ª ed., p. 204).

No julgamento da Apelação Cível nº 106.117, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região firmou o entendimento, por intermédio do Juiz Gomes da Silva, de que "*não pode o administrador, por mera portaria, definir infração ou cominar penalidades sem que lei anterior o tenha feito. A expressão 'em virtude de lei', constante do inciso II do art. 5º da CF/88, não abrange os atos administrativos, o decreto, regulamento, portaria, circular, etc... Somente a lei, em sentido estrito do vocábulo, como ato normativo primário, pode ordenar que se faça ou que se deixe de fazer alguma coisa*" (*DJU* de 04.10.93).

Como no presente caso, as obrigações acessórias de entrega de Declaração de Serviços, fornecimento de disquetes e outras exigidas pela Fazenda Pública, em desfavor da apelada, não estão regulamentadas por lei, em sentido estrito, será em função de tal fundamento que a sua invalidade se impõe.

Frise-se que, independentemente de não se sujeitar ao pagamento do ISS, fato este de que a própria apelante não discorda, a obrigação em tela só não poderá prevalecer diante do princípio da reserva legal inerente à constituição de deveres e suas conseqüentes penalidades.

De outro lado, vê-se que a apelante não se conforma com a verba honorária imposta pela instância *a quo*, ao fundamento de que o montante fixado em R$2.000,00 (dois mil reais) supera, em muito, o montante cobrado na execução fiscal.

Neste ponto, creio que razão lhe assiste.

Em consonância com a regra do § 4º do art. 20 do CPC, no caso de sair vencida a Fazenda Pública, deverá o Magistrado ater-se, com eqüidade, ao grau de zelo do profissional, à natureza e importância da ação, para que, não acima de 20% sobre o valor da condenação, seja, enfim, fixada a verba advocatícia sobre o sucumbente na demanda.

No caso em exame, como o valor cobrado na inicial da executiva fiscal não supera algo em torno de R$900,00 (novecentos reais), inviável que se condene a Fazenda Pública no valor fixo de R$2.000 (dois mil reais), posto que, rigorosamente, divorciado da sistemática adotada pelo Digesto Processual.

Em assim sendo, tenho que deva ser decotada da r. sentença a condenação, nos termos em que foi fixada, reduzindo-a para 10% sobre o valor da causa, em obediência aos dispositivos que regem a matéria.

Ante o exposto, diante dessas considerações, estou confirmando a r. sentença, no duplo grau de jurisdição, para que seja mantida a anulação do auto de infração hostilizado, e, dando parcial provimento ao apelo, reduzo a verba advocatícia para 10% sobre o valor da condenação.

Diante da reforma parcial da sentença, deixo de impor custas recursais.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Entendo corretos os fundamentos e a conclusão do voto do eminente Relator, razão pela qual a ele dou a minha inteira adesão.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Sr. Presidente. Acuso o recebimento de alentado e erudito memorial subscrito pelos Drs. José Anchieta da Silva e Maurício Quadros Soares em prol da recorrida, que, a rigor, na sua cientificidade, constitui uma verdadeira monografia a propósito da instituição da Bolsa de Valores.

Tenho como escorreito e judicioso o d. voto do Relator, com cuja fundamentação e conclusão me ponho de inteiro acordo, inclusive no que diz respeito à redução para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, apenas divergindo do mesmo no tocante aos ônus do sucumbimento.

Sendo assim, impõe-se apenas a parcial reforma da sentença.

De tais considerações, no duplo grau de jurisdição, hei por bem confirmar, em parte, a r. sentença lançada pelo d. Juiz singular, mantendo a anulação de 10% sobre o valor da condenação.

Sem custas recursais.

É o voto.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, EM PARTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - LEI MUNICIPAL - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS *ERGA OMNES* - UTILIZAÇÃO DA AÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE ADIN - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

- É inadmissível a utilização da ação civil pública, com vistas a declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei municipal instituidora de taxas de iluminação pública, porquanto o conhecimento da questão da constitucionalidade, *incidenter tantum*, levaria à declaração da inconstitucionalidade da lei com efeitos *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, estando a ação civil pública, nesta hipótese, funcionando como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, com o fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei, o que não se pode admitir.

- Padece de possibilidade jurídica, por não encontrar agasalho no direito objetivo, o pedido do Ministério Público que visa à declaração de inconstitucionalidade de lei com efeitos *erga omnes*, em ação civil pública, pois isso só é possível em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Sofrendo o pedido de impossibilidade jurídica, é o autor carecedor da ação, o que impõe a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.087-3/00 - Comarca de Carmo da Mata - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Constitucional e Tributário - Ação civil ajuizada contra taxa de iluminação pública - Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal com efeitos análogos aos da ação direta de inconstitucionalidade - Vedação de utilização de ação civil pública como sucedâneo de ADIN - Impossibilidade jurídica do pedido em virtude da inadequação do instrumento processual escolhido - Carência de ação configurada - Inteligência do art. 103 da Constituição Federal, Lei 9.868, de 10.11.99, e Lei 7.347/85. - A questão central a ser enfrentada em ação civil pública na qual se pretende a extinção de cobrança de "taxa de iluminação pública" não se liga propriamente à legitimidade do Ministério Público para cuidar de interesses de contribuintes em juízo, mas sim à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal com efeitos análogos aos da ação direta de inconstitucionalidade. Sendo a ação civil pública instrumento inadequado à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, não há que se falar em ilegitimidade do *Parquet*, mas sim em impossibilidade jurídica do pedido e conseqüente carência de ação, em virtude da inadequação da via eleita.

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, 27 de maio de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela Cemig (interessada), o Dr. Robson Ferreira dos Santos.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em autos de ação civil pública que está a mover em face do Município de Carmo da Mata, contra a sentença de fls. 104/107-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, que considerou incabível questionamento da constitucionalidade de lei por esta via processual, extinguindo o feito, sem julgamento de mérito, com a exclusão da Cemig, com a condenação do autor em custas e honorários advocatícios.

Inconformado com tal decisão, aviou o *Parquet* recurso, alegando, em suma, que os direitos visados com a ação são coletivos em sentido estrito; o interesse em causa é transindividual e indivisível, havendo legitimidade do Ministério Público, sendo viável a declaração incidente de inconstitucionali-

dade em ação civil pública, não podendo haver condenação de honorários contra ele, requerendo, afinal, a cassação do julgado fustigado, com o prosseguimento regular do feito, tudo consoante argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 108/125-TJ.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

A questão posta nestes autos é polêmica e bastante controvertida na jurisprudência, pois não se determina de forma tranqüila se o Ministério Público tem ou não legitimidade para ajuizar ação civil pública questionando a constitucionalidade de tributos, e isto ocorre pela dificuldade de precisar com exatidão os lindes dos direitos e interesses colocados à cura do *Parquet*, bem como pelo fato de a questão envolver, ainda, outro ponto de discussão, qual seja, a possibilidade de se enfrentar a constitucionalidade de leis por meio deste tipo de ação.

Ciente das relevantes discussões acerca da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública com vistas a defender interesses ou direitos de contribuintes e não desejando dela me esquivar, realço que, neste caso, entendo que a discussão central não seja esta, mas sim a que toca à adequação deste instrumento processual para atingir o fim perseguido, sendo que a sentença vergastada se baseou neste fundamento.

De fato, se se adotar a tese de que o Promotor de Justiça não tem legitimidade para tanto, a providência a ser tomada será a de extinguir o processo, sem julgamento de mérito, pela ilegitimidade, mas ficará sem resposta o nó central do problema.

Por outro lado, se se considerar que os direitos dos contribuintes caem no âmbito de proteção deixada a cargo do Ministério Público, como, por exemplo, se posiciona o eminente Des. Almeida Melo, conforme entendimento exarado em voto vencido, de raro brilhantismo, nos Embargos Infringentes n.º 184.836-5, nos quais também guerreava este Órgão Estadual contra "taxa de iluminação pública municipal", ter-se-á, irremediavelmente, que verificar a possibilidade de utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, que se delineia, assim, como a verdadeira questão a ser resolvida.

Em verdade, mesmo pendendo para a compreensão de que a relação do contribuinte com o Poder Público não pode, pelo menos para fins de legitimidade do Ministério Público, ser tratada de forma totalmente diversa das relações de consumo, tendo em vista, por exemplo, o tratamento dado aos usuários do serviço público pelo Código do Consumidor e também por lei federal que regula as concessões e permissões e tendo em vista que vultosa parcela dos recursos arrecadados com tributos, mormente taxas, é destinada ao custeio desses serviços, estou convencido de que a causa trazida a conhecimento do Poder Judiciário tem sua solução ligada a outro fator que não a extensão da legitimidade do *Parquet*.

A mim se me afigura claro que o problema desta ação civil pública não é propriamente o questionamento de direito de contribuintes pelo Ministério Público, mas sim a utilização deste instrumento processual com vistas a declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei municipal instituidora de "taxa de iluminação pública", o que, em outras palavras, significa decretar sua inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

E isto porque está a me parecer que não pode haver controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública se tal redundar em declaração de inconstitucionalidade de ato normativo com efeito *erga omnes*, uma vez que estaria ela, nesta hipótese, funcionando como verdadeira ADIN.

De fato, se a declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública levar, ao fim e ao cabo, a uma declaração em abstrato da inconstitucionalidade de lei, com efeitos genéricos, estará configurando um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, o que não se pode admitir.

Bem se sabe que o controle difuso pode ser exercitado por qualquer juiz ou tribunal e que não há vedação nenhuma determinando que somente seja realizado em certos tipos de ação; com isto, não há vedação genérica de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública.

É preciso gizar bem a idéia, não se está a vedar qualquer conhecimento de questão constitucional *incidenter tantum* neste tipo de ação, o que se está a dizer é que, quando isto levar ao ataque em abstrato de ato normativo, declarando-o desconforme com a Constituição *erga omnes*, não deverá ser admitida a ação interposta.

E isto se dá por razões bem simples, pois a ADIN é um meio processual com regras muito específicas e peculiares, que não podem ser desconhecidas.

É sabido e consabido que o constituinte, ao lavrar a Carta de 1988, consignou duas formas de controle constitucional, o difuso, a ser exercido em qualquer caso concreto e por qualquer juiz ou tribunal, como se disse, e o concentrado, para cujo conhecimento o único competente é o colendo Supremo Tribunal Federal e que somente pode ser instaurado pelos legitimados enumerados *numerus clausus*.

As duas espécies de controle trazem consigo diferenças marcantes no que tange a seus efeitos, pois que o controle difuso produz conseqüências jurídicas *inter partes*, o que não ocorre com o controle concentrado, exercido, no mais das vezes, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, que tem como própria a produção de efeitos *erga omnes*, impossibilitando inclusive novos questionamentos em Juízo.

Fica claro que o controle concentrado carrega uma profundidade maior de efeitos para o ordenamento jurídico, visto que tem o condão de afastar peremptoriamente um ato

normativo desconforme com a Constituição no mundo jurídico.

Talvez por este motivo, tenha o constituinte outorgado o poder de provocar a instauração do processo objetivo do controle concentrado apenas a alguns legitimados, enumerando-os um a um na Carta Maior, em seu art. 103.

Além disto, regulamentando os dispositivos constitucionais atinentes a esta ação, foi editada a Lei 9.868, de 10.11.99, que disciplina todo o processo judicial a ser seguido no julgamento das ADINs, estabelecendo inúmeras peculiaridades e exigências.

Tendo o constituinte cercado de cuidados e requisitos especiais a apreciação concentrada da constitucionalidade de leis e atos normativos, no que foi seguido pelo legislador ordinário, não se pode fazer tábula rasa destas previsões e admitir que a ação direta de inconstitucionalidade seja preterida, tendo seu papel, sua finalidade e seus efeitos perseguidos por outro meio processual.

A admitir que a utilização da ação civil pública funcione, na prática, como ADIN, estar-se-á a burlar a estipulação do constituinte originário, que a previu de forma específica, com requisitos firmemente delineados; estar-se-á, de fato, a alargar o que se concebeu restrito e determinado.

Deve-se salientar que isso implica legitimar quem não é legitimado para propor ADIN e, ainda, dar competência a quem não a possui para declarar inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*.

Estas são, a meu ver, razões de profundidade jurídica bastante para influenciar o posicionamento que assumo no sentido de não admitir que a ação civil pública seja utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Toda vez que o conhecimento de questão de constitucionalidade *incidenter tantum* em sede de ação civil pública levar à declaração da inconstitucionalidade de ato normativo com efeito *erga omnes*, seguindo o raciocínio explicitado, é de se afastar o cabimento dela, pois esta não consiste em meio hábil para tal.

A propósito, é do escólio de ALEXANDRE DE MORAES, que, discorrendo sobre o controle de constitucionalidade, sustenta a mesma compreensão aqui esposada e afirma que o eg. Supremo Tribunal Federal tem assim se pronunciado sobre a matéria, afastando o cabimento da ação civil pública, em diversas reclamações (*vide RCL*'s 663-6/SP, 557, 559, 600-0/SP, 562, 564, 569, 60, 602, 611, 554-2/MG, 602-6/SP), sendo de se transcrever tópico de sua obra *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, 8ª ed., São Paulo, 2000, p. 566/567), *in verbis*:

"*Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal (por ex.: o Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal. O juiz ou tribunal - CF, art. 97 - poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com* efeitos somente para as partes e naquele caso concreto*).*

Ocorre, porém, que, se a decisão do Juiz ou Tribunal, em sede de ação civil pública, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo - seja municipal, estadual, distrital ou federal -, em face da Constituição Federal gerar efeitos erga omnes, *haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a* interpretação concentrada da Constituição Federal.

Nesses casos, não se permitirá a utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo".

E, ainda, mais adiante:

"*Assim, o que se veda é a obtenção de efeitos* erga omnes *nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido* incidenter tantum, *pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos das decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei nº 7.347 de 1985*" (ob. cit., p. 567).

É de observar que, na mesma linha do excelso STF, o colendo Superior Tribunal de Justiça sustenta esta tese, conforme demonstram os arestos que adiante trago à colação:

"*Ação civil pública - Preceito cominatório - Taxa de iluminação - Constitucionalidade de lei municipal - Unidade do direito.*

- Na sentença, declarou-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal 70/1989. Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, tachado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos erga omnes, *o que é absurdo.*

- Recurso não conhecido" (1ª T., REsp nº 134.979/GO, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 9.9.97, *DJ* de 6.10.97).

"*Processo Civil. Ação civil pública. Taxa de iluminação pública. Cobrança. Relação jurídico-tributária*

estabelecida entre a fazenda municipal e o contribuinte. Não-aplicabilidade, ao caso, do art. 21 da Lei nº 7.347/85, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Corte Superior.

- 1. A ação civil pública não se presta como meio adequado a obstar a cobrança da Taxa de Iluminação Pública instituída por lei municipal, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação.

- 2. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

- 3. A ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, *de inconstitucionalidade de lei.*

- 4. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora.

- 5. Recurso Especial improvido" (1ª T., REsp nº 212.540-MG, Rel. Min. José Delgado, j. em 22.6.99) (grifou-se).

Só estas razões já seriam suficientemente fortes para a inadmissibilidade da ação civil pública que acaba por pretender se comportar como o que não é, ou seja, ação direta de inconstitucionalidade, entretanto, vislumbro, em adição, um outro argumento que não deve deixar de ser explicitado.

Tal argumento se liga intimamente ao que venho de dizer, pois também se refere ao problema do controle concentrado de constitucionalidade, à consideração de que, no caso em tela, a se permitir o prosseguimento desta ação civil pública, o efeito principal a que poderia levar é o reconhecimento que se dá, formalmente em caráter incidental, mas que consiste, em verdade, na declaração da inconstitucionalidade da lei municipal com efeito *erga omnes* em toda a comarca, em face da Constituição Federal.

Quem acompanhou as discussões travadas após a promulgação das Cartas Constitucionais de vários Estados se lembra de que algumas delas incluíam a possibilidade de controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Carta Maior a ser realizado pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Da mesma maneira, há de se lembrar o destino de tais disposições, que foram declaradas inconstitucionais, em medida cautelar, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, pois ultrapassavam a previsão do texto da Constituição da República, além de que representavam usurpação da competência desta Corte Constitucional.

A propósito, o mesmo STF, quando do julgamento da ADIMC nº 409/DF, da relatoria do eminente Min. Celso de Mello, cujo julgamento ocorreu em 6.12.90, assim restou ementado:

"*Ação direta de inconstitucionalidade - Constituição do Estado do Rio Grande do Sul - Preceito que defere competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de lei ou ato normativo municipal questionado perante a Constituição Federal - Suspensão cautelar deferida.*

- É irrecusável a plausibilidade jurídica da tese segundo a qual os Estados-membros não dispõem de competência para instituir, no âmbito de seu ordenamento positivo, sistema de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, contestados em face da Carta Federal.

- Essa questão assume inegável relevo, pois reintroduz, uma vez mais, perante a Suprema Corte, a discussão em torno da possibilidade jurídica de o Estado-membro criar, por autônoma deliberação, um sistema próprio de fiscalização e tutela in abstracto *do direito objetivo positivado no texto constitucional federal, e processualizar, em conseqüência, uma forma instrumental - a ação direta - que viabilize, no plano das normas municipais, o seu controle em tese em face de nossa lei fundamental.*

- Debate doutrinário em torno da questão. Precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional anterior.

- A Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, erigiu a própria Constituiçao Estadual à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (art. 125. Par. 2). Precedente da Corte (medida liminar)".

Ora, se isto ocorreu com as Constituições Estaduais, confirmando a inexistência de controle concentrado de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, entendo que não possa agora ser ressuscitada a possibilidade pela via espúria, para esta finalidade, da ação civil pública com os mesmos efeitos.

Por fim, assinalo que a jurisprudência majoritária desta Casa de Justiça, não tem admitido ações civis públicas análogas a esta, mesmo que com fundamento diverso do que ora adoto.

Baseado em idéias semelhantes, já decidiu o ilustre Des. Bady Curi, de quem são as palavras que constam do corpo do acórdão, na Apelação Cível nº 44.726-8, *in verbis*:

"In casu, *realmente temos um primeiro pedido no sentido de sustar a cobrança da taxa de iluminação pública, posteriormente, que seja declarada a inconstitucionalidade da referida taxa. Entretanto, não podemos dissociar um pedido do outro, na medida em*

que, para decidir a sustação da taxa, mister se faz a análise da sua constitucionalidade ou não.

(...)

Não podemos mascarar o pedido de declaração direta de inconstitucionalidade com a proteção de interesses dos consumidores, o que efetivamente, aí sim, ocorre através da ação civil pública".

Considerando a ação civil pública, em virtude dos argumentos que venho de expender, instrumento adjetivo inadequado à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo com efeito *erga omnes*, não posso chegar a conclusão diversa da decretação de carência de ação por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, a possibilidade jurídica do pedido, que configura uma condição da ação, é concebida como viabilidade da prestação jurisdicional pleiteada em face do ordenamento jurídico positivo.

Em outras palavras, a possibilidade jurídica do pedido significa que há previsão no ordenamento que agasalha a pretensão.

ADA PELLEGRINI GRINOVER destaca o significado da possibilidade jurídica do pedido:

"*Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído* a priori *pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto*" (*in Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, 12ª ed., São Paulo, 1996, p. 259) (grifou-se).

No mesmo sentido ensina o saudoso mestre MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

"O direito de ação pressupõe que o seu exercício visa à obtenção de uma providência jurisdicional sobre uma pretensão tutelada pelo direito objetivo. *Está visto, pois, que para o exercício do direito de ação a pretensão formulada pelo autor deverá ser de natureza a poder ser reconhecida em juízo. Ou, mais precisamente, o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor.*

Possibilidade jurídica do pedido é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo" (*in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, 20ª ed., São Paulo, 1998, v. I, p. 170) (grifou-se).

Na hipótese desta ação civil pública, vislumbro a inocorrência da circunstância descrita pelo doutrinador como de possibilidade jurídica do pedido, visto que a pretensão do Ministério Público do Estado de Minas, em abstrato, não está agasalhada pelo direito objetivo.

O que quero dizer tem fundamento no que explicitei linhas acima acerca do sistema de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.

Ora, se apenas se admite a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* em sede de ação direta de inconstitucionalidade, vem a lume, de forma cristalina, que a pretensão do *Parquet* de obter este mesmo resultado pela via da ação civil pública não encontra amparo no direito vigente.

Em sendo assim, há que se reconhecer que o pedido padece de possibilidade jurídica, uma vez que não encontra fundamento normativo que o autorize.

Sofrendo o pedido de impossibilidade jurídica, é o autor carecedor da ação, o que impõe a extinção do feito, sem apreciação do mérito, conforme leciona o mesmo mestre MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

"A falta de qualquer das condições da ação importará na carência desta. Declarando o autor carecedor da ação, o juiz extinguirá o processo. *É o que determina o Código de Processo Civil: 'Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:*

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual'" (ob. cit., p.171) (grifou-se).

É de se salientar, então, que a extinção pode ser decretada, de ofício, sem provocação e em qualquer grau de jurisdição, por se tratar de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido.

A conclusão a que chego, neste ponto do raciocínio, é a de que deve prosperar a sentença monocrática quanto à extinção do feito, sem julgamento de mérito, devendo ser feito reparo a seu fundamento, que não é, a meu ver, a ilegitimidade do Ministério Público, mas a impossibilidade jurídica do pedido.

Depois de muito refletir sobre as questões postas pela apreciação destes autos, me convenço de que esta é a melhor orientação, pois tem como base uma interpretação sistemática do controle de constitucionalidade delineado pela Carta de 1988, bem como da disciplina da ação civil pública, em outras palavras, a não-admissão desta ação para o fim perseguido não se me afigura mera filigrana processual, formalismo despido de maiores implicações ou, o que seria ainda pior, purismo prejudicial à defesa dos interesses e direitos consagrados pela ordem jurídica.

E digo isso porque os interesses ora perseguidos não ficam ao desamparo da proteção jurídica em virtude deste posicionamento, uma vez que há outros meios jurídicos mais apropriados para tanto.

Ao impulso destas considerações, em reexame necessário, mantenho

a sentença monocrática, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. Tive acesso aos autos e seu exame conduziu-me à mesma conclusão exposta pelo eminente Relator, no sentido de que a ação civil pública não substitui a ação direta de inconstitucionalidade para efeitos *erga omnes*, os quais não podem resultar do controle difuso da constitucionalidade que está presente na ação do juiz.

Assim sendo, também mantenho a sentença de primeiro grau por entender que ocorre a impossibilidade jurídica do pedido.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Estou acompanhando na íntegra o substancioso voto proferido pelo eminente Relator na sua conclusão, enlevado pela exuberância de seus fundamentos jurídicos.

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

-:::-

ICMS - APREENSÃO DE MERCADORIAS - MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTO - INADMISSIBILIDADE

- Malgrado seja dever funcional do agente fiscal verificar a normalidade no transporte de mercadorias e o recolhimento do ICMS, não lhe é lícito apreender ou reter as mercadorias por tempo além do necessário à coleta de elementos indispensáveis à verificação de eventual ilícito tributário.

- É inadmissível a apreensão de mercadorias para compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo, já que existe procedimento próprio e adequado para a cobrança do crédito tributário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.400-8/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Apreensão de mercadoria como meio de coerção ao pagamento de tributo - Impossibilidade. - É vedada a apreensão de mercadorias para compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo. Em reexame necessário, sentença confirmada.

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.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do reexame necessário, na forma do parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533/51. Também conheço do recurso voluntário, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de mandado de segurança, impetrado por Petrogaz Distribuidora S.A., em face de ato do chefe do Posto Fiscal Ricardo Eliseo Prado, que redundou em 02 (duas) apreensões de botijões para GLP com capacidade para 13kg e 45kg, ocorridas em 16.02.2000 e 11.02.2000 (fls. 8/9-TJ).

Não houve concessão de liminar.

As informações da autoridade coatora são no sentido de que teria ocorrido a decadência do direito ao mandado de segurança, na forma do art. 18 da Lei nº 1.533/51. Alega, ainda, que, apesar de a impetrante transportar mercadorias isentas, estava obrigada a cumprir as obrigações acessórias, no caso, emitir a documentação fiscal necessária para acobertar as operações de circulação dos botijões de gás. Então, constatada a ausência de documentos hábeis, determinou-se a apreensão das mercadorias.

O Ministério Público ofertou o parecer de fls. 39/40-TJ, opinando pela rejeição da preliminar de extinção da ação pelo decurso do prazo de 120 dias, enquanto, no mérito, opinou pela concessão da segurança, de forma a garantir a restituição dos bens apreendidos.

A sentença de fls. 42/46-TJ, concedeu, em parte, a segurança, para determinar a liberação das mercadorias constantes do termo de apreensão nº 02.000159395-17, datado de 16.02.2000. Tendo vencido o prazo para impugnação do ato praticado em 11.02.2000, julgou o impetrante carecedor da presente ação para liberação das mercadorias constantes do termo de apreensão nº 02.000159391-00, sem embargo de discussão nas vias próprias. Processo submetido ao reexame necessário, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

Em recurso voluntário (fls. 51/60-TJ), bate-se a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais pelo reconhecimento da legalidade de seu ato de apreensão de mercadorias.

O Ministério Público, em parecer recursal (fls. 63/65-TJ), opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso voluntário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 72/74-TJ, opina pela integral confirmação da sentença hostilizada.

Assim relatados, passo à decisão.

A decadência do direito à impetração em face do termo de apreensão nº 02.000159391-00, datado de 11.02.2000, tem amparo no art.18 da Lei nº 1.533/51 (fls. 9-TJ).

Malgrado seja dever funcional do agente fiscal verificar a normalidade no transporte de mercadorias e o recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS, não lhe é lícito apreender ou reter as mercadorias por tempo além do necessário à coleta de elementos indispensáveis à verificação de eventual ilícito tributário.

Na espécie, a autoridade coatora informa que a ausência de documentação hábil teria ensejado a apreensão dos "*Botijões para GLP com capacidade para 13kg e Botijões para GLP com capacidade para 45kg*". Trata-se, pois, de ato típico de quem busca o recebimento de tributo a partir de coação, ou seja, pela apreensão de mercadoria por tempo indeterminado, fato não tolerado pela melhor doutrina e atual jurisprudência, por existir procedimento próprio e adequado para a cobrança do crédito tributário, que respeita os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Aliás, a mera alegação de que os botijões teriam sido liberados é insuficiente para obstar o sucesso parcial deste *mandamus*.

A propósito, ensina ROQUE ANTÔNIO CARAZZA, na sua obra *ICMS*, Malheiros, 4ª ed., 1998, p. 297, que "*é muito comum o Fisco, objetivando o recebimento de ICMS e multa devidos pelo contribuinte, apreender a mercadoria considerada em situação irregular (v.g., desacompanhada da competente nota fiscal)*", prática essa "*abusiva*", pois, "*assim que lavrado o auto de infração e imposição de multa, a mercadoria há de ser imediatamente liberada*".

Nesse sentido está assentada a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

"*Mandado de segurança. Apreensão de mercadoria e veículo transportador. Pagamento do imposto para liberação. Inadmissibilidade. - Não pode o Fisco, que dispõe de procedimento legal adequado para cobrança do crédito tributário, apreender mercadorias com o fim de coagir ao pagamento do imposto*" (Rel. Des. Aloysio Nogueira, Proc. 170.531-8/00, ac. 30.11.2000, publ. em 22.12.2000).

"*Mandado de segurança. Nota fiscal. Inidoneidade. Apreensão de mercadorias. Ato ilegal e abusivo. Ocorrência. Ordem concedida. - É ato ilegal e arbitrário, que viola direito líquido e certo, a apreensão de mercadorias, ainda que acobertadas por nota fiscal inidônea*" (Rel. Des. José Antonino Baía Borges, Proc. 195.496-5/00, ac. 28.06.2001, publ. em 10.08.2001).

"*Tributário. ICMS. Documentação fiscal tida como inválida. Apreensão. Excesso. Ilegalidade. - A apreensão de mercadoria e de veículo além do tempo necessário à verificação da infração e lavratura do respectivo auto de infração revela-se ilegal e abusiva, nos exatos termos do disposto na Súmula nº 323 do STF, por evidenciar meio coercitivo para pagamento de tributo*" (Rel. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes. Proc. 210.302-6/00, ac. 20.06.2001, publ. em 03.08.2001).

O mesmo entendimento é consagrado pelo excelso Supremo Tribunal Federal:

"*É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323). Recurso extraordinário conhecido, mas não provido*". (RE-61.359/BA, Rel. Min. Amaral Santos, *DJ* de 05.05.69.) No mesmo sentido: RE-97.468/MA, Rel. Soares Muñoz, *DJ* de 08.04.83; RE-99.219/RJ, Rel. Sydney Sanches, julg. em 30.08.85; RMS-14.583, M. Victor Nunes, *DJ* de 22.09.65; RE-69.796/BA, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* de 14.08.70.

E desse contexto não discrepa o excelso Superior Tribunal de Justiça, ao consagrar que a Súmula nº 323 do STF veda a apreensão de mercadorias para compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo, mas não há óbice à apreensão de mercadorias para efeito de documentação e lavratura do auto de infração (AG 399.132 e AG 401.988, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 24.09.2001 e de 30.10.2001, 2ª Turma).

Dispõe a súmula em comento:

"*Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*".

Assim sendo, em reexame necessário, confirmo a sentença hostilizada. Prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, pela apelante voluntária.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

AÇÃO DE DEPÓSITO - DEVEDOR TRIBUTÁRIO - PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA - LEI FEDERAL Nº 8.866/94 - INCONSTITUCIONALIDADE - DECLARAÇÃO INCIDENTAL - INICIATIVA PRÓPRIA DO JUIZ - CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PELO MAGISTRADO INDEPENDENTEMENTE DA PROVOCAÇÃO DAS PARTES - POSSIBILIDADE

- Em face da supremacia da norma constitucional, a declaração de inconstitucionalidade incidental pode ser reconhecida por iniciativa própria do juiz, podendo o magistrado exercer o controle difuso de constitucionalidade da norma, independentemente da provocação da parte ou do Ministério Público, cabendo-lhe, de ofício, suscitar e conhecer a questão.

- Afigura-se inconstitucional a Lei Federal nº 8.866/94, por violar princípios e garantias fundamentais, ao coagir o devedor tributário ao pagamento do tributo, sob pena de prisão, criando, assim, uma ficção jurídica, abolida por nosso Texto Maior.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.487-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Constitucional, Tributário e Processual Civil - Ação de depósito - Prisão civil por dívidas - Lei Federal nº 8.866/94 - Inconstitucionalidade. - Afigura-se inconstitucional a Lei Federal nº 8.866/94, por violar princípios e garantias fundamentais, ao coagir o devedor tributário ao pagamento do tributo, sob pena de prisão, criando, assim, uma ficção jurídica, abolida por nosso Texto Maior. Em reexame necessário, confirmar a r. sentença, nos exatos termos em que foi proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, 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 REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação, pela apelante, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

O Sr. Des. Célio César Paduani (convocado) - Ouvi com atenção a sustentação oral proferida pelo Procurador da Fazenda, que aborda questões realmente polêmicas, mas tenho voto escrito que reflete as preocupações de S. Exa.

Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário, em face da r. sentença de fls. 57/70-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Execuções Fiscais de Minas Gerais, que, em ação de depósito, de natureza tributária, movida pela ora recorrente contra Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., indeferiu a inicial e julgou extinto o

processo, sem enfrentar o mérito, por inconstitucionalidade e inaplicabilidade da Lei Federal nº 8.866/94 à espécie.

Em sede de razões recursais do apelo voluntário, localizadas às fls. 72/85-TJ, sustentou a apelante, em apertada síntese, que a ação declaratória de inconstitucionalidade, que tramita no Excelso Pretório, apenas suspendeu a eficácia de alguns dispositivos da Lei Federal nº 8.866/94, contudo sem revogá-la por inteiro. Alega que o Magistrado sentenciante exerceu o controle difuso de constitucionalidade, inobstante ausência de provocação da parte.

Combate os argumentos expendidos na r. sentença, ressaltando inexistir afronta ao texto constitucional perante o que foi pedido, que se encontra perfeitamente delineado nos dispositivos legais e vigentes, não havendo motivos para não aplicá-los até a decisão final da ADIn.

Assevera que a norma insculpida no art. 7º da Lei Federal nº 8.866/94 se encontra em perfeita consonância com o CTN, com a LEF e com a Lei nº 8.397/92, imputando a responsabilidade tributária a terceiros.

Por outro lado, salienta que o art. 9º do mencionado diploma legal não conflitou com o Código Civil, ao afastar a aplicação do seu art. 1.280, tratando-se ambas de leis ordinárias, inexistindo, pois, hierarquia entre as mesmas.

Pontofinalizando, pugna pelo provimento do recurso, para reformar a decisão monocrática.

Recurso voluntário dispensado do preparo, consoante os termos do art. 511, § 1º, do Estatuto Processual Civil.

Deixou-se de solicitar parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, a teor da inteligência contida na Súmula nº 189 do colendo STJ.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (CPC, art. 475, II).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Conheço da remessa obrigatória e do recurso voluntário, porque preenchidos os requisitos de sua admissibilidade.

Ab initio, oportuno registrar que a declaração de inconstitucionalidade incidental, dada a natureza e relevância da supremacia da norma constitucional, pode ser reconhecida por iniciativa própria do juiz, como ocorreu na espécie. É da lição de NAGIB SLAIBI FILHO, em sua obra *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*, p. 82, ao analisar o controle incidental, que:

"*A despeito de se referir a 'exceção' ou a defesa, a questão de constitucionalidade sobrepaira sobre as demais, em face do caráter de supremacia da norma constitucional, do que*

se extrai que o julgador não deve e nem pode aguardar a provocação da parte ou do Ministério Público, cabendo-lhe, de ofício, suscitar e conhecer a questão".

Outro não é o ensinamento de GILMAR FERREIRA MENDES, in *Controle de Constitucionalidade*, p. 202, quando afirma:

"*A questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida* ex officio *pelo juiz ou tribunal*".

Neste ponto, forçoso reconhecer que o magistrado pode exercer o controle difuso de constitucionalidade da norma, independente da provocação da parte e, por este motivo, afasto, de vez, a preliminar invocada no apelo voluntário.

No mérito, comungo com o entendimento de que a matéria é nova no cenário jurídico mineiro e, no entanto, já questionada perante o Excelso Pretório, voltando o debate acerca da possibilidade de prisão civil por dívida, instituto odioso em nosso ordenamento jurídico, merecedor de censura por grande parte da doutrina e de nossos Tribunais, por tratar justamente de mais um artifício coercitivo extremado contra insucessos empresariais, eis que o conceito de prisão no País se encontra banalizado e incapaz de resolver os problemas financeiros de nosso País.

Após sua promulgação, a Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994, vem recebendo reprovação por parte dos grandes juristas, por inovar dentro de um sistema já consolidado, criando uma medida coercitiva, inobstante tantas outras prerrogativas processuais disponíveis à Fazenda Pública e que, agora, tomou relevância nacional, por atingir diretamente a liberdade do indivíduo, direito consagrado e intangível num Estado Democrático de Direito.

Não cabe aqui, como deseja a apelante, admitirmos a aplicação de uma lei atentatória aos princípios da moralidade, da livre iniciativa, da igualdade, da legalidade, dentre tantos outros violados, pois o seu único escopo é a equiparação do devedor tributário à figura de um depositário infiel, sujeitando-se à perda da liberdade, pela imposição de um meio espúrio e, principalmente, ineficaz diante das questões colocadas, pois a pena de prisão não guarda relação com o interesse fazendário, qual seja, o recolhimento do tributo aos cofres públicos.

Na esteira do raciocínio, de que adianta isolarmos o devedor do convívio social, recolhendo-o a um sistema prisional falido, que a corrente penalista moderna vem admitindo o seu uso apenas para aqueles que, indiscutivelmente, não podem continuar vivendo em sociedade, quando a Fazenda já goza dos privilégios de um processo executivo fiscal, para cobrar seus créditos?

Ora, só porque a Fazenda não consegue localizar o devedor, muitas vezes pela própria deficiência da fiscalização, não é motivo para o Estado tomar uma atitude vexatória como esta, em um malfadado pretexto de que age amparado pelo Texto Maior, cuja regra excepcional à proibição genérica inclui o depositário infiel.

E o princípio constitucional que consagra a vedação da prisão civil por dívida encontra-se inscrito no art. 5º, LXVII, da CF/88, que enumera taxativamente as exceções nos seguintes termos:

"*Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*".

Essa enumeração, frisa-se, é taxativa, não podendo o legislador ordinário criar novas situações que pretendem assemelhar o cidadão à figura do depositário infiel, senão aquelas já consolidadas legalmente.

Pois bem.

Infere-se que, em regra, não haverá prisão civil por dívida, salvo as exceções exaustivas previstas no próprio artigo, inadmitindo o alargamento pelo legislador ordinário, em decorrência da regra elementar de hermenêutica de que toda norma que restringir direitos consagrados, como a espécie, deve ser interpretada restritivamente. Por outro lado, não se pode olvidar dos princípios constitucionais da elasticidade e da máxima efetividade social, permitindo que se dê à norma constitucional interpretação extensiva, quando contemplar a preservação dos direitos e das garantias fundamentais.

Ainda sobre o referido artigo, importante registrar que o constituinte de 1988 substituiu o texto anterior, que continha a expressão "na forma da lei", impedindo, assim, qualquer arbitrariedade ou interpretação teratológica da norma em comento.

É neste sentido que destaco o brilhante posicionamento do Professor Kiyoshi Harada, ao comentar a questão:

"*A Carta Política de 1988, ao expurgar de seu texto a expressão contida na Constituição Federal antecedente - na forma da lei -, vedou ao legislador ordinário a possibilidade de estender os conceitos como fez essa indigitada lei. A faculdade contida no art. 1.283 do CC não pode ser exercitada, pelo legislador tributário, de forma a desnaturar a definição civil de depósito, acolhida pela Magna Carta.*

Não é permitido ao legislador ordinário, por via indireta, alargar o conceito de infiel depositário, com o fito de dilatar a hipótese excepcional de prisão por dívidas, prevista na Constituição Federal".

Com base nestas palavras, imprescindível o estudo do conceito depositário infiel à luz da Carta da República e das normas disciplinadoras da prisão civil.

Na lição de Clóvis Bevilácqua, o depósito "*é o contracto, pelo qual uma pessoa recebe um objecto móvel alheio, com a obrigação de guardá-lo*

e restitui-lo em seguida". Dada sua própria natureza, constitui um negócio *intuito personae*, posto que fundado na confiança, levando-se em conta as qualidades pessoais do depositário; e tem por características a tradição, o objeto móvel, a guarda (como fim primordial) e a restituição da coisa quando reclamada pelo depositante. Destaca-se, ainda, como regra, a infungibilidade da coisa depositada, pois, em se tratando de depósito de coisa fungível, a operação equivale ao contrato de mútuo, segundo a disposição contida no art. 1.280 do CC.

In casu, é inegável que a Lei nº 8.866/94, segundo o seu próprio art. 1º, se refere ao depósito necessário, que se distingue por ser decorrente de uma imposição legal, sendo irrelevante, para tanto, o elemento subjetivo.

Por conseguinte, reza o art. 1.283 do referido *codex*:

"*O depósito de que se trata no artigo antecedente, n. I, reger-se-á pela disposição na respectiva lei, e, no silêncio, ou* deficiência *dela, pelas concernentes ao depósito voluntário (arts. 1.265 a 1.281)*".

São patentes as inúmeras irregularidades na indigitada lei, a começar pelo próprio intuito de se atribuir a condição de depositário a quem verdadeiramente não é, ou não pode ser, por não se encontrar definitivamente naquela situação jurídica de depositário. Conforme dito anteriormente, o texto de nossa Carta Maior expurgou essa faculdade concedida ao legislador ordinário, que pretende estender o conceito de depositário infiel, que não seja o tradicionalmente consagrado pelo Direito Civil. O nomeado Professor supracitado aponta ainda diversas deficiências na legislação, que calha transcrever:

"*Como se vê, o art. 1º dessa lei considera como depositário da Fazenda Pública a pessoa a que a legislação tributária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro tributos, e recolher aos cofres públicos. Apesar de determinar a observância dos artigos 1.282, I, e 1.283 do CC, na verdade, estabeleceu uma inovação no conceito de depósito. Nos termos da lei civil, só se caracteriza o depósito quando alguém recebe um bem infungível para guardá-lo, e restituí-lo na ocasião aprazada ou quando lhe for reclamado pelo depositante.*

Ora, reter não é o mesmo que receber; e receber tributo de terceiro não é o mesmo que receber de depositante que, no caso, seria a Fazenda Pública; finalmente, tributo não é bem infungível. Exatamente porque o depósito de coisas fungíveis, como o dinheiro, caracteriza o mútuo, e não depósito, a lei sob comento determinou a inaplicação do art. 1.280 do CC (art. 9º)".

Logo, constituem uma verdadeira agressão à moralidade pública e à ordem jurídica os malabarismos processuais utilizados pelo legislador ordinário, criando uma ficção jurídica, tendente a encobrir a situação já definida,

numa demonstração cabal de desrespeito à Carta da República.

Por estas razões que asseverou com muita precisão o ínclito Julgador que "... *mesmo que necessário (ou legal) o depósito instituído para tributos, dar-se-á a ele o tratamento de* depósito irregular, *cuja solução torna comprometidos tão só patrimônios (patrimônio x patrimônio), e não as pessoas dos obrigados, o que se fará à imagem da solução que a lei sempre impôs para o mútuo*".

Doutrina e jurisprudência têm igualmente demonstrado desconforto perante esta idéia:

"*Ação de depósito - Lei nº 8.866/94 - Inconstitucionalidade dos meios de coercibilidade - Falta de executividade da sentença. 'Ação de depósito. Lei nº 8.866/94. - Se a ação de depósito não possui outra finalidade senão a de compelir o contribuinte ao pagamento de tributo, e se, de outra senda, os meios de coercibilidade conferidos ao Fisco pela Lei nº 8.866/94 para cumprir tal finalidade restaram julgados inconstitucionais pela Suprema Corte, não realizando o réu, no curso da ação, nem o recolhimento, nem o depósito do valor reclamado, nenhuma utilidade haverá na futura sentença, pois, ainda que o julgador se convença da exigibilidade do tributo, não poderá determinar o seu pagamento. Ou seja, a futura sentença restará despida de executividade, pois para obter o pagamento do tributo deverá a Fazenda ajuizar o competente executivo fiscal'*". (Ac. un. da 2ª T. do TRF da 4ª R. - Ag. 2000.04.01.065597-9/RS - Rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar - j. em 14.09.00 - Agte.: Cooperativa Tritícola de Produtores Cruzaltenses Ltda.-Cotricruz; Agdo.: INSS - *DJU* de 28.02.01, p. 148 - ementa oficial.)

O sempre lembrado Humberto Theodoro Júnior nos leciona:

"*A manutenção, outrossim, da ação de depósito, como instrumento de promoção da prisão civil do depositário infiel, que tem merecido não poucas censuras do pensamento jurídico moderno, é vista como injustificável anacronismo e autêntica reminiscência do caráter infamante da velha* actio depositi *directa dos romanos*".

Ad argumentandum, convém ressaltar que o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica, que, igualmente, proíbe a prisão civil por dívidas em seu art. 7º. Neste liame, se a norma proveniente de tratados ou convenções internacionais versar sobre direitos humanos, como, por exemplo, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, ingressa no nosso ordenamento jurídico com status de norma constitucional, devendo prevalecer sobre a legislação infraconstitucional, pois este é o próprio sentido da Carta Maior - garantir o bem social.

Por tais considerações é que adoto integralmente o v. *decisum*, por ter exaurido com eficiência a matéria, dando um escorreito desfecho ao caso,

ao julgar extinto o processo, diante da impossibilidade de prisão civil em se tratando de depósitos irregulares, refletindo a inconstitucionalidade da Lei nº 8.866/94.

Ante o exposto, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, nos exatos termos em que foi proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Tem sido tenazmente combatida nos meios forenses, seja no âmbito da doutrina, seja no âmbito da jurisprudência, a Lei Federal nº 8.866, de 1994, porque ela, como bem salientou o eminente Relator, tem por escopo obrigar o contribuinte, devedor dos cofres públicos, a quitar o débito, sujeitando-o à prisão civil. Essa sujeição excede aquilo que Carta Magna contempla: como se sabe, ela só permite a prisão civil por dívida em dois casos expressamente consignados, ou seja, o do depositário infiel e o do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Qualquer tentativa de ampliar esse elenco seria fatalmente declarada inconstitucional. Foi exatamente o que fez o experiente Juiz Fernando Neto Botelho, uma das promessas da Magistratura mineira, integrante dessa geração de jovens bons juízes. Ele declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dessa lei e fê-lo muito bem.

Não vou me estender a respeito, porque o eminente Relator, Des. Célio César Paduani, já discorreu exaustivamente sobre a matéria, e, por isso, só me resta acompanhá-lo.

O Sr. Des. Bady Curi - Dispenso-me de adicionar quaisquer outras considerações ao minucioso e bem-lançado voto do eminente Relator, ao qual eu confiro minha modestíssima adesão.

Ao concordar com S. Exa., estou determinando a publicação do acórdão, em virtude da excelência do voto proferido pelo eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ICMS - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR ADAPTADO PARA USO EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA - ISENÇÃO TRIBUTÁRIA - NORMAS - INTERPRETAÇÃO LITERAL E EM SENTIDO ESTRITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 111, II, DO CTN - CONTRIBUINTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE

- As normas concessivas de isenção tributária não comportam interpretação ampliativa, nem tampouco integração por eqüidade, não se acomodando à filiação analógica, devendo ser interpretadas em sentido estrito e literalmente, a teor do art. 111, II, do CTN, só devendo a isenção ser reconhecida pelo Judiciário em benefício do contribuinte, quando concedida de forma expressa e clara pela lei.

- A isenção do pagamento do ICMS na aquisição de veículo automotor por pessoa portadora de deficiência física incide somente quando o veículo for de fabricação nacional, adaptado e com características especiais de modo a permitir o uso exclusivo de adquirente portador de paraplegia que esteja impossibilitado de dirigir veículos comuns, nos termos do item 32 do anexo I do RICMS/1996. O benefício isencional não incide na aquisição de veículo comum, para manuseio por terceiro, a serviço do deficiente físico, nem se estende ao deficiente incapaz de dirigir qualquer tipo de veículo, ainda que adaptado, pois a lei considera fundamentalmente a possibilidade material de o próprio deficiente poder conduzir o veículo que comporta adaptação para esse exercício.

- Tratando-se de isenção de pagamento do ICMS na aquisição de veículo automotor por deficiente físico, embora não se possa ser indiferente à afirmação de que o tratamento concedido àquela pessoa que possui maior deficiência física acaba sendo mais gravoso do que o concedido àquela pessoa cuja deficiência alcança menor escala, também não se deve desconsiderar que isso é questão de ordem política, refletindo a orientação do legislador, que não pode ser substituído pelo julgador, em respeito aos demais preceitos do ordenamento jurídico pátrio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 237.483-3/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Isenção do pagamento do ICMS na aquisição de veículo adaptado. Pessoa portadora de deficiência física. Interpretação literal. Código Tributário Nacional, art. 111, II. - As normas que outorgam qualquer dos benefícios insertos no art. 111 do CTN (dentre as quais as que outorgam isenções) não comportam interpretação ampliativa, nem tampouco integração por eqüidade. Ao contrário: exatamente porque define um privilégio, a isenção deve ser interpretada em sentido estrito. - A isenção do pagamento do ICMS na aquisição de automóveis adaptados por parte de deficientes físicos somente incide quando o adquirente não pode dirigir veículos comuns. - Se o próprio impetrante afirma que é incapacitado para conduzir qualquer veículo, adaptado ou não, e ainda, que o veículo será manuseado por terceiro, não há que se falar em isenção. Embora não se possa ser indiferente à

afirmação de que o tratamento concedido àquela pessoa com maior deficiência física acaba sendo mais gravoso do que aquele concedido à pessoa cuja deficiência alcança menor escala, também não se deve desconsiderar que isto é questão de ordem política, refletindo a orientação do legislador, que não pode ser substituído pelo julgador, em respeito aos demais preceitos do ordenamento jurídico pátrio. Segurança denegada.

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, 04 de junho de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuidam os presentes autos de recurso de apelação interposto contra a v. sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Antônio Carlos Facio contra ato do Chefe da Administração Fazendária III de Uberaba (MG), denegou a segurança requerida, ao argumento de que o RICMS/1996 apenas outorga o direito à isenção do pagamento do imposto sobre comercialização de mercadorias na aquisição de automóvel, se o veículo for adaptado para uso de pessoa portadora de paraplegia ou deficiência física que a impossibilite de usar veículos comuns, e desde que o automóvel seja destinado ao uso exclusivo do adquirente (fls. 86/88-TJ).

Inconformado, insurge-se o impetrante contra a sentença, alegando que a v. sentença hostilizada malferiu o princípio constitucional da isonomia, porque quando a lei garante isenção de impostos para aquisição de veículos por pessoas portadoras de deficiência física que não consigam dirigir automóveis comuns, pretende, em verdade, facilitar a locomoção de pessoas portadoras de deficiência física, melhorando o padrão de vida das mesmas. Por isto, desarrazoada é a exegese de que o benefício não alcança aquele deficiente cujas condições físicas são mais desfavoráveis, que não pode dirigir sequer veículo adaptado (e nem qualquer outro), porque se estaria a corroborar o entendimento de que o mais deficiente tem menos direito do que aquele outro. Argumenta que o destinatário da norma de isenção deve ser o próprio deficiente físico, e jamais a operação de compra e venda do veículo adaptado. Salienta, também, que, pelos mesmos motivos retroexpendidos, formulou pedido de isenção do pagamento do IPI junto à Justiça Federal, que foi acolhido (90/101-TJ).

O d. Procurador de Justiça Derivaldo Paula de Assunção ofertou o parecer de fls. 128/132-TJ, opinando pelo desprovimento do apelo.

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo e regularmente processado.

Isenção do pagamento do ICMS na aquisição de veículo adaptado por pessoa portadora de deficiência física.

Data venia da ilustrada procuradora do impetrante, em que pese reconhecer que suas bem lançadas razões recursais realmente impressionam, tanto pela sua inteligência como por sua combatividade, tenho que razão não lhe assiste.

Conforme se colhe dos autos, o impetrante é médico e professor, encontrando-se incapacitado fisicamente, inclusive aposentado por invalidez, porque sofreu acidentes vasculares cerebrais. Embora esteja incapacitado para dirigir qualquer tipo de veículo, ainda que adaptado, deseja adquirir um automóvel, com isenção do pagamento do ICMS, diante de sua necessidade de locomover-se para realizar fisioterapia e demais tratamentos indispensáveis ao seu restabelecimento físico e psíquico. Também necessitaria do veículo para que pudesse comparecer aos locais em que presta serviço voluntário.

O impetrante alega que a norma que outorga isenção tributária aos deficientes físicos adquirentes de veículos automotores em momento algum exige que o beneficiário da isenção seja o condutor do veículo, bastando que seja pessoa portadora de deficiência e incapaz de dirigir veículos comuns. Salienta também que, em respeito ao princípio constitucional da isonomia, não pode a lei deixar de estender a isenção a quem já tem, pela própria natureza, sua situação física agravada, sob pena de estar-se a admitir que aquele grupo de pessoas portadoras de deficiências que lhes impossibilitem até mesmo de conduzir seus veículos estejam privadas de benefícios que àqueles outros, portadores de limitações menos severas, são concedidos. Nesta hipótese, argumenta, o mais deficiente teria menos direitos.

O laudo da perícia médica, elaborado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, colacionado às fls. 17/19-TJ, concluiu que o impetrante é inapto para dirigir veículos automotores, independentemente de qualquer adaptação que se venha a realizar, em decorrência de tumor cerebral no 3° ventrículo, com conseqüentes episódios de AVC isquêmico com seqüelas bilaterais, visuais e motoras, com apresentação de distúrbio do equilíbrio.

Por sua vez, o item 32, do Anexo I, do RICMS/1996, assim disciplina acerca da isenção de ICMS na saída de veículos automotores quando o adquirente é portador de deficiência física:

"*b - de* produção nacional, com adaptação e características especiais indispensáveis ao uso exclusivo do adquirente, portador de paraplegia, impossibilitado de usar os modelos comuns.

32.1. A isenção será previamente reconhecida pelo Fisco, mediante requerimento do adquirente, protocolizado na Administração Fazendária (AF) de seu domicílio, instruído com:

a - declaração expedida pelo vendedor, na qual conste o número do CPF do interessado e a informação de que:

a.1 - o benefício será repassado ao adquirente;

a.2 - o veículo se destina a uso do adquirente deficiente físico, impossibilitado de utilizar modelos comuns;

b - laudo de perícia médica especificando o tipo de defeito físico e atestando a sua total incapacidade para dirigir automóveis comuns e a sua habilitação para fazê-lo com as adaptações necessárias, *fornecido pelo:*

b.1 - Departamento Estadual de Trânsito de Minas Gerais (Detran/MG), quando o interessado residir em caráter permanente neste Estado;

b.2 - órgão designado pela Secretaria de Fazenda, Economia ou Finanças da unidade da Federação onde residir o interessado, nos demais casos" (grifos nossos).

Vê-se, então, que três são as condições elementares e cumulativas, sem as quais não há que se falar na concessão da isenção:

1. o automóvel deve ser de fabricação nacional;

2. o automóvel deve ser adaptado para uso exclusivo de pessoa portadora de paraplegia, ou seja, para ser dirigido exclusivamente por esta;

3. o adquirente deve estar impossibilitado para utilizar veículos comuns.

E, no caso dos autos:

1. o impetrante, embora deficiente físico, não é paraplégico;

2. o veículo a ser adquirido não será adaptado;

3. o veículo não será por ele conduzido, já que é incapacitado para dirigir até mesmo veículos adaptados.

Restando evidenciado que o impetrante não preenche as condições definidas no RICMS para que pudesse usufruir da isenção tributária outorgada, cabe analisar se a norma que outorga dita isenção poderia ser interpretada de forma a reconhecer também àqueles portadores de deficiência física em maior grau, que se encontrem incapacitados para dirigir qualquer tipo de veículo, o mesmo benefício.

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu artigo 111, II:

"*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

(...)

II - outorga de isenção".

Muito se discutiu sobre a interpretação das normas concessivas de isenção, tendo restado consolidada a posição de que descabia raciocinar-se analogicamente para o efeito de estender benefício de isenção à situação que não se enquadraria no texto expresso da lei.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes arestos:

"... *A isenção, no sistema jurídico-tributário vigorante, só é de ser reconhecida pelo Judiciário em benefício do contribuinte, quando concedida, de forma expressa e clara, pela lei, devendo a esta se emprestar compreensão estrita, vedada a interpretação ampliativa...*" (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp 31.215-6/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julg. em 23.06.1993, pub. *DJ* de 23.08.1993, p. 16.563).

"... *A isenção é avessa às interpretações ampliativas, não se acomodando à filiação analógica (art. 111, II, CTN)*" (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp 36.366-7/SP, Rel. Min. Milton Pereira, julg. em 25.08.1993, pub. *DJ* de 20.09.1993, p. 19.161).

Tem-se, assim, que as normas que outorgam qualquer dos benefícios insertos no art. 111 do CTN (dentre as quais as que outorgam isenções) não comportam interpretação ampliativa, nem tampouco integração por eqüidade. Ao contrário: exatamente porque define um privilégio, a isenção deve ser interpretada em sentido estrito.

Não se pode ser indiferente à afirmação de que o tratamento concedido àquela pessoa com maior deficiência física acaba sendo mais gravoso do que aquele concedido à pessoa cuja deficiência alcança menor escala. Contudo, trata-se de questão de ordem política, refletindo a orientação do legislador, que não pode ser substituído pelo julgador, em respeito aos demais preceitos do ordenamento jurídico pátrio.

Esta, igualmente, a orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"... *O Superior Tribunal de Justiça, assim como o STF, já decidiram que a isenção tributária revela conveniência política, insuscetível, neste aspecto, de controle do Poder Judiciário, na concretização de interesses econômicos e sociais, estimulando e beneficiando determinadas situações merecedoras de tratamento privilegiado. Além disso, a extensão do benefício fiscal a situações não abrangidas pela norma, criando direito estranho à previsão legal e atribuindo à norma supostamente inconstitucional vigor maior, desrespeita a exegese do artigo 111, II, do CTN*" (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Turma, AMS 97.04.57940-3/SC, Rel. Juíza Tânia Escobar, julg. em 09.03.2000, pub. *DJ* de 12.04.2000).

Também este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em casos absolutamente análogos, já decidiu:

"*Isenção fiscal. Veículo para uso de deficiente físico. - A previsão do Convênio 43/94, que concede isenção fiscal na aquisição de veículo automotor para*

uso de deficiente físico, considera fundamentalmente a possibilidade material de o deficiente poder conduzir ele próprio o veículo que comporta adaptação para esse exercício. Não tendo o deficiente visual a mais mínima condição de conduzir qualquer tipo de veículo, comum ou adaptado, conforme a Lei Mineira 12.753/97, não se lhe aplica o favor tributário da isenção. A lei fiscal que outorga isenção, suspensão ou exclusão tributária se interpreta literalmente (art. 111 do CTN). Mandado de segurança denegado" (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. 196.156-4, Segunda Câmara, Rel. Des. Lúcio Urbano, julg. em 08.05.2001, pub. *DJ* de 25.05.2001).

"*Isenção - Aquisição de veículo automotor por deficiente físico, para uso próprio - Isenção do ICMS e IPVA desde que o veículo seja adaptado e com características especiais de modo a permitir o uso exclusivo do proprietário - Benefício isencional que não incide na aquisição de veículo comum, para manuseio por terceiro, a serviço do deficiente físico nem se estende ao deficiente incapaz de dirigir veículo, mesmo com adaptações*" (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Cív. 160.076-6, Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago, Segunda Câmara Cível, julg. em 23.05.2000, pub. *DJ* de 30.06.2000).

No voto proferido nos autos do processo cuja ementa se encontra acima transcrita, o atilado Des. Sérgio Lellis Santiago assim afastou a alegação de violação ao princípio da isonomia:

"*Não há que se falar em violação do princípio da isonomia, pois cumprido este na medida em que criou-se situação excepcional de tratamento aos deficientes físicos, reduzindo-se-lhes os ônus fiscais na aquisição de veículo automotor como forma de compensação dos encargos com as adaptações necessárias ao seu manuseio pelo proprietário. Não ocorrendo tais alterações, nada há para se compensar, eis que a contratação de profissional condutor não tem relação com as 'adaptações' referidas na lei fiscal para efeito do benefício isencional, e o veículo comum, sem adaptações, comportaria o manuseio e uso indiscriminado por qualquer um, menos pelo deficiente físico, desvirtuando a intenção do legislador.*

Extrai-se dos textos legais declinados pelas partes que o reconhecimento da isenção exige, dentre outras, a prova, por perícia médica, da total incapacidade do beneficiário para dirigir automóveis comuns e a sua habilitação para fazê-lo com veículos adaptados. Ora, se a própria impetrante confessa sua incapacidade física plena para conduzir qualquer espécie de veículo, adaptado ou não, não vemos onde reside seu direito líquido e certo ao benefício fiscal".

Conclusão.

Por todo o exposto, por não reconhecer direito líquido e certo do impetrante nem a ilegalidade do ato da autoridade, nego provimento ao recurso,

para manter a parte dispositiva da v. sentença que denegou a segurança.

Custas, pelo impetrante.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AMPLIAÇÃO DE LEITOS EM UTI'S NEONATAIS E BERÇÁRIOS DE ALTO RISCO - ÔNUS FINANCEIROS - UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS - COMPETÊNCIA CONCORRENTE - UNIÃO FEDERAL - CHAMAMENTO AO PROCESSO PARA FIGURAR COMO LITISCONSORTE PASSIVA NECESSÁRIA - POSSIBILIDADE - RECURSO - PROMOTORIA DE JUSTIÇA - INTIMAÇÃO - DECISÃO SUCINTA - CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INEXISTÊNCIA

- Não há que se falar em vício bastante para nulificar o ato (art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC), se a intimação da Promotoria de Justiça pela via postal surtiu o efeito próprio de sua manifestação sobre o recurso, máxime quando sua intimação pessoal com vista dos autos não for adequada ao tipo de recurso formulado diretamente ao Tribunal, além de não ser de previsão da norma adjetiva específica (art. 236, § 2º, do CPC). Pelo princípio da instrumentalidade das formas, apenas os atos imperfeitos deverão ser anulados, se o objetivo não tiver sido atingido. O que interessa é o objetivo do ato, não o ato em si.

- A decisão sucinta, mas suficiente para demonstrar as razões que levaram o magistrado a formar sua convicção, não é carente de fundamentação. Por outro lado, tratando-se de decisão interlocutória, o art. 165 do CPC possibilita a sua concisão.

- O fato de o município ser o gestor do SUS, mesmo que no sistema de gestão plena, não é idôneo a que se lhe impute uma responsabilidade que não é somente sua, qual seja, a de arcar com os ônus financeiros da ampliação do número de leitos nas UTIs neonatais e berçários de alto risco cobertos pelo Sistema Único de Saúde, mas, ao revés, deve ser suportado também pela União e pelo Estado, na medida de suas respectivas participações no orçamento do SUS. Assim, não é despropositado o chamamento da União Federal à lide para figurar como litisconsorte passiva necessária na ação civil pública, movida pelo Ministério Público, por intermédio da Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão, Infância e Juventude, que visa à necessidade da referida ampliação.

AGRAVO Nº 237.789-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Ação civil pública - Ampliação de leitos em UTIs neonatais e berçários de alto risco - Competência concorrente da União, dos Estados-membros e dos Municípios - Possibilidade de intervenção da União como litisconsorte passiva - Indeferido pedido de sua citação - Agravo 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 REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 09 de maio de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Belo Horizonte contra a decisão do Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte que indeferiu seu pedido de citação da União Federal para figurar como litisconsorte passiva necessária na ação civil pública movida pelo Ministério Público estadual, através de sua Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão, Infância e Juventude, sobre a necessidade de ampliação de leitos neonatais e de berçários de alto risco em hospitais da Capital.

Para o agravante a decisão não ficou fundamentada e também deve ser reformada, porque, de acordo com a Constituição Federal, a saúde é dever do Estado, em sentido amplo, abrangendo a União, Estados e Municípios, não sendo, portanto, de sua responsabilidade única a obrigação de ampliar o número de leitos nas UTIs neonatais e berçários de alto risco cobertos pelo Sistema Único de Saúde, com o realce, ainda, da ineficiência e insuficiência da cooperação técnica e financeira dos demais entes federados e do fato de que metade das internações hospitalares ocorridas na Capital é de pacientes provenientes de outros municípios do Estado.

Ao primeiro exame, indeferi o pedido de efeito suspensivo e determinei que fosse colhida informação do ilustre Juiz da causa (fls. 154-v.-TJ), providência que foi cumprida pela Secretaria (fls. 158/159-TJ), sem que houvesse resposta (fls. 160-TJ).

Em suas contra-razões, a Promotoria de Justiça questionou sua intimação por ofício e pediu o desprovimento do recurso (fls. 168/171-TJ).

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar recursal e, no mérito, pela confirmação da decisão (fls. 181/184).

É o relatório.

Primeiramente, não procede a crítica da Promotoria de Justiça, porquanto sua intimação pela via postal surtiu o efeito próprio de sua manifestação sobre o recurso, além de que sua intimação pessoal com vista dos autos não é adequada ao tipo de recurso formulado diretamente ao Tribunal, além de não ser de previsão da norma adjetiva específica (art. 236, § 2º, do CPC), não tendo havido, pois, vício bastante para nulificar o ato (art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC).

A propósito, pelo princípio da instrumentalidade das formas, apenas os atos imperfeitos deverão ser "*anulados, se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, e não o ato em si mesmo). Várias são as manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo* pas de nullité sans grief" (cf. *Teoria Geral do Processo*, de ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 9ª ed., Malheiros, p. 291).

Rejeito a preliminar.

Também, ao contrário do que entende o Município-agravante, não carece de fundamentação a decisão recorrida.

Na verdade, o ato judicial está redigido em termo sucinto, mas a brevidade ou a deficiência dos motivos do convencimento judicial não se confunde com ausência de fundamentação, conforme tem assinalado a jurisprudência (STJ-*RTJE*, 102/100; *RTFR*, 125/165, 125/259; *RT*, 594/109, 612/121; *JTA*, 166/156).

Além de o art. 165 do CPC possibilitar a concisão das decisões interlocutórias, ao dizer "*indefiro o pedido de citação da União, por se tratar de mera repassadora de recursos ao Sistema Único de Saúde-SUS*", o Juiz apoiou-se na existência de leis constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria, cujo conhecimento é presumido, ainda mais na seara da Justiça.

É como raciocina CELSO RIBEIRO BASTOS:

"*... Permite a lei processual que em determinadas hipóteses as decisões possam ser concisas. Isto não significa dizer ausência de fundamentação, o que ensejaria nulidade da sentença ou do acórdão, mas, sim, no sentido de que ela seja externada de forma breve, sucinta, lingüisticamente falando. Mesmo assim, há de ser suficiente para demonstrar as razões que levaram o magistrado a formar sua convicção*" (cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º v. - tomo III, Saraiva, 1997, p. 51).

Rejeito também a segunda preliminar.

Quanto ao mérito, assiste razão ao agravante.

Em hipótese relacionada também com a questão da saúde, tive oportunidade de reafirmar o pensamento de que "*... o fato de o agravante ser o gestor do SUS, mesmo que no sistema de gestão plena, não é idôneo a que se lhe impute uma responsabilidade que não é somente sua, qual seja, a de arcar*

com os ônus financeiros da medida combatida, mas, ao revés, deve ser suportada também pela União e pelo Estado de Minas Gerais, na medida de suas respectivas participações do orçamento do SUS" (Agravo de Instrumento nº 159.176-7/00, acórdão de 03.08.00).

Assim, não me parece despropositada a pretensão de chamar ao processo a União Federal, tal como requerido.

Então, caberá à União posicionar-se, e, se acaso aceitar a posição litisconsorcial passiva, haverá, é claro, implicação na competência jurisdicional, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

Em tais termos, portanto, dou provimento ao recurso e casso a decisão recorrida, com ensejo da citação da União Federal.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SENTENÇA - DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - NATUREZA MANDAMENTAL - EXECUÇÃO - DESNECESSIDADE

- Sentença que determina o pagamento de pensão previdenciária em valor integral, consoante garantia constitucional estabelecida no art. 40, § 8º, da CF/88, possui natureza mandamental quanto às prestações futuras, devendo ser cumprida com a simples notificação do responsável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 239.313-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Sentença de natureza mandamental - Execução - Desnecessidade. - Sentença que determina o pagamento de pensão previdenciária em valor integral, consoante garantia constitucional estabelecida no art. 40, § 8º, da CF/88, possui natureza mandamental quanto às prestações futuras, devendo ser cumprida com a simples notificação do responsável.

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, 23 de abril de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Trata-se de embargos opostos pelo Município de Belo Horizonte à execução provisória que, com base em carta de sentença, ajuizaram em seu desfavor Elenice Eustáquia Teixeira Dias e outros, via dos quais alegou:

a) irregularidade da inicial, por ausência de indicação do valor da causa, e

b) ausência de título executivo líquido e certo e do demonstrativo analítico do débito.

Sobre considerar que o objetivo dos exeqüentes, *in casu*, era apenas o de concretizar o comando judicial que condenou o Município de Belo Horizonte a: "*incorporar, em definitivo, aos proventos das AA. o valor da gratificação de dedicação exclusiva de que trata o art. 2º, II, da Lei Municipal 5.633, de 05 de dezembro de 1989*", não se tratando, portanto, de "*execução por quantia certa contra devedor solvente*", não havendo, pois, que se falar em planilha analítica do débito, não passando os questionamentos do embargante de mero expediente para se furtar ao cumprimento da ordem judicial, julgou o MM. Juiz *a quo* o Município de Belo Horizonte carecedor da ação, extinguindo os embargos sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Apelou o embargante, alegando:

a) que, por se tratar de execução provisória em desfavor do Poder Público, não há como negar a incidência da MP nº 2.102-26, que dispõe em seu art. 4º que a Lei nº 9.494/97 passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"*Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado*".

O apelante grifou e depois enfatizou "*concessão de aumento ou extensão de vantagens*".

Assevera que o dispositivo legal inviabilizou a execução provisória de julgados que tenham a determinação contida em seu texto.

Isento de preparo, o recurso foi recebido (fls. 34-TJ) e contra-razoado (fls. 35/36-TJ).

Pelo improvimento da apelação, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 42/47-TJ).

Conheço do recurso.

Desmerece prosperar a irresignação do apelante.

Já no Agravo de Instrumento nº 135.509-8 (acórdão, fls. 152/155-TJ), sustentou o agravante, Município de Belo Horizonte, que não cabia execução provisória contra a Fazenda Pública,

ficando vencido, pois ali se decidiu que "*a execução pode prosseguir*".

Não fora por isso, e também porque, com razão, asseverou o douto Magistrado prolator da sentença apelada, a pretensão das autoras no tocante à incorporação, em definitivo, aos seus proventos, do valor de gratificação de dedicação exclusiva de que trata o art. 2º, II, da Lei Municipal nº 5.633, de 5 de dezembro de 1989, está ancorada em decisão judicial de caráter mandamental, a ser simplesmente implementada, não dependendo, à evidência, de liquidação e execução, impõe-se, no caso, a manutenção do *decisum*.

Sentença que determina o pagamento de pensão previdenciária em valor integral, consoante garantia constitucional estabelecida no art. 40, § 8º, da CF/88, possui natureza mandamental quanto às prestações futuras, devendo ser cumprida com a simples notificação do responsável.

Com estas considerações, negando provimento à apelação, confirmo a sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MULTA DE TRÂNSITO - RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE DECISÃO - EFEITO SUSPENSIVO - INTELIGÊNCIA DO ART. 285, § 3º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO DE VEÍCULO - EXPEDIÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA - ILEGALIDADE

- A legitimidade da cobrança de multa de trânsito cesssa, quando houver interposição de recurso administrativo junto à Jari, pendente de decisão, diante do efeito suspensivo do mesmo, nos termos do art. 285, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, ficando vedado ao chefe do Detran deixar de fornecer o novo certificado de registro e licenciamento do veículo pela ausência de pagamento das multas pendentes. É ilegal condicionar a renovação do referido certificado ao pagamento de multas de trânsito, máxime se contra as mesmas houver sido interposto recurso administrativo que ainda pende de decisão. A Administração possui outros meios de cobrar os seus créditos, não podendo vincular a expedição do certificado de registro ao pagamento de multas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.009-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Mandado de segurança - Multa de trânsito - Recurso administrativo em trâmite - Efeito suspensivo - Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo - Obstáculo à sua expedição - Arbitrariedade configurada. - 1 - A legitimidade da multa de trânsito, estando pendente de decisão de recurso administrativo, caracteriza-se arbitrário o condicionamento da expedição do certificado de licenciamento do veículo sobre o qual impera a mesma, pelo seu pagamento, porque previsto o efeito suspensivo daquele, a teor do art. 285, § 3º, do CTB. - 2 - Sentença mantida em reexame necessário, ficando prejudicado o recurso voluntário.

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, 30 de abril de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço da remessa oficial, *ex vi legis*, bem como do recurso voluntário, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário da r. sentença de fls. 41/43-TJ, que concedeu a segurança impetrada pelo apelado em face do Diretor do Detran-MG, para fins de manutenção da liminar concedida, determinando que a autoridade impetrada determine a expedição do certificado de licenciamento do veículo identificado na inicial.

Tenho que a r. sentença é incensurável.

Declaram os documentos anexados aos autos, fls. 15/20-TJ, que o apelado fora notificado de três infrações, aplicadas pelo Detran/MG, por infringência a vários dispositivos do Código de Trânsito, objeto de recursos administrativos junto à Jari, interpostos pelo mesmo, referentes ao veículo identificado na inicial. Estes os fatos.

Quanto ao direito, conforme é sabido, a Administração Pública, levando-se em conta o interesse público, dispõe da prerrogativa de exigir dos particulares o cumprimento dos deveres que lhe são impostos. Trata-se da imperatividade, conceituada pela Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO como "*o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância*" (*Direito Administrativo*, Atlas, 1999, p. 184), fator preponderante na distinção entre o ato praticado sob a égide do direito privado e o ato administrativo por excelência.

E a multa nada mais é do que uma penalidade administrativa, imposta no caso de conduta omissiva ou comissiva atribuída ao administrado.

Todavia, considerando que todo ato praticado pela Administração Pública deve encontrar amparo legal, é-lhe vedado se utilize de instrumentos que impliquem coerção, não estando prevista a medida no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, embora o Código de Trânsito Brasileiro disponha que o veículo será licenciado desde que quitados os débitos atinentes a tributos, encargos e multas vinculadas ao veículo (art. 131, parágrafo 2º), a legitimidade da cobrança destas, havendo discussão através de recursos administrativos junto à Jari, cessa, diante do efeito suspensivo dos mesmos, nos termos do art. 285, parágrafo 3º, circunstância na qual fica vedado ao Chefe do Detran deixar de fornecer o novo certificado de registro e licenciamento do bem pela ausência de pagamento das multas pendentes. A propósito vale a transcrição do seguinte aresto:

"*Certificado de registro e licenciamento de veículo - Expedição condicionada ao pagamento de multa - Ilegalidade - Segurança concedida. - Constitui ato abusivo e ilegal condicionar a entrega de certificado de registro e licenciamento de veículo ao pagamento de multa contra a qual foi interposto recurso administrativo que pende de decisão*" (Apelação nº 139.519-3, Rel. Des. José Antonino Baía Borges).

Vale ressaltar, ainda, que a Administração Pública possui outros meios de cobrar os seus créditos, que não a vinculação da expedição do certificado de registro ao pagamento de multas, mormente quando tenha a parte se insurgido contra a cobrança destas.

A matéria, inclusive, já se encontra sumulada, sob o número 127, do colendo STJ, *in verbis*:

"*É ilegal condicionar a renovação da licença do veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado*".

Assim sendo, com estes fundamentos, em reexame necessário, mantenho a r. sentença por seus próprios fundamentos, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO

-:::-

BACEN - CADASTRO DE INADIMPLENTES - CADASTRO INFORMATIVO - CADIN - INCLUSÃO DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO - LEGALIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 3º, *CAPUT*, INCISOS E PARÁGRAFOS, DO DECRETO Nº 1.006/93 - FALTA DE NOTIFICAÇÃO DO INADIMPLENTE - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA INSCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS §§ 2º E 5º DO ART. 2º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.621-35/98

- Mandar inscrever o nome dos inadimplentes no rol dos que não honram débitos inescusáveis é ato de reserva do Banco Central, como órgão integrante do Cadin (Cadastro Informativo), nos termos do Decreto Federal nº 1.006/93. Não há restrição legal a que nesse rol se inscrevam as pessoas jurídicas de direito público que, eventualmente, podem contar com ajuda federal, conforme o *caput* do art. 3º, incisos e parágrafos, do édito citado.

- Os §§ 2º e 5º do art. 2º da Medida Provisória nº 1.621-35/98 não estabelecem que a falta de notificação do inadimplente da sua inclusão no rol do Cadastro Informativo-Cadin é fato gerador da nulidade da inscrição. As sanções previstas no § 5º do mesmo art. 2º da referida Medida Provisória nº 1.621-35/98 são nominalmente e em essência de outra etiologia, onde não se compreende a conseqüência da nulidade da inscrição. A norma se reporta a sanções meramente pessoais por desídia funcional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.598-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Cadastro de Inadimplentes - Determinação do Banco Central - Pessoa jurídica de direito público. - Mandar inscrever o nome dos inadimplentes no rol dos que não honram débitos inescusáveis é ato de reserva do Banco Central, como órgão integrante do Cadin (Cadastro Informativo), nos termos do Decreto Federal 1.006/93. Não há restrição legal a que nesse rol se inscrevam as pessoas jurídicas de direito público, que, eventualmente, podem contar com ajuda federal, conforme o *caput* do art. 3º, incisos e parágrafos, do édito citado.

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, 30 de abril de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação.

Em ação ordinária, o Município de Belo Horizonte demandou o Banco

de Desenvolvimento de Minas Gerais, dizendo-se agastado com a indevida inclusão do seu nome no rol do Cadin, Cadastro Informativo que arrola devedores inadimplentes. Alegou que *"não tem débito em aberto"* a justificar a medida relativamente aos negócios estampados na documentação que juntou, sem contar que nunca se editou autorização legislativa para esse fim. Afirmou que somente três contratos de mútuo celebrou com o réu, nos quais não deixou de honrar pontualmente os seus débitos; ademais, não foi notificado da sua inclusão na lista em referência, contrariando disposições da Medida Provisória nº 1.621 de 12.05.98, seguidamente reeditada.

Rematou pedindo a declaração judicial da *"inexistência de relação jurídica descumprida entre autor e réu, a nulidade da inscrição efetuada e a ilegalidade do mencionado cadastro, bem como para determinar a suspensão definitiva dos efeitos da inscrição"* (*in verbis*).

Antes havia ajuizado a cautelar de que trata o apenso, cujos fundamentos foram reeditados nesta presente espécie, e onde obteve a supressão temporária dos efeitos da inscrição que deu origem aos pleitos.

É conveniente delinear a argumentação que o demandado trouxe na resposta, que se pode dizer restrita - no conteúdo: o autor não fora hospedado no rol dos maus devedores por conta de mora nos contratos de mútuos a que a inicial se refere, e cujas cópias encartou na cautelar; fora-o, sim, por não resgatar a contento dívida de empréstimo a título de adiantamento de receita orçamentária, contraída com o extinto Banco do Estado de Minas Gerais-Bemge, cujo espólio, com bagagem de haveres e deveres, se transferiu para o patrimônio do Estado de Minas Gerais, como de resto é notório.

Assim, e como seja - ele, contestante - natural e legalmente o bastante procurador do Estado de Minas Gerais justamente para administrar os ativos do Banco extinto, não agiu em razão de crédito próprio, mas do seu constituinte, *vero creditor*, sub-rogado, e insatisfeito nesse crédito específico, visto que desde 17.02.99 o Município de Belo Horizonte deixou de amortizá-lo e assim permanece.

Por mais, o *exequatur* da inscrição adveio do Banco Central, que, por força do Decreto Federal nº 1.006/93, integra o Cadastro Informativo-Cadin, encarecendo que a inscrição dos inadimplentes nesse cadastro (onde o autor fora encaixado), bem como competência para a efetivação dessa medida, advém naturalmente da Lei Federal nº 4.595/64, que disciplinou amplamente, e com exclusividade, todo o sistema Financeiro Nacional. Arremata com a alegação - não de todo explícita - de que a inclusão dos inadimplentes no cadastro tem foro e índole de ato regrado.

Considerei necessária a explanação porque a espécie, guardando uma questão de rasa profundidade, é, não obstante, capaz de conduzir a engano - se não bem articulada. Engano,

aliás, verificado na instância originária, *data venia*, e perfeitamente evitável, não tivesse o Juízo (fls. 104/108-TJ) desprezado a oportunidade de integrar a sua decisão em face dos embargos declaratórios aviados pelo réu, embora a visível (mas contornável) dificuldade técnica de inopinada alteração na própria disposição da sentença.

Pelo que se antevê, sem esforço, que estou a discordar da decisão monocrática. Resta-me explicar por quê.

A leitura dos autos é penosa, dado o excesso de documentos acostados, dos quais considerável parte é inútil ou desinteressante. Todavia, quem percorre com vagar a inicial e a impugnação percebe dois fatos: a) a causa de pedir foi, nesta última, sutilmente maquiada; b) o autor, na inicial, é completamente mudo quanto à origem e à satisfação da dívida situada pelo réu na contestação - dívida que, não honrada, deu azo à inscrição neste pleito combatida. Esses fenômenos se percebem comuns nesta espécie e na cautelar.

Com efeito, o autor, na impugnação, deixou clara como causa da medida que desgostou a inadimplência no contrato de empréstimo que o Município contraiu com o extinto Banco do Estado de Minas Gerais. E fez prova disso. Por conseguinte, não tem sentido demandar com viso em negócios outros que não o contrato firmado com o Bemge - visto que o descumprimento desse contrato específico foi causa eficiente - e exclusiva - da inscrição combatida pelo autor. Este é um lado da questão.

Mas há outro: se não pelos negócios estipulados diretamente com o BDMG, a inscrição do autor no cadastro dos inadimplentes por descumprimento do contrato firmado com o Bemge sempre seria ilegal. Em suma, diria o autor, mesmo a inscrição por desonra ao empréstimo contraído com o Banco extinto seria indevida.

Nesta altura abrem-se parênteses para consignar que a inadimplência do autor perante o Bemge, e *a fortiori* com o Estado de Minas Gerais, seu sucessor, é fato irrecusavelmente certo segundo os autos. Afinal, pagamento se comprova com documento de quitação, inexistente nos autos.

Resta, então, enfrentar o ponto que se pode dizer fundamental: a inscrição do Município de Belo Horizonte no Cadastro dos Inadimplentes foi um ato ilegal? O devedor, postulante, afirma que não, visto que inexiste no Direito Positivo Nacional norma jurídica "criando ou estendendo" a aplicabilidade dessa medida contra as pessoas jurídicas de direito público - e assim teria o réu, ao inscrevê-lo na lista desairosa, violado o princípio da legalidade, que a Constituição da República enaltece nos arts. 5º, II, e 37.

Advirta-se que neste Milênio, como já estava mesmo nos estertores do anterior, está quase inteiramente apagada a noção do "Estado-Todo-Poderoso", noção que somente não foi de todo exorcizada porque é referência histórica e exemplo do que o Estado não deve ser. Mas já é anacronismo,

sobre ser leviandade, pensar no Estado como Pessoa empanturrada de direitos e indigente de obrigações.

Principalmente nestes tempos em que se anatematizam os privilégios e em que dons personalíssimos são maciçamente estigmatizados é inútil supor que o Estado detenha aura de potestade tão intangível e tão sacrossanta que se possa arrogar o direito, quase divino, de estar a salvo de molestações e outras sortes de desgostos que assolam os comuns mortais. Absolutamente. O Estado, sim, tem alguns privilégios, próprios da sua índole, e reclamados pela sua natureza. Mas suporta deveres, e não poucos, dentre eles o de adimplir contratos e satisfazer credores. Assim, também pode receber o selo de mau pagador, se merecê-lo.

A questão é que o autor se supõe naturalmente alheio ao disse-me-disse que também naturalmente decorre de um pregão, mesmo restrito, que o proclame inadimplente. Mas não é assim, porque - ao contrário do que imagina o autor - não existe lei que o impeça. A tese da inicial propõe que as pessoas jurídicas de direito público só poderiam figurar na lista dos inadimplentes se para isso houvesse "autorização" expressa em lei. No entanto - clara a distorção - o privilégio é que deveria ser expresso, como informa o princípio segundo o qual a exceção, justamente por ser exceção, é que exige ressalva, a demonstrar que o não proibido é aceitável. E, assim, visto que não há restrição legal expressa a estorvar a inscrição de inadimplência do Estado inadimplente, segue-se que a tese do autor é inconsistente, de fragílimos fundamentos. Nem eventuais repercussões que desinteressam ao administrador pessoal ou politicamente merecem aventamento como impediente da figuração do Estado na lista dos inadimplentes - até porque esse cadastro interessa visceralmente à União, como se evidencia no art. 3°, *caput*, incisos e parágrafos, do Decreto n° 1.006/93, onde se cogita de ajuda federal aos municípios e donde a aplicabilidade desse é dito ao caso concreto por ser a atuação do Banco Central, em face das inadimplências, um ato vinculado e de observância estrita.

Daí o óbvio: se os municípios, eventualmente, podem contar com o socorro federal; e, se esse socorro depende de prévia consulta à lista do Cadin, segue-se que não é ilegal a entronização dos municípios nessa lista. É, *data venia*, perfeitamente elementar.

Definida a *quaestio mater*, sobe ao foco da indagação um aspecto secundário, qual seja, a falta de notificação do inscrito como causa legal de invalidar a inscrição do inadimplente. Assim afirma o autor, mas a afirmação é equivocada. Veja-se à fl. 04 dos autos da ação ordinária que o autor se reporta aos parágrafos 2° e 4°, art. 2° da Medida Provisória n° 1.621-35/98, e veja-se que ele quis se referir aos §§ 2° e 5°. Mas isso é mero lapso de transcrição. De todo modo, os textos referidos não se estabelecem, a ausência de notificação é fato gerador da nulidade da inscrição. Em primeiro lugar, os textos não falam em "notificação", mas em simples "comunicação". Dir-se-ia, sem aviso, que os termos se equivalem - o que é verdade, mas apenas em livre acepção léxica, ou por sinonímia descompromissada; em termos técnicos a equivalência é inaceitável, conforme os rudimentos da principiologia jurídica. Mas, admita-se, somente para satisfazer o autor, que "comunicação", no texto legal, está por "notificação". Nem isso lhe acudiria a tese, porquanto a cominação de nulidade não existe, expressa ou implicitamente. E assim se conclui que a nulidade da inscrição por falta de "notificação" é crença do autor, ou miragem daquilo que ele gostaria que a norma contivesse. Certo, contudo, que as sanções, ou seqüelas, previstas no § 5° do art. 2° da MP n° 1.621-35/98 são nominalmente e em essência de outra etiologia, onde não se compreende a conseqüência da nulidade da inscrição. A norma se reporta a sanções meramente pessoais por desídia funcional, como é de se ver na Lei n° 8.112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União e assuntos correlatos.

Do que precede, é flagrante a desrazão do autor, seja pelo fundamento de que não tem "dívida em aberto" com o réu; seja pela alegação de fiel cumprimento dos contratos que com ele ajustou; seja pela falta de notificação. "Dívida em aberto" com o réu, pode não ter, mas tem-na contra o Estado de Minas Gerais, de quem aquele é mandatário; o cumprimento dos contratos diretamente firmados com o réu é de todo irrelevante na solução da espécie, onde esses contratos são inexcogitáveis; a falta de notificação ou de comunicação da inscrição não lhe gera a nulidade. Daí o que é fatal: os pedidos do autor não procedem.

Isso sem contar que o réu não inscreveu o autor no rol dos inadimplentes por sua alta recreação, mas por ordem e comando do Banco Central, de sorte que o autor, ante a contestação, perdeu boa oportunidade de estender a lide a esse dito órgão, já que *litis denunciatio* não é obrigação do réu, mas faculdade. E com isso se entende que o autor não teria ação contra o BDMG, mas, em tese, contra o Banco Central. Seja como for, e de qualquer modo, o pleito estava fadado ao insucesso. Mesmo que o autor tenha tentado - meio à sorrelfa, mas com algum talento - dar respingos de feição nova à causa de pedir, desconsiderando os contratos que alegou ter adimplido; alegando que a dívida originariamente assumida com o Bemge estava liquidada, ou em dia; e, ao cabo, afirmando que "*o débito que originou a equivocada inscrição não é oriundo de qualquer operação firmada entre as partes, litigantes*" (*sic*, fls. 22-TJ) - fato que já o réu deixara bem claro na contestação, e, todavia, omitido na inicial.

Isto posto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, com inversão dos encargos da sucumbência.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO - VENDA DO BEM NO CURSO DA AÇÃO - POSSIBILIDADE - PROCESSO SEM IRREGULARIDADES - PERÍCIA - JUSTA INDENIZAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS COMPENSATÓRIOS - JUROS MORATÓRIOS

- É perfeitamente possível a venda do bem objeto de desapropriação no curso da ação, continuando a figurar no pólo passivo o proprietário inicialmente indicado.

- Na desapropriação, se o processo transcorreu sem irregularidades, tendo a sentença julgado com base em perícia que oferece elementos suficientes para a fixação do valor da justa indenização, é de ser mantida.

- Em desapropriação, quando a indenização for maior que a oferta, o ente público deve ser condenado a pagar os honorários advocatícios calculados sobre a diferença, nos termos da Súmula nº 617 do STF.

- A correção monetária, na desapropriação, deve ser aplicada a partir da data da avaliação até a do pagamento, consoante Súmula 561 do STF.

- São devidos os juros compensatórios, em desapropriação, devendo ser calculados até o pagamento, com início na imissão da posse, por configurarem compensação, pela perda antecipada da posse. A Medida Provisória nº 2.109-52/01, referente a esta matéria, diminuiu o percentual desses juros, de 12% (doze por cento) para 6% (seis por cento) ao ano.

- Nas desapropriações, os juros moratórios são devidos do trânsito em julgado até o pagamento à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a teor da Súmula nº 70 do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.727-8/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Direito Administrativo e Processual Civil - Ação de desapropriação - Venda do bem durante o curso da ação - Possibilidade - Processo sem irregularidades - Perícia que possibilita a fixação da justa indenização - Sentença mantida. - É perfeitamente possível a venda do bem objeto de desapropriação durante o curso da ação, continuando a figurar no pólo passivo o proprietário inicialmente indicado. Se se observa que o processo transcorreu sem irregularidades, tendo a sentença julgado com base em perícia que oferece elementos suficientes para a fixação do valor da justa indenização, é de ser 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 04 de março de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 157/163-TJ, proferida em ação de desapropriação, ajuizada pelo Município de Sete Lagoas contra Antônio César Pires de Miranda, que analisou prefacial de perda do objeto em razão da venda do bem no curso do processo, afastando-a, decidindo com base na avaliação preliminar e na primeira perícia, julgando procedente o pedido e condenando o autor "*a pagar ao expropriado, a importância de R$98.853,65 (noventa e oito mil oitocentos e cinqüenta e três reais e sessenta e cinco centavos), já aplicado o índice de conversão da moeda e correção, constante da tabela divulgada pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, republicada no* Diário do Judiciário *em 22 de novembro de 2000. O valor originário é de Cr$3.676.000,00 (três milhões, seiscentos e setenta e seis mil cruzeiros), valor este expresso na moeda corrente de abril de 1990*" (*litteris*).

Conheço da remessa necessária, em duplo grau de jurisdição, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade, nos termos do § 1º do art. 28 do Decreto-lei 3.365/41.

Compulsando os autos, percebo que a imissão provisória foi deferida, tendo sido efetuado depósito prévio, tendo o réu contestado a ação, impugnando o preço oferecido pela Municipalidade, levantados 80% (oitenta por cento) da quantia depositada, sendo realizada perícia e juntado aos autos o laudo, com o qual concordou ele, tendo o autor o impugnado.

Posteriormente, o requerido alienou o bem objeto da desapropriação, tendo a Municipalidade requerido a extinção do processo, sendo determinada a realização de nova perícia.

De intróito, analiso a questão da extinção do processo suscitada pelo Município por ter sido a área desapropriada vendida pelo réu.

Com efeito, dispõe o art. 42 do Diploma Processual que:

"*Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.*

§ 1º. O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º. O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir

no processo, assistindo o alienante ou o cedente.

§ 3º. A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário".

Acerca da correta interpretação do dispositivo em comento, assim se têm posicionado os tribunais pátrios:

"*A alienação da coisa litigiosa não constitui atentado, uma vez que não se trata de ato ilegal, mas ineficaz no plano processual*" (STJ - 4ª T., REsp nº 3.410-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 13.11.90, *DJ* de 25.2.91, *in RT*, 672/204).

"*Sempre que ocorre a alienação da coisa litigiosa, ainda que no curso da causa, as partes continuam as mesmas, já que são distintas a relação de direito substancial, discutida em Juízo, e a relação de direito processual, mantendo-se, destarte, no processo, as partes originais, passando o alienante a postular não mais em nome próprio, e sim em direito de terceiro*" (TJMG - 5ª CC, Apelação Cível nº 76.939/5, Rel. Des. Guido de Andrade, j. 21.4.89, *in* "*Jurisprudência Mineira*", 106/168).

"*De conformidade com o art. 42 do CPC, mesmo que tenha havido alienação da coisa ou do direito no curso da causa, as partes continuam as mesmas. Para resguardar o demandante de qualquer prejuízo decorrente da alienação, o § 3º do art. 42 dispõe que a sentença, proferida entre as partes originárias na relação processual, estende seus efeitos ao adquirente da coisa ou ao cessionário do direito*" (TJSP - 11ª CC, Apelação Cível nº 145.912-2, Rel. Des. Oliveira Costa, j. em 8.3.90, *in O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, ALEXANDRE DE PAULA, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, I/453).

Assim, não há que se falar em extinção do processo por ter havido a venda do bem no curso da ação, devendo o proprietário original continuar a figurar no pólo passivo, visto que a alteração na relação de direito material, *in casu*, não altera a configuração da relação processual, já formada.

No que tange ao mérito, qual seja, a fixação do valor da justa indenização, de fato, conforme assinalou o digno Juiz monocrático, a avaliação prévia e a primeira perícia oferecem elementos suficientes para a decisão da lide deduzida em juízo, devendo ainda ser levado em conta um laudo de avaliação confeccionado por uma comissão técnica do Município antes da propositura da ação.

Nesse laudo, houve uma exata indicação da área a ser desapropriada, sendo que a extensão da desapropriação não foi contestada pelo requerido, não sendo indicadas outras áreas que também teriam sido desapropriadas.

Assim, é de ter-se como correta a indicação do laudo no que tange à área desapropriada, tendo sido impugnado pelo réu tão-somente o valor atribuído à área, e não esta propriamente dita.

Com relação ao valor arbitrado pelo perito para o preço de cada hectare, deve ser tido como correspondente ao valor de mercado à época, pois, seguindo o inteligente raciocínio do ilustre Magistrado *a quo*, fazendo uma comparação com o preço de venda do imóvel, encontra-se valor bem próximo, descontada a desvalorização em virtude da desapropriação, o que demonstra a correção do parâmetro apontado pelo perito.

É ainda de se observar que o perito asseverou que houve efetiva separação entre áreas da propriedade e que as obras para sua ligação teriam um custo, que, certamente, deve ser englobado na justa indenização, sendo apenas de assinalar que o custo deve ser calculado com base no menor preço apontado pelo perito.

Com a construção de uma estrada na área desapropriada ocorreram ainda prejuízos em razão da erosão nas margens desta, o que também urge ser indenizado.

Importa, pois, observar que não há óbice algum em ter o insigne Julgador de origem se baseado apenas na avaliação prévia e na primeira perícia, pois, à consideração de que tal prova não tem o poder de vinculá-lo em suas decisões, ainda porque, de acordo com o sistema adotado por nosso CPC (art. 131), vigora o livre convencimento motivado e a livre valoração das provas.

Daí por que o Magistrado pode decidir conforme sua consciência, não estando estabelecidos, previamente, quaisquer valores para as provas, apenas dele se exige é que motive suas decisões, deixando patentes as razões de seu convencimento, como ocorreu na hipótese.

Com efeito, aplicando-se subsidiariamente o art. 437 do *Codex* Instrumental, deve-se admitir que o Julgador, caso entenda necessário, determine a realização de nova perícia, que não substituirá a primeira, mas servirá como novo elemento probatório.

No caso destes autos, a sentença monocrática apresentou convincentes elementos embasadores da decisão no que tange à fixação do preço, não havendo reparos a fazer.

A justa indenização é bem definida no dizer de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"*Indenização justa, prevista no art. 5º XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio*" (*in Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 12ª ed., São Paulo, 2000, p. 703).

Cotejando esta definição com o que encontro na sentença de primeiro grau, entendo que foi observada a norma constitucional que impõe a justa indenização.

Ressalto que a solução dada pelo *decisum* monocrático é de ser tida

como observadora da norma aludida, visto que não houve recurso por nenhuma das partes, o que demonstra sua aceitação.

No que se refere às verbas honorárias, não há reparos ao julgado recorrido, que condenou o Município a pagá-las, visto que a jurisprudência se tem orientado no sentido de condenar o Ente Público a satisfazer a referida verba honorária quando a condenação é superior ao valor oferecido, sendo esta calculada sobre a diferença, o que se depreende da simples leitura da Súmula 617 do colendo STF.

A correção monetária deve incidir a partir da avaliação, ou seja, do laudo pericial, se decorrer mais de um ano até o efetivo pagamento, o que é o caso destes autos.

Assim, quando do efetivo pagamento, deverá ser aplicada a correção monetária, partindo-se da data da avaliação até a do pagamento, segundo o que preceitua a Súmula 561 do mesmo STF.

Quanto aos juros compensatórios, também devem ser calculados até o pagamento, com início na imissão de posse, por configurarem compensação, como o próprio nome está a indicar, pela perda antecipada da posse.

A sua aplicação se baseia em construção jurisprudencial, como se vê da Súmula 618 do Excelso Pretório, sendo de reparar, apenas, que sobreveio a Medida Provisória 2.109-52, referente a esta matéria, diminuindo o percentual dos juros compensatórios de 12% (doze por cento) para 6% (seis por cento) ao ano.

Finalmente, com relação aos juros moratórios, são devidos do trânsito em julgado até o pagamento, à razão de 6% (seis por cento) ao ano (Súmula 70 do eg. STJ).

Com tais considerações, em reexame necessário, mantenho a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. Peço vista para reexaminar os autos.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO DES. REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, CONFIRMANDO A DECISÃO, NO REEXAME NECESSÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Lellis Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 25.02.2002, a pedido do Revisor, após votar o Relator confirmando a decisão no reexame necessário.

Com a palavra o Des. Jarbas Ladeira.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - No exame do processo, chamou-me a atenção o fato de ter sido o imóvel alienado no decorrer do processo desapropriatório.

Como se vê em aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"*Rescinde-se o pré-contrato por vício do consentimento - erro substancial - se o vendedor omitiu ao comprador a circunstância de estar o lote sujeito a desapropriação*" (TJDF, j. em 30.10.85, Rel. Des. Luiz Cláudio Abreu).

Por outro lado, se, após vender o imóvel, durante o decorrer do processo judicial expropriatório, embolsando o preço, o dono receber o valor da desapropriação do ente desapropriante, haverá óbvio enriquecimento ilícito.

A solução está no Decreto-lei nº 3.365/41, art. 34, parágrafo único, que preceitua ao juiz, em caso de dúvida sobre o domínio, manter o preço em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo.

Assim sendo, com a ressalva acima, acompanho o nobre Relator, mantendo a sentença, no reexame necessário.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Com a devida vênia do Revisor, estou acompanhando na íntegra o voto do Relator. Há entendimento de que a transação que possa ter havido entre o proprietário do imóvel desapropriante e o novo adquirente se circunscreve aos interesses de ambos, apenas não causando qualquer conseqüência ao processo desapropriatório.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

INTERDIÇÃO - PSICOSE GRAVE - INTERROGATÓRIO DO INTERDITANDO - DEMONSTRAÇÃO DE CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO - LAUDO PERICIAL - CONCLUSÃO - CAPACIDADE PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESNECESSIDADE - DOENÇA MENTAL - DIAGNÓSTICO - COMPETÊNCIA DA MEDICINA - JUDICIÁRIO - COMPETÊNCIA PARA AVALIAR SE A DOENÇA DO PACIENTE O TORNA INCAPAZ

- Se do interrogatório do interditando se denotam segurança e condições de autodeterminar-se, tendo o laudo pericial, realizado por profissional da área médica, concluído que, apesar de aquele ser portador de psicose grave, tal anomalia não o impossibilita de exercer os atos da vida civil, resta comprovada a sua capacidade para a prática de tais atos, sendo despicienda a dilação probatória.

- Cabe à medicina fazer o diagnóstico da alienação, competindo à Justiça saber se a doença mental de que o paciente é portador o torna incapaz de reger sua pessoa e seus bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 241.098-3/00 - Comarca de Januária - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Interdição - Natureza da ação - Desnecessidade de dilação probatória - Ausência de provas que justifiquem a procedência do pedido - Recurso improvido.

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, 11 de abril de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de pedido de interdição da filha Z.B.C. ajuizado por A.J.C., julgado improcedente, como consta do relatório.

Suscitada preliminar de cerceamento de defesa será examinada conjuntamente com o mérito, razão por que não é destacada à parte.

A interditanda foi devidamente interrogada e a perícia médica realizada (fls. 10 e 12).

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido, tendo em vista a capacidade da interditanda para a prática dos atos da vida civil.

Em princípio, lembra WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil - Direito de Família* - Saraiva, 26ª ed., fls. 321), "*todo indivíduo maior ou emancipado deve por si mesmo reger sua pessoa e administrar seus bens. A capacidade sempre se presume. Há pessoas, entretanto, que, em virtude de doença ou deficiência mental, se acham impossibilitadas de cuidar dos próprios interesses. Tais seres sujeitam-se, pois, à curatela, que constitui medida de amparo e proteção, e não penalidade*".

Do interrogatório de Z.B.C. denotam-se segurança e condições de auto determinar-se. O laudo pericial conclui, inobstante ser portadora de psicose grave, que tal anomalia não a impossibilita de exercer os atos da vida civil.

Assim, incontestável o discernimento da interditanda ao responder as perguntas do MM. Juiz, aliado à conclusão do laudo pericial, realizado por profissional da área médica.

Comprovada restou sua capacidade para a prática dos atos da vida civil, despicienda a dilação probatória.

É que:

"*Como bem diz Pontes de Miranda, cabe à medicina fazer o diagnóstico da alienação; à Justiça apenas interessa saber se a doença mental, de que o paciente é portador, o torna incapaz de reger sua pessoa e bens*" (aut. e ob. cits., fls. 322).

Com estas razões de decidir, confirmando a r. sentença, nego provimento ao recurso, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer da Procuradora de Justiça, Dra. Eliane Maria Gonçalves Falcão.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em falência, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental. A verba honorária é devida em decorrência do direito subjetivo do advogado de recebê-la em contraprestação ao seu trabalho, conforme dispõe o art. 22 da Lei nº 8.906/94.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 241.520-6/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito - Honorários advocatícios. - Cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em falência, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental. A verba honorária é devida em decorrência do direito subjetivo do advogado recebê-la em contraprestação ao seu trabalho, conforme dispõe o art. 22 da Lei nº 8.906/94. Dá-se provimento parcial 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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 09 de maio de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque tempestivo e preparado.

Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 100/102 e 122/123-TJ, prolatada em pedido de habilitação de crédito, na parte em que deixou de condenar a apelada no pagamento de honorários advocatícios.

O recorrente alega, em síntese, que o processo de habilitação de crédito somente não se sujeita ao princípio da sucumbência quando não há resistência por parte do síndico ou da massa falida. Diz que esse não é o caso dos autos. Aduz que a falida deu causa à habilitação, porque deixou de relacionar o crédito objeto do pedido. Invoca a aplicação do princípio da causalidade e cita jurisprudência em abono de sua tese. Pede o provimento do recurso, para que os honorários advocatícios sejam fixados em 20% (vinte por cento) do valor do crédito habilitado.

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, continuem prestigiando o falido 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 nº 80.464-1, acolheu os embargos para fixar honorários advocatícios em habilitação de crédito.

Quando se trata de verdadeira ação incidental na falência, como é o caso dos autos, nos quais houve resistência da falida (fl. 79-v.-TJ), 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 falência, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental.

Considero que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do crédito habilitado, correspondente ao mínimo legal para o caso de condenação, atende aos critérios dos §§3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e dou provimento parcial ao recurso, para reformar parcialmente a sentença e condenar a apelada no pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor do crédito habilitado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - INAPTIDÃO OU INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE - EXAME OFTALMOLÓGICO - CICATRIZ CORNEANA - NÃO-INTERFERÊNCIA NA CAPACIDADE VISUAL - LESÃO OU ALTERAÇÃO INCAPACITANTE - INOCORRÊNCIA - CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA PMMG - ANEXO E, ALÍNEA *A*, GRUPO XIV, DA RESOLUÇÃO Nº 3.444/98 - EXIGÊNCIA DISCRIMINATÓRIA - ILEGALIDADE

- A autoridade competente, ao baixar provisões regulamentadoras de caráter secundário, disciplinando as matérias de sua competência específica, deve conter-se nos limites traçados pela lei, eis que, ao exorbitar seus termos ou desvirtuar sua finalidade, incorre em ineficácia. Reveste-se de ilegalidade e traduz-se em exigência discriminatória, inoportuna e sem propósito a norma contida no anexo E, alínea *a*, Grupo XIV, da Resolução nº 3.444/98, que cogita no sentido de que o candidato aos quadros da Polícia não seja portador de qualquer cicatriz cirúrgica, ainda que esta em nada venha a afetar o exercício da função. Se a cicatriz corneana não interfere na capacidade visual para ser classificada como lesão ou alteração incapacitante, descabida é a desclassificação do candidato ao curso de formação de oficiais da PMMG, pelo motivo declinado, não representando impedimento à sua participação no referido curso.

- A inaptidão ou incapacidade para o exercício de determinada atividade ou profissão pressupõe a falta de preparo físico, emocional ou intelectual e deve ser avaliada a partir de fatos que concretamente representem empecilho ao perfeito desempenho da atividade. A escolha de elementos aleatórios como indicação de padrão de saúde que nada indicam sobre a efetiva capacitação do candidato enseja a eliminação arbitrária de concorrentes capazes, em afronta ao princípio da igualdade de todos e da acessibilidade a cargos públicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 241.854-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Concurso público - Eliminação de candidato em exame oftalmológico - Cicatriz corneana que não interfere na capacidade visual para ser classificada como lesão ou alteração incapacitante - Inaptidão ou incapacidade do candidato que deve ser avaliada a partir de fatos que concretamente representem empecilho ao perfeito desempenho da atividade - Necessária incompatibilidade entre a anomalia verificada e os requisitos exigidos para o provimento da função e que a exigência feita ao candidato se imponha como condição inafastável para o bom desempenho dos deveres a serem cumpridos.

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, 06 de maio de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por candidato inscrito no concurso público para matrícula no Curso de Formação de Oficiais (CFO) da PMMG e no Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar de MG, reprovado em exame médico-oftalmológico a que foi submetido após lograr aprovação nos exames seletivos de conhecimentos gerais.

Entendeu o impetrante ser injusta e ilegal sua desclassificação, baseada em laudo subscrito por apenas um profissional da medicina, quando necessária uma junta médica e fundada na existência de pequena cicatriz na córnea, localizada fora da área de visão, decorrente de cirurgia refrativa de "Lasik", corretiva de miopia, a qual em nada estaria afetando sua capacidade visual, conforme comprovam os laudos médicos juntados à inicial, fato reconhecido pela própria autoridade coatora, que, não obstante, o enquadra como portador de doença/alteração incapacitante do Grupo XIV, alínea *a* do Anexo E da Resolução nº 3.444/98, contra-indicando sua admissão/inclusão.

A sentença de fls. 86/87-TJ, submetida ao duplo grau de jurisdição, concede a segurança para a anulação do ato que excluiu o impetrante, confirmando a medida liminar antes deferida.

Em recurso voluntário, aponta o Estado de Minas Gerais equívocos na fundamentação da sentença, pugnando por sua reforma, com a denegação da segurança e a revogação da medida liminar.

A sentença concessiva da ordem de segurança merece prevalecer, pela

sua conclusão, a despeito dos visíveis equívocos cometidos pelo Magistrado na análise do caso concreto, os quais não irão, todavia, prejudicar o direito líquido e certo do impetrante, nem ensejarão a cassação da decisão, bastando que se afastem os fundamentos impertinentes à espécie.

Restou sobejamente provado nos autos que a declaração de inaptidão do impetrante, reprovado no exame de acuidade visual, decorreu não da constatação de deficiência visual que pudesse prejudicar o adequado desempenho da função militar a que se candidatou, mas do fato de ser ele portador de cicatriz corneana decorrente de cirurgia corretiva que, nos termos da Resolução nº 3.444/98, do Comandante Geral da PMMG - dispositiva sobre as inspeções de saúde e perícias médicas na Polícia Militar -, se insere no rol das alterações incapacitantes e fatores de contra-indicação para a admissão nos quadros da Corporação.

Com vistas a possibilitar a execução e correta aplicação da lei, expressando em minúcias o mandamento abstrato que ela contém, individualizando situações ou impondo encargos específicos, surgem os regulamentos, resoluções e outros atos administrativos normativos, mas, ao baixar provisões regulamentadoras de caráter secundário, disciplinando as matérias de sua competência específica, a autoridade competente deve conter-se nos limites traçados pela lei, eis que, ao exorbitar seus termos ou desvirtuar sua finalidade, incorre em ineficácia.

Dessa forma, reveste-se de ilegalidade e traduz-se em exigência discriminatória, inoportuna e sem propósito aquela imposta pela Resolução de que se cogita no sentido de que o candidato aos quadros da Polícia Militar não seja portador de qualquer cicatriz cirúrgica, ainda que esta em nada venha a afetar o exercício da função. A inspeção da saúde e as demais perícias médicas ou psicopatológicas devem sempre levar em conta a finalidade precípua a que se destinam e detectar fatores que objetivamente incapacitem o inspecionado para a execução do serviço pretendido.

Não há justificativa para exigência de requisitos que não guardam consonância com nenhuma conveniência objetivamente aferível decorrente da própria natureza da função a ser provida, e a autoridade/legislador não desfruta de poderes incondicionados para traçar a seu talante os requisitos que se lhe afiguram subjetivamente úteis ou convenientes. É necessário que os critérios encampados pela norma sejam postos sob o crivo de um exame lógico para aferir-se a exata correlação que deve existir entre a exigência feita e a natureza do cargo, emprego ou função.

A inaptidão ou incapacidade para o exercício de determinada atividade ou profissão pressupõe a falta de preparo físico, emocional ou intelectual e deve ser avaliada a partir de fatos que concretamente representem empecilho ao perfeito desempenho da atividade. É necessário que haja

incompatibilidade entre a anomalia verificada e os requisitos exigidos para o provimento da função e que a exigência feita ao candidato se imponha como condição inafastável para o bom desempenho dos deveres a serem cumpridos, pois a escolha de elementos aleatórios como indicação de padrão de saúde que nada indicam sobre a efetiva capacitação do candidato enseja a eliminação arbitrária de concorrentes capazes, em afronta ao princípio da igualdade de todos e da acessibilidade de cargos públicos.

É, sem dúvida, impertinente a exigência vislumbrada no anexo E, alínea *a*, Grupo XIV da Resolução nº 3.444/98 e descabida a desclassificação do impetrante pelo motivo declinado, pois, na espécie, não há se falar em lesão ou alteração incapacitante que traga comprometimento funcional ou mesmo estético, mas de simples cicatriz que comprovadamente não interfere na capacidade visual do candidato e, portanto, não representa impedimento à sua participação no CFO oferecido pela Academia de Polícia Militar.

Isto posto, no reexame necessário, confirmo a sentença concessiva da segurança, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário manifestado pelo Estado de Minas Gerais em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança impetrada por Flávio Machado Fiúza contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar, que o eliminou do curso de formação de oficiais da Polícia Militar e Bombeiro Militar por ter sido reprovado nos exames médicos.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

A seu turno, o recurso do Estado de Minas Gerais visa reformar a r. decisão de 1º grau, com vistas a que seja denegada a segurança, haja vista a incapacidade física do requerente, ora recorrente, para o exercício do cargo, nos termos da Resolução nº 3.444/98.

Subiram os autos.

Nesta instância, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, é pelo provimento do inconformismo recursal (fls. 114/119-TJ).

Processamento regular.

Da exposição, a síntese.

Passo a decidir.

Conheço da remessa obrigatória e do recurso voluntário, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Fundamento.

Se ao Judiciário é vedado pronunciar-se sobre o mérito do ato

administrativo, lado outro, permite-se-lhe apreciar a legalidade e a legitimidade do ato impugnado.

Pretende o requerente, ora apelado, anular o sobredito ato administrativo que o excluiu do curso de formação de oficiais da Polícia Militar e Bombeiro Militar, em decorrência de ter, após a realização do exame oftalmológico, constatado a ausência de sua acuidade visual proveniente de uma cirurgia corretiva da visão.

A meu ver e sentir, em que pese ao pronunciamento desfavorável do d. *custos legis*, está a merecer confirmação a r. sentença monocrática que bem apreciou e decidiu a espécie.

Senão veja-se.

Com efeito, a precitada cicatriz na visão do apelado é deveras insignificante, em virtude da cognominada cirurgia refrativa de "Lasik", que não reduz a sua acuidade visual, consoante o comprovam os laudos médicos acostados aos autos.

Tenho como inconstitucional a Resolução nº 3.444/98, posto que efetivamente discrimina os candidatos, o que constitui circunstância vedada pela Carta Federal.

Ademais, em sua bem-lançada declaração de voto, o eminente Relator, Des. Sérgio Lellis Santiago, conclui lúcida e judiciosamente pelo acerto da r. decisão do Órgão Judicial de primeira instância, de sorte a não exigir maiores adminículos exegéticos.

Por tais considerações, no duplo grau de jurisdição, confirmo a r. sentença, aos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Julgo prejudicado o recurso voluntário e, como corolário, condeno o vencido ao pagamento das custas recursais.

É o voto.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

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

-:::-

COMPANHEIRATO - COMPANHEIRO CIVILMENTE CASADO, MAS SEPARADO DE FATO DA ESPOSA HÁ MUITO TEMPO - CONCUBINATO IMPURO NÃO CONFIGURADO - VIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

- Se os companheiros - segundo prova testemunhal e documental - tiveram três filhos reconhecidos e viveram em comum desde o nascimento do primeiro deles, configura-se o companheirato. Por outro lado, não se caracteriza o concubinato impuro, impeditivo do reconhecimento do companheirato, se o companheiro, embora civilmente casado com outra, dela se acha, de há muito, separado de fato. Só se caracterizaria o concubinato impuro, se o companheiro casado estivesse vivendo com sua esposa e, simultaneamente, mantivesse o companheirato, isto é, também com a companheira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 241.981-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Companheirato - Companheiro civilmente casado, mas separado de fato da esposa há muito tempo - Concubinato impuro não configurado - Conseqüente viabilidade do reconhecimento da união estável. - Se os companheiros - segundo prova testemunhal e documental - tiveram três filhos reconhecidos e viveram em comum desde o nascimento do primeiro deles, configura-se o companheirato. Por outro lado, não se caracteriza o concubinato impuro, impeditivo do reconhecimento do companheirato, se o companheiro, embora civilmente casado com outra, dela se acha, de há muito, separado de fato. Só se caracterizaria o concubinato impuro se o companheiro casado estivesse vivendo com sua esposa e, simultaneamente, mantivesse o companheirato, isto é, também com a companheira.

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, 25 de abril de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O *Sr. Des. Hyparco Immesi* - Foi a apelação interposta em ação declaratória de existência de sociedade de fato proposta por M.A.O. contra M.E.G., R.A.G., R.L.G., R.R.G., S.A.B., V.A.S., D.G. e M.P.G. (a primeira, viúva, e os demais, herdeiros de N.L.G.), julgada improcedente pela r. sentença de fls. 67 *usque* 70, da lavra do experiente Magistrado, Dr. Guilherme Luciano Baeta Nunes, ao fundamento de que "... *a prova dos autos demonstra que, não obstante ter a autora mantido um relacionamento amoroso com N., dele resultando o nascimento de três filhos, não houve fidelidade, uma vez que o varão não guardava exclusividade em seu relacionamento com a mesma, descaracterizando assim a união estável*" (fls. 69/70).

Irresignada, apela a autora (fls. 73/76), utilizando-se do prazo em dobro conferido aos assistidos pela Defensoria Pública, aos seguintes argumentos: a) que "... *a sentença (...) é clara quanto à existência de união estável*" (fl. 74); b) que "... *a testemunha de fl. 17,* irmã do falecido, *nos autos da investigatória pós-morte, cópia nos autos, declarou 'que seu irmão N. e a mãe dos autores* realmente viveram como marido e mulher"' (fl. 74); c) que "... *a testemunha de fl. 18 (...) declarou os dois passaram a morar juntos como se fossem marido e mulher, que assim viveram por mais de quinze anos, período no qual tiveram os autores mais uma filha que faleceu; que ambos viveram na mesma casa, como se fossem casados...*" (fl. 74); d) que ainda há nos autos "... *a declaração de fl. 15 de duas irmãs do falecido, com firma reconhecida, afirmando a união estável entre a apelante e o falecido e reconhecendo os filhos do casal*" (fl. 75); e) que "... *as testemunhas da apelante comprovaram em seus depoimentos a união estável do casal, à fl. 54*" (fl. 75); f) que "... *a apelada declara ter-se separado de fato do falecido desde 1971, à fl. 56 dos autos*" (fl. 75). Pleiteia a reforma integral do *decisum*.

Há contra-razões (fls. 78/84).

O Ministério Público de segundo grau, em r. parecer do preclaro Procurador de Justiça, Dr. Márcio de Pinho Tavares, recomenda o desprovimento do recurso (fls. 94/96).

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Pretende a apelante sentença declaratória de existência de união estável entre ela e N.L.G. (já falecido), para fins de recebimento de pensão previdenciária, afirmando que conviveu com o *de cujus* desde 1976 até a sua morte em 1993, *período no qual tiveram três filhos*, um deles já falecido.

Trouxe aos autos, a apelante, duas testemunhas - M.G. (fl. 54) e H.G.O. (fl. 55) -, nenhuma delas contraditada pelos apelados. M.G. afirmou que se lembra do nascimento dos três filhos do casal e que eles moravam juntos na casa dos pais de M.A.; H., por sua vez, afirmou que "... *N. estava constantemente na casa de M.A. e dormia lá; que o depoente até pegava carona com o mesmo, de manhã, quando ele vinha para o centro*" (fl. 55).

A viúva de N. , em seu depoimento pessoal, confirma que se separou de fato em 1971, que seu marido era muito mulherengo e "... *teve relacionamento até com a irmã da depoente, no mesmo período alegado pela autora, e moraram juntos por dois anos...*" (fl. 56).

Das testemunhas dos apelados, extrai-se:

a) C.M.R. (fl. 57): "... *que hoje é a primeira vez que está vendo M.A., que N. toda vida morou em um cômodo anexo à casa da mãe dele; que da*

casa da depoente dava para ver o cômodo; que a depoente o via chegando do trabalho e saindo de manhã para trabalhar; que N. nunca morou fora daquele cômodo; que N. também morou com uma irmã de M.E., I., por 07 ou 08 anos...".

b) D.L.S. (fl. 58): "... *que hoje é a primeira vez que está vendo M.A.; que N. toda vida morou no mesmo terreno, onde está a casa da mãe dele; (...) que da casa do depoente dava para ver o cômodo; que o depoente o via chegando do trabalho e saindo de manhã para trabalhar...*".

c) G.R.V. (fl. 59): "... *que hoje é a primeira vez que está vendo M.A.; que N. toda vida morou no mesmo terreno , onde está a casa da mãe dele; (...) que da casa da depoente dava para ver o cômodo; que a depoente o via chegando do trabalho e saindo de manhã para trabalhar...*".

d) N.M. (fl. 60): *que* "... *hoje é a primeira vez que está vendo M.A.; que N. toda vida morou no mesmo terreno, onde está a casa da mãe dele; que N. nunca morou fora dali*".

O ilustre Juiz Dr. Guilherme Baeta, ao fundamentar seu decisório, fez constar:

"... *Sendo a fidelidade necessária à verificação da estabilidade da união de fato, a pluralidade de companheiras afasta este atributo, prestando-se a servir como elemento contrário à afirmação sobre estar presente a convivência ensejadora de alimentos aos companheiros, pois, ao contrário, correríamos o risco de se ter várias companheiras, pleiteando e conseguindo o reconhecimento de uma união, talvez até intensa, mas sem o objetivo maior de constituir uma família. O que nos parece ter ocorrido foi exatamente isto, ou seja, N. manteve relacionamentos extraconjugais, dos quais resultaram, ou não, filhos*" (fl. 69).

O d. Sentenciante registrou que inexistia fidelidade entre N. e M.A., ressaltando que "... *é preciso haver a fidelidade à companheira ou convivente*" (fl. 69). Entretanto, *permissa venia*, não há nos autos elementos suficientes a comprovar a inexistência de fidelidade.

Veja-se que os testemunhos não falam de pluralidade de companheiratos. Apenas afirmam que N. namorou, também, com uma cunhada sua, de nome I., por um bom tempo (M.E. afirma que foi por dois anos - novembro de 1981 a novembro de 1983 - fl. 56; C. afirma que foi por 07 ou 08 anos (fl. 57); D. não mencionou o período de tempo (fl. 58); e, por fim, G. afirmou que foi por cerca de 01 ano.

Todas as testemunhas dos apelados parecem ter "*ensaiado*" *seus depoimentos*, conforme se pode verificar pelas transcrições alhures. Realmente afirmam que ele era "mulherengo". Entretanto, mencionam apenas a existência de um *affair* com I. Aliás, afirmam, inclusive, que era a primeira vez que estavam vendo a apelante.

RAPHAEL CIRIGLIANO, em sua obra *Prova Civil*, comenta:

"*O juiz, ao apreciar a prova, não está adstrito a fórmulas, sobretudo empíricas. O fim da prova é demonstrar a verdade, gerar a certeza. E assim o juiz formará o seu convencimento livremente. O que se lhe pede é que aponte fatos e circunstâncias que lhe geraram o estado de consciência trazido para a sentença. (...) Se é certo que se deve tomar mais em consideração, na prova testemunhal, a qualidade do que a quantidade, não é, entendendo, de se estabelecer um mínimo tão pouco seguro quanto à quantidade inidônea. A possibilidade de erro ou falsidade, que é o que se receia no depoimento de uma só testemunha, é também de se encontrar, embora em menor probabilidade, no depoimento de muitas testemunhas, perigo aqui maior porque corroborado pela circunstância do número. (...) O sistema científico atual é o da persuasão racional do julgador: prevalece a prova que convence, pouco importando que seja formada por uma só testemunha para a prova do fato*" (Forense, p. 216/217).

Assim, pode-se afirmar com convicção que hoje, no sistema do livre convencimento do julgador, *não é o número de testemunhas, mas a credibilidade delas, que importa*. É da doutrina do Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: "... *umas vezes o mérito interno do depoimento, outras vezes as qualidades e reputação das testemunhas, outras o seu número, outras as coincidências que venham em socorro de algumas, tais são as circunstâncias, que o juiz deverá examinar com religiosa atenção, escrupulosa imparcialidade*" (*Curso de Direito Processual Civil*, nº 462, I/462-463).

Ressalte-se que a coincidência exata ocorrida nos depoimentos das testemunhas dos apelados convence este Relator de que deverão ser consideradas com cautela e restrições. Ainda mais que todas elas quiseram deixar claro que N. jamais deixou de residir no cômodo anexo à casa de sua mãe e que "... *da casa da depoente dava para ver o cômodo; que a depoente o via chegando do trabalho e saindo de manhã para trabalhar...*".

Entretanto, não há necessidade absoluta, para a existência de união estável, de que os companheiros coabitem na mesma casa. Para que um relacionamento seja entendido como concubinato (hoje, união estável) basta que seja duradouro e tenha este caráter de seriedade.

A propósito, a doutrina comunga desse entendimento:

"*Não se pense, todavia, que a coabitação se torne necessária para caracterizar o concubinato*, pois pode este existir sem que convivam os concubinos na mesma casa. *Normalmente, é certo, apresentam-se estes* more uxorio, *aparecendo em público como regularmente consorciados. Pode acontecer, entretanto, que não convivam sob o mesmo teto, sendo notório, porém, que a sua vida se equipara à de pessoas casadas*" (*in* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil*, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 18).

Também a jurisprudência vem consagrando esse entendimento:

"*Alimentos - Exoneração - Mudança de fortuna da credora e concubinato, embora sem coabitação - Prova - Pedido procedente. - Na concepção atual, o concubinato se caracteriza como uma convivência sexual duradoura e notória entre um homem e uma mulher, mantida certa fidelidade recíproca, onde a comunidade de residência (dispensa-se a vida em comum sob o mesmo teto) e a possibilidade de casamento não são essenciais*" (Ap. Cív. nº 98.001.890-0, da Capital, j. em 03.11.98, Rel. Min. Nilton Macedo Machado).

Os filhos de N. e M.A. nasceram em 31.07.1976, 13.10.1977 e 28.12.1979 (fls. 09/13), *o que prova o relacionamento contínuo entre eles, inclusive e notadamente naquele período.*

De outra feita, M.G. (fl. 54) e H.G.O. (fl. 55), testemunhas da apelante, confirmam a convivência *more uxorio* de ambos, *por anos a fio*, salientando que tiveram três filhos e que sua convivência "... *dura desde o nascimento do 1º filho*" (fl. 55).

Saliente-se que tais depoimentos confirmam os produzidos na ação de investigação de paternidade noticiada nos autos (na qual houve o reconhecimento de I. e F. como filhos de N. e M.A.), *sob o crivo do contraditório* (doc. fls. 15/18). Transcreve-se, por oportuno, o depoimento de N.E.G. (fl. 17), *irmã de N.*:

" ... *que seu irmão N. e a mãe dos autores realmente viveram como marido e mulher durante mais de dez anos; (...) que quando faleceu, N. morava com a depoente e com seu irmão N. mas não deixava de ir à casa dos autores; que a mãe dos autores era dedicada a ele como verdadeira esposa...*".

No mesmo sentido, é o depoimento de M.O.O. (fl. 18-TJ).

Os referidos depoimentos foram extraídos de prova emprestada, realizada debaixo do crivo do contraditório em outro processo, *colhida por juiz togado*, e por isso tem o devido valor probante, evidentemente.

Somem-se às provas já analisadas trechos da sentença do MM. Juiz René Coulaud da Costa Cruz, fundada naqueles depoimentos na ação de investigação de paternidade:

"*os documentos trazidos com a inicial e os depoimentos de folhas 47/48, os autores convencem com segurança sobre sua sinceridade e a versão da inicial. As peças de folhas 10/16, entre elas a carta de folhas 11 e as certidões de batismo de folhas 13/14, dão noção segura do ponto a que chegou o relacionamento de Dona M.A. com o falecido N. E as testemunhas, coerentes e chegadas aos fatos,* só fazem confirmar a realidade do concubinato, o nascimento contemporâneo dos autores e o bom comportamento de Dona M.A. *Importante salientar-se, ainda, o aval que os requerentes recebem de dois dos irmãos de N., N. e N. (fls. 10 e 47)*" (fl. 15).

Ora, suficientemente provada a existência de relação estável entre N. e a apelante, há de ser deferida a pretensão da exordial, *renovata venia*.

Saliente-se, por oportuno, que a separação de fato de pessoas casadas civilmente não impede o reconhecimento de união estável. *In casu*, não há que se falar em concubinato adulterino ou impuro, pois que não ocorreu concomitantemente ao casamento, que tinha apenas existência formal.

A esse respeito, coadunáveis arestos:

"*Concubinato - Concubino casado, mas separado de fato - Não-concomitância com o casamento - Reconhecimento cabível da união estável. - A separação de fato de pessoas casadas,* more uxorio, *para os fins legais contemplados no parágrafo 3º do art. 266 da CF, desde que dela tenha resultado filhos ou que a separação de fato tenha ocorrido há mais de dois anos, tornando o concubinato 'honesto' e possibilitando a dissolução do casamento civil pelo divórcio. O que a lei e a Constituição Federal não contemplam é o concubinato adulterino, concomitante ao casamento mantido, ainda que formalmente*" (TJMG - Ag. 173.820-2, Rel. Des. Páris Peixoto Pena, julg. em 11.04.2000).

"*Concubinato - Concomitância com o casamento. - A lei não contempla o concubinato adulterino, isto é, aquele mantido concomitantemente com o casamento. A tal relação não se aplica o art. 5º da LICC que determina que, 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. O dispositivo só deve ser aplicado quando a situação de fato assim o reclamar, isto é, desde que existente uma separação de fato entre os cônjuges, a tornar o concubinato honesto, como o reconhece a nova Constituição*" (3º *CCTJ-SP*, Ap. 116.225-1, m.v. em 17.10.1989, Rel. Des. Mattos Faria, *RT*, 649/52).

"*Ação de alimentos proposta contra ex-companheiro - Preliminar de carência de ação por ilegitimidade. - O fato de se encontrar um dos concubinos civilmente casado não tem o condão de impedir o reconhecimento da sociedade de fato. A existência da relação concubinária autoriza a fixação dos alimentos*" (TJMG - Ap. 193.326-6 - Rel. Des. Célio César Paduani - j. em 15.02.2001).

No mesmo sentido: Ap. Cív. 207.067-0-TJMG; Ap. 168.356-4 - TJMG, entre outros.

À luz do exposto, dá-se provimento ao apelo, para julgar procedente o pedido, para declarar a existência de união estável entre M.A.O. e N.L.G., invertidos os ônus de sucumbência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

IPVA - ARTS. 7º, § 2º, E 10 DA LEI ESTADUAL Nº 12.735/97 - ARTS. 11, 12, 15 E 16 DO DECRETO Nº 39.387/98 - RESOLUÇÃO Nº 3.113/2000, DA SEF - CONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

- Tratando-se de imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA), não há que se falar em inconstitucionalidade dos arts. 7º, § 2º, e 10 da Lei Estadual nº 12.735/97, bem como dos arts. 11, 12, 15 e 16 do regulamento instituído pelo Decreto nº 39.387/98 e ainda do art. 2º da Resolução nº 3.113/2000, do Secretário de Estado da Fazenda, e da respectiva tabela anexa, os quais não desrespeitam o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF), nem contrariam o princípio da legalidade tributária contido nos arts. 150, I, da CF e 97 do CTN. A adoção de alíquotas diferenciadas não induz, necessariamente, progressividade do imposto. Por outro lado, inocorre ofensa ao princípio da capacidade contributiva por ser uniforme a alíquota, em determinado segmento, de modo a variar o montante do imposto apenas em função da diversidade do valor venal dos veículos. Outrossim, a correção da tabela de valores, para efeito da cobrança do imposto, não implica alteração do respectivo fato gerador, nem da sua base de cálculo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.285-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Tributário - IPVA - Exigência baseada na Lei Estadual nº 12.735/97, com a qual guardam conformidade o Dec. nº 39.387/98 e Res. nº 3.113/00, do Secretário de Estado da Fazenda - Suspensão requerida em via mandamental à conta de ofensa ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF) - Denegação da ordem - Recurso desprovido - Caso em que a diferença de alíquotas toma em referência os diversos tipos de veículos.

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, 04 de junho de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação, pela apelada, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço do recurso, atento aos pressupostos de sua admissibilidade e à circunstância da superveniência à intimação de feriados da Semana Santa e do Dia do Trabalho (fls. 180 - 183 e segs.).

Intentam os apelantes reforma da sentença de fls. 175-179, denegatória de ordem de segurança por eles requerida em busca do reconhecimento a seu favor de inexigibilidade do imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA) em relação a unidades suas, ao fundamento de inconstitucionalidade dos arts. 7º, § 2º, e 10 da Lei Estadual nº 12.735/97; 11, 12, 15 e 16 do Regulamento instituído pelo Decreto nº 39.387/98; e ainda do art. 2º da Resolução nº 3.113/2000, do Secretário de Estado da Fazenda, e da respectiva tabela anexa, à justificativa de afronta aos arts. 145, § 1º, e 150, I, da CF e 97 do CTN, insistindo, por outro lado, na admissibilidade do depósito dos valores do tributo, finalmente indeferido.

Faço a observação inicial de terem trazido os impetrantes traslados dos certificados de registro dos veículos (fls. 42- 44).

Também consigno terem-se dado eles ao cuidado de oferecer cópia dos textos normativos a que se reportam, (fls. 51 e segs.), com isso facilitando o exame.

Dispõe a Lei nº 12.735/97, em seu art. 7º, ser "*a base de cálculo do IPVA o valor venal do veículo*" e, no § 2º do mesmo artigo, que, "*tratando-se de veículo usado, será considerado como base de cálculo o valor apurado pela Secretaria de Estado da Fazenda com base nos preços médios praticados no mercado, pesquisados em publicações especializadas e, subsidiariamente, na rede revendedora, observando-se: I - em relação a veículos rodoviário e ferroviário: espécie, marca, modelo, potência, capacidade máxima de tração e carga, ano de fabricação e tipo de combustível utilizado; II - em relação a embarcação: potência, comprimento, casco, ano de fabricação e tipo de combustível; III - em relação a aeronave: peso máximo de decolagem e ano de fabricação*".

Já, em seu art. 10, prevê a norma alíquotas diferenciadas conforme o tipo do veículo: automóvel, de uso misto, utilitário; caminhonete de carga, *pick up*, furgão, veículo automotor rodoviário com autorização para transporte público de passageiros; veículos destinados exclusivamente a locação; ônibus, microônibus, caminhão, etc.; motocicleta, motoneta, etc., além de outros.

As disposições do Dec. nº 39.387/98 guardam conformidade com as da Lei nº 12.735/97, das quais não poderia obviamente divergir a Resolução nº 3.113/2000, estabelecendo a data e forma de recolhimento do tributo.

A pretensão dos impetrantes assenta em três fundamentos: instituição, pelo Estado, de alíquotas progressivas, desrespeito ao princípio da capacidade contributiva e aumento do imposto, em decorrência da alteração de sua base de cálculo por meio de simples resolução, contrariando o princípio da legalidade tributária, contido no art. 150, I, da Carta Maior.

Desacolheu-a o ilustre Juiz sentenciante, ao entendimento de que "*a*

adoção de alíquotas diferenciadas não induz, necessariamente, progressividade do imposto", e também de inocorrer ofensa ao princípio da capacidade contributiva por ser uniforme a alíquota, em determinado segmento, de modo a variar o montante do imposto apenas em função da diversidade do valor venal dos veículos, constitutivo de sua base de cálculo, e, finalmente louvado em julgamento da mais alta Corte, de não importar a correção da tabela de valores, para efeito da cobrança do imposto, na alteração tanto do respectivo fato gerador como de sua base de cálculo.

Em tal sentido já se pronunciou o egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do ROMS 8.309-RJ: "*Tributário. IPVA. Tabela de valores. Correção efetuada por resolução administrativa. Inalterada a base de cálculo e o fato gerador previstos na lei estadual do Rio de Janeiro. Capacidade contributiva do contribuinte devidamente observada (art. 145, § 1º, da CF). Legalidade. Questões não ventiladas na origem não podem ser apreciadas, sob pena de supressão de instância. Precedentes do STFe do STJ. 1. A correção da tabela de valores no ano da cobrança do tributo não implica violência aos princípios insculpidos na Constituição Federal, uma vez que prevalecem o fato gerador, a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação estadual que instituiu o IPVA. A simples correção da tabela não tem o condão de modificar o fato gerador e a base de cálculo. 2. Capacidade contributiva no regime do IPVA, tal como disciplinado na Lei n.º 948, de 1985, do Estado do Rio de Janeiro. A base de cálculo do imposto é o valor venal do veículo, onerando o contribuinte segundo a grandeza do seu patrimônio, observado, assim, o princípio da capacidade contributiva*" (Relª. Minª. Laurita Vaz; *DJ* de 08/10/2001).

E diverso não foi o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do AGRAG 169.370-SP: "*IPVA - Tabela de valores - Correção. - A correção da tabela de valores no ano da cobrança do tributo não implica violência aos princípios insculpidos na Constituição Federal. Prevalecem o fato gerador, a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação estadual editada com observância àqueles princípios. A simples correção da tabela não modifica quer o fato gerador, quer a base de cálculo, no que se revelam como sendo a propriedade do veículo e o valor deste*" (Rel. Min. Marco Aurélio; *DJ* de 02/02/96).

Doutrinariamente, ensina HUGO DE BRITO MACHADO: "*A alíquota do IPVA é fixa. Não é indicada em porcentagem, pelo menos em alguns Estados, mas em valor determinado, em referência ao ano de fabricação, à marca e ao modelo do veículo. A base de cálculo é o valor do veículo, ao qual se chega indiretamente, pelo seu ano de fabricação, marca e modelo. Aliás, a rigor, em referência ao IPVA é inadequado falar-se de alíquota e de base de cálculo. Esse imposto tem o seu valor estabelecido em tabela divulgada pelos Estados. Não há cálculo a fazer-se. Tendo-se em vista a marca, o modelo e o ano de fabricação, localiza-se na tabela o valor do imposto a ser pago*". (*Curso de Direito Tributário*, Malheiros Editores, 19ª ed., 2001, p. 327.)

E não se pode concluir, como querem os recorrentes, pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.735/97, pela só circunstância de nela se prever diferença de alíquota do imposto para os diversos tipos de veículos, à conta da inexistente previsão, no texto da *Lex Maxima*, da sua possível progressividade.

Nem há extrair-se do corpo ou do espírito da norma em causa o propósito de aplicabilidade oblíqua do princípio da capacidade contributiva de modo a se contrapor ao enunciado do art. 145, § 1º, da mesma Carta.

Aqui, vale não perder de vista ensinamento deixado por GERALDO ATALIBA quanto à natureza do tributo, a que se apegam os apelantes: "*Existe uma classificação muito freqüente dos impostos, que os divide em reais e pessoais. É uma classificação que tem alguma base científica, mas que tem utilidade muito reduzida. A maioria das questões, que se podem apresentar, e que deverão ser levadas ao Judiciário, independerão inteiramente do ato de o imposto ser classificado como real ou pessoal. Costuma-se designar por imposto real aquele cuja hipótese de incidência encerra no seu aspecto material tudo o que de relevante e importante pode haver para a configuração da hipótese de incidência, sendo irrelevante a pessoa de sujeito passivo, que será qualquer pessoa, não importa quem, que esteja em conexão (estabelecida pela lei) com o aspecto material*". (*Elementos de Direito Tributário*, Revista dos Tribunais, 1978, p. 79.)

Também não é fora de propósito a visão de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA sobre capacidade contributiva. Escreve o autor: "*A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é objetiva, e não subjetiva. É objetiva porque se refere não às indicações econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis etc.),*". (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros Editores, 17ª ed., 2002, p. 77.) E ainda: "*Aliás, nos impostos sobre a propriedade (como o IPVA, o IPTU, o ITR, o imposto sobre grandes fortunas etc.), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem. A propósito, em uma conferência tivemos o ensejo de afirmar: 'Em relação aos impostos sobre a propriedade (imposto territorial rural, imposto predial e territorial urbano, imposto sobre a propriedade de veículos automotores etc.), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem, porque a riqueza não advém apenas da moeda corrente, mas do patrimônio, como um todo considerado. Se uma pessoa tem,*

por exemplo, um apartamento que vale um milhão de dólares, ela tem capacidade contributiva, ainda que nada mais possua. Apenas, sua capacidade contributiva está imobilizada. A qualquer tempo, porém, esta pessoa poderá transformar em dinheiro aquele bem de raiz'" (ob. cit., p. 78).

E, sobre a progressividade, enfatiza: "*A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é o melhor meio de se afastarem, no campo dos impostos, as injustiças tributárias, vedadas pela Carta Magna. Sem impostos progressivos não há como atingir-se a igualdade tributária. Logo, o sistema de impostos, no Brasil, deve ser informado pelo critério da progressividade*" (*apud*, p. 76).

Quanto à edição de lei reguladora do tributo, considerada à luz do art. 146 da Constituição, esclarece ROGE LINDENMEYER GANDRA DA SILVA MARTINS: "*Porém, no caso do IPVA, este não estava disciplinado por lei complementar, pois, como acima vimos, o sistema constitucional pretérito não estabelecia essa exigência. O que existia eram diversas leis ordinárias estaduais, cada qual estabelecendo a sistemática do imposto em seu respectivo território. Tal quadro perfilou-se até o presente, pois a sistemática do IPVA foi recepcionada pela Constituição de 1988. Em outras palavras, não se tornou necessária a edição de uma lei complementar disciplinando esse tributo, pois, pelo princípio da recepção, um veículo legislativo que não era previsto em ordenamento anterior, se exigido pela nova ordem, não resulta na eliminação dos comandos normativos anteriores, os quais, porém, só poderão ser modificados pelo novo veículo legislativo. É por essa razão que o IPVA encontra-se disciplinado de forma um pouco diferente dos impostos existentes antes da Constituição da 1988 e que por ela foram recepcionados, pois no caso do IPVA não é este regulado pelo Código Tributário Nacional, lei nacional, mas sim por legislação ordinária estadual, que, nos limites de sua competência territorial, fixa as regras do tributo. Como vimos na primeira parte deste trabalho, o IPVA não possui uma sistemática normativa nacional tal como outros impostos disciplinados em regras gerais pelo Código Tributário Nacional. A sistemática normativa desse imposto foi elaborada pelas diversas leis ordinárias estaduais que configuraram o imposto nos limites territoriais de cada Estado Moderno. É por essa razão que, ao analisarmos os aspectos do fato gerador do IPVA, devemos sempre ter em conta que as normas gerais atinentes ao tributo, neste caso as que definem contribuinte, base de cálculo e fato gerador, podem sofrer variações conforme seja a legislação estadual que se estude*". (*Curso de Direito Tributário*, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Saraiva, 7ª ed., 2000, p. 624, 625, 627.)

Quanto à questão do depósito do valor do tributo, observo que, não obstante terem-no requerido inicialmente os impetrantes, sobre ele não se manifestou o Juiz no despacho indeferitório da liminar, vindo a negá-lo na sentença, a despeito de o terem efetuado os requerentes, conforme comprovante de fls. 128. Uma vez denegada a ordem, nada impede que o depósito seja liberado a favor do Fisco, sem prejuízo da exigência de possível multa.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente. Ao dar a minha modesta adesão ao voto de V. Exa., tive a honra de receber cópia; gostaria de recomendar a sua publicação, com rapidez, devido não só ao excelente conteúdo, mas ao caráter didático do voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - CONDUTA PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO - ATOS INJURIOSOS PRATICADOS POR DIRETORA DE ESCOLA CONTRA SERVIDOR DETENTOR DE FUNÇÃO PÚBLICA - MALEDICÊNCIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PESSOAIS - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO POR PARTE DO ESTADO - DESCABIMENTO - DISPENSA DE SERVIDOR - LEGITIMIDADE - DECISÃO JUDICIAL TRÂNSITA EM JULGADO - REPARAÇÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE

- A responsabilidade civil objetiva do Estado em face de atos de seus agentes que causem danos a terceiros se circunscreve à atuação daqueles, apenas e tão-somente, no exercício das funções públicas ou a pretexto de exercê-las, devendo-se distinguir a conduta funcional da conduta pessoal dos agentes administrativos. Assim, se atos injuriosos ou difamatórios praticados por diretora de escola contra servidor ocupante de função pública na escola não decorrem do exercício funcional, situando-se no âmbito das relações pessoais, não podem gerar indenização por danos morais em face do Estado. Os atos lesivos que conduzem à responsabilidade objetiva do Estado são aqueles decorrentes da função administrativa, não os pessoais dos servidores.

- A dispensa de servidor da função pública não pode gerar qualquer reparação civil, quando houver decisão judicial transitada em julgado dando pela legitimidade da mesma.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.391-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Reparação de dano moral - Servidora pública dispensada - Alegação de desavenças com a diretora da escola - Rompimento do vínculo funcional já declarado legítimo em decisão transitada em julgado - Ausência de motivo para o estabelecimento da responsabilidade civil objetiva - Atos injuriosos atribuídos à autoridade, cujo cometimento, se ocorrente, se deram em âmbito pessoal, e não em razão da função administrativa ou a pretexto dela - Em reexame necessário, reforma-se a sentença, para julgar improcedente a pretensão, prejudicados os recursos voluntários.

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 REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 09 de maio de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Contém a espécie ação de indenização ajuizada por Maria da Glória Sodré, ex-ocupante de função pública de servente escolar, contra o Estado de Minas Gerais, visando à reparação de dano moral, decorrente de maledicência e perseguição contra ela empreendida pela então diretora da escola de onde foi dispensada imotivadamente, causando ofensa à sua dignidade, com exposição da mesma ao escárnio público, pelo que busca indenização correspondente a duzentos salários mínimos.

A r. sentença, entendendo presentes os requisitos da responsabilidade civil objetiva, de que trata o § 6º do art. 37 da CF, acolheu a pretensão indenizatória, fixando, no entanto, a reparação em vinte salários mínimos, tendo seu digno Prolator submetido o feito ao duplo grau obrigatório.

Irresignada, avia a requerente o primeiro recurso voluntário, pretendendo a elevação da verba indenizatória e o percentual dos honorários de sucumbência, enquanto o Estado, segundo recorrente, pugna pela integral reforma da sentença e conseqüente improcedência do pedido.

Ambos os recursos foram contra-arrazoados, defendendo, cada um dos apelados, a sentença naquilo que lhes é favorável.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela desnecessidade de sua intervenção no feito.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Conheço da remessa oficial para reexame necessário e de ambos os recursos voluntários, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Necessário se faz fixar que a chamada responsabilidade civil objetiva do Estado em face de atos de seus agentes que causem danos a terceiros se circunscreve à atuação daqueles, apenas e tão-somente, no exercício das funções públicas ou a pretexto de exercê-las.

Em outros termos, há que se distinguir entre a conduta funcional da conduta pessoal dos agentes administrativos, na determinação da responsabilidade da Administração.

HELY LOPES MEIRELLES leciona:

"*A responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las...* (omissis)... *A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1996, p. 559 e 565).

A *contrario sensu*, não se há cogitar em responsabilidade da Administração Pública por atos de seus servidores, praticados sem qualquer feição de exercício funcional.

Na espécie, as eventuais desavenças entre a diretora da escola e a primeira apelante, Maria da Glória, não conduziram aquela a praticar qualquer ato de autoridade, qualquer malversação do exercício funcional, contra esta, situando-se a possível maledicência no âmbito das relações pessoais.

Ou seja, se houve ação injuriosa, caluniosa ou difamatória, não decorreu ela, certamente, do exercício funcional, desde que a Administração Pública não possui atribuição alguma de ofensa à honra de quem quer que seja.

E os atos lesivos que conduzem à responsabilidade objetiva do Estado são aqueles decorrentes da função administrativa, não os pessoais dos servidores.

No que concerne à dispensa da primeira apelante da função pública que exercia, já houve pronunciamento judicial trânsito em julgado, dando pela legitimidade da mesma, não podendo derivar daí qualquer reparação civil.

De conseguinte, o dano moral alegado pela recorrente não teve origem em atuação administrativa alguma de agente do Estado, não se preenchendo a hipótese de responsabilidade civil objetiva.

Com essas considerações, em reexame necessário, reformo a r. sentença de primeiro grau, para julgar improcedente a pretensão indenizatória, invertendo os ônus da sucumbência, cuja exigibilidade ficará suspensa nos temos da Lei 1.060/50, restando prejudicados os recursos voluntários.

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

PÁTRIO PODER - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - REPRESENTAÇÃO - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - ART. 249 DO ECA - INTELIGÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO

- A prática de atos infracionais pelo adolescente que é viciado em drogas não faz presumir que seu genitor tenha descumprido os deveres inerentes ao pátrio poder.

- A imposição da pena administrativa prevista no art. 249 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não prescinde da comprovação de que o representado tenha sido negligente na educação do filho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.557-6/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Estatuto da Criança e do Adolescente - Representação - Infração administrativa não caracterizada - Improcedência. - A prática de atos infracionais pelo adolescente que é viciado em drogas não faz presumir que seu genitor tenha descumprido os deveres inerentes ao pátrio poder. - A imposição da pena administrativa prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente não prescinde da comprovação de que o representado tenha sido negligente na educação do filho.

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, 11 de junho de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Atendidos os pressupostos que ensejam sua admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida a espécie de representação oferecida pelo órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Governador Valadares em desfavor de J.C.F., a quem foi imputada a prática da infração administrativa prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistente em "*descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder*".

Emerge dos autos que o representado é o genitor do menor L.C.F., que responde pela prática de vários atos infracionais, que ensejaram a aplicação de medidas socioeducativas, em suas diversas modalidades, até culminar na internação por prazo indeterminado.

Na sentença de fls. 50/52, o ilustre Juiz de primeiro grau acolheu a representação, impondo ao ora apelante a multa a que se filia o art. 249 do ECA, em seu mínimo legal, ou seja, 03 (três) salários mínimos.

Inconformado, reage o apelante, através da Defensoria Pública, argumentando ser impossível manter o filho sob constante vigilância, suscitando fatos e circunstâncias que crê ignorados pela decisão recorrida.

Em homenagem à verdade, por mais que se examinem os presentes autos, pouco é dado a conhecer da pessoa do Sr. J.C.F., bem como das faltas por ele cometidas na educação de seu filho.

No que diz respeito ao jovem L., o caderno processual contém a triste biografia de um adolescente problemático, viciado em drogas, autor de vários atos infracionais, dado a descumprir, recalcitrantemente, as determinações judiciais a ele impostas.

Não obstante a conclusão sentencial se tenha pautado no estudo psicossocial tomado de empréstimo dos autos de infração 1585/99, ouso divergir do entendimento encampado pelo digno Magistrado, *data venia*.

No caso, imputa-se ao apelante o cometimento de infração administrativa por ter faltado com autoridade para com seu filho, permitindo que este voltasse a delinqüir, praticando ato análogo ao crime tipificado no art. 157 do Código Penal, o que caracterizaria o não-cumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder, conduta omissiva punida pelo ECA.

A meu sentir, a imputação tem por supedâneo apenas mera presunção, haja vista que, como já dito, nada é dado a conhecer da figura do representado. Não se sabe se ele é um trabalhador ou um desocupado, se tem vícios, se tem outros filhos desajustados, se é um miserável, onde reside, enfim, não está devidamente delineada qual seria a parcela de culpa que a ele se atribui pela difícil personalidade do adolescente.

É bem verdade que o estudo psicossocial, que, sem querer desmerecê-lo, é por demais sucinto para dar suporte à condenação, afirma que "*o comportamento desviante do adolescente pode ser compreendido em função do abandono afetivo-emocional que sofreu, prejudicando o seu desenvolvimento psicossocial. Ingressou na adolescência sem suporte emocional e parâmetros sociais sólidos que lhe dessem suporte para enfrentar de modo adequado essa difícil fase do processo evolutivo*".

A partir de tal assertiva não se pode inferir, com segurança, se o abandono afetivo-emocional se refere a conflitos entre os pais, se é um caso de desamor ou ausência de diálogo no ambiente doméstico, ou mesmo se erros pretéritos foram ou não objeto de tentativa de superação no presente.

Afinal, o mesmo estudo fala também "*que o adolescente iniciou um processo de reestruturação pessoal e social, atingindo certo grau de amadurecimento emocional*".

Não haveria aí uma participação do pai, numa retomada de consciência? Não estaria aí presente um apelo dos pais no sentido de endireitar o filho e de colocá-lo num caminho seguro, longe das drogas e da delinqüência?

Outrossim, a conclusão firmada pela psicóloga, sobre o menor, foi de que "*na condição de adolescente, sofre influência do meio, que não tem sido favorável à sua recuperação. O apelo ao uso de drogas é muito forte no ambiente em que se encontra inserido*".

Não se pode olvidar, portanto, que não basta a intenção paterna de conduzir dignamente a vida do filho, se este, na flor da adolescência, tão naturalmente sugestionável, sofre todo tipo de influência externa de um ambiente criminógeno, capaz de corrompê-lo e de se sobrepor a toda e qualquer autoridade paterna.

Induvidosamente, confrontados o bem e o mal, o certo e o errado, aos olhos de um jovem de 16 anos, o que se lhe apresenta mais atraente nem sempre coincide com aquilo que foi objeto dos conselhos e dos mandamentos dos pais.

Contra a influência desse meio circundante perverso, somente uma sólida e harmônica estruturação familiar poderia se mostrar mais forte e, para punir um pai por não ter proporcionado isso a um filho, mesmo que tal penalidade seja uma simples multa, é imprescindível a produção probatória, que demonstre, de modo inequívoco, que houve dolo, ou que houve culpa, que tenha havido um nexo de causalidade entre as falhas paternas e a delinqüência do filho, o que, no caso vertente, não se configura a contento.

Volvendo ao estudo psicossocial, nele foi apontado um caminho para o menor infrator: "*consideramos que o adolescente necessita com urgência de internação em clínica especializada, como condição indispensável à sua recuperação e conseqüente reintegração social*".

Ora, tal conclusão é sintomaticamente reveladora: a uma, o caso do menor havia se tornado patológico, irremediável pela autoridade paterna, demandando tratamento adequado; a duas, surgiu um dever estatal consistente em oferecer tratamento especializado em local apropriado.

A despeito deste dever estatal, à fl. 42, o Juiz que atuou nos autos de infração 5618/99, dá conta de que "*o estado não tem como e nem local para determinar o tratamento de desintoxicação do representado*".

Infere-se, inarredavelmente, que, no caso, também há uma falta estatal, posto que é também dever do Estado "*assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*" (art. 227 da CF/88) e, no caso, o Estado foi incapaz sequer de garantir a recuperação do adolescente através do tratamento que lhe era indispensável.

Não será através da imposição de uma penalidade ao pai de um menor infrator que o Estado irá reparar a sua própria falta, o que, também alimenta um paradoxo: o Estado é ineficaz no cumprimento de seu dever, perdeu o controle e não consegue reprimir o tráfico de drogas e não proporciona a recuperação do usuário, mas, *contrario sensu*, não tolera que um pai tenha perdido o controle sobre o filho.

Não se trata, contudo, de justificar uma falta pela outra, mas, a grande verdade é que não há como a representação ser acolhida tão-somente na presunção de que o pai não empreendeu esforços para corrigir o mau comportamento do filho.

Também tenho como causa de decidir o fato de que, nas audiências que tiveram por causa os atos infracionais praticados pelo filho, lá estava o pai a acompanhá-lo, dando-lhe o necessário apoio, não se descurando de seu dever, comprovando que não abandonou sua cria à própria sorte, o que se pode aferir nas atas de audiência hospedadas às fls. 39 e 41.

No mesmo caminhar, é de se ver que o derradeiro ato infracional praticado pelo menor ocorreu no horário de aula, o que me leva a crer que o pai supunha que o filho estivesse na escola, não sendo realmente admissível a exigência de que o pai acompanhasse todos os passos do filho, exercendo sobre ele vigilância em tempo integral.

Aliás, esse fato denota que pode ter ocorrido que, exatamente para se subtrair à vigilância do pai, o menor tenha cometido a infração no horário escolar, o que, sem dúvida, dá credibilidade à defesa do apelante.

Assim, tenho que os autos não trazem provas de que o apelante tenha

faltado com atenção ou cuidado na criação e educação do seu filho, ou se faltou, nada se pode aferir sobre o nexo de causalidade entre suas faltas e aquelas levadas a efeito pelo menor.

Ademais, as razões recursais noticiam que o jovem L. teria sido assassinado, o que, por si só, a morte do filho, constitui a maior das penas que se pode infligir a um pai que não conseguiu indicar um bom caminho à sua prole.

Nesta conformidade, contando com a lúcida anuência da douta Procuradoria de Justiça, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a representação.

Sem custas.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA MUNICIPAL - PARCELAS VENCIDAS - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICES PUBLICADOS PELA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA - JUROS MORATÓRIOS - *DIES A QUO* - CITAÇÃO INICIAL - TAXA DE 0,5% AO MÊS - ART. 40, § 5°, DA CF - AUTO-APLICABILIDADE

- O entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o art. 40, § 5°, da CF é auto-aplicável, com similar na Carta Estadual (art. 36, § 5°, c/c art. 39, § 11).

- A correção monetária das parcelas de pensão previdenciária municipal vencidas deve ocorrer por índices regularmente publicados pela Corregedoria de Justiça, e não por índices utilizados pela Justiça do Trabalho. Quanto aos juros moratórios, incidem a contar da citação inicial, à taxa de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL N° 244.308-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Pensão previdenciária - Parcelas vencidas - Correção monetária - Índices publicados pela Corregedoria de Justiça - Juros de mora à taxa de 0,5% mensais a se contar da citação inicial - Sentença reformada parcialmente.

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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do processo, em reexame necessário, bem como do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação ordinária de cobrança ajuizada por Thelma Ramalho Mendes contra a Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte-Beprem, pedido julgado procedente, em parte, como consta do relatório.

Preliminar.

Ilegitimada para o pólo passivo da relação processual seria a Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte-Beprem, segundo alega, eis que, com o advento da Lei 7.918, de 17 de dezembro de 1999, a responsabilidade pelo pagamento das pensões dos dependentes de seus associados coube, única e exclusivamente, à Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, a contar de 1° de janeiro de 1999.

Por um lado, a presente ação foi ajuizada antes do advento de referida Lei 7.918/99.

Por outro, busca-se, aqui, o recebimento de diferença de parcelas pretéritas, período de abril/95 a outubro/98, vencidas, portanto, todas, antes de 1° de janeiro de 1999.

Não procede, assim, a prejudicial de ilegitimidade passiva, *data venia.*

Rejeito, pois, suscitada *preliminar.*

Mérito.

Realmente, preceitua o art. 40, § 5°, da Constituição Federal (redação anterior à Emenda n° 20/98), que "*o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei...*".

O entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal é o de que o art. 40, § 5°, da CF, é auto-aplicável, com similar na Carta Estadual (art. 36, § 5°, c/c art. 39, § 11).

"*As normas contidas nos parágrafos 4° e 5° do art. 40 da Constituição Federal não dependem de legislação infraconstitucional, por serem auto-aplicáveis. A revisão dos proventos da aposentadoria será efetuada sempre que houver modificação da remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos inativos quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos àqueles*" (STF - REMG n°. 21.572 - Rel. Min.Maurício Corrêa - 15.08.97. Cfr. *JUIS* - CD-ROM n° 18 - 4° trimestre/99).

Há vários outros precedentes do colendo STF a respeito da questão, incontroversa nos dias correntes, dentre os quais os referidos na r. decisão de origem.

É que não pode subsistir qualquer lei contrária ao que dispõe a Constituição Federal, que é lei suprema.

Ressalte-se que o art. 195, § 5º, da CF e o dispositivo semelhante da Carta Estadual (art. 264) não constituem empecilho à pretensão isonômica da autora, uma vez que foi essa instituída diretamente pela própria Lei Maior.

Outrossim, já que a primeira pensão integral paga foi referente ao mês de outubro de 1998, sem dúvida, resta a receber a diferença referente ao período de abril de 1995 a setembro de 1998.

No entanto, por não versar sobre matéria trabalhista, mas sim previdenciária municipal, a atualização das parcelas devidas deve ocorrer, não por índices utilizados pela Justiça do Trabalho, porém pelos regularmente publicados pela Corregedoria de Justiça.

Já os juros moratórios, que incidem a contar da citação inicial, são, na verdade, apenas no percentual de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil.

Assim, desprezadas devem ser as parcelas a tal título incluídas na planilha de fls. 65/66, que instrui a peça de ingresso.

Destarte, com o respeito devido, a decisão de origem deve ser retificada no que diz respeito ao índice de atualização monetária e à taxa dos juros moratórios a serem aplicados, incidindo estes apenas a contar da citação inicial, sobre as parcelas devidas, monetariamente atualizadas.

Com estas razões de decidir, para os fins explicitados, em reexame necessário, reformo, em parte, a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - INTERESSES INDIVIDUAIS E DIVISÍVEIS - MENOR - PÁTRIO PODER - LIMITAÇÃO - MEDIDA COMINATÓRIA

- A imposição de obrigação de não fazer, em medida de natureza cominatória, na qual se discute violação de interesses individuais, não se dá mediante ação civil pública, cujo objetivo é a tutela dos bens coletivos indivisivelmente considerados.

- O pátrio poder é exercido individualmente pelos pais, não sendo aplicável, para sua limitação, a técnica processual semelhante à das *class actions*, cuja decisão proferida estende seus efeitos à classe, categoria ou coletividade envolvidas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 244.626-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Ação civil pública - Obrigação de não fazer - Interesses individuais e divisíveis - Menor - Pátrio poder - Limitação - Medida cominatória. - A imposição de obrigação de não fazer, em medida de natureza cominatória, na qual se discute violação de interesses individuais, não se dá mediante ação civil pública, cujo objetivo é a tutela dos bens coletivos indivisivelmente considerados. O pátrio poder é exercido individualmente pelos pais, não sendo aplicável, para sua limitação, a técnica processual semelhante à das *class actions*, cuja decisão proferida estende seus efeitos à classe, categoria ou coletividade envolvidas. 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, 25 de abril de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque tempestivo e dispensado de preparo.

Trata-se de apelação apresentada contra a sentença de fls. 20/24-TJ, que indeferiu a petição inicial da ação civil pública e extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ao fundamento da falta de interesse de agir do recorrente.

O objeto do pedido é "*a constituição de obrigação de não fazer por parte dos réus no sentido de que se abstenham da conduta de levar, guiar, fazer-se acompanhar, tolerar a permanência ou qualquer outra iniciativa correlata que exponha crianças e adolescentes à situação de risco ou perigo, quando da realização de atos reivindicatórios pertinentes à causa dos chamados 'perueiros' e a cominação de pena pecuniária equivalente a R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), a cada ato, em caso de descumprimento dos termos da tutela, sem prejuízo da*

adoção das providências sancionatórias a cargo da Promotoria da Infância e da Juventude".

O apelante alega, em síntese, que a decisão não pode prevalecer, porque confronta com a ordem jurídica e com os princípios básicos que norteiam a atuação do Ministério Público na área da infância e da juventude. Invoca a aplicação dos arts. 201, VIII, 232 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, argumentando que, de acordo com os documentos que instruem a inicial, apurou-se situação de extremo risco a que foram submetidos os menores, em uma das manifestações realizadas pelos "perueiros", até altas horas da noite, em meio ao tumulto formado na área central da Capital. Aduz que o Sentenciante não se sensibilizou diante da gravidade da situação, atendo-se à literalidade da lei, sem se importar com a efetividade do direito material e o bem-estar da sociedade. Sustenta que a concessão da tutela requerida é de natureza preventiva e imprescindível para responsabilizar todos os pais, que participam do movimento e que levarem seus filhos para as ruas, colocando-os em situação de risco. Ressalta o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Como bem destacou o Sentenciante, as decisões judiciais, em ação civil pública, não são meios adequados e específicos para a normatização genérica de condutas, relativamente ao exercício do pátrio poder, que já se encontram previstas nas normas que tratam da proteção das crianças e dos adolescentes.

A imposição de obrigação de não fazer, em medida de natureza cominatória, na qual se discute violação de interesses considerados divisíveis ou individuais, não se dá mediante ação civil pública.

Embora o pedido tenha sido direcionado contra pais envolvidos no movimento em prol da exploração do transporte coletivo-alternativo na Capital, o pátrio poder é exercido individualmente, não sendo aplicável à espécie a técnica processual semelhante à das *class actions*, cuja decisão proferida estende seus efeitos à classe, categoria ou coletividade envolvidas.

A orientação doutrinária é no sentido de que a ação civil pública tutela exclusivamente os bens coletivos indivisivelmente considerados.

A providência preventiva, a despeito de se inserir entre os diversos objetivos da ação civil pública, como pedido imediato, para ser válida, pressupõe a iminência de fatos certos e, não, apenas possíveis.

A ausência de individualização dos agentes que possam eventualmente causar danos aos interesses dos seus filhos menores, mediante suas exposições em atos públicos do movimento dos "perueiros", também faz esmaecer o pedido mediato da medida preventiva, consistente na utilidade que se busca alcançar com a prestação jurisdicional.

A imposição de obrigação de não fazer, sem a identificação e a indicação expressa dos sujeitos que por ela serão atingidos, retira a especificidade da tutela postulada e o seu resultado prático.

Ao Judiciário, como dito, não compete fixar os critérios para o exercício do pátrio poder, que já se encontram previstos nas leis que dispõem sobre a matéria, nem determinar, previamente e sem a individualização dos envolvidos, a cessação de conduta que se reputa nociva a menores.

A providência judicial seria útil para a solução *in concreto* de cada caso ou para a limitação da atuação dos pais, diante da falta, insuficiência ou ineficácia das previsões normativas sobre a matéria, situações que não se verificam na espécie.

Logo, considero que a presente representação não é adequada e que a decisão recorrida deve prevalecer por seus próprios fundamentos.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O *Sr. Des. Hyparco Immesi* - De acordo.

A *Sr.ª Des.ª Jurema Brasil Marins Miranda* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COISA JULGADA - PEDIDO EM OUTRO PROCESSO - PENDÊNCIA DE RECURSO - PEDIDO DIVERSO - LITISPENDÊNCIA - INOCORRÊNCIA - DECISÃO DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA SUJEITA À PRECLUSÃO - COISA JULGADA MATERIAL - REEXAME NO MESMO PROCESSO - VEDAÇÃO

- Descabe cogitar-se de coisa julgada, quando em seara de outro processo o pedido ainda se encontra em fase recursal.

- Inocorre a litispendência se, no feito posteriormente intentado, diverso é o pedido.

- A coisa julgada material não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam à preclusão, vedado o seu reexame no mesmo processo, mas não em outro.

AGRAVO Nº 245.254-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Coisa julgada. - Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam a preclusão,

vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro. Agravo de instrumento 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais-Hemominas, por inconformar-se com a respeitável decisão, que, em sede da ação de indenização por danos materiais contra si promovida por Valter Raimundo, consignou que:

"*Há coisa julgada no tocante ao reconhecimento da contaminação do autor na Hemominas conforme a sentença juntada às fls. 17/23 e v. acórdão de fls. 09/16. Portanto, quanto a essa questão, não pode ser reaberta discussão. Cabível, pois apenas a prova pericial médica para aquilatar eventual incapacitação laborativa e sua extensão*".

Procede a irresignação recursal.

Com efeito, descabe cogitar-se de coisa julgada, quando o outro processo, em cuja seara, acolhido restou, em princípio, pedido de indenização por dano moral, ainda se encontra em fase recursal.

Lado outro, inocorre a litispendência se, no feito, posteriormente intentado pelo ora agravado, contra a ora agravante, diverso é o pedido, qual seja, indenização por dano material.

Acerca do tema, tem-se que:

"*A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam a preclusão, vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro*" (*RSTJ*, 24/430). No mesmo sentido: *JTJ*, 164/21.

Certo é que, "*se no outro processo, ainda em grau de recurso, a ora agravante está a discutir a 'justiça' da decisão que lhe foi adversa, independentemente do resultado final que ao mesmo advir, no feito posterior (onde se deu a decisão ora agravada) as partes, embora as mesmas, equivalem-se a terceiros, e neste caso, a decisão final no feito primeiro teria neste a eficácia de presunção ou de simples prova dos fatos, invertendo-se o ônus da prova para o requerido*", consoante, escorreitamente, assinalado pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. João Batista da Silva, em seu acreditado parecer de fls. 64/67.

Frente o deduzido, provejo o recurso presente, para anular a decisão agravada, na parte em que inviabilizou

à Hemominas discutir os fatos em que se funda o pedido do autor agravado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - SOCIEDADE DE PESSOAS - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - DÉBITO FISCAL - SÓCIO-GERENTE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - BENS PARTICULARES - PENHORABILIDADE - DIREITO DE CRÉDITO DA FAZENDA PÚBLICA - IMPUGNAÇÃO - AUSÊNCIA - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ

- A dissolução irregular da sociedade de pessoas, sem regular satisfação de suas obrigações, acarreta a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos fiscais da sociedade extinta (arts. 134, VII, e 135, I e II, ambos do CTN), sejam eles gerentes ou não, respondendo os seus bens particulares pelo pagamento dos encargos surgidos durante o período da atividade da empresa.

- O sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora infringe a lei e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa, sendo inexigível prévia apuração da responsabilidade.

- Inexistindo uma especificada impugnação ao direito de crédito da Fazenda-embargada, por intermédio de refutação frontal e direta dos fatos e dos efeitos jurídicos dos fatos que motivaram a criação do título executivo, e nos quais se estriba a pretensão de executar, há de se presumir que os mesmos são verdadeiros, deixando de ser, conseqüentemente, fatos controvertidos.

- A certidão da dívida ativa do débito fiscal goza de presunção legal de certeza e liquidez, ostentando efeito de prova pré-constituída, somente ilidida por elementos probatórios inequívocos a cargo do executado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.325-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial - Responsabilidade dos sócios - Execução fiscal - Certidão de dívida ativa - Presunção de certeza e liquidez. - Infringe a lei o

sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa. Inexigibilidade de prévia apuração da responsabilidade.

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O *Sr. Des. Presidente* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 16.04.02, a pedido do Vogal, após votarem o Relator e o Revisor, rejeitando preliminar e negando provimento.

Com a palavra o Des. Francisco Lopes de Albuquerque.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Embora discorde, em parte, do voto proferido pelo eminente Relator, por entender que a possibilidade da responsabilização do sócio de sociedade limitada está circunscrita àquele sócio que, comprovadamente, exerceu função de administração na empresa, observo que, no caso dos autos, os apelantes não se desincumbiram do ônus da prova de que nenhum deles participava da administração da empresa.

Em segundo lugar, entendo que, por se tratar de empresa constituída por marido e mulher, maior se revela a responsabilidade de ambos os sócios para dívidas contraídas pela sociedade. Daí por que, neste caso, acompanho o eminente Relator quanto ao dispositivo do seu voto.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso, presentes os pressupostos que condicionam sua admissibilidade.

MPB Indústria e Comércio Ltda. - Afonso Pereira Batista e Sandra Maria Monteiro Batista ajuizaram embargos de devedor em face da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, alegando ilegitimidade passiva *ad causam* dos coexecutados e, no mérito, que a certidão de dívida ativa não contém os requisitos contidos no art. 2°, § 5° e incisos, da Lei 6.830/80. Disseram que a entidade fazendária não especificou os tributos estaduais, óbice intransponível ao curso regular do executivo fiscal em trâmite.

A Fazenda contestou, refutando os argumentos trazidos na inicial.

A sentença de fls. 33/36, entendendo que o recolhimento do tributo é dever jurídico, e o descumprimento da norma é a ilegalidade de que trata o art. 135, III, do CTN; que no caso dos autos nenhum documento foi juntado para demonstrar se os sócios-embargantes tinham poderes de administração à época do fato gerador; que não foi localizado o patrimônio da empresa e, observando contidos os requisitos que instruem a CDA, julgou improcedentes os embargos.

Ali se vê que a nobre Magistrada decidiu:

"*O inadimplemento no contexto do direito tributário constitui ilegalidade, posto que inadmissível o entendimento de que o não-recolhimento de tributo pela empresa seja uma faculdade que compete ao administrador. Ao contrário, recolher o tributo é dever jurídico, e o descumprimento da norma é a ilegalidade de que trata o art. 135, III, do CTN. Entender de forma diversa, além de antijurídico, é imoral*".

E ainda que "*o título que instrui a inicial dos autos contém o nome do devedor e seu endereço; o valor original da dívida; termo inicial e forma de cálculo dos juros; origem e natureza da dívida; fundamentação legal da dívida e dos encargos; data do termo de inscrição.*

Assim, a certidão de dívida ativa que suporta a execução preenche os requisitos exigidos pelo art. 202 do Código Tributário Nacional.

Gozando de presunção legal de liquidez e certeza, a CDA ostenta efeito de prova pré-constituída, somente ilidida por elementos probatórios inequívocos a cargo do executado".

Inconformados, apresentaram apelação às fls. 38/39, sinteticamente, repetindo os argumentos trazidos na inicial. Reforçam que a pretensão fazendária não pode prosperar porquanto a aludida empresa, à data da suposta autuação, se encontrava legalmente estabelecida e com a respectiva documentação formalizada, com seu capital integralizado; mostrando-se ilegal a inclusão dos coobrigados no pólo passivo da relação processual. Informam que não agiram em nome próprio e que tudo que fizeram foi em nome da empresa MPB Indústria e Comércio Ltda., pessoa jurídica, que não se confunde com a pessoa física dos demais recorrentes.

Entendem que não pode prevalecer a alegação de desconsideração da personalidade jurídica levantada e que não ocorreu excesso de mandato ou má gestão dos recorrentes. No tocante ao mérito, voltam a repetir que a CDA não contém os requisitos contidos no art. 2°, § 5° e incisos, da Lei 6.830/80.

As contra-razões vieram às fls. 43/47, pugnando a recorrida pelo desprovimento do recurso.

O recurso não está mesmo a merecer provimento e a ilustre Juíza decidiu com acerto, com todo o respeito aos argumentos esposados pelos recorrentes. Nenhuma razão lhes ampara,

por todos os ângulos que se possa observar sua súplica.

A preliminar improcede e vários casos de mesma natureza foram julgados nesta Corte. É sabido, como assevera a Fazenda-recorrida, que "*o irregular desaparecimento da sociedade, sem a regular satisfação de suas obrigações, leva-nos a entender que os bens particulares dos sócios, sejam eles gerentes ou não, respondem pelo pagamento dos encargos surgidos durante o período de atividade da empresa*".

Nesse sentido:

"*A determinação legal de que os sócios não respondem pelas dívidas sociais (art. 596 do CPC) diz respeito à regular extinção da empresa e à regularidade das obrigações sociais. A irregularidade da atuação constatada pelo desaparecimento da empresa sem a regular quitação de seus débitos, impõe outro entendimento, ou seja, o de que o art. 2º do DL 3.708/19 autoriza o alcance dos bens pessoais dos sócios para completar o capital social, que foi diluído pela má gestão dos negócios da sociedade*" (*TR*, 626/225).

Ademais, a dissolução irregular da sociedade de pessoas acarreta a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos da sociedade extinta (arts. 134, VII, e 135, I e II, ambos do CTN), sejam estes sócios gerentes ou não.

Nessa linha, a jurisprudência que reforça meu entendimento, trazida na sentença monocrática:

"*Infringe a lei o sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa. Inexigibilidade de prévia apuração da responsabilidade. Recurso provido*" (STJ, REsp 1.490-MG/91, *DJU* de 23.03.92, p. 3.427).

No caso dos autos, nenhum documento foi juntado para demonstrar se os sócios-embargantes tinham poderes de administração à época do fato gerador. Por outro lado, não foi localizado o patrimônio da empresa, tendo o oficial de justiça deixado de penhorar bens, pois todos os encontrados já haviam sido penhorados em razão de outros feitos. Posteriormente, foi nomeado um bem cuja propriedade não está devidamente demonstrada.

Portanto, podem os sócios ser objetivamente responsáveis pela dívida fiscal em execução.

Rejeito a preliminar.

O outro ponto argüido é de fácil deslinde:

A embargante limitou-se, na petição inicial de fls., como matéria de defesa, à afirmação de inexistência dos fatos que ensejaram a criação do título executivo, não declinando argumentos e razões de fato e fundamentos jurídicos nos quais se apoiaria sua pretensão, e que, em última instância, fossem

capazes de provocar dúvida ao convencimento do Magistrado sobre a autoridade, inteireza e firmeza do título extrajudicial que lhe foi apresentado.

Ora, inexistindo, uma especificada impugnação ao direito de crédito da Fazenda-embargada, através de refutação frontal e direta dos fatos e dos efeitos jurídicos dos fatos que motivaram a criação do título executivo e nos quais se estriba a pretensão de executar, há de se presumir os mesmos, como de fato o são, por verdadeiros, deixando, conseqüentemente, de serem fatos controvertidos.

A Fazenda junta pertinente jurisprudência que alcança a hipótese dos autos:

"*Execução fiscal - Certidão da dívida. - A certidão da dívida ativa é título que tem força executora se não afastada a presunção de certeza e liquidez*". (Ap. Cível nº 125.182 - SC - 956731 - Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Apte.: Prefeitura Municipal do Balneário Cambori. Apdo.: IAPAS - 6ª Turma, 27.04.87 - TFR.) *In DOU* - "Diário da Justiça", de 06.08.87, p. 15.367.

"*Execução fiscal - Certidão de dívida ativa - Presunção de certeza e liquidez. - A certidão de dívida ativa de débito fiscal para com a Fazenda Pública goza de presunção de certeza e liquidez. Não sendo desconstituída, por prova inequívoca por parte do sujeito passivo, deve prevalecer a presunção fiscal do artigo 204 do CTN*". (TFR - Ac. unânime da 4ª Turma, publ. em 12.02.87 - Ap. Cível nº 118.629-RJ - Rel. Min. José de Jesus Filho.) *In BJA*/1987 - nº 113.794 - p. 286.

Não há nenhuma nulidade da CDA, nos termos do disposto na Lei 6.830/80, *data venia*.

Ao fim, diga-se que a inicial dos embargos está destituída de qualquer fundamentação jurídica e desacompanhada de prova documental do alegado, levando à conclusão de que se trata de expediente meramente protelatório, como assevera a nobre Sentenciante na parte final da sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR, REJEITANDO PRELIMINAR E NEGANDO PROVIMENTO.

-:::-

ITBI - ALÍQUOTA - PROGRESSIVIDADE - ART. 8º DA LEI Nº 5.492/98, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - INCONSTITUCIONALIDADE - DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA IGUALDADE DOS CONTRIBUINTES - IMPOSTO DE NATUREZA REAL - SUJEIÇÃO DE TODOS OS CONTRIBUINTES A UMA MESMA ALÍQUOTA

- A progressividade de alíquota do ITBI prevista no art. 8º da Lei Municipal de Belo Horizonte nº 5.492/98 e suas modificações são inconstitucionais, pois violam a Carta Magna, desrespeitando o princípio da igualdade dos contribuintes e o da capacidade contributiva.

- O ITBI é de natureza real, e não de natureza pessoal; logo, todos os contribuintes, ricos, pobres ou médios, indistintamente, sujeitam-se a uma mesma alíquota.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.539-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: ITBI - Graduação de alíquotas - Infringência à CF, que não autoriza de forma explícita a adoção do sistema de alíquotas progressivas para tal cobrança - Imposto de natureza real - Sujeição de todos os contribuintes à uma mesma alíquota. - "*O imposto de transmissão de imóveis* inter vivos *(ITBI) não tem a progressividade das alíquotas, por não autorizada pela Constituição Federal, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço de venda*" (RE - 227.033 - SP - Ministro Moreira Alves).

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, 06 de maio de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Perante a Primeira Vara da Fazenda Municipal de Belo Horizonte, a ora apelada, Construtora Artes E. Ltda., impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias da Secretaria da Fazenda

do Município de Belo Horizonte, asseverando-se que, "... *por não ter realizado negócio jurídico de transferência de propriedade imobiliária e tendo ocorrido o fato gerador descrito em lei, sujeita-se ao recolhimento do imposto sobre transmissão* inter vivos, *incidente sobre bens imóveis, por força da Lei Municipal nº 5.492 de 28.12.1.998...*"; aludiu mais a impetrante, que, o artigo 8º da precitada lei, "*ao prever a progressividade do tributo tão-somente no valor do imóvel (capacidade contributiva objetiva)*", mostrou-se inteiramente inconstitucional, pois violou a Carta Magna, desrespeitando o "*princípio da igualdade dos contribuintes, o princípio da capacidade contributiva em sua compreensão sistemática, além do artigo 156, parágrafo 2º, CF*"; discorreu em sua preludial extensa, citando doutrina e jurisprudência, e, ao final, propugnou pela autorização para efetuar o depósito do tributo, tendo por parâmetro o percentual de 2% sobre a avaliação do cadastro municipal; "*seja concedida medida liminar* inaudita altera parte *determinando que a autoridade coatora expeça imediatamente a necessária certidão relativamente à regularidade fiscal quanto ao ITBI do imóvel...*;" que, ao final, seja a presente segurança deferida em todos os seus termos, reconhecendo-se a "*inconstitucionalidade da progressividade da alíquota do ITBI, nos termos do artigo 8º da Lei Municipal nº 5.492/98 e suas modificações, determinando à autoridade impetrada, por si e seus agentes, que se abstenha de cobrar a exação em exame em alíquota superior a 2% (dois por cento)*"; juntou documentos.

Ao primeiro impulso, a aspiração quanto ao pleito liminar restou indeferida (fls. 36-TJ); todavia, em face da petição encartada às fls. 37/38-TJ, acompanhada da fotocópia do depósito judicial (fls. 39-TJ), a decisão foi reconsiderada e deferida a liminar almejada; a autoridade coatora prestou informações às fls. 48/89-TJ; o Representante Ministerial de primeiro grau manifestou-se às fls. 61/64-TJ opinando "*pelo desacolhimento da pretensão relativa à cobrança progressiva do ITBI*"; o ato sentencial ferreteado encontra-se lastreado às fls.66/68-TJ, reconhecendo a ilegalidade da progressividade fiscal instituída pelo Município de Belo Horizonte e concedeu a segurança.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 104/109-TJ, opinando pela manutenção da decisão objurgada.

Datissima maxima venia, a insurgência contida no recurso voluntário e exteriorizada nas razões estampadas às fls. 72/86-TJ, desmerece qualquer acatamento, eis que, o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, entendera que o dispositivo da lei municipal que instituiu a progressividade de impostos como o ITBI agride a Constituição Federal; assim ocorrendo, patenteado restara que o multicitado imposto há que ser reconhecido como *de natureza real*, e não, como quer demonstrar o município recorrente, como sendo de natureza pessoal; logo, como bem enfatizado no ato sentencial profligado "... *todos os contribuintes, ricos, pobres ou médios,*

indistintamente, sujeitam-se a uma mesma alíquota".

Amolda-se, à espécie, lição citada à fl. 94-TJ do Professor ALIOMAR BALEEIRO:

"*Apreciada apenas do ponto de vista objetivo, a capacidade contributiva induzira o legislador a tributar proporcional ou progressivamente, segundo o valor da coisa ou do fato gerador. Os impostos reais bastariam a essa primeira aproximação da Justiça Fiscal. Dois patrimônios ou duas rendas iguais seriam gravados da mesma forma quaisquer que fossem as condições individuais dos contribuintes*".

Isso colocado, em reexame necessário, mantenho integralmente a decisão singular fustigada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, na forma de lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

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

-:::-

DANO MORAL - ENERGIA ELÉTRICA - SUPRESSÃO ARBITRÁRIA E DE MÁ-FÉ - ATO QUE CRIA SITUAÇÃO DE PÂNICO E ATORMENTA - INDENIZAÇÃO - DISTINÇÃO ENTRE DANO MORAL E DANO À IMAGEM - INTELIGÊNCIA DO INC. V DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- O corte de energia elétrica de usuário, por empresa energética, em outro imóvel que não o que se encontrava em débito, mas em residência do credor, cujas contas de eletricidade estavam em dia, com intuito de pressionar arbitrariamente e criar situação de pânico ou atormentar, pode, eventualmente, causar dano à imagem, mas acarretará sempre dano moral, sendo devida a indenização.

- O art. 5º, V, da Constituição Federal estabelece três, e não duas, modalidades de dano indenizável: o dano material, o dano moral e o dano à imagem, pois a conjunção "ou" contida no referido dispositivo não tem caráter expletivo, no sentido de que dano moral seja igual a dano à imagem. Destarte, não se pode confundir dano à imagem com dano moral. Dano à imagem, tecnicamente, é o que agride a honra, enxovalha o nome do indivíduo, arranha-lhe a boa fama e coloca-o em situação de vexame, abalando-lhe a credibilidade com os desaires que a lei penal capitula como calúnia, injúria e difamação. Dano moral é o dano derivado do ato que, sem propriamente ofender a imagem, ilicitamente aflige, atormenta, acabrunha, traz amargura, desespero; é o que, sem causa justa, ilegitimamente provoca lágrimas legítimas e desculpável ranger de dentes; em suma, a injusta quebra da paz. Esse é o verdadeiro bem que a norma constitucional visou como resguardável e que, se ofendido, acarreta ao ofensor o dever de indenizar, a título de dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 246.638-1/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Dano moral - Supressão arbitrária e de má-fé da energia elétrica - Distinção entre dano moral e dano à imagem - Inteligência do inc. V do art. 5º da Constituição Federal. - O corte de energia elétrica de usuário com as contas em dia, deliberadamente para criar situação de pânico ou atormentar, pode, eventualmente, causar dano à imagem, mas acarretará, sempre, dano moral.

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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação, que não arma preliminar.

A empresa-apelante suspendeu o fornecimento de energia elétrica na residência do autor, ato que o Juízo considerou abusivo e imotivado, em razão do que foi condenada a indenizar o usuário com o equivalente a cinqüenta (50) salários mínimos. Vem daí o recurso, onde a vencida, reeditando o temário da inicial, alega: falta de motivação para que se lhe imponha encargo dessa natureza, visto que a prova não estabelece a ocorrência de algum dano moral sofrido pelo autor; simples equívoco de ordem administrativa na execução do ato dito moralmente lesivo, aliás, quase de imediato recomposto com o religamento da energia elétrica após reclamação verbal do postulante no escritório da empresa; excesso de condenação.

A decisão singular merece reparos, *data venia*.

Quem se adstringe aos fatos dos autos arrola os que se seguem como norteadores da lide, a partir dos quais se encontrará a respectiva solução:

"*a) apontando os registros da empresa de eletricidade que havia um débito, em nome do autor, relativamente ao imóvel situado na Rua Maria Abadia da Silva nº 2.560, Vila*

Arquelau, não obstante foi suspenso o fornecimento de energia noutro endereço, justamente na casa de morada do credor indigitado, aliás, noutro bairro;

b) a medida foi levada a efeito por volta das 11,00 horas do dia 12 de abril de 1999, no que concordam os litigantes;

c) a ré alega que purgou o seu equívoco espontaneamente logo que o usuário reclamou e demonstrou o engano, tanto que o religamento foi feito no mesmo dia, às 14,30 horas;

d) o autor foi alvo de brincadeiras e 'gozação' (sic, *nos depoimentos) no Fórum de Uberaba por conta desse episódio*".

Ora, é perfeitamente elementar:

I - estando escancaradamente claro que o débito dizia com fornecimento de energia num determinado endereço, a supressão mandada fazer, e de fato realizada, noutro local (especificamente na residência do autor), tem nítido sabor de pressão arbitrária, e indisfarçável coloração de revanche. O ato é, portanto, francamente ilegal. Pouco importam as alegações de homonímia e de descuidos funcionais, porque o *modus agendi* da empresa de eletricidade se avantaja como ato de força, executado pelo braço potestativo do arbítrio. Quase rancorosamente, eu diria - porquanto, é bom repetir, não se registrava débito de consumo feito na residência do autor, que se planta em endereço muito diverso daquele onde se situa o imóvel relativamente ao qual havia débito anotado. Numa palavra - ou duas - má-fé;

II - não tendo o autor impugnado a afirmação da ré quanto ao quase imediato religamento da energia às 14h30m, esse fato ganha especialíssimo relevo quando se sabe que o mandado de segurança impetrado pelo autor foi apresentado ao Protocolo do Foro exatamente às 17h19m (fls. 08-TJ), quando já se restabelecera o fornecimento de energia na residência do impetrante. Nesse passo, era de prever que os familiares do autor bem teriam feito se lhe tivessem comunicado a religação. Mas o que se realça é a aceitação, por falta de impugnação e prova, de que o restabelecimento se deu poucas horas depois da supressão - para ser exato, três horas depois (11h30m/14h30m). De resto, o meirinho encarregado do cumprimento da liminar (no *writ*) certificou esse fato, às 18h18m, conforme fls. 11-v.-TJ. E então, o quadro fático/legal, aqui, guarda identidade - inda que exclusivamente no terreno conceitual - com o "arrependimento eficaz" de que trata a legislação penal;

III - agravo moral contra o postulante, que lhe pusesse em cheque a integridade e o pundonor, disso, propriamente, não encontro o mais mínimo vestígio. Encontro, sim, brincadeiras irrelevantes de amigos - segundo todos os depoimentos, inclusive o do próprio autor - feitas ou ditas sem intenção real e objetiva de denegrir, que não caracterizam enxovalhos à imagem, ou desaires na honorabilidade.

Todavia, a demanda, segundo as queixas da postulação, foi aviada exatamente sob o fundamento de uma situação de desonra, de abalo ao conceito na sociedade, onde o autor até insinuando-se vítima de apupos na rua, na vizinhança, no seu escritório e no fórum - apupos não ditos, mas provavelmente pensados. Mas isso, ante a prova feita, transparece como simples receio do autor, que, por conta de encenações subjetivas, se imaginou com a honra destroçada;

IV - demais, e curiosamente, o autor contou mesmo com valiosa e enaltecedora cobertura da imprensa local: uma jornalista, por acaso, ou não, postada no fórum, percebeu as "gozações" e imediatamente lhes deu honras de "furo de reportagem", principalmente quando se espalhou a notícia da liminar lavrada no *mandamus* tão inutilmente impetrado pelo autor. E essa rápida cobertura jornalística, ao contrário do que alega ou imagina o postulante, longe de desmerecê-lo, lhe foi benéfica - não apenas porque toda a comunidade pôde situá-lo como vítima de trapalhada da fornecedora de energia elétrica, mas também pela natural publicidade daí emergente, quanto as suas boas e diligentes qualidades profissionais, visto que, pela nota (fls. 21-TJ) a religação imediata só foi feita graças ao mandado de segurança por ele impetrado - mesmo que isso não seja verdade, segundo os autos. Seja como for, os temores que pudessem ter assaltado o postulante quanto à *deminutio* da sua honorabilidade e dos seus talentos advocatícios aos olhos da sociedade uberabense não eram fundados, como se revelou: eram simples receios de ebulição subjetiva.

Do que precede, não há, sob essa consideração, dano moral indenizável. E eventuais danos patrimoniais são sequer cogitados na postulação.

Mas, o próprio instinto avisa, e com insistente admoestação, que a espécie não pode se cingir em contornos tão simplistas - quase sob o foco maniqueísta, ou dialético, de meras contraposições. Afinal, não me parece justo nem satisfatório contemplar a demanda somente pelos exageros subjetivos do autor ou apenas na marotice da ré. Conforme acima visto, um e outra perderam o fio de prumo; ambos foram oportunistas.

A ré, finória, pela demasia injustificada de cortar a energia da casa de morada do autor, num horário de notória azáfama doméstica; pior, de suprimir a energia de um imóvel cujas contas de eletricidade estavam em dia; e muito pior, com o inescondível intuito de pressionar arbitrariamente.

O autor, sentindo-se ultrajado, naturalmente, sofrendo o *stress* do sarilho que lhe armou a empresa, e, pode-se vê-lo assim, atazanado com a pressão doméstica, num horário em que já deveria estar quase pronto para enfrentar os percalços do foro, e todavia abalado com os jatos de adrenalina que lhe vinham com a raiva. Mas, levando esse sentimento ao paroxismo que evidentemente lhe retirou o equilíbrio. No

entanto, também revelam os autos, pelo próprio depoimento do autor, que ele não demorou a reencontrar a serenidade. Nada obstante, fermentou o episódio e azedou as coisas, com o nesta altura também indisfarçável intuito de obter algum dividendo do episódio. Afinal, não se olvide que apenas três poucas horas depois, já a ré lhe tinha devolvido todos os kilowatts que ele quisesse consumir.

Neste confronto de situações, também não se afaste a evidência de que a ré foi lograda e passou pelo vexame de voltar atrás, reconhecendo-se praticante de gesto condenável. Quanto ao autor, os rancores iniciais resvalaram para laivos de glória, pessoal e profissional. Mas, sempre remanesce que o episódio - menos dramático que prosaico - foi causado pela ré.

A digressão não é desnecessária, suponho. Tem por fim servir de intróito à proposição que formulo a partir do que enuncia o inciso V do art. 5º da Constituição da República, na parte que a norma versa o instituto da "*indenização por dano material, moral ou à imagem*". Dessa forma estruturado o instituto, na geratriz constitucional, é urgente que se estabeleçam três, e não duas, modalidades de dano indenizável, como superficial e descuidadamente se vem fazendo. Com efeito, tem-se estabelecido uma dicotomia trivial, e, obviamente, pouco satisfatória, para cogitar apenas de dano patrimonial e dano moral. E, mais grave, se tenho licença para dizê-lo, estabelecendo que o dano à imagem é o mesmo que dano moral, quando não é assim, ao que entendo.

Na construção que se fez, e vige, ficou estabelecido "dano moral" numa conceituação de ordem ética (o termo "ética" empregado na acepção comum diz com valores morais e princípios de conduta). Nessa concepção, o que não é dano patrimonial é dano moral, e nisso se esgotariam as modalidades de dano indenizável. Mas esse resumo, esse simplismo, essa redução, são indevidos, ouso dizer, porque o mandamento constitucional instituiu, às claras, três modalidades: o dano material; o dano moral e o dano à imagem. Vulgarmente, graças à difusão equivocada, equiparou-se o "dano à imagem" ao "dano moral". Mas aí estão espécies distintas do gênero "dano". O *dano à imagem* não pode ser entendido, ou confundido, com dano moral, porque não é assim que o preceito constitucional deixa antever. Partindo do princípio de que a lei não contém termos inúteis, e avaliando com vagar o texto constitucional, não me permito admitir que a conjunção "ou", como vem no inc. V do art. 5º, tenha caráter expletivo, sentido de igualamento, cunho exemplificativo - dano moral = dano à imagem.

O que mais me surge é verdadeiramente o intuito do legislador de, sabiamente, estabelecer três situações distintas. E nesse foco o dano à imagem, tecnicamente, é o que agride a honra, enxovalha o nome do indivíduo, arrranha-lhe a boa fama e o coloca em situação de vexame, abalando-lhe a

credibilidade com os desaires que a lei penal capitula como calúnia, injúria e difamação - no que, a bem dizer, está uma qualificação irretocável, a mais lúcida trilogia das situações que necessariamente estabelecem o dano à imagem. Sábios, portanto, o codificador e o constituinte, pelo que acima foi dito.

Então, o dano moral não tem a mesma etiologia que o dano à imagem - este comumente confundido com aquele, e o que se há de entender por dano moral é o dano derivado do ato que, sem propriamente ofender a imagem, *ilicitamente* aflige; atormenta; acabrunha; que traz amargura e desespero; que, sem causa justa, ilegitimamente provoca lágrimas legítimas e desculpável ranger de dentes. Em suma, a injusta quebra da paz. Esse, ao que considero, é o verdadeiro bem que a norma constitucional visou como resguardável e que, se ofendido, acarreta ao ofensor o dever de indenizar - a título de "dano moral". E fico a indagar se o legislador, para evitar a confusão que se acabou instalando, não teria feito melhor se tivesse estabelecido o dano moral como aquele especificamente perpetrado contra a imagem, e o dano psicológico - aquela modalidade que aqui delineei sucintamente. Seja como for, em tema de dano, o Direito Positivo Nacional estabeleceu um trinômio, e não duas modalidades.

Portanto, como acima equacionadas a atitude da ré e a decorrente situação pessoal do autor, não há como repelir o estado indenizável - embora a clara demasia da sentença e mais ainda do autor. Se cinqüenta salários mínimos se agigantam em hipertrofiada desproporção à singeleza do episódio, o dobro, como pretendeu o autor, é impensável.

Assim, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a compensação indenizatória a dez salários mínimos, no que tem realce a atitude da ré, a todos os títulos ilegítima, inconveniente, marota, incivil e arbitrária. Atribuo à ré, além das custas, a honorária de 5% (cinco por cento) do valor da condenação, levando em conta a singeleza da causa, e o pouco esforço que nela se empregou, de lado a lado.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

FALÊNCIA - TÍTULO HÁBIL - INEXISTÊNCIA - TRIPLICATA SEM ACEITE - PROTESTO - INOCORRÊNCIA - COMPROVANTE DA ENTREGA DA MERCADORIA - AUSÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45 E DO ART. 15, II, *B*, DA LEI Nº 5.474/68 - PROVAS DESNECESSÁRIAS - DISPENSA PELO JUIZ - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DOLO PREVISTO NO ART. 20 DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 - PERDAS E DANOS - INDENIZAÇÃO

- O momento adequado para o juiz decidir acerca de questão controvertida é aquele em que, de acordo com o seu livre convencimento motivado, se sente com a convicção formada, podendo, para tal mister, inclusive, dispensar a produção de provas que entenda desnecessárias, sem incorrer em limitação ao direito de defesa das partes ou em infringência ao princípio do contraditório.

- Quando a questão de mérito é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não seja necessária a dilação probatória, em razão de nos autos já haver elementos capazes para formar um juízo seguro sobre a matéria, o julgamento antecipado da lide constitui um dever do magistrado, e não mera faculdade.

- Por exigência legal, para que se possa requerer a falência, com base em uma triplicata, é imperioso que a mesma contenha o aceite e, se não contiver, deverá ser protestada e vir acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria, para que possa conferir certeza à obrigação. É o que prescreve o art. 1º, em seu § 3º, do Decreto-lei nº 7.661/45, combinado com o art. 15, inciso II, *b*, da Lei nº 5.474/68. O legislador não fez qualquer previsão que permita a dilação probatória; ao contrário, exigiu que a duplicata ou triplicata devem estar acompanhadas de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, sendo que o processo de falência não comporta suspensão, por absoluta falta de previsão legal.

- É improcedente o pedido de falência que não se encontra instruído com título hábil à declaração da quebra.

- Configura-se o dolo previsto no art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) com o requerimento de falência de devedor sem título executivo formalmente perfeito, capaz de conduzir à certeza da obrigação e de atender às exigências contidas no art. 1º, § 3º, do já referido decreto-lei e no art. 15, inciso II, *b*, da Lei nº 5.474/68.

- Se o valor fixado para a indenização de que trata o art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45 se encontra prudente e criteriosamente arbitrado, atendendo aos princípios da razoabilidade e de expiação para o agente autor da ilicitude, não há que se falar em fixação de valor exacerbado e muito menos insuficiente para a reparação das perdas e danos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 246.812-2/00 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Pedido de falência - Requisitos - Título hábil - Inexistência - Dispensa de produção de provas - Pedido improcedente - Majoração do valor da indenização e do percentual da verba honorária advocatícia - Impossibilidade. - O momento adequado para o juiz decidir acerca de questão controvertida é aquele em que, de acordo com o seu livre convencimento motivado, se sente com a convicção formada, podendo, para tal mister, inclusive, dispensar a produção de provas que entenda desnecessárias, sem incorrer em limitação ao direito de defesa das partes ou em infringência ao princípio do contraditório. - Configura-se improcedente o pedido de falência que não se encontra instruído com título hábil à declaração da quebra. - O legislador não fez qualquer previsão que permita a dilação probatória, ao contrário, exigiu que a duplicata ou triplicata devem estar acompanhadas de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, sendo que o processo de falência não comporta suspensão, por absoluta falta de previsão legal. - O valor fixado para a indenização se encontra prudente e criteriosamente arbitrado, atendendo aos princípios da razoabilidade e de expiação para o agente autor da ilicitude.

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, 27 de maio de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Cuidam os presentes autos de pedido de falência proposto por Polycron Indústria de Tintas Ltda. contra Nilza Maria P. Resende, que foi julgado improcedente pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Conselheiro Lafaiete, condenando o requerente a ressarcir à requerida, por danos morais, o valor do título que instruiu o pedido, ou seja, R$8.713,05 (oito mil, setecentos e treze reais e cinco centavos) e ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da causa.

Conheço dos recursos, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A preliminar de cerceamento de defesa, argüida no recurso principal, não

merece acolhida, haja vista que nos autos há elementos bastantes para o desate da lide, cabendo o julgamento antecipado da causa, nos termos do art. 330, I, CPC.

O momento adequado para o juiz decidir acerca de questão controvertida é aquele em que, de acordo com o seu livre convencimento motivado, se sente com a convicção formada.

Constitui um dever do magistrado, e não mera faculdade, decidir a lide no estado em que se encontram os autos, quando a questão de mérito é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não seja necessária a dilação probatória, em razão de nos autos já haver elementos capazes para formar um juízo seguro sobre a matéria em tese.

Neste sentido, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira já deixou assentado que:

"... *presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder*" (REsp nº 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in DJU* de 19.09.90, p. 9.513).

Por exigência legal, para que se possa requerer a falência na forma pretendida, com base em uma triplicata, é imperioso que a mesma contenha o aceite e, se não contiver, deverá ser protestada e vir acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria, para que se possa conferir certeza à obrigação.

É o que prescreve o art. 1º, em seu § 3º, da Lei de Falências c/c o art. 15 , inciso II, alínea *b*, da Lei 5.474/68.

Cumpre ressaltar que o legislador não fez qualquer previsão que permita a dilação probatória; ao contrário, exigiu que a duplicata ou triplicata devem estar acompanhadas de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, sendo que o processo de falência não comporta suspensão, por absoluta falta de previsão legal.

Portanto, o próprio requerente confessa, à fl. 69, que não instruiu a inicial com a documentação hábil exigida pela lei, pois requereu um prazo de 30 dias para poder comprovar a entrega da mercadoria.

O art. 20 da Lei de Falências dispõe que:

"*Art. 20. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.*

Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada".

Assim sendo, encontra-se legalmente amparado o pedido de perdas e danos, devidamente fixado na sentença.

Inexistente título hábil à declaração da falência, escorreito o entendimento do douto Magistrado sentenciante, que julgou improcedente o pedido.

Por evidente, não há falar-se em contrariedade ao art. 20 do Decreto-lei 7.661/45, eis que o dolo se encontra configurado justamente no fato de ter a apelante requerido a falência da apelada sem título executivo formalmente perfeito, capaz de conduzir à certeza da obrigação e de atender às exigências contidas no art. 1º, § 3º, do Decreto-lei 7.661/45 e art. 15, inciso II, *b*, da Lei 5.474/68.

Finalmente, para a espécie, o valor fixado para a indenização se encontra prudente e criteriosamente arbitrado, atendendo aos princípios da razoabilidade e de expiação para o agente-autor da ilicitude.

Não há que se falar, portanto, em fixação em valor exacerbado e muito menos insuficiente para a reparação das perdas e danos.

Por igual, não merece acolhida o pedido de majoração da verba honorária advocatícia de 15% para 20%, vez que a defesa da apelante adesiva se limitou à peça de fls. 51/51, em trabalho pouco exaustivo, de menor complexidade e prestado por advogado sediado na mesma Comarca de Conselheiro Lafaiete.

Com tais razões, hei por bem negar provimento a ambos os recursos.

Custas recursais, *pro rata*.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Wander Marotta - Sr. Presidente. Há dúvida fundada quanto à entrega e ao recebimento da mercadoria, pois a requerida nunca funcionou no endereço da Rua Marechal Floriano, 620 (fls. 58), no qual esteve estabelecida a firma Polycron Minas Empreendimentos Ltda. (fls. 21).

De qualquer forma, o signatário da nota fiscal de fls. 12 não está identificado, o que, nas circunstâncias, seria de exigir-se.

Com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CAUSAS E CONFLITOS ENTRE ESTADO E MUNICÍPIOS - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - TAXA DE SERVIÇOS URBANOS

- Nos termos do art. 106, I, *j*, da Constituição Estadual, compete, originariamente, ao Tribunal de Justiça processar e julgar as causas e os conflitos entre o Estado e os municípios, entre estes e entre as respectivas entidades da administração indireta.

- A interpretação teleológica da alínea *j* do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais, introduzida pela Emenda à Constituição nº 38, de 7 de janeiro de 1999, atribui competência originária e extraordinária ao Tribunal de Justiça nas causas e conflitos que possam causar ruptura à integridade do Estado ou grave instabilidade política. Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam que se instaure a competência originária do Tribunal de Justiça.

- Taxa exigida pela prestação de serviços inespecíficos, não mensuráveis, indivisíveis e insuscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte não se compatibiliza com o disposto no art. 145, II, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 246.967-4/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Constitucional e Processual - Competência originária do Tribunal de Justiça - Causas e conflitos entre o Estado e os municípios - Execução fiscal - Embargos do devedor - Taxa de serviços urbanos. - Nos termos do art. 106, I, *j*, da Constituição Estadual, compete, originariamente, ao Tribunal de Justiça processar e julgar as causas e os conflitos entre o Estado e os municípios, entre estes e entre as respectivas entidades da administração indireta. - A interpretação teleológica da alínea *j* do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais, introduzida pela Emenda à Constituição nº 38, de 7 de janeiro de 1999, atribui competência originária e extraordinária ao Tribunal de Justiça nas causas e conflitos que possam causar ruptura à integridade do Estado ou grave instabilidade política. Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam que se instaure a competência originária do Tribunal de Justiça. - Taxa exigida pela prestação de serviços inespecíficos, não mensuráveis, indivisíveis e insuscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte não se compatibilizam com o disposto no art. 145, II, da Constituição Federal. - 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, 05 de setembro de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de fls. 43/53-TJ julgou procedentes os embargos do devedor opostos pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais à execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Juiz de Fora.

A recorrente alega, em síntese, que, nos autos da execução fiscal em apenso, cobra apenas a taxa de serviços urbanos. Diz que a Sentenciante desconsiderou a legislação municipal aplicável à espécie. Aduz que a exclusão da cobrança da taxa deve ser feita pelo ente tributante, mediante lei, e que esta, vigente no Município de Juiz de Fora, somente isenta o Estado do pagamento do referido tributo quando o imóvel de sua propriedade é utilizado, exclusivamente, na consecução de seus serviços. Argumenta que a executada não produziu prova sobre a finalidade específica de uso do imóvel, devendo prevalecer a presunção de legitimidade e a exeqüibilidade do crédito regularmente constituído.

Examino, de ofício, a competência para o processamento e o julgamento do pedido em exame e da execução fiscal em apenso, a teor do art. 106, I, *j*, da Constituição Estadual, matéria que, reiteradamente, suscita-se em feitos da espécie.

A Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais nº 38, de 7 de janeiro de 1999, acrescentou a alínea *j* ao inciso I do art. 106 do texto constitucional.

Fez competir ao eg. Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre o Estado e os municípios, entre estes e entre as respectivas entidades da administração indireta.

O art. 125, § 1º, da Constituição da República, ao dispor sobre os tribunais e os juízes dos Estados, determina:

"*A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça*".

Já o art. 22, I, atribui à União, privativamente, legislar sobre processo.

A interpretação conjunta de ambas as normas constitucionais é de que o processo, fixado pela União, é limitado pela competência fixada pelo Estado federado.

O reexame necessário, nos termos do art. 475 do Código de Processo Civil, é devido quando se tratar de sentença de juiz de primeiro grau.

Se, pela competência regularmente estabelecida, não existe sentença de primeira instância, mas acórdão de tribunal de segunda instância, para este não exige o Código o reexame necessário.

Logo, a execução fiscal, na forma do processo civil, não é vulnerada, pelo Estado federado, pelo simples fato de não se dar o reexame necessário à primeira sentença do processo, quando proferida por tribunal.

Embora a Constituição da República consagre tribunais e, por isso, o princípio do duplo grau de jurisdição pode ser dito ínsito na Constituição, não é ele preceito absoluto, porque diversas normas têm tratado de impor alçadas e dispensado recursos a outra instância. No caso de processos sujeitos à referida regra de competência originária, o risco é ainda menor, porque é um Tribunal de Justiça, com a experiência de seus membros, que fará o julgamento, em colegiado.

O art. 102, I, *f*, da Constituição da República atribui ao Supremo Tribunal Federal competência análoga, quando se tratar de causa e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Embora as razões da Constituição Federal sejam diferentes, por se tratar do concerto federativo, executado pela União, é certo que não existe qualquer óbice para fazer valer a mesma regra, no âmbito da Justiça do Estado e em se tratando de relações do Estado federado com os Municípios.

Dispõem da mesma forma que a Constituição de Minas: o Código de Organização Judiciária do Estado de Sergipe (Lei nº 2.246, de 26 de dezembro de 1979); o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia (Resolução nº 3, de 23 de agosto de 1999, art. 59, XVIII, *k*); o art. 114, I, *g*, da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul; o art. 101, VII, *i*, da Constituição do Estado do Paraná; o art. 71, I, *o*, da Constituição do Estado da Bahia; e o art. 18, I, *p*, da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999 (Divisão e Organização Judiciárias do Rio Grande do Norte).

Do ponto de vista pragmático, a interpretação compreensiva da Emenda nº 38 congestionaria o Tribunal de Justiça com ações que deveriam passar pelo crivo da primeira instância. O Tribunal iria ser aumentado, em sua produção, por inúmeras pequenas causas, na contramão da atualização do processo. Teria que assumir atividades de instrução típica, inclusive de provas, adequadas para a primeira instância.

Não existe inconstitucionalidade da Emenda à Constituição nº 38.

Entretanto, há a autorizada interpretação do Supremo Tribunal Federal, da norma análoga, do art. 102, I, *f*, da Constituição da República:

"*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo sua incidência às hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação.*

Ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federal, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de atuação, a norma de competência prevista no art. 102, I, f, da Constituição.

Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam se instaure a competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, I, f, da Constituição, ainda que nelas figurem, como sujeitos da relação litigiosa, uma pessoa estatal e um ente dotado de paraestatalidade". (Ação Cível Originária - Questão de Ordem - ACORQO nº 359/9-São Paulo, Relator Min. Celso de Mello, julgada em 4 de agosto de 1993, publicada no *DJ* de 11 de março de 1994.)

Na mesma linha: Mandado de Segurança nº 21.041-RO, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 12 de junho de 1991 e publicado no *DJ* de 13.3.1992; e Ação Cível Originária - Questão de Ordem - ACORQO nº 417-DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 8 de novembro de 1990 e publicada no *DJ* de 7 de dezembro de 1990.

Os fundamentos para a PEC nº 40, de 1997, da qual resultou a Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais nº 38, de 1999, são os mesmos do art. 102, I, *f*, da Constituição da República:

"*O § 1º do art. 125 da Constituição Federal determina que a competência dos tribunais estaduais seja definida na Constituição de cada Estado.*

O art. 106 da Carta mineira dispõe sobre a competência do Tribunal de Justiça, mas, talvez por um lapso do legislador constituinte, não se encontra relacionada no citado dispositivo a competência para processar e julgar originariamente as causas e os conflitos entre o Estado e os municípios ou entre estes.

A Constituição da República atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive entre as respectivas entidades da administração indireta.

A nosso ver, a função atribuída ao Supremo Tribunal Federal no plano da Federação só pode ser delegada ao Tribunal de Justiça no âmbito do Estado.

Esta emenda visa a inserir no texto constitucional dispositivo que vem suprir a lacuna e, ao mesmo tempo, dissipar quaisquer dúvidas quanto à competência do Tribunal de Justiça naquela matéria".

Logo, aplico, construtivamente, a interpretação teleológica do Supremo Tribunal Federal, para somente admitir a competência originária e extraordinária do Tribunal de Justiça nas causas e conflitos que possam causar ruptura à integridade do Estado ou grave instabilidade política.

Na espécie, não se verificam as mencionadas hipóteses, razão pela

ıual afasto a aplicação do art. 106, I, *j*, la Constituição do Estado.

No mérito, a despeito de a Cer-:idão de Dívida Ativa que instrui a exe-:ução fiscal em apenso referir-se ao ıão-recolhimento de IPTU e de taxas, ı recorrente afirma, reiteradamente, nos autos dos embargos do devedor, que se trata somente de cobrança da taxa de serviços urbanos instituída pela Lei Municipal nº 5.546/78, uma vez que reconhece ao Estado de Minas Gerais a imunidade prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal quanto ao IPTU.

Assim, embora existente, em princípio, irregularidade na CDA, que poderia ensejar, inclusive, a extinção da execução fiscal, deixo de pronunciar a nulidade, que não foi suscitada pela apelada, nem prejudicou sua defesa, uma vez que a impugnação do crédito exigido foi ampla.

A discussão sobre a aplicação do art. 178 do Código Tributário do Município de Juiz de Fora (Lei Municipal nº 5.546/78), transcrito à fl. 18-TJ, que isenta o Estado da taxa, quando os imóveis de sua propriedade são utilizados exclusivamente em seus serviços, perde relevo diante da manifesta inconstitucionalidade da exigência daquele tributo.

Conforme tenho reiteradamente decidido, assimilo o entendimento de que os serviços tributados pela taxa mencionada não são suscetíveis de utilização individual, faltando-lhes, pois, os requisitos da especificidade e da divisibilidade.

Estabelece o art. 145, II, da Constituição da República que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

A exação impugnada neste processo, na forma em que é exigida, com base na Lei Municipal nº 5.546/78, tem por fatos geradores serviços prestados a toda a coletividade, que deles se beneficia. As disposições dos seus arts. 177, 180 e 182 (fls. 17/19-TJ) evidenciam que se trata de serviços inespecíficos, não mensuráveis, indivisíveis e insuscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte, não tendo de ser custeados senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.

Ao dispor sobre a taxa, a Lei adota como fatos geradores serviços não divisíveis, que são executados *uti universi*, em benefício da população em geral, a exemplo da limpeza de córregos, galerias pluviais, bocas-de-lobo e bueiros, da coleta e remoção de lixo, da varrição, lavagem, capinação e iluminação das vias e logradouros públicos.

O Ministro Ilmar Galvão, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 204.827-5, j. em 12.12.1996, observou ser "*ilegítimo o lançamento das taxas, por compreender cálculo de*

atividade estatal de caráter uti universi, *destinada ao benefício da população em geral, não podendo tais prestações (de serviço) ser destacadas em unidades autônomas, não permitindo individuar sua área de intervenção, como também, não se apresentam suscetíveis de utilização separada, por parte de cada um de seus usuários, não sendo, por isso, taxas os tributos questionados, pois se destinam ao benefício em geral, público indivisível, além de terem natureza inespecífica*".

No mesmo sentido, o Recurso Extraordinário nº 199.969, publicado em 06.02.98, em que discutia a cobrança da taxa de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos instituída pelo Município de São Paulo:

"*Taxas que, de qualquer modo, no entendimento deste Relator, têm por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não sendo de ser custeado senão por meio da arrecadação dos impostos gerais*".

Sobre a exigência de taxa pelo serviço de iluminação pública, destaco a orientação consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"*Taxa de iluminação pública.*

- Recentemente, o Plenário desta Corte, ao julgar os RREE 231.764 e 233.332, firmou o entendimento de que é inconstitucional a instituição de taxa de iluminação pública, porquanto esta atividade estatal tem caráter uti universi, *destinando-se a beneficiar a população em geral, não podendo ser destacada em unidades autônomas, não sendo permitida a individualização de sua área de atuação, nem se apresentando susceptível de utilização separada por cada um dos usuários do serviço. Por isso, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 176 e 179 da Lei nº 480, de 24.11.83, do Município de Niterói, na redação dada pela Lei nº 1.244, de 20.12.93.*

- Recurso extraordinário não conhecido" (RE nº 228.029/7-RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, j. em 23.03.1999).

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MENOR - DIREITO AO TRABALHO - ADOLESCENTE COM 15 ANOS DE IDADE - ART. 227 DA CF/88 - EC Nº 20/98 - QUADRO SOCIAL QUE O PAÍS ATRAVESSA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O ADOLESCENTE - POSSIBILIDADE

- Não obstante o contido no art. 227 da CF/88, modificado pela Emenda Constitucional nº 20/98, é possível conceder autorização para o trabalho de menor, portando 15 anos de idade, em estabelecimento conceituado na comarca, em face do benefício que o trabalho lhe trará, com vistas exclusivas ao seu desenvolvimento pessoal e profissional, amadurecimento, experiência, atributos indispensáveis ao seu ajustamento psicossocial, máxime se provado que o trabalho não o impedirá de continuar seus estudos. A questão não pode ser vista apenas sob o ponto de vista legal. O grave quadro social que se instaurou no País, levando grande número de famílias brasileiras a viver abaixo da linha de pobreza, sem teto, sem vestuário, sem alimento e sem acesso à escola, saúde e lazer, lamentavelmente impede que o menor de 16 anos viva exclusivamente às expensas de seus pais e se dedique somente à escola e ao lazer, até aquisição da maioridade legal, como certos preceitos legais declamam. Na difícil fase da adolescência e juventude dos tempos atuais, é mais positivo para o menor dedicar seu tempo desde cedo ao trabalho saudável, com direitos trabalhistas e direito à escola respeitados, que deixá-lo entregue à ociosidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 247.335-3/00 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Constitucional - Direito do menor ao trabalho - Art. 227 da CF/88 e EC nº 20/98 - Possibilidade que não se afasta mediante o precário quadro social que o País atravessa somado à ausência de prejuízos ao menor - 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

Belo Horizonte, 13 de junho de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da apelação.

Cuida-se da apelação de pedido de autorização para o trabalho adolescente em conceituado estabelecimento na Comarca de Caratinga, interposto por M.E.B., portando 15 anos de idade, devidamente representada por sua mãe, ao argumento de que o trabalho contribuirá para o desenvolvimento pessoal e profissional da menor, além de contribuir junto ao seio familiar na sua mantença.

A questão a ser enfrentada diz respeito à viabilidade do direito de menor, portando 15 anos de idade, ao emprego em estabelecimento conceituado na Comarca, tendo como óbice o art. 227 da CF/88 e a EC/20, apontado pelo ilustre RMP de primeira instância, o qual opinou pelo indeferimento do pedido e recorreu da procedência, pelo Juízo monocrático.

Dúvida não há de que a respeitável decisão recorrida deve ser mantida, em face do incontestável benefício que o trabalho trará à menor suplicante, com vistas exclusivas ao seu desenvolvimento pessoal e profissional, amadurecimento, experiência, atributos estes indispensáveis ao seu ajustamento psicossocial, além de contribuir no âmbito familiar para a sua mantença, atentando-se à classe humilde a que pertence.

Ademais, restou provado nos autos que o trabalho não impedirá a suplicante de continuar seus estudos, já que matriculada se encontra em escola estadual local.

A questão posta nos autos, como se referiu o douto Sentenciante, bem como o ilustre Procurador de Justiça em seu notável parecer de fls. 34/39, não pode ser vista unicamente sob o ponto de vista legal, como empreendido pelo RMP de primeira instância, atento à EC/20, que modificou o art. 227/CF/88, elevando a idade mínima para o trabalho do menor de 14 anos para 16 anos, tendo-se em conta que a suplicante possui 15 anos, conforme alegado na exordial.

O grave quadro social que se instaurou no País, levando grande número de famílias brasileiras a viverem abaixo da linha de pobreza, sem teto, sem vestuário, sem alimento e sem acesso à escola, saúde e lazer, lamentavelmente impede que o menor de 16 anos viva exclusivamente às expensas de seus pais e dedique-se somente à escola e ao lazer, até aquisição de maioridade legal, como certos preceitos legais declamam, observando-se, *in casu*, a menor suplicante já portar 15 anos de idade.

E hoje, em vista do quadro social dramático instaurado nas famílias brasileiras, é essencialmente positivo que um menor dedique seu tempo desde cedo ao trabalho saudável, com seus direitos trabalhistas e direito à escola respeitados, a deixá-lo entregue à ociosidade, em plena difícil fase de adolescência e juventude que atravessa, nos tempos atuais.

Por tais fundamentos, nego provimento ao apelo e mantenho em seu inteiro teor a sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL - AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO - POSSIBILIDADE

- O direito de investigar a paternidade constitui interesse indisponível e imprescritível, razão pela qual a investigação de paternidade, por se cuidar de uma ação de estado, não se materializa na coisa julgada. Negada anteriormente a paternidade por falta de prova segura, não tendo sido reconhecido ou negado o vínculo biológico da geração do filho e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, a sentença que julgou a pretérita ação investigatória não faz coisa julgada material, permanecendo o direito do investigado de intentar nova ação de investigação de paternidade, quando entender que possui elementos de prova suficientes para comprovar suas alegações, ainda que tenha sido aforada uma anterior, com sentença julgando improcedente o pedido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 247.666-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Decisão anterior, transitada em julgado, dando pela improcedência do pedido, por falta de provas - Argüição de coisa julgada - Rejeição. - A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. - A segurança jurídica cede a valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real.

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, 30 de abril de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Arésio A. D. e Silva.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se o agravante contra a decisão interlocutória que, em ação de investigação de paternidade, rejeitou a preliminar de afronta à coisa julgada material e determinou, a requerimento do autor, ora agravado, a submissão dos litigantes ao exame de DNA (fls. 263/270).

Alega, em síntese, que a pretensão ajuizada encontra óbice inarredável na coisa julgada material em que se converteu a sentença, que, julgando outra ação de investigação de paternidade, com pedido de alimentos, proposta pelo agravado contra o agravante, deu pela improcedência do pedido inicial, ante a incerteza quanto à paternidade atribuída ao réu, ora agravante.

Regularmente intimado após o indeferimento do pedido de efeito suspensivo, o agravado respondeu ao recurso, reportando-se à jurisprudência que se lhe afigura aplicável ao caso dos autos e pleiteando a confirmação da decisão recorrida, por estar afinada com aquela orientação pretoriana.

O Dr. Procurador de Justiça sustentou que o recurso não está a merecer provimento, uma vez que, "*instaurado o confronto fático entre a aparência e a realidade possível, deve ser o Direito interpretado de acordo com a realidade*".

O presente recurso merece conhecimento.

Invocando o disposto no art. 469, I e II, do CPC, manifestou-se o ilustrado Procurador de Justiça pela rejeição da preliminar de coisa julgada, afirmando:

"*É por demais curial que o direito de investigar a paternidade, por tratar-se de interesse indisponível, é imprescritível, e por isto mesmo insusceptível de transitar em julgado matéria previamente discutida em uma pretérita ação de investigação de paternidade. Ação na qual apenas e tão-somente julgou-se improcedente o pedido ao fundamento da 'incerteza da paternidade'...*".

Com efeito,

"*Quando a ausência de provas acerca da paternidade que se investigava não passa de fundamento da sentença, não há que se falar em decisão que transitou em julgado. 'A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real'.* (AGI 0-2116-1, Rel. Des. Edmundo Minervino)" (Tribunal de Justiça do Distrito Federal - *Processo: Agravo de Instrumento 20000020044902AGI DF - Acórdão: 133.304 - Órgão Julgador: 5ª Turma Cível data: 13.11.2000 - Relator:* Romeu Gonzaga Neiva - *Publicação: Diário da Justiça do DF: 07.02.1920 p: 40 - Ramo do Direito: Direito Civil - Direito Processual Civil - Ementa: Agravo de instrumento* - Investigação *de* paternidade - *Decisão que rejeita alegação de* coisa julgada - *Ação anteriormente ajuizada* julgada *improcedente por falta de provas - Inexistência de* coisa julgada. *Decisão: Negar provimento. Unânime. Indexação: improcedência, agravo de instrumento, investigação de paternidade, inexistência,* coisa julgada *material, indisponibilidade, interesse social. Segredo de Justiça.)*

Assim também decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Processo Civil.* Investigação *de* paternidade. *Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas.* Coisa julgada. *Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido.*

- I. Não excluída expressamente a paternidade *do investigado na primitiva ação de* investigação *de* paternidade, *diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a* paternidade *como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.*

- II. Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação *genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.*

- III. A coisa julgada, *em se tratando de ações de estado, como no caso de* investigação *de* paternidade, *deve ser interpretada* modus in rebus. *Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a* coisa julgada *existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que, numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'.*

- IV. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (REsp 226.436-PR, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, 4ª T., julg. em 28.06.01, *DJU* de 04.02.02, p. 370).

Manifestando irrestrita adesão a esse entendimento, nego provimento ao presente agravo.

Custas, pelo recorrente.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Sr. Presidente. Em primeiro lugar, devo dizer que em muito boa hora volta o Dr. Arésio Dâmaso a abrilhantar estes auditórios com sua oratória impecável e argumentos ponderados.

S. Exª teria total e absoluta razão, a meu ver, se se tratasse de um caso comum. Não creio que neste Tribunal exista assunto tão palpitante e tão controverso quanto o que estamos apreciando. Em nenhum momento S. Exª atentou, creio eu, *data maxima venia*, para um direito que é o direito de o filho saber quem é seu pai.

Não pode passar despercebido que à época da primeira sentença ainda não havia o exame de DNA, e aquele douto Juiz concluiu pela improcedência do pedido porque era "*indispensável a iniciativa a respeito da paternidade*".

Ora! O direito evoluiu e deve buscar, fundamentalmente, a verdade real, o que aqui será possível com a realização do exame de DNA.

A divergência quanto a este palpitante tema ocorre neste próprio Tribunal de Justiça.

Assim, cumprimentando o Dr. Arésio, mais uma vez, pela excelência de sua sustentação oral, estou acompanhando o Relator, com voto escrito, do seguinte teor:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo douto Juiz *a quo*, que, nos autos da ação de investigação de paternidade ajuizada pelo agravado em face do agravante, rejeitou a preliminar de coisa julgada argüida em contestação.

É certo que o agravado, em março de 1980, ajuizou a mesma ação de investigação de paternidade em face do agravante (fls. 62/63), que tramitou perante a 2ª Vara de Família desta Capital, cujo pedido foi julgado improcedente pelo Juiz Zulman da Silva Galdino, hoje Desembargador (fls. 197/199).

A decisão proferida em primeira instância foi confirmada pela Quarta Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Cível nº 59.790, cuja decisão transitou em julgado em junho de 1983 (fls. 224/231-v.).

Como o agravado, vinte anos depois, ajuizou nova ação de investigação de paternidade, pretendendo a realização do exame de DNA, o agravante argüiu, em preliminar, a coisa julgada material.

Ocorre que, com a devida vênia do agravante, entendo que, na hipótese *sub examine*, não se há falar em impossibilidade de se reexaminar a matéria por força da coisa julgada material.

Na primeira ação de investigação de paternidade, o pedido foi julgado improcedente, pelo fato de que "*a múltipla e promíscua convivência sexual da mãe com diversos homens é causa de insuperável incerteza a respeito da paternidade do filho que venha a gerar*" (fl. 228). Assim, tem-se que o pedido investigatório foi rejeitado naquela oportunidade pela *exceptio plurium concubentium*, evidenciadora da má conduta da mãe do investigante.

Conclui-se daí que a paternidade foi negada porque não foi provada de modo convincente para o Juiz. Todavia, considerando-se a indisponibilidade e a imprescritibilidade do direito que ora se arroga, a ausência de prova da matéria fática não implica exclusão do investigado como possível pai do agravado, isentando-se definitivamente de qualquer responsabilidade pela paternidade.

Com efeito, negando-se anteriormente a paternidade por falta de prova segura, a sentença que nega o pedido, mas não reconhece ou nega o vínculo biológico da geração do filho, não faz coisa julgada material, permanecendo o direito do investigante de ajuizar nova ação de investigação de paternidade quando entender que possui elementos de prova suficientes para comprovar as suas alegações.

Se o moderno processo legal deve buscar sempre a verdade real, quando essa verdade não foi encontrada, pelo fato de que não havia à época o exame de DNA, não pode o Judiciário, nesse caso, decidir ao argumento de que houve a coisa julgada.

Todo ser humano tem o direito de saber quem é o seu verdadeiro pai biológico, e o Judiciário, que tem o monopólio da jurisdição, não pode ficar insensível a isso.

Assevere-se que a questão ora em debate, dada a sua importância, está sendo objeto de projeto de lei apresentado por dois parlamentares, propondo alterações nas Leis 8.560/92 e 883/49, que regulam o procedimento de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento ou não reconhecidos.

No referido projeto de lei, a primeira proposta determina que a ação de investigação de paternidade que tenha sido julgada sem a prova do DNA não se submeterá à coisa julgada, sendo recusada como procedimento definitivo para o reconhecimento ou a negatória de paternidade.

Em comentário a essa proposta, o Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Dr. CAETANO LAGRASTA NETO, publicou nota na Revista *Notícias Forenses* de abril/2002:

"*Sempre nos posicionamos favoráveis à revisão das decisões de reconhecimento ou negatória de paternidade, proferidas ou com base em falsa premissa, despidas de caráter científico (HLA); com a ausência de prova científica, obstada pelo pretenso genitor (impedida a condução forçada) ou, para finalizar, nos casos de impedido o acesso à Justiça, pelo próprio Estado (incapacidade econômica do investigante). Nossa proposta (Lagrasta, 2000) partia da desburocratização - informalidade e economia sem desrespeito à segurança processual e das partes - e do acesso irrestrito a uma ordem jurídica justa, através de petição de desarquivamento e reabertura de processos definitivamente julgados, com o único intuito de se proceder ao exame pelo DNA. Verdadeira Revisão, por qualquer das partes, que 'permita, ainda que de forma tardia, seja alcançada a justiça das novas conquistas humanas, transplantadas para o processo civil' (idem, p. 152), afastando-se o formalismo rançoso, despido de qualquer compromisso com a Verdade e a Justiça, especialmente quanto à definição dos conceitos de prescrição e decadência (Clóvis Bevilacqua, RT, 139:446)*".

Diante desses fatos, afastada a hipótese de coisa julgada, pode o agravado ajuizar nova ação de investigação de paternidade, posto que à época da propositura da outra ação não existia o exame de DNA que ora se pretende realizar.

Nesse sentido é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

"*Investigação de paternidade - Indeferimento do pedido por absoluta ausência de provas a cargo do investigante - Sentença que não faz coisa julgada material, se impossibilitada do exame do mérito propriamente para dizer da existência ou não do vínculo biológico entre autor e réu, permanecendo o direito a nova ação, com a mesma causa de pedir*" (TJMG, 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. nº 188.816-3, julg. 14.08.01).

Com essas considerações, acompanho o voto do eminente Relator, a fim de negar provimento ao agravo de instrumento.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O 2º VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O 1º VOGAL NEGANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 23.04.02, a pedido do Segundo Vogal, após votarem o Relator e o Primeiro Vogal negando provimento.

Com a palavra o Des. Geraldo Augusto.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Com a análise dos autos tem-se, neste caso específico, como também anotado pela douta sentença, que as decisões no processo anterior não tiveram por base prova concreta, e sim a mera ausência da mesma, fundamentando-se, simplesmente, na "incerteza" da paternidade, em face da mera presunção decorrente da alegada pluralidade de relacionamentos da mãe do agravante (autor) e o que era plenamente aceito pela doutrina e jurisprudência naquela ocasião de julgamento.

A tal se acresce a natureza da ação, que não autoriza a conseqüência definitiva da coisa julgada, nesta circunstância, bem como o advento de novos meios de provas evidentes e concretas, como os exames específicos de DNA, que se conjugam com o direito do agravado (requerente) de não permanecer em dúvida quanto à sua filiação, em relação ao agravante (requerido).

Com tais razões, acompanham-se integralmente as razões contidas nos votos dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor e, também, nega-se provimento ao agravo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - SINDICÂNCIA - INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - INOBSERVÂNCIA - APLICAÇÃO DE PENA - NULIDADE - FALTA DISCIPLINAR - APURAÇÃO - OBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS - IMPRESCINDIBILIDADE

- Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados, também, no processo administrativo-disciplinar, e não apenas nos processos judiciais.

- Na apuração de falta disciplinar, é imprescindível que sejam observadas as normas legais para caracterizar a legalidade da punição aplicada.

- A sindicância é um verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo-disciplinar. Entretanto, é comum a sua utilização para apurar pequenas faltas dos servidores, o que não afasta a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade da punição imposta.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.267-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Processo administrativo-disciplinar - Inobservância - Princípio da ampla defesa - Nula a aplicação de pena disciplinar. - "*Com o advento da Constituição Federal de 1988, o contraditório e a ampla defesa devem ser observados, também, no processo administrativo-disciplinar, e não apenas nos processos judiciais; a sindicância é um verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo-disciplinar. Não obstante, é comum a sua utilização para apurar pequenas faltas dos servidores, o que não afasta a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório*".

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, 27 de maio de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

O ora apelante Messias da Cunha Oliveira ajuizou a presente ação

em face do Estado de Minas Gerais, objetivando a declaração de nulidade de inquérito administrativo por terem sido violados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, vez que não foi intimado para acompanhar a oitiva das testemunhas, nem tampouco foi citado para defender-se, bem como não foi assistido por defensor legalmente constituído e que a punição foi aplicada antes de finalizada a sindicância.

Devidamente citado, o Estado de Minas compareceu aos autos às fls. 121/124-TJ, alegando que o processo disciplinar não padece de vícios; realça, mais, que não foram violados os prefalados princípios constitucionais, eis que o então autor, após o encerramento da sindicância, apresentou pedido de reconsideração; que as configurações de lesão à ampla defesa e contraditório estariam caracterizadas, se o suplicante tivesse requerido a inquirição de testemunhas ou qualquer outra diligência e fosse indeferida; mais, "*o fato de não ter sido assistido por defensor legalmente constituído não caracteriza lesão ao direito de defesa, já que o autor poderia ter constituído defensor para apresentar recurso ao final da sindicância regular*".

Às fls. 134/136-TJ, o MM. Juiz de Direito *a quo* julgou improcedente o pedido prefacial aduzindo que não verificou as irregularidades apontadas.

Não concordando com a r. decisão, o suplicante aviou recurso de apelação às fls. 138/140-TJ, estatuindo que, em momento algum, foi intimado para quaisquer atos processuais; que foi punido em data anterior ao trânsito em julgado da decisão do processo administrativo; contra-razões às fls. 142/145-TJ.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de opinar por entender descabida a manifestação ministerial (fls. 152/153-TJ).

Não havendo preliminares, passo ao mérito.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o contraditório e a ampla defesa devem ser observados, também, no processo administrativo-disciplinar, e não apenas nos processos judiciais.

Na apuração de falta disciplinar, é imprescindível que sejam observadas as normas legais para caracterizar a legalidade da punição aplicada.

Trago a lume decisão dessa Corte:

"*Ementa: Militar - Exclusão disciplinar - Verificação pelo Judiciário acerca da legalidade do ato - Apuração de falta - Critério - Processo regular e meios sumários* - Due process of law - *Sua aplicação também à instância administrativa civil ou militar. - A regularidade na apuração de falta disciplinar é imprescindível para caracterizar a legalidade da punição aplicada ao servidor. O poder disciplinar é, por natureza, discricionário.*

Contudo, a discricionariedade do administrador não permite a ele punir arbitrariamente o seu subordinado. O fato de ser a atividade policial-militar diferente da civil não transforma o ilegal em legal, a ponto de permitir que o processo administrativo-disciplinar seja substituído por meios sumários de apuração de falta. Ademais, o due process of law, *constitucionalmente assegurado, é aplicável à instância administrativa civil ou militar*". (Apelação Cível nº 000.186.586-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): 1º) JD 2 V. Faz. Comarca Belo Horizonte, 2º) Estado de Minas Gerais - Apelado(s): Willian Pereira dos Santos - Relator: Des. Hyparco Immesi.)

Cabe esclarecer que à União compete, a teor do inciso XI combinado com o § 1º, ambos do art. 24 da Constituição da República, estabelecer as normas gerais sobre procedimento em matéria processual, atribuindo aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma concorrente.

Assim, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, embora elaborada para a aplicação no âmbito da União, contém, em seu corpo, normas gerais que devem ser observadas pelas diversas esferas de governo.

Dentre estas normas gerais, está disposto no art. 2º:

"*Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*".

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, dissertando sobre o tema, obtempera que:

"*O princípio do contraditório exige, em contrapartida, que a comissão dê ao indiciado oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas*".

E mais:

"*Concluída a instrução, deve ser assegurado o direito de 'vista' do processo e notificado o indiciado para apresentação de defesa. (...) Nessa terceira fase, deve ele apresentar razões escritas, pessoalmente ou por advogado de sua escolha; na falta de defesa, a comissão designará funcionário, de preferência bacharel em direito, para defender o indiciado*" (*Direito Administrativo*, 12ª ed. Atlas, p. 497).

Outro não é o ensinamento do Mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"*Desde a citação acusatória deve ser facultado ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame dos autos na repartição, para apresentação de defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução. Nesse conhecimento da acusação, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios, é que se consubstancia a ampla defesa assegurada pela Constituição*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., Malheiros, p. 601/602).

Analisando detidamente este caderno processual, constata-se que não há prova de intimação do apelante para acompanhar a oitiva de testemunhas e diligências, bem como apresentação de defesa após a fase instrutória.

Alega o apelado que não estaria configurada a lesão ao direito da ampla defesa pelo fato de o apelante ter apresentado pedido de reconsideração após o encerramento da sindicância.

Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "*a sindicância seria uma fase preliminar à instauração do processo administrativo*" (*Direito Administrativo*, Atlas, 2000, 12ª ed., p. 498); este propedêutico proceder é, na verdade, um verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo-disciplinar; inobstante, é comum a sua utilização para apurar pequenas faltas dos servidores, o que não afasta a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Diante de tais considerações, dou provimento ao apelo recursal para reformar a decisão hostilizada em sua integralidade, declarando nula a pena disciplinar aplicada por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Custas, na forma de lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM* C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DOS HERDEIROS DO INDIGITADO PAI - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - INOBSERVÂNCIA - NULIDADE PROCESSUAL

- A legitimidade passiva da ação de investigação de paternidade *post mortem* é conferida a todos os herdeiros do suposto pai. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário, constituindo pressuposto processual necessário e indispensável à validade da composição da relação processual e desenvolvimento do processo. A sentença proferida sem que haja sido formado o litisconsórcio se revela ineficaz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.516-7/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Investigação de paternidade *post mortem* c/c petição de herança - Legitimidade passiva *ad causam* dos herdeiros do indigitado pai - Litisconsórcio passivo necessário - Inobservância - Nulidade processual. - A legitimidade passiva da ação de investigação de paternidade *post mortem* é conferida a todos os herdeiros do suposto pai. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário, constituindo pressuposto processual necessário e indispensável à validade da composição da relação processual e desenvolvimento do processo. A sentença proferida sem que haja sido formado o litisconsórcio se revela ineficaz. Recurso prejudicado.

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 ANULAR O PROCESSO, DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2002. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, proposta por L.H., L.H. e L.H., devidamente representadas por sua genitora, contra os herdeiros de M.D.B.

As razões recursais das partes e a manifestação da douta Procuradoria de Justiça foram expostas, sucintamente, no relatório de fls.

Analisando-se a preliminar de ilegitimidade passiva de M.D.B., já falecido, impõe observar a sua inocorrência, posto que se infere da inicial que a ação fora efetivamente proposta contra os seus herdeiros, tendo havido, tão-somente, a não-utilização da boa técnica.

Tal fato determina, pois, o afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

No que tange à preliminar de nulidade do processo por falta de substituição processual, insta salientar que não merece ser acolhida.

Primeiramente, imperioso se faz analisar o instituto jurídico da substituição processual.

Este consiste em demandar em nome próprio direito alheio, ou seja, é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia. Sobre o tema explicita HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em seu *Curso de Direito Processual Civil*, que:

"*Há, só por exceção, casos em que a parte processual é distinta daquela que é parte material do negócio jurídico litigioso. Quando isto ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição processual, que consiste em demandar a parte em nome próprio a tutela de um direito controvertido de outrem. Trata-se de uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a substituição processual*" (art. 6º).

Ocorre, porém, que no presente feito a herdeira da falecida deveria compor a lide para defender direitos próprios em nome próprio, visto que, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros legítimos, circunstância esta que afasta a hipótese de substituição processual.

Exsurge dos autos, entretanto, que a verdadeira finalidade da parte era habilitar os herdeiros no processo para suceder processualmente a falecida (art. 1.055 do CPC).

Trata-se do instituto jurídico da sucessão processual, que consiste na substituição do litigante falecido por seus herdeiros, fator que ocasionaria uma substituição de parte.

Entretanto, é pressuposto da sucessão processual da parte sua prévia integração ao processo, o que não ficou constatado no feito em questão. Não houve aperfeiçoamento da relação processual pela integração de todos os seus elementos subjetivos, posto que a herdeira falecida não chegou, sequer, a ser citada.

Nesse tocante, cumpre vislumbrar que houve séria afronta ao direito da herdeira da falecida, vez que a sentença em epígrafe repercutiria iniludivelmente em seu direito sobre a herança, sem garantir-lhe as tutelas constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por isso, não obstante a quase-totalidade dos réus terem sido citados, a eficácia da sentença em apreço encontra-se contaminada, vez que se confirmou necessidade do litisconsórcio necessário, a teor do comando do art. 47 do CPC.

Sobre o tema, ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*Assim, podemos concluir que litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, é aquele sem cuja observância não será eficaz a sentença, seja por exigência da própria lei, seja pela natureza jurídica litigiosa*" (*Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., v. I, p. 117/118).

Chiovenda analisa a questão, constatando que "*a sentença proferida sem que tenha sido formado o litisconsórcio necessário considera-se* inutilitur datur, *por isso não produz efeitos aos que do processo participam*".

E, como o comando insculpido no art. 47 do CPC é cristalino em ditar que a eficácia da sentença está, indissoluvelmente, jungida à citação

regular de todos os litisconsortes, resulta que a inexistência de citação de L.F.B., mãe e herdeira de C.A.B., acarreta a nulidade da sentença sob foco.

Cumpre acrescentar que a nulidade não é apenas da sentença, senão do próprio feito, visto que para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu, no caso, todos os litisconsortes (art. 214, CPC).

Isto posto, em decorrência do não-estabelecimento do litisconsórcio necessário, em preliminar de ofício, anulo o processo a partir dos seus respectivos atos citatórios, para que outros se realizem com a inclusão de todos os litisconsortes no pólo passivo da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança.

Sem custas, em razão de estarem as partes sob os benefícios da assistência judiciária.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

SÚMULA - REJEITARAM PRELIMINARES. ANULARAM O PROCESSO, DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - CHEQUES - ORIGEM - PROVA - NECESSIDADE - AUTONOMIA CAMBIÁRIA - RESTRIÇÃO

- É dever do credor provar a origem do crédito que almeja habilitar no processo falimentar em razão das disposições do art. 82 do Dec.-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), mesmo se o seu crédito se lastreia em cheque dotado de autonomia cambiária, a qual é restringida pelo mencionado preceito normativo, cujo alcance, revestido de interesse público, visa à proteção da massa dos credores, em detrimento do interesse individual do particular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 249.277-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito - Cheques - Origem - Prova - Necessidade - Autonomia cambiária - Restrição. - É dever do credor provar a origem do crédito que almeja habilitar no processo falimentar em razão das disposições do art. 82 da Lei de Falências, mesmo se o seu crédito se lastreia em cheque dotado de autonomia cambiária, a qual é restringida pelo mencionado preceito normativo, cujo alcance, revestido de interesse público, visa à proteção da massa dos credores, em detrimento do interesse individual do particular. 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, 20 de junho de 2002. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Cuida-se de apelação interposta por Sidney de Aguiar Salgado contra sentença que julgou improcedente pedido de habilitação que promove contra a massa falida de Liberty Factoring Fomento Comercial Ltda.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram reportadas, sumariamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por adequar-se aos pressupostos de sua admissibilidade.

O apelante alega que o seu crédito está representado por um cheque, elencado como título de crédito extrajudicial, sendo hábil a sustentar o pedido de falência, como também para o seu pedido de habilitação. Neste sentido, afirma que o art. 82 do Dec.-lei nº 7.661/45 não exige comprovar a *causa debendi* do seu cheque, bastando a sua declaração, a tanto. Aduziu, mais, que o seu título, por se tratar de ordem de pagamento à vista, gera a dificuldade, senão a impossibilidade, de se provar o negócio subjacente, o empréstimo; além disso, entende que o raciocínio do Julgador singular lança por terra as regras do direito cambiário, transformando o seu cheque em mero papelucho. Assevera, mais, que o seu cheque foi protestado antes da decretação da falência da ré, inclusive, manejou pedido idêntico, que foi extinto, em face da existência do presente feito, no qual pretende habilitar o seu crédito, fatos estes que, a seu ver, caracterizam a sua legitimidade.

À minha ótica, não obstante o brilho dos argumentos esgrimidos pelo apelante, tenho por inalbergável a sua irresignação contra a sentença, pois ressai, a toda evidência, do processado que não alcançou provar a origem do seu título de crédito, não obstante ser ônus legal seu, a teor do art. 82 da Lei Falimentar.

Ressentem-se os autos de qualquer elemento material de convicção passível de definir a origem do aludido cheque, isto é, não há prova do negócio jurídico, o alegado empréstimo, supostamente entabulado entre a falida, Liberty Factoring Fomento Comercial Ltda., e o habilitante, Sidney de Aguiar Salgado, que pudesse legitimar o seu crédito. Não trouxe o apelante sequer um começo de prova sobre o referido

empréstimo, bem assim com relação ao fato de ter requerido, também, a falência da apelada, permanecendo somente no campo das meras palavras, o que é claramente insuficiente ao atendimento dos ditames do pré-falado art. 82 da Lei de Quebras.

O referenciado texto de lei é taxativo em exigir do habilitante a prova inequívoca da origem do seu crédito, posto que sem tal comprovação os demais credores da massa falida não estarão aptos para verificarem a natureza e a legitimidade da obrigação que originou o crédito habilitado, fato este que poderá ferir os seus direitos no concurso falencial. Portanto, o disposto no mencionado art. 82 visa coibir possíveis fraudes e abusos nesta seara, razão por que tem o caráter de requisito para acolher-se o pleito do apelante, concernente à inclusão do crédito revelado no apontado cheque na massa de credores, sendo que o não-atendimento desse requisito legal importa, a meu ver, na improcedência da pretensão do apelante nesse tocante.

Sobre o alcance do multicitado art. 82 da Lei Falimentar, esclarecedoras são as palavras de MIRANDA VALVERDE, que ora se transcrevem:

"*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 a origem de 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 do Código Comercial, do qual deriva a obrigação. Daí se necessário, ainda mesmo para aqueles créditos que se materializaram nos documentos, que lhe servem de forma legal (letra de câmbio, notas promissórias), a denúncia da causa que provocou o seu nascimento*" (*Comentários à Lei de Falências*, 2ª ed., v. II, p. 229/230).

Com lastro no excerto doutrinário supratranscrito, observa-se que a autonomia dos títulos de crédito sofre evidente restrição ante a exigência legal do art. 82 da Lei Falencial, em face da impostergável necessidade de se resguardar o direito da massa dos credores, situação esta que empresta verdadeiro cunho de interesse público a este preceito normativo, sobrepujando o direito do particular esteado na autonomia cambial. Por conseguinte, vislumbro ser imprescindível a prova da origem dos títulos de crédito, quando estes forem utilizados aos fins colimados pelo habilitante.

A propósito, necessário trazer à baila a posição adotada pelo colendo STJ, conforme compilação de THEOTONIO NEGRÃO, *v.g.*:

"*A indicação da origem do crédito, 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 - 3ª Turma, REsp 10.208-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 1.10.91, não conheceram, v.u, *DJU* de 28.10.91, p. 15.254, 1ª col., em.)" (*CPC e Legislação Processual em Vigor*, 28ª, p. 947).

Em decorrência do arrazoado supra, tenho por insubsistentes as proposições defendidas pelo apelante quanto a ser pretensamente desnecessária a prova da origem do cheque acostado a este processado, em razão da sua regência pelas normas cambiárias.

Isto posto, nego provimento à apelação para manter incólume a sentença.

Sem custas, dados os benefícios da assistência judiciária concedidos ao apelante.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa -De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - NOME DE ASCENDENTES FALECIDOS - RETIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ILEGITIMIDADE DO INTERESSADO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - INOCORRÊNCIA

- Falece legitimidade ao interessado para requerer a retificação, em registro civil, de nomes de ascendentes já falecidos, por atingir direitos personalíssimos destes, mormente se a reforma atingir também outros descendentes, que se obrigariam à retificação, não havendo que se falar, neste caso, em substituição processual, segundo a regra do art. 43 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 249.311-2/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Retificação de nomes em registro civil - Pretensão que, além da alteração de dados nos assentamentos relativos aos interessados se estende aos registros de seus ascendentes já falecidos - Inocorrência de substituição processual - Ilegitimidade - Apelação improvida.

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, 09 de maio de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de recurso interposto contra decisão que acolheu em parte pedido formulado em procedimento de retificação de nomes em assentamentos do registro civil, determinando a retificação dos nomes dos postulantes, mas indeferindo o pleito relativamente aos ascendentes já falecidos, por implicar direito alheio, falecendo legitimidade para os requerentes.

Os apelantes pedem a reforma do *decisum* argumentando se legitimarem para a pretensão, em decorrência da substituição processual, com observância do princípio da continuidade, solicitando, enfim, com referência a precedentes, o provimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no sentido de se negar provimento ao recurso.

Do necessário, este o relatório.

Decide-se:

Conheço da apelação.

Os apelantes obtiveram as retificações de seus registros.

Pugnam pela retificação de outros assentos, de seus ascendentes já falecidos.

Parece-me, com respeito, que se mostra incensurável a decisão hostilizada, mormente quando enfatiza o MM. Juiz que a reforma atingiria outros descendentes, que não os apelantes, que se obrigariam à retificação, além de atingir registros outros.

Aqui, *data venia*, não há que se falar de substituição processual, que se dá no processo em que a parte, falecendo, se vê substituída, segundo a regra do art. 43 do CPC.

Na hipótese, a pretensão se projeta para os registros dos ascendentes, já falecidos, atingindo, a meu sentir, direito personalíssimo que redunda em ilegitimidade.

A retificação dos nomes de seus ascendentes somente se admite no registro dos próprios, não em outros.

Além disso cuida a espécie de documentos estrangeiros, traduzidos, com alteração de dados, o que, com respeito, afasta o procedimento de simples retificação.

A propósito decidiu esta Casa:

"*Embora a Lei 6.015/73 permita a retificação de assentamento no registro civil quando nele for constatado equívoco ou erro, se a pretensão não é de simples retificação do registro civil, mas de alterações substanciais de nomes, data e local de nascimento, envolvendo modificação nas informações de dados constantes de documentos estrangeiros, a que a lei brasileira não tem competência para proceder, é de ser extinto o processo, por carência de ação, em face da ausência de legítimo interesse de agir*". (Cf. Apel. 94.298-7, Comarca de Extrema, Rel. Des. Aloysio Nogueira, em "*Jurisprudência Mineira*", 143/137.)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Isento de custas.

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

BUSCA E APREENSÃO - DECISÃO DEFERITÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL - NULIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO

- Deve ser concedida a segurança impetrada pelo Ipsemg, quando demonstrada a nulidade da decisão que deferiu pedido de busca e apreensão dos computadores de seus advogados, sem qualquer fundamentação, ficando evidente o risco de prejuízo para aquela autarquia.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 249.649-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Mandado de segurança - Requisitos para a concessão. - Deve ser concedida a segurança impetrada pelo Ipsemg, quando demonstrada a nulidade da decisão que deferiu pedido de busca e apreensão dos computadores de seus advogados, sem qualquer fundamentação, ficando evidente o risco de prejuízo para aquela autarquia.

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, 25 de abril de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo requerente, o Dr. Guilherme Marinho.

O Sr. Des. Bady Curi - Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Ipsemg-Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas

Gerais contra ato do ilustre Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Belo Horizonte, que determinou a busca e apreensão dos computadores dos advogados lotados na sua Procuradoria Jurídica.

Alega o impetrante que a decisão da autoridade nominada coatora, por ausência de fundamentação legal, viola frontalmente o disposto no art. 93, IX, da CF, e fere direito líquido e certo dos advogados daquela instituição de não ter seu sigilo profissional ignorado ou atacado.

Afirma, mais, ser a medida ilegal e arbitrária, além de desnecessária, já que os próprios promotores que firmaram a inicial da ação de busca e apreensão realizaram cópia de todos os arquivos existentes nos computadores. E, por fim, conclui no sentido de ser muito fácil manipular o calendário dos computadores, com o objetivo de alterar as datas neles constantes.

Ao deferir a liminar, determinando a expedição de mandado para a devolução de todos os computadores apreendidos por força da decisão impugnada, ressaltei que:

"*A decisão deferitória da busca e apreensão é evidentemente nula porque sem a mais mínima fundamentação, chegando a ser intuitivo o risco de prejuízo para o Ipsemg se os seus procuradores ficarem privados por um tempo mais alongado sem o hoje quase imprescindível instrumento de trabalho para todos os operadores do direito*".

Desta feita, após as informações prestadas que, *data venia*, em nada alteraram meu posicionamento, e com amparo no parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Mário de Pinho Tavares, entendo que a liminar merece ser confirmada, com a concessão da segurança.

De todo o extraído dos autos, evidente a ilegalidade da decisão, sem qualquer fundamentação capaz de justificar o deferimento da busca e apreensão. Também não é trazido aos autos, através das informações, qualquer argumento capaz de justificar a razão de ter sido adotada tal medida, ressaltando ainda mais o caráter arbitrário com o qual foi adotada.

Como se sabe, determina a CF em seu art. 93, IX, que "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e* fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, *podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*".

Da mesma forma, nos termos do art. 165 do CPC, todas as decisões serão fundamentadas, ainda que de forma concisa, o que também não se deu na espécie.

Pelo exposto, concedo a segurança, ratificando a liminar anteriormente concedida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ouvi atentamente a sustentação oral.

Mediante simples despacho, a autoridade judiciária apontada como coatora deferiu a busca e apreensão dos computadores da Procuradoria do Ipsemg.

Trata-se de ato ilegal e abusivo, uma vez que, como bem acentuou o Ministério Público, o juiz cível, competente para a ação civil pública, que já se encontrava pendente, tem os poderes necessários a encaminhar a prova.

Excessiva foi a medida cautelar, no Juízo criminal. A autoridade coatora tinha o dever de evitar o excesso requerido se tornou intolerável com a permanência de seu despacho, entre 4 e 17 de setembro de 2001, embora o Ministério Público houvesse afirmado que possuía perito para realizar o levantamento técnico em 36 horas.

Mais sério foi o desrespeito ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, tendo-se produzido invasão no patrimônio de autarquia do Estado, sem dar-lhe o mínimo direito de defesa, pela ausência da fundamentação devida. Trata-se de precedente grave, de despacho teratológico e que, na excepcionalidade prevista pela Súmula do excelso Supremo Tribunal Federal, autoriza o mandado de segurança contra ato judicial.

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de 1994) assegura ao advogado ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado.

Mas a busca e apreensão não podem ser mandadas a fazer sem a mínima fundamentação, como salientou o em. Des. Relator, porque a falta de fundamentação, além de constituir violência, inibe a defesa, porque não se sabe o que está dentro da cabeça do juiz para a parte poder se defender.

É extremamente lamentável o que aconteceu e que, efetivamente, não deve constituir precedente nesta terra de liberdade, tendo em vista que, no estado democrático de direito, a ampla defesa, o contraditório e a liberdade profissional do advogado têm que ser apanágio ilimitado, ou somente limitado quando houver razões justas, bem fundamentadas, e não mediante um despacho sem qualquer fundamentação.

Ponho-me de inteiro acordo com o voto do em. Relator.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo com o Relator.

A Sr.ª Des.ª Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo com o Relator.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

POSSESSÓRIA - NATUREZA DÚPLICE - CONTESTAÇÃO - REQUERIMENTO DE DIREITOS SOBRE O BEM REINTEGRANDO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 922 DO CPC - BENFEITORIAS - INDENIZAÇÃO - PERÍCIA - REALIZAÇÃO - NECESSIDADE - AVALIAÇÃO PELO JUIZ - ART. 130 DO CPC - AGRAVO - ART. 526 DO CPC - NOVA REDAÇÃO - LEI Nº 10.352/2001 - ALCANCE - REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL

- É regra do direito intertemporal que a interposição do recurso se faz pela égide da lei existente quando proferida a decisão; logo, não se aplica a lei nova que passou a considerar o atendimento do art. 526 do CPC como requisito de admissibilidade do agravo, se à época de sua interposição a Lei nº 10.352/2001 ainda não se encontrava em vigor. Em decorrência, o eventual descumprimento do referido dispositivo não é óbice à apreciação do agravo, mas impedirá apenas o exercício do juízo de retratação pelo juiz singular.

- A teor do art. 130 do CPC, cabe ao magistrado aquilatar a necessidade de realizar-se a perícia, devendo prevalecer a decisão a esse respeito, caso a parte não apresente fundadas razões da inocuidade de tal prova.

- A natureza dúplice das ações possessórias permite que o réu, na sua contestação, requeira contra o autor os seus direitos sobre o bem reintegrando, sem que necessite valer-se de outra via judicial, a tanto, segundo se extrai do art. 922 do CPC.

- As benfeitorias porventura edificadas no imóvel reintegrando nele continuam após a desocupação, permanecendo íntegro o direito do posseiro de ser indenizado pelas mesmas.

AGRAVO Nº 249.779-0/00 - Comarca de Itapajipe - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Agravo - Art. 526 do CPC - Lei nova - Nova redação - Alcance - Descumprimento - Conseqüências - Perícia - Realização - Ação possessória - Natureza dúplice. - É regra de direito intertemporal que a interposição do recurso se faz pela égide da lei existente quando proferida a decisão; logo, não se aplica a lei nova que passou a considerar o atendimento do art. 526 do CPC como requisito de admissibilidade do agravo. Em decorrência, o seu eventual descumprimento não é óbice à sua apreciação, mas impedirá apenas o exercício do juízo de retratação pelo juiz singular. Ao magistrado cabe aquilatar a necessidade de realizar-se a perícia, a teor do art. 130 do CPC, cuja decisão a respeito haverá de prevalecer, caso a parte não apresente fundadas razões da inocuidade de tal prova. A natureza dúplice das ações possessórias permite que o réu, na sua contestação, requeira contra o autor os seus direitos sobre o bem reintegrando, sem que necessite valer-se de outra via judicial, a tanto, segundo se extrai do art. 922 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de agravo de instrumento oposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que deferiu a realização de perícia, exarada na ação de reintegração de posse que promove contra Wellington Ferreira de Medeiros.

As razões recursais das partes, a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça e as principais ocorrências havidas na formação do instrumento foram reportadas, sumariamente, no relatório de fls.

Em preliminar, o agravado pleiteia a não-apreciação deste recurso, em face do atendimento a destempo das disposições do art. 526 do CPC pelo agravante.

Ao exame desta preliminar, imperioso tecer algumas considerações sobre o alcance do mencionado art. 526 do CPC.

É certo que, com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, acrescendo o parágrafo único ao supracitado art. 526 do CPC, restou definido o caráter de requisito de admissibilidade da exigência nele contida; assim, estancou-se o aceso debate até então havido na doutrina e jurisprudência pátrias sobre os efeitos deste texto de lei. Todavia, a análise deste agravo não poderá realizar-se sob a égide da nova redação dada ao art. 526, porquanto é regra de direito intertemporal que a interposição do recurso se faz pela égide da lei existente à época em que foi proferida a decisão. É o que dispõe a Súmula nº 26 do 1º Tribunal Federal de Recursos, *v.g.*:

"*A lei regente do recurso é a que está em vigor na data da publicação da sentença ou decisão*".

Portanto, antes da edição da referenciada Lei nº 10.352/2001, o eventual descumprimento do comando vertido no art. 526 do CPC, em face do silêncio dos seus termos que não previam sanção, a tanto, apenas impediria que o juiz singular exercesse o juízo de retratação. Este entendimento encontra ressonância na lição de SÉRGIO BERMUDES, *verbis*:

"*A falta de juntada da cópia do agravo, prevista no art. 526, ou o descumprimento dos requisitos ali estabelecidos, não acarretará para o agravante conseqüência outra que obstar ao juízo de retratação. Não prejudicará a admissibilidade do agravo no tribunal*" (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Saraiva, 1996, 2ª ed., p. 91).

Por conseguinte, afasta-se esta preliminar para se proceder ao julgamento do agravo em apreço.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Itapajipe, que, nos autos da ação de reintegração de posse movida pelo Estado de Minas Gerais contra Wellington Ferreira de Medeiros, deferiu a realização de prova pericial, por entender ser necessária ao deslinde do feito.

Analiso, inicialmente, a título de preliminar, o não-conhecimento do recurso, por não terem sido cumpridas, a contento, as providências do art. 526 do CPC.

Tenho que tal preliminar não merece acolhida.

Isto porque o contraditório, sem dúvida, foi respeitado, tanto assim que o recorrido se insurgiu contra o agravo de instrumento, através de contraminuta apresentada tempestivamente.

No julgamento do Agravo de Instrumento de nº 254.451-8, em que fui Relator, deixei consignado que a Lei nº 10.352/2001 entrou em vigor em 26 de março deste ano, razão pela qual a invocação da aplicação do artigo alterado não pode ser argüida. Denota-se dos autos que o agravo de instrumento foi interposto em 14.09.2001, não estando sob a égide da referida lei. Assim, mesmo existindo atualmente dispositivo que penalize o agravante pelo não-cumprimento do art. 526 do CPC com a inadmissibilidade do recurso, tal não se aplica à hipótese dos autos.

Tem-se, portanto que, sob o regime anterior, o cumprimento do art. 526 do CPC era facultativo, tendo por escopo permitir ao magistrado de origem o exercício do juízo de retratação.

Eis o que preceitua NÉLSON NERY JÚNIOR, ao comentar o mencionado artigo legal:

"*Embora o texto da norma sugira imperatividade ('requererá'), é faculdade do agravante requerer a juntada, perante o juízo* a quo, *dos documentos de que fala o texto legal. Como é ônus e não obrigação, caso não providencie a juntada, o agravante terá contra si o fato de que o juízo recorrido não poderá retratar-se, modificando a decisão recorrida. Não pode ser apenado pelo não-conhecimento do recurso, quando não requerer a juntada dos documentos mencionados no texto comentado. Além de esse requerimento ser faculdade, a lei não prevê expressamente essa pena, de sorte que não é lícito ao intérprete criá-la*".

Desse modo, aplicável à espécie o princípio de que *tempus regit actum*.

Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada em contraminuta e conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Também estou a rejeitar a preliminar e conhecer do agravo, porque entendo que a legislação atinente ao recurso é a da época de sua produção. De forma que estou a rejeitar a preliminar e conhecer do agravo.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Peço vista.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS VOTAREM REJEITANDO A PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Isalino Lisbôa) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 09.05.2002, a pedido do Relator, quanto ao mérito, após rejeitarem a preliminar de não conhecimento do recurso, à unanimidade.

Com a palavra o Des. Lucas Sávio.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - O agravante assevera que o pleito indenizatório do agravado foi veiculado em via processual inidônea, pois entende que esta pretensão somente pode ser deduzida em ação própria, fato este que caracteriza ser desnecessária a perícia.

Sem razão o agravante, porquanto é ressabido que as ações possessórias possuem natureza dúplice, nas quais o réu não apenas se defende na contestação, mas também exige em tal oportunidade o seu direito do autor, oriundos do objeto litigioso. É o que se extrai do art. 922 do CPC, cujo alcance é assinalado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *v.g.*:

"*Não há, em outras palavras, reconvenção em ação possessória, pelo menos em princípio, porque a contestação,* in casu, *já é naturalmente dotada de força reconvencional*" (*Curso de Direito Processual Civil*, 2ª ed., p. 1.615).

Destarte, emerge juridicamente viável ao agravado esgrimir, em sede de contestação, o seu pleito quanto a ser indenizado pelas benfeitorias realizadas no imóvel reintegrando.

O agravante afirma ser desnecessária a efetivação da prova pericial, pois o agravado desocupou o imóvel reintegrando, o qual, inclusive, já se encontra em sua posse, o que torna inócua a realização da referida prova para se apurarem os valores das benfeitorias edificadas no referido bem aos fins de serem indenizadas.

Vez mais não se pode conceder razão ao agravante, pois as benfeitorias, porventura, edificadas no imóvel reintegrando nele permanecem após a desocupação do agravado, permanecendo íntegro o seu direito a serem indeni-

zadas pelas mesmas. Decorrência de que válida se mostra a realização de perícia para definir a existência das benfeitorias e quantificar os seus valores.

Ademais, cumpre estabelecer que, embora caiba à parte realizar a prova do fato constitutivo do seu direito, tal prova é dirigida ao juiz para construção do seu entendimento ao deslinde da causa, assim, verificando o magistrado a necessidade da efetivação da prova, conforme se extrai dos precisos termos do art. 130 do CPC. Sobre o tema, é a lição de ARRUDA ALVIM, *verbis*:

"*Ao juiz é que cabe aquilatar das provas necessárias ao seu convencimento, para endereçar seu julgamento em função dos fatos provados e apreciá-los livremente*" (*Manual de Direito Processual Civil*, 1978, v. II, p. 232).

À minha ótica, entendendo o Julgador singular pela necessidade da perícia, imperiosa é a sua realização, principalmente por não ter o agravante apresentado razões suficientes para demonstrar a inocuidade de tal prova.

Por fim, o agravante aduz que o agravado usou, ilegalmente, o imóvel reintegrando, circunstância esta que é óbice ao seu pedido de indenização, já que as eventuais benfeitorias efetivadas no referido bem são úteis, afastando a incidência da hipótese do art. 63 do Código Civil.

Esta questão, a meu aviso, somente poderá ser deslindada após se esgotar a instrução probatória no juízo de origem, o que prejudica a sua apreciação nesta instância recursal, não só por faltarem elementos de convicção a este respeito, como também por colidir com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo.

Sem custas.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - FAIXAS ILEGAIS - COLOCAÇÃO NA VIA PÚBLICA - MUNICÍPIO - IMPOSIÇÃO DE MULTA - CORREÇÃO DO PROCEDIMENTO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA

- Demonstrada, pelo município, a correção do procedimento que resultou na imposição das multas pela colocação de faixas ilegais na via pública, incabível a concessão da segurança, por ausência do direito líquido e certo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 249.787-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Apelação - Mandado de segurança - Multas pela colocação de faixas ilegais na via pública. - Demonstrada, pelo município, a correção do procedimento que resultou na imposição das multas, incabível a concessão da segurança, pela inexistência do direito líquido e certo. Apelo 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, 29 de abril de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Através desta apelação, volta-se a Churrascaria Carretão Del Rey Ltda. contra a sentença do MM. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública Municipal, que indeferiu o mandado de segurança impetrado contra a cobrança de débitos de multas, resultantes dos autos de infração nº 75.164, 75.165, 75.166 e 75.167. Os autos em referência dizem respeito a "*uso do espaço aéreo com faixa de publicidade*".

Asseverou a apelante a inexistência do auto de apreensão e de notificação pessoal, em afronta ao art. 19, I, da Lei Municipal nº 7.131/96 e ao artigo 47 do Decreto 9.232/97.

Pleiteou, preliminarmente, a suspensão dos efeitos dos autos de infração mencionados e a concessão da ordem, para que seja suspensa a cobrança dos lançamentos de multas, resultantes dos autos de infração.

Prestadas as informações, exarou parecer o Ministério Público de primeira instância, pela denegação do *mandamus*.

O decisório de primeiro grau repeliu o pleito inicial, ao fundamento de não estar caracterizado o direito líquido e certo.

Irresignada, apela a impetrante, reiterando seus argumentos pela falha insanável da autuação e do débito cobrado pela Secretaria Municipal da Fazenda.

Conheço do apelo, presentes os requisitos de admissibilidade.

As guias de recolhimento, que originaram a inicial da segurança, estão às fls. 17/18, fundando-se nos autos de infração de fls. 19/20.

O procedimento do Município foi segundo os ditames da Lei Municipal nº 7.131, de 24 de junho de 1996, que prevê, o art. 19 e seus incisos, a penalidade pecuniária apresentada, para cobrança.

O âmbito estreito do mandado de segurança é via imprópria para discutir a validade ou não dos documentos apresentados pelo Município, como esteio do procedimento adotado. A infração foi devidamente caraterizada, bem como local e hora.

Assim sendo, não merece qualquer censura o decisório de primeiro grau, que deu pela inexistência do direito líquido e certo a amparar a pretensão da apelante.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SAÚDE - HOSPITAL CREDENCIADO DO SUS - PACIENTE COM RISCO DE VIDA - CIRURGIA DE ALTA COMPLEXIDADE - CUSTEIO DO TRATAMENTO - ESTADO DE MINAS GERAIS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA - SEGURANÇA CONCEDIDA

- O Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais é parte legítima para figurar como autoridade coatora no mandado de segurança impetrado por paciente de hospital credenciado do SUS, buscando autorização para compra de todos os materiais indispensáveis à realização de cirurgia, bem como a realização de todos os procedimentos clínicos e cirúrgicos que se fizerem necessários para a manutenção de sua vida. É que o art. 196 da Constituição Federal, ao determinar o dever do Estado de promover a saúde de todos, estabelece a responsabilidade partilhada entre os três entes da Federação. A União, os Estados e os Municípios respondem solidariamente pela prestação dos serviços, não havendo necessidade de que as demandas, ainda mais de caráter urgente, sejam dirigidas aos três entes.

- O Estado de Minas Gerais, como responsável solidário, deve custear cirurgia de alta complexidade, em caso de iminente risco à vida do paciente internado em hospital credenciado pelo SUS. Entraves burocráticos, como a discussão sobre qual ente federado seria o responsável por custear o tratamento, não podem agravar ainda mais a enfermidade do paciente. Por outro lado, não procedem os argumentos da falta de previsão orçamentária e ausência de recursos financeiros, pois as ações e serviços de saúde são realizados por intermédio do SUS, financiado pelos recursos oriundos do respectivo tesouro e com os recursos transferidos pela União aos Estados e pela União e Estados aos Municípios. Desta forma, é obvio que não exista previsão específica para custear tal tratamento, mas existem os recursos destinados a custear a saúde pública, estando devidamente comprovado o direito líquido e certo do impetrante, sendo de se conceder a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 250.351-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Ilegitimidade passiva - Custeio de tratamento - Risco à vida - Responsabilidade partilhada entre os entes da Federação - Segurança concedida. - O art. 196 da Constituição Federal, ao determinar o dever do Estado de promover a saúde a todos, estabelece a responsabilidade partilhada entre os três entes da Federação. O Estado de Minas Gerais, como responsável solidário, deve custear cirurgia de alta complexidade, em caso de iminente risco à vida do paciente internado em hospital credenciado pelo SUS. Rejeitada a preliminar, concede-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Segundo 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, 05 de junho de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela autoridade coatora, o Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Antônio Moreira dos Santos contra o Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais, buscando, liminarmente, autorização para compra de todos os materiais indispensáveis à realização da cirurgia, principalmente do aparelho *cardioversor desfibrilador implantável* conforme relatório médico, bem como a realização de todos os procedimentos clínicos e cirúrgicos que se fizerem necessários e a sua permanência no Hospital Felício Rocho, onde já se encontra internado.

Diz o impetrante que, após uma criteriosa avaliação do corpo médico responsável pelo seu tratamento, fora constatado que o meio mais indicado e adequado para contemporizar definitivamente o seu grave problema de saúde seria a implantação de um aparelho conhecido como *desfibrilador*. Todavia, o Estado se nega a autorizar a compra do referido material e a realizar o tratamento necessário, apesar da gravidade de seu estado de saúde e da urgência em se realizarem os procedimentos clínicos e cirúrgicos necessários para manutenção de sua vida.

Argumenta que é uma pessoa de poucos recursos; que o Hospital Felício Rocho, onde já se encontra internado, é credenciado do SUS; que o próprio Ministério da Saúde, por meio da Portaria de nº 53, incluiu na Tabela de Procedimentos do SUS a previsão para o custeio do implante do mencionado *desfibrilador*.

Informações prestadas pela autoridade coatora às fls. 63/70, argüindo, em sede preliminar, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, aduz que, de fato, o Hospital Felício Rocho é credenciado pelo SUS, via do Sistema de Informação Hospitalar, no entanto, gerenciado pela Secretaria Municipal de Saúde, com a respectiva autorização de internação-AIH, a cargo do gestor. Assevera que o Estado de Minas Gerais não dispõe de previsão orçamentária, nem de disponibilidade financeira para prover o pedido.

Passo à análise da preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela autoridade coatora.

O art. 196 da Constituição Federal, ao determinar o dever do Estado de promover a saúde a todos, estabelece a responsabilidade partilhada entre os três entes da Federação.

Destarte, ao Estado, no âmbito de sua atuação, nos termos da Lei 8.080/90, compete prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde. E, ainda, de acordo com a NOB - SUS - 01/96, cabe ao gestor estadual a "*responsabilidade estadual no tocante à prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares de alto custo ao tratamento fora do domicílio e a disponibilidade de medicamentos e insumos especiais, sem prejuízo das competências dos sistemas municipais*".

Por esses motivos, rejeito a preliminar.

No mérito, pelo que se depreende dos autos, está-se diante de uma situação de extrema gravidade, que põe em risco o bem mais precioso, ou seja, a vida de um cidadão que necessita urgentemente da implantação do *desfibrilador*.

A Secretaria de Estado da Saúde se recusou a custear o referido material por entender que, estando o Município de Belo Horizonte habililitado na Gestão Plena de Sistema Municipal, é de sua responsabilidade a contratação, controle, auditoria e pagamento aos prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares e a administração dos procedimentos de alta complexidade (fls. 83).

Ora, conforme já ressaltado, dispõe o art. 196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos.

Também é certo que o SUS está organizado descentralizadamente, estabelecendo o legislador ordinário um conjunto de atribuições a serem exercidas em cada nível de gestão, cabendo aos três entes federados conjugar os recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos na prestação de serviços de assistência à saúde da população, assegurado o "*ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governos*" (art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90).

Destarte, a União, os Estados e os Municípios respondem solidariamente pela prestação dos serviços, não havendo necessidade de que as demandas, ainda mais de caráter urgente, sejam dirigidas aos três entes.

Ressalte-se, outrossim, que o procedimento objeto da impetração, implante do desfibrilador, está incluído na Tabela de Procedimentos do SUS, por meio da Portaria Conjunta nº 53.

Ora, por essas razões, entraves burocráticos, como a discussão de qual ente federado seria a responsabilidade pelo custear do tratamento, não podem, de forma alguma, agravar ainda mais a enfermidade do impetrante.

Além disso, os argumentos da falta de previsão orçamentária e ausência de recursos financeiros não procedem.

É que as ações e serviços de saúde são realizados através do SUS, financiado pelos recursos oriundos do respectivo tesouro e com recursos transferidos pela União aos Estados e pela União e Estados aos Municípios. Desta forma, é óbvio que não exista previsão específica para custear tal tratamento, mas existem os recursos destinados a custear a saúde pública, estando devidamente comprovado o direito líquido e certo do impetrante.

Diante do exposto, concedo a segurança, mantendo o deferimento liminar que determinou à autoridade coatora o custeio dos materiais indispensáveis ao tratamento do impetrante.

Custas, *ex lege*.

Sem honorários advocatícios, pelo que dispõe a Súmula 512 do STF.

Os Srs. Desembargadores Bady Curi, Isalino Lisbôa, Aloysio Nogueira, Carreira Machado, Almeida Melo, Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes e Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

UNIÃO ESTÁVEL - FAMÍLIA MONOGÂMICA - ART. 226, § 3º, DA CF/88 - MAGISTRADO QUE PRESIDIU A AUDIÊNCIA - APOSENTADORIA - JUIZ SUBSTITUTO - DESIGNAÇÃO - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - QUEBRA - INOCORRÊNCIA

- Não contunde o princípio da identidade física do juiz previsto no art. 132 do CPC a designação, por portaria do TJMG, de substituto a juiz que se aposentou logo após presidir a audiência, mesmo porque o juiz aposentado não tem mais jurisdição e, por isso, perde a competência para julgar a causa.

- Consagrando o princípio jurídico da monogamia, art. 226, § 3º, a Constituição Federal de 1988 protege a união estável como entidade familiar, repelindo a relação extraconjugal paralela e sem que o casamento tenha tido término e nem mesmo tenha ocorrido uma separação de fato, tudo impedindo que se reconheça tal concubinato impuro ou adulterino como uma união estável, protegida pela ordem constitucional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 250.419-9/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Processual e Direito de Família - Identidade física do juiz - União estável - Família monogâmica - Princípios. - Não contunde o princípio da identidade física do juiz, art. 132 do CPC, a designação, por portaria do TJMG, de substituto a juiz que se aposentou logo após presidir a audiência. Consagrando o princípio jurídico da monogamia, art. 226, § 3º, a Constituição Federal protege a união estável como entidade familiar, repelindo a relação extraconjugal paralela e sem que o casamento tenha tido término e nem mesmo tenha ocorrido uma separação de fato, tudo impedindo que se reconheça tal concubinato impuro ou adulterino como uma união estável, protegida pela ordem constitucional.

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 E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Trata-se de ação de declaratória proposta por Lenice Garcia contra Maria José de Morais Navarro, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Passos. Argumenta a requerente que, tendo mantido convivência pública, contínua e duradoura, por mais de 25 anos, com o Sr. Guaraci Navarro, que era casado com a ora requerida, ante o falecimento do citado senhor em 05.02.98, teria de se tornar beneficiária do direito de perceber 30% (trinta por cento) de seus vencimentos e vantagens para sua manutenção pessoal. Reforça tal pleito afirmando que essa "pensão" seria até uma disposição de última vontade do falecido marido da requerida.

O Ministério Público de primeiro grau manifestou-se pelo provimento do pedido, folhas 94 e 95.

O pedido foi julgado improcedente, folhas 97 a 100.

Inconformada, a requerente tempestivamente interpôs recurso de apelação, folhas 103 a 107, alegando, preliminarmente, nulidade da decisão por vulneração do princípio da identidade física do juiz e, no mérito, afirmando que estaria devidamente provado o alegado relacionamento duradouro, público e estável, por 25 anos, entre ela e o falecido marido da requerida, razão pela qual insiste no que entende como seu direito de receber 30% da pensão deixada por ele, validando a sua própria vontade antes de morrer.

O apelo foi contrariado, folhas 109 a 116, sustentando-se o acerto da decisão hostilizada.

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer, folhas 123 a 127, opinando pelo desprovimento do recurso.

Este o relatório.

Conheço do recurso por presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Quanto à preliminar de nulidade da decisão por quebra do princípio da identidade física do juiz, tenho que, com a aposentadoria do Juiz Titular da Comarca, a decisão ficaria a cargo do seu sucessor, e este acabou sendo indicado por conta da Portaria nº 005/2000, de 21.11.00, da lavra do TJMG, que em boa hora instituiu o sistema de cooperação regional entre magistrados, com o objetivo de dinamizar e agilizar a prestação jurisdicional.

Constata-se, ainda, que o presente processo já estava em fase final de sentença e, com a aposentadoria do Juiz Titular, o mesmo acabou sendo devidamente encaminhado ao Juiz Cooperador.

Destaque-se ainda que o art. 132 do CPC, brandido no apelo, reza explicitamente sobre a vinculação de juiz que "presidir a audiência", isso porque tal magistrado poderia ter uma maior ou mais ampla compreensão das pessoas e dos fatos envolvidos na causa. Entretanto, no caso dos autos, a aposentadoria do Magistrado que presidiu a audiência ocorreu antes do oferecimento das razões finais pelas partes, peças essas que não contêm nada além do que nelas mesmo se pode ler, não justificando, por si sós, qualquer vinculação tal como reclamada pelo apelante.

Tais fatos nos mostram que não pode prevalecer o argumento de que foi quebrada a identidade física do juiz,

a não ser que se queira que um juiz aposentado e destituído de jurisdição volte a operar. Ou que se impeça o juiz de direito de ter acesso a uma aposentadoria que é legal.

Ora, "*O juiz aposentado já não tem jurisdição e, por isso, perde a competência para julgar a causa* (*RJTJESP*, 29/177, 39/218), *ainda que haja encerrado a sua instrução* (*JTA*, 33/357, 61/143), *sendo nula a sentença que proferir* (*RT*, 478/125, *JTA*, 32/209, 38/36, *Bol. AASP*, 880/282). *Esta nulidade é absoluta*" (THEOTONIO NEGRÃO, *CPC*, 33ª ed., Saraiva, p. 228).

Com tais colocações, não vendo nenhuma nulidade no caso, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, a requerente deseja ver declarada efetiva a relação que manteve com o Sr. Guaraci Navarro, justificando assim a percepção de 30% do valor da pensão decorrente da sua morte, modificando-se a decisão que não lhe reconheceu tais pleitos.

Examinando o feito, é fácil constatar que tal pretensão não encontra escopo legal e que a decisão sob apelo não merece qualquer censura.

Alega a requerente que manteve com o *de cujus* uma convivência contínua, duradoura e pública, por 25 anos, caracterizando a união estável, tudo de acordo com a Lei 9.278/96, o que daria amparo ao seu pedido. Contudo, é de se destacar que o art. 1º do referido diploma legal reconhece realmente como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, mas isso tão-somente quando a relação é estabelecida com objetivo de constituir família.

Portanto, as colocações da apelante devem ser sopesadas diante da necessidade ditada pela legislação, que exige que seja bem desenhado e caracterizado o objetivo de constituição de família na relação estável fora do casamento.

Ora, a proteção à família consagrou o princípio jurídico da monogamia, vigente em nossa Constituição, em seu art. 226, § 3º, que prevê que:

"*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*".

Ao contrário do que alega a apelante, não é possível que se passe por cima de tais preceitos para que se alargue a proteção ditada constitucionalmente a mais de uma família, concomitantemente, sob pena de se romper com o princípio da família monogâmica.

A prova dos autos nos mostra que a requerente manteve tal união concomitantemente com o casamento anterior do *de cujus*, com Maria José de Morais Navarro. Assim, caracterizou-se o concubinato impuro, ou adulterino, segundo o qual não houve exclusividade de relacionamento pois não se delineou a separação de fato do primeiro casamento.

Conforme a doutrina, não se concretizou uma união estável, mas sim um concubinato clandestino, mantido paralelamente com a família legítima, sendo pois adulterino e, por isto mesmo, não pode receber o amparo do Estado, uma vez que afronta a própria entidade familiar.

Ainda de acordo com a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

"*Concubinato impuro. Constância do casamento. - Formada a mancebia na constância do casamento do varão, com outra casado em justas núpcias, e não delineada separação de fato entre os cônjuges legítimos, instaura-se o chamado concubinato 'impuro', ou adulterino, que não se eleva à categoria da união estável preconizada pela ordem constitucional*" - Ap. Cível 234.378-8/00, TJMG, Rel. Des. Lúcio Urbano.

Lado outro, as citações jurisprudenciais lançadas no apelo de folhas 106 não podem servir de base para o pleito recursal, pois referem-se a questões de legado, o que não é o caso dos autos, onde a apelante busca avançar sobre a pensão da requerida, empalmando 30% do seu valor para o resto de sua vida.

Portanto, o relacionamento entre a requerente e o *de cujus* não encontra respaldo jurídico a ensejar que seja declarado como união estável prevista em lei.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DE MINAS GERAIS-IPSM - INCLUSÃO DE BENEFICIÁRIO - MÃE DO SEGURADO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO COMO SEGURADA DO INSS - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PERMANENTE - INOCORRÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

- Tendo a mãe do segurado do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais-IPSM vínculo empregatício como segurada do INSS, do qual recebe auxílio-doença por afastamento temporário do serviço, faltando-lhe, portanto, a condição de pessoa sem meios de subsistência

e sem amparo de natureza previdenciária, é o seu filho carecedor do pedido de sua inclusão, como sua dependente, no rol dos beneficiários daquele órgão previdenciário, pela ausência de uma das condições da ação, consistente na possibilidade jurídica do pedido, impondo-se, por isso, a decretação da extinção do processo sem o julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI e seu § 3°, do CPC, com a ressalva do direito do autor de renovar o seu pedido, uma vez ocorrentes as condições exigidas para a sua propositura.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.111-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Entidade previdenciária - Inclusão da mãe do segurado no rol de beneficiários, como sua dependente - Ascendente segurado do INSS que tem vínculo empregatício - Dependência econômica permanente - Inocorrência - Ausência de condição da ação, por impossibilidade jurídica do pedido - Decretação da extinção do processo sem o julgamento do mérito. - Tendo a mãe do segurado do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais vínculo empregatício como segurada do INSS, do qual recebe auxílio-doença por afastamento temporário do serviço, é o seu filho carecedor do pedido de sua inclusão, como sua dependente, no rol dos beneficiários daquele órgão previdenciário, pela ausência de uma das condições da ação, consistente na possibilidade jurídica do pedido, impondo-se, por isso, a decretação da extinção do processo sem o julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI e seu parágrafo 3°, do Código de Processo Civil, com a ressalva do direito do autor de renovar o seu pedido, uma vez ocorrentes as condições exigidas para a sua propositura.

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 EXTINGUIR O PROCESSO, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço do recurso obrigatório no duplo grau de jurisdição.

Por tratar-se de autarquia, tem o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais-IPSM direito à contagem do prazo em dobro para recorrer e à dispensa do preparo, por força do disposto nos arts. 188 e 511, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, pelo que dele se conhece, não obstante a sua interposição no trigésimo dia, contado da data da intimação dos seus advogados da decisão apelada e apesar da falta do respectivo preparo.

Tenho o apelante como carecedor da presente ação, por falta de uma das condições da ação consistente na possibilidade jurídica do pedido, pelo fato de ter a sua genitora, cuja inclusão no rol dos beneficiários do apelado como sua dependente ele pleiteia, atualmente, vínculo empregatício, como copeira da Avasp, e por achar-se amparada pelo recebimento do auxílio-doença do INSS, como segurada desta última instituição previdenciária, pelo fato de achar-se temporariamente afastada do seu trabalho por motivo de enfermidade, concluindo-se daí que o auxílio a ela prestado pelo apelante é de natureza eventual e transitório.

Não há, assim, por ora, dependência total e definitiva que justifique a inclusão da mãe do apelado no rol dos beneficiários do apelante, como sua dependente.

É o próprio autor, ora apelado, que reconhece que sua mãe tem profissão certa e vínculo empregatício, achando-se temporariamente afastada do trabalho por motivo de enfermidade e estando recebendo auxílio-doença em decorrência do seu afastamento.

Falta, portanto, na espécie ora em julgamento, à mãe do segurado a condição de pessoa sem meios de subsistência e sem amparo de natureza previdenciária, como justificativa para a concessão do benefício pleiteado.

É verdade que a Lei Estadual nº 10.366, de 28 de dezembro de 1990, como lei orgânica do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais-IPSM, admite como dependentes, em seu artigo 10, inciso II, os pais economicamente dependentes do segurado.

É verdade também que há necessidade da existência dessa dependência econômica, como condição para que o benefício possa ser pleiteado.

É possível que a mãe do apelado venha a perder o seu emprego e, conseqüentemente, a sua condição de segurada do INSS, tornando-se a partir daí inteiramente dependente do mesmo, circunstância em que poderá renovar o pedido de sua inclusão como sua beneficiária, uma vez comprovada essa dependência.

Como se trata de matéria de que o julgador pode conhecer de ofício, por força do disposto no art. 267, inciso VI e seu parágrafo 3°, do Código de Processo Civil, embora não argüida expressamente como preliminar pelo apelante, justifica-se a decretação da extinção do processo sem a abordagem da questão de mérito, por falta do já mencionado pressuposto, ressalvado o direito do autor, ora apelado, de renovar o seu pedido, uma vez preenchido o requisito da dependência total e definitiva da pretendida beneficiária do apelante.

Com esses fundamentos, no reexame necessário, dou provimento ao recurso para, sem analisar a prova atinente à questão de mérito, produzida pelo apelado, decretar a extinção do

processo, com base no art. 267, inciso VI e seu parágrafo 3°, do Código de Processo Civil, por carência da ação, ressalvado o seu direito de renovar o seu pedido, uma vez preenchidas as condições necessárias à sua propositura.

Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Deixo de impor ao autor o ônus da sucumbência, por achar-se amparado pelo benefício da assistência judiciária gratuita.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Acompanho o voto do eminente Relator e nada tenho a acrescentar.

O Sr. Des. Silas Vieira - Reconhecida a carência de ação, art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do voto do eminente Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, EXTINGUIRAM O PROCESSO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES - SÓCIO NÃO GERENTE - ATO OMISSIVO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DESCONSIDERAÇÃO DA TEORIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

- Os sócios que agem comissiva ou omissivamente no que tange ao encerramento irregular das atividades da empresa respondem solidariamente, para além dos limites das quotas de capital por eles integralizado e com os bens de seu patrimônio particular, pelas obrigações sociais, o que, por si só, justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em casos de prática pelos sócios dos chamados atos *ultra vires*, ainda que omissivos.

- O encerramento irregular das atividades da empresa constitui fraude contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, credora de obrigações tributárias, e equivale a ato ilícito capaz de acarretar a responsabilidade ilimitada do sócio não gerente pelas obrigações sociais, tendo-se em vista a sua conivência.

APELAÇÃO CÍVEL N° 251.254-9/00 - Comarca de Manga - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Embargos de terceiro - Execução fiscal - Encerramento irregular das atividades de sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Sócio não gerente - Responsabilidade solidária - Ato omissivo - Desconsideração da personalidade jurídica - Improcedência dos embargos - Apelação improvida. - O encerramento irregular das atividades de sociedade por quotas de responsabilidade limitada constitui fraude contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, credora de obrigações tributárias, e equivale a ato ilícito capaz de acarretar a responsabilidade ilimitada do sócio pelas obrigações sociais.

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 E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado.

Há uma preliminar de nulidade de sentença.

Alega o apelante que a sentença é nula por nela se conter contradição não solucionada quando da apreciação, pelo MM. Juiz *a quo*, dos embargos de declaração por ele opostos.

Razão não lhe assiste.

O que o apelante pretende, na realidade, é a reapreciação da questão decidida quando da prolação da sentença apelada, o que somente se admite em sede de apelação, pelo que não há qualquer nulidade decorrente do desacolhimento dos embargos no que respeita à alegada contradição.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Também estou rejeitando a preliminar, Sr. Presidente.

O Sr. Des. Silas Vieira - Rejeito a preliminar de nulidade da sentença, visto que tal assertiva não apresenta razão de ser, em virtude de se encontrar aquele ato suficientemente explicitado, contendo o essencial à elucidação da matéria questionada.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - A sentença apelada deve ser confirmada, na íntegra, uma vez que se encontra respaldada na legislação e fundamentada em raciocínio lógico irrefutável, como se demonstrará a seguir.

Como afirmou acertadamente o MM. Juiz, todos os sócios são solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais da empresa na hipótese de dissolução irregular da empresa, a qual não se confunde com o simples inadimplemento.

É o que dispõe o art. 134 do Código Tributário Nacional, segundo o qual, "*nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, responde solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas".

É evidente, no caso dos presentes autos, que os sócios, ao agirem comissiva ou omissivamente no que tange ao encerramento irregular das atividades da empresa Jaíba Agroindustrial Ltda., respondem solidariamente, para além dos limites das quotas de capital por eles integralizada e com os bens de seu patrimônio particular, pelas obrigações sociais.

Não é descabida, portanto, a conclusão a que chegou o culto Julgador de primeiro grau, de acordo com a qual a sociedade por quotas de responsabilidade limitada da qual era sócio o apelante foi encerrada irregularmente, com o descumprimento das exigências legais para o término da empresa, mormente se forem levadas em consideração, em tal contexto, as informações veiculadas freqüentemente pela imprensa relacionadas às irregularidades cometidas por empresários administradores de projetos agroindustriais na área da antiga Sudene, a qual foi extinta em razão dos abusos cometidos por tomadores de empréstimos fornecidos por órgãos de fomento estatais a juros subsidiados, dos quais resultavam quase invariavelmente apenas canteiros de obras abandonados.

É verdade que, nos termos do art. 10 do Decreto 3.708/19, apenas os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, respondendo, do mesmo modo, para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou de lei.

Ocorre que a limitação da responsabilidade ao capital integralizado, no âmbito das sociedades de responsabilidade limitada, é exceptuada mediante a aplicação subsidiária do teor do art. 158, § 2º, da Lei 6.404/76, de acordo como o qual os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

Não resta a menor dúvida, outrossim, de que a omissão dos sócios quotistas relativamente ao encerramento ou suspensão temporária das atividades da empresa constitui motivo suficiente para a extensão da sua responsabilidade quanto às obrigações sociais para além dos limites do capital por eles integralizado, o que, por si só, justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em casos de prática pelos sócios dos chamados atos *ultra vires*, ainda que omissivos.

É este o caso dos presentes autos, em que o encerramento irregular das atividades da empresa equivale à prática de fraude contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, credora de obrigações tributárias, constituindo ato ilícito capaz de equiparar, no que tange à responsabilidade ilimitada do sócio não gerente quanto às obrigações sociais, tendo-se em vista sua conivência.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação, para confirmar, na íntegra, a sentença apelada.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Acompanho integralmente o voto proferido pelo em. Relator e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Silas Vieira - Tive vista dos autos em exame e cheguei à mesma conclusão alcançada pelo em. Des. Relator. Tenho como correto o entendimento esposado no ato sentencial, reconhecendo a responsabilidade do sócio no caso de dissolução irregular da empresa.

Acompanho o em. Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

FALÊNCIA - DEVEDOR - EMPRESA FALIDA - SÓCIOS - INTERVENÇÃO NO PROCESSO FALENCIAL - POSSIBILIDADE - MANDATO CONFERIDO ANTES DA FALÊNCIA - EXTINÇÃO/REVOGAÇÃO PELO SÍNDICO DA MASSA FALIDA SOMENTE PARA FINS COMERCIAIS - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 36, 37, 49, 74 E 177 DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 E DO ART. 1.316 DO CÓDIGO CIVIL

- A declaração de falência acarreta para o devedor incapacidade de estar em juízo, como autor ou réu, somente em relação às obrigações e direitos compreendidos na execução falimentar, continuando ele a ser o sujeito da relação fundamental deduzida na lide, porque não perde a propriedade dos bens e tem sua própria pessoa estreitamente ligada à falência. Desta forma, sua intervenção no processo falencial, para requerer o que entender, a bem dos seus direitos e interesses, há de ser amplamente garantida.

- A lei de regência assegura vários direitos ao falido, podendo ele fiscalizar a administração da massa e requerer ao juiz medidas conservatórias dos bens arrecadados, entre as quais a continuação do negócio, na forma do art. 74. Poderá ainda intervir como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis (art. 36), independentemente da orientação adotada pelo síndico. É também seu direito exclusivo o de requerer a concordata suspensiva da falência (art. 177).

- O art. 37 da Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661/45) outorga aos representantes da sociedade falida os mesmos direitos e impõe as mesmas obrigações que tem o comerciante singular falido. São eles equiparados, para todos os efeitos, ao devedor falido. Para esse efeito, podem, pois, contratar advogado às suas expensas, providência não obstada por qualquer dispositivo da Lei de Falências, por serem, afinal, os representantes legais da pessoa jurídica.

- Acerca da extinção do mandato, tal não se opera automaticamente na forma da lei civil, que não incluiu a falência ou a insolvência entre as causas extintivas do art. 1.316 do Código Civil, mesmo porque a falência não acarreta a incapacidade civil do falido, porquanto as restrições que sofre dizem respeito a atos relativos aos bens, interesses e obrigações da massa.

- Nos termos do art. 49 do Dec.-lei nº 7.661/45, o mandato conferido pelo devedor, antes da falência, poderá ser revogado pelo síndico da massa falida, mas somente em relação aos negócios e interesses da massa por ele administrados, operando-se a extinção/revogação, a critério do síndico, apenas para fins comerciais, isto é, para gestão de um ou mais negócios mercantis.

AGRAVO Nº 251.340-6/00 - Comarca de Lagoa Santa - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Falência - Admissão, pela lei de regência, da intervenção da empresa falida no processo falencial, através de seus sócios, inclusive interpondo recursos, independentemente da atuação do síndico da massa falida - Falência que não acarreta a incapacidade civil do falido, porquanto as restrições que sofre dizem respeito a atos relativos aos bens, interesses e obrigações da massa.

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.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por Carbo Inox Ind. Com. Ltda., inconformada com a posição adotada pela douta Magistrada no item 2 da decisão de fls. 703/706, proferida nos autos do processo de falência em andamento junto à 1ª Vara Cível da Comarca de Lagoa Santa, no sentido de que a empresa, uma vez falida, não poderia mais manifestar-se nos autos por intermédio do procurador, cujo mandato se encerra a partir da decretação da quebra, cabendo-lhe fazer-se representar, agora, pelo síndico da massa falida.

Requereu a agravante fosse conferido o efeito suspensivo ao recurso e decidido o mérito a seu favor, reformando-se a decisão agravada que lhe suprimiu o direito de atuar no feito falimentar, negando-lhe a legitimidade reconhecida pelo artigo 36 do Decreto-lei 7.661/45.

Atendido o pedido liminar pelo despacho deste Relator, às fls. 34/35-TJ, manifesta-se, a seguir, o síndico da massa falida, pugnando pela manutenção da decisão agravada, ao que se contrapõe a douta PGJ no parecer de fls. 55/58-TJ, em que sustenta a legitimação processual da falida.

Com efeito, razão assiste à agravante. A declaração da falência acarreta para o devedor incapacidade de estar em juízo, como autor ou réu, relativamente às obrigações e direitos compreendidos na execução falimentar, mas continua ele a ser o sujeito da relação fundamental deduzida na lide, porque não perde a propriedade dos bens e tem sua própria pessoa estreitamente ligada à falência. Dessa forma, sua intervenção no processo falencial, para requerer o que entender, a bem dos seus direitos e interesses, é de ser amplamente garantida.

A lei de regência assegura vários direitos ao falido, podendo ele fiscalizar a administração da massa e requerer ao juiz medidas conservatórias dos bens arrecadados, entre as quais a continuação do negócio, na forma do artigo 74. Poderá ainda intervir, como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada e interpor os recursos cabíveis (art. 36), independentemente da orientação adotada pelo síndico. É também seu direito exclusivo o de requerer a concordata suspensiva da falência (art. 177).

Conforme já asseverado na decisão liminar de fls., a decisão, na parte agravada, estabelece conflito com o disposto no artigo 37 da Lei Falencial, que outorga aos representantes da sociedade falida os mesmos direitos e impõe as mesmas obrigações que tem o comerciante singular falido. São eles equiparados, para todos os efeitos, ao devedor ou falido.

Daí anotar RUBENS REQUIÃO:

"*As sociedades comerciais, segundo o artigo 37, que forem declaradas falidas, como pessoas jurídicas que são, ficam sujeitas aos deveres impostos pela falência e gozam dos mesmos direitos do falido. Mas serão representadas por seus diretores, administradores ou liquidantes, a quem incumbe o cumprimento das obrigações e o exercício dos direitos, em nome da sociedade falida. Constituem órgão da sociedade, e como tais são ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido... É comum, nas sociedades de pessoas, que o contrato social atribua a representação da sociedade a todos os sócios, sobretudo quando poucos são eles. Nesse caso, qualquer dos sócios pode comparecer em juízo, para representar a sociedade falida, se todos não comparecerem em conjunto*" (*Curso de Dir. Falim.* 1º v., Saraiva, 9ª ed. p. 149).

Para esse efeito, podem, pois, contratar advogado às suas expensas, providência não obstada por qualquer dispositivo da Lei de Falências, por serem, afinal, os representantes legais da pessoa jurídica.

Acerca da extinção do mandato, tal não se opera automaticamente na forma da lei civil, que não incluiu a falência ou a insolvência entre as causas extintivas do artigo 1.316, mesmo porque a falência não acarreta a incapacidade civil do falido, porquanto as restrições que sofre dizem respeito a atos relativos aos bens, interesses e obrigações da massa.

Da vigência do mandato conferido pelo devedor, antes da falência, trata o artigo 49 do Dec.-lei 7.661/45, de onde se extrai a necessidade da expressa revogação pelo síndico, mas somente em relação aos negócios e interesses da massa por ele administrados, centralizados sob o seu controle. A extinção/revogação se opera, pois, a critério do síndico, em relação ao mandato outorgado para fins comerciais, isto é, para a gestão de um ou mais negócios mercantis (conf. NELSON ABRÃO, *Curso Dir. Falimentar*, 3ª ed., RT, p. 121).

Nestes termos, dou provimento ao agravo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de agravo de instrumento manifestado por Carbo Inox Indústria e Comércio Ltda. em face do despacho proferido pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Lagoa Santa, que, nos autos do processo falimentar da ora agravante, consignou se registrasse que o mandato avençado com seu advogado veio a cessar, posto que, com o decreto da falência da empresa, apenas o síndico poderia oficiar em juízo ou mesmo fora dele, acrescentando que se impusesse a regularização da representação processual dos ex-administradores da mesma, com o realce de que o advogado que subscreveu as petições acostadas aos autos após a quebra identificasse o nome, ou nomes, da pessoa (ou pessoas) por quem se manifestassem, para tanto trazendo aos autos o competente instrumento de mandato.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso.

Processamento regular.

É o breve relato.

Decido.

Conheço do recurso, aos seus pressupostos.

Nesta instância, o eminente Relator bem apreciou e dirimiu a espécie.

A rigor, nada tenho a acrescentar ao seu erudito voto, por isso que o acompanho nesta assentada de julgamento, provendo o recurso em apreço.

Custas, na forma da lei.

É o voto.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - REMANEJAMENTO - NECESSIDADE PÚBLICA - MOTIVAÇÃO - AUSÊNCIA - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA MORALIDADE

- A Administração Pública tem o poder para movimentar seus servidores para atender a necessidade de interesse público. Todavia, é inadmissível que tal poder sirva à prática de atos arbitrários e abusivos, sem a devida motivação, como é o caso de remoção de servidor concursado para zona rural, a fim de que as vagas deixadas fossem ocupadas por novos servidores contratados, o que viola os princípios da razoabilidade e da moralidade, segundo os quais se deve aplicar a cada situação a providência mais adequada, sem a intenção deliberada de prejudicar ou de favorecer alguém.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.502-1/00 - Comarca de Arinos - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Mandado de segurança - Remanejamento de servidoras para a zona rural - Ato desmotivado - Violação dos princípios da razoabilidade e da moralidade. - Não se pode negar à Administração Pública o poder de movimentar seus servidores, para atender necessidades de interesse público. No entanto, não se pode admitir que tal poder sirva à prática de atos arbitrários e abusivos, sem a devida motivação, violando os princípios da razoabilidade e da moralidade, segundo os quais se deve aplicar a cada situação a providência mais adequada, sem a intenção deliberada de prejudicar ou de favorecer alguém.

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.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O *Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel* - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se de ambos os recursos.

Trata-se de recursos oficial e voluntário interpostos contra a sentença que concedeu a segurança pleiteada no mandado de segurança impetrado por Eva Inez da Silva Pereira e outras contra ato do Prefeito Municipal de Riachinho, Sr. Valmir Gontijo Ferreira, consubstanciado na edição da Portaria 345, editada em 05.02.01, que remanejou as impetrantes, que são servidoras concursadas, em exercício na sede do Município, para trabalharem na zona rural, alegando elas que o ato se deu em razão de terem declarado apoio político ao candidato de oposição Geraldo Magela Cordeiro Máximo.

Reconhece a sentença que "*o ato inquinado violou os princípios da moralidade, razoabilidade e impessoalidade que informa o atuar da Administração Pública (art. 37 da CF), ferindo direitos líquidos e certos das impetrantes*".

São elas professoras e uma cantineira, que exerciam suas atividades em escolas situadas na sede do Município, que foram remanejadas para a zona rural, sendo que para ocupar as vagas por elas deixadas foram efetuadas novas contratações, sem concurso.

Não se pode negar à Administração Pública o poder de movimentar os seus servidores, para atender necessidades de interesse público. No entanto, não se pode admitir que tal poder sirva à prática de atos arbitrários e abusivos, sem a devida motivação.

Todo ato público sujeita-se aos princípios da legalidade e da finalidade.

O motivo invocado, no caso, para justificar o remanejamento, "*necessidade de manutenção do ensino fundamental no Município e as dificuldades enfrentadas face à existência de poucas profissionais habilitadas em concurso público*", não justifica o remanejamento.

O motivo justificaria a contratação de novos profissionais sem concurso, nunca o remanejamento das concursadas.

O princípio da razoabilidade, que manda que se aplique a cada situação a providência mais adequada, restou flagrantemente violado, pois, se faltavam professoras concursadas, as vagas existentes na zona rural é que deveriam ser preenchidas pelas novas contratadas. Não o contrário, como aconteceu.

Ficou clara a intenção do Prefeito, de prejudicar as servidoras, procedimento que não se coaduna com a moralidade que deve nortear os atos dos administradores.

O princípio da moralidade foi violado, pois, embora disponha a Administração do poder de movimentar os seus servidores, o ato teve a intenção de prejudicá-las.

"*A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente.*

Quando a sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo está sendo produzido um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa". (JOSÉ AFONSO DA SILVA. *In Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 616.)

O ato foi praticado muito mais para atender a interesses pessoais do que para atender ao interesse público.

Pelo exposto, em reexame necessário, mantém-se a bem elaborada sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Julga-se prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - CONDUTOR - INFRATOR - PROPRIETÁRIO - ART. 257 DO CTB

- Não se pode admitir que, identificado tempestivamente o condutor (o infrator), outra pessoa seja penalizada, isto é, venha a suportar os ônus decorrentes da indevida anotação de pontos em seu prontuário. A penalidade de trânsito deve ser imposta a quem praticou a infração, mesmo que o infrator não seja proprietário do veículo. Segundo o princípio da pessoalidade, a pena não pode ir além da pessoa do infrator e a ele cabe, na direção do veículo, a responsabilidade pelas infrações que cometer, a teor do art. 257, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

- Se a multa foi aplicada por um agente da BHTrans que não identificou o condutor do veículo nem pediu que ele assinasse o auto de infração, caberia ao Detran/MG notificar a autora, proprietária do veículo, daí decorrendo o prazo de recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.974-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Infração de trânsito - Condutor - Infrator - Proprietário - Art. 257 do CTB. - Não se pode admitir que, identificado tempestivamente o condutor (o infrator), outra pessoa seja penalizada, isto é, venha a suportar os ônus decorrentes da indevida anotação de pontos em seu prontuário. A penalidade de trânsito deve ser imposta a quem praticou a infração, mesmo que o infrator não seja proprietário do veículo. Segundo o princípio da pessoalidade, a pena não pode ir além da pessoa do infrator e a ele cabe, na direção do veículo, a responsabilidade pelas infrações que cometer, a teor do art. 257, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

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, 06 de maio de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Ana Paula Araújo Pinto ajuizou "ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela" contra o Diretor do Departamento de Trânsito de Minas

Gerais-Detran/MG, substituído pelo Estado de Minas Gerais (fls. 49), pedindo que seja compelido a fornecer-lhe carteira de habilitação permanente, em razão dos argumentos expendidos às fls. 02/07.

A ação foi julgada procedente pelo culto Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública Estadual da Capital, sujeita à sentença ao reexame necessário.

Contra a decisão há recurso voluntário do Estado de Minas Gerais. Diz o apelante, em síntese, que a autora foi regularmente notificada da infração de trânsito cometida, não tendo cumprido as disposições legais do Código Nacional de Trânsito, não tendo, pois, direito à CNH definitiva.

Conheço do recurso e da remessa.

Diz a autora, na inicial, que, em 29 de outubro de 1999, cumpriu-se o prazo de que trata o artigo 148, § 3º, do Código Nacional de Trânsito, tendo, a partir desta data, direito à CNH permanente, visto que, durante o período em que esteve com a habilitação provisória, não cometeu infração. Tendo comparecido ao Detran, foi surpreendida com a informação de que tinha contra si a declaração de infração grave cometida em 08.09.1999, qual seja, estacionar em local proibido, pelo que não lhe foi concedida a carteira permanente. Afirma não ter sido a autora da infração, cometida por seu irmão Hermeton Formagini Pinto Sobrinho, que assumiu a responsabilidade do ato. Alega não ter sido notificada da existência da multa pelo Detran, nem avisada da infração por seu irmão, enfatizando que "*... somente depois de um mês e dezenove dias da infração veio a saber da multa*", notificada apenas em 15.12.1999, sem observância do artigo 257, § 7º, da Lei nº 9.503/97. Ressalta que, nos termos do artigo 257 do aludido diploma legal, as penalidades devem ser impostas ao condutor do veículo, tendo seu irmão confessado a autoria da infração, inexistindo, pois, óbice legal à concessão da carteira.

Invoca o réu, por sua vez, o fato de ter sido o veículo registrado em nome da autora estacionado em local proibido, registrando-se a infração em nome da proprietária do automóvel, que não contestou o fato no prazo do artigo 257, § 7º, do Código Nacional de Trânsito.

O ilustre Juiz *a quo* acolheu a pretensão da autora, rejeitando os argumentos do requerido, ante os seguintes argumentos:

"*... há confissão explícita do irmão da suplicante no sentido de que fora ele quem cometera a infração, cabendo lembrar que o Estado não impugnou dita afirmação, nem fez prova em contrário. E é de curial saber que o próprio diploma legal que rege as questões de trânsito autoriza a indicação do real infrator, se diverso do proprietário do automóvel, em prazo de 15 dias após a notificação da multa.*

Não se argumente que o aludido lapso legal restou violado pela requerente. Isto porque, ainda que se admita tenha ela tomado conhecimento da infração em 29.10.99, quando se dirigiu ao Detran para requerer sua CNH definitiva, cediço é que já em 08.11.99 havia protocolado o documento exigido pelo órgão de trânsito para fazer prova de que não era a responsável pelo ilícito, consoante se verifica do documento de fls. 19 dos autos, devidamente carimbado pelo Detran.

Demais disso, apesar de ter a multa sido aplicada em 08.09.99, é de se observar que não logrou o réu provar que procedera à notificação da suplicante acerca daquela penalidade, dúvida não havendo de que a prova da notificação só poderia ser feita mediante juntada nos autos do próprio aviso de recebimento da carta postal enviada ao infrator, sendo certo que, no caso dos autos, nem o mero print *do Detran foi juntado*" (fls. 74).

Sustenta o recurso que o irmão da autora presenciou o agente da BHTrans preenchendo o documento de infração do veículo, estando demonstrado, pois, que ela tomara conhecimento da falta na data mesma em que foi cometida.

Não merece acolhida o argumento.

Não há demonstração de que o condutor do veículo, Hermeton, tenha informado da infração por ele cometida, nem prova existe de que na data da aplicação da multa o agente da BHTrans o tenha identificado, tanto que quem presenciou a autuação foi o próprio Hermeton, sendo a multa emitida em nome da proprietária do automóvel.

Nos termos do art. 257 do Código Nacional de Trânsito:

"*Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo nos casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.*

(...)

§ 7º. Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração".

A carteira nacional de habilitação provisória foi concedida à autora em 29.10.1998, sendo válida até 29.10.1999 (fls. 14).

Em 08.09.1999 o condutor do veículo Ford/Escort Ghia 1986/1987, registrado em nome da requerente (fls. 15), foi autuado por estacionar em local proibido, tendo sido a multa registrada em nome da proprietária do automóvel.

Segundo o documento de fls. 18, a multa foi emitida somente em 05.11.1999.

Antes desta data, em 08 de novembro do mesmo ano, foi protocolada junto ao Detran/MG uma "comunicação do real infrator", na qual o órgão de trânsito foi informado de que quem conduzia o veículo quando da infração era o irmão da autora, Hermeton Formagini Pinto Sobrinho (fls. 19/20).

Demonstrou-se, mais, que a autora foi notificada da multa somente em 15.12.1999, ocasião em que lhe foi concedido o prazo de 15 dias "... *a contar do recebimento deste, para apresentar, por escrito, sua defesa a respeito da infração de trânsito cometida em 08.09.1999 (art. 181, XLX, c/c o art. 148, § 3º, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*" (fls. 23). Neste mesmo dia Hermeton compareceu ao cartório da Delegacia Especializada de Acidentes de Veículos e assumiu a autoria da infração.

Disse ele na ocasião:

"... *que o declarante, nesta oportunidade, esclarece que não possui veículo e faz uso dos veículos de suas duas irmãs; que neste ano, no mês de outubro, o declarante estava usando o veículo de sua irmã, o de marca Escort placa GMW 7165, Belo Horizonte, cor cinza, para ir ao seu local de trabalho, na época que era na CI-CIEMG Empresa Ribeiro e Associados, Rua Aimorés nº 688, Funcionários; que o declarante chegou em seu local de trabalho por volta das 16:00 horas, oportunidade em que estacionou o veículo de sua irmã, o qual conduzia, na Av. Bernardo Monteiro, esquina com Aimorés, por um período de três horas, e por volta das 18:00 horas aproximadamente, o declarante saiu do seu local de trabalho e, ao se aproximar do veículo, deparou com um agente da BHTrans já preenchendo um documento de infração,* não identificado o condutor, *o declarante, e nem lhe pediu* nenhum *documento, além de não lhe pedir para assinar a documentação*" (fls. 24).

Ora, se a multa foi aplicada por um agente da BHTrans que não identificou o condutor do veículo, nem pediu que ele assinasse o auto de infração, caberia ao Detran/MG notificar a autora, proprietária do veículo, daí correndo o prazo de recurso.

Não houve, pois, a perda do prazo de que trata o § 7º do artigo 257 da Lei nº 9.503/97, pois referido dispositivo de lei exige que, não sendo identificado o infrator imediatamente, deve ser o proprietário do veículo notificado da autuação, com o prazo em curso a partir desse marco.

Em comentário ao artigo 257 leciona ARNALDO RIZZARDO (in *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: RT Ed., 2001):

"*Estabelece-se quem suportará as penalidades previstas nas infrações que são praticadas durante a circulação e em assuntos envolvendo trânsito. Como regra geral, recairão naqueles que* conduzem os veículos, *nos proprietários, nos embarcadores, nos transportadores. Não ao mesmo tempo, ou sempre solidariamente*" (p. 564).

"*Segundo já observado, a maior quantidade de infrações é praticada pelo condutor, que suportará as penalidades. No entanto, nem sempre é possível identificá-lo, ou porque não atende ao chamado do agente de trânsito, quando da prática da irregularidade; ou porque se encontra trafegando, não se percebendo quem dirige; e até em razão de não se encontrar no local do fato, como nos estacionamentos proibidos e até em locais indevidos.*

Mesmo porque o infrator não é necessariamente o condutor. Possível que seja qualquer outra pessoa e assim o embarcador.

Como agirá o agente de trânsito nas situações em que não identificar o infrator?

A Resolução 472/74 traz normas procedimentais. Lavra-se o auto de infração sem a presença do condutor, remetendo-se as vias para a autoridade competente, que homologará ou não a infração. Homologando ou julgando procedente o auto, remete-se uma via do mesmo auto, com a notificação, para o proprietário, diretamente ou através da via postal. Cabe a este, então, comunicar o nome do responsável ou autor da infração, o que se fará no próprio auto de infração. Para se perfectibilizar, não se resume a comunicação a uma simples remessa de correspondência. É indispensável a prova da ciência da parte, ou por assinatura da própria pessoa a quem é dirigido o ato, ou pelo retorno do aviso de recebimento. E se houver mudança de endereço? Por edital, proceder-se-á à notificação.

Omitindo-se a indicar o nome do infrator e demais dados do infrator, a responsabilidade recai na sua pessoa.

(...)

Desde a data do recebimento, assegura-se o prazo de quinze dias para a providência da comunicação" (p. 570/571).

O apelante não contesta o fato de que não era a autora a condutora do veículo na ocasião da infração. Apenas ressalta que ela não informou quem era o real infrator no prazo concedido pela lei, afirmação que não se confirma. Desta forma, não há motivos para que a infração seja creditada à autora, sem prova no sentido de que não foi seu irmão quem cometeu a infração e considerando que a legislação de trânsito impõe a penalidade apenas ao condutor, se identificado.

A única razão para não se conceder a CNH permanente à autora era a existência da infração em seu nome; e, estando demonstrado que não foi ela quem cometeu a infração, não se vislumbram motivos legais para que lhe seja negada a pretendida licença.

Nos termos do § 3º do art. 148:

"*A Carteira Nacional de Habilitação será conferida ao condutor no término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração*

de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média".

Na hipótese, a autora não cometeu nenhuma infração de trânsito, tendo, pois, direito à obtenção da CNH.

Em face do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

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

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - DESVIO DE FINALIDADE - PROVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- O desvio de finalidade que macula a prerrogativa administrativa de remover servidores, em nome do interesse público, deve ser demonstrado de plano, em sede de ação mandamental, sob pena de denegação da ordem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.284-5/00 - Comarca de Francisco Sá - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidor público - Remoção - Discricionariedade administrativa - Desvio de finalidade - Prova - Direito líquido e certo - Segurança denegada - Recurso improvido. - O desvio de finalidade que macula a prerrogativa administrativa de remover servidores, em nome do interesse público, deve ser demonstrado de plano, em sede de ação mandamental, sob pena de denegação da ordem.

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.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2002. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de apelação interposta por Dilma Gonçalves Borges e Domingos Rodrigues de Souza em face da sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Francisco Sá, que

julgou improcedente o pedido inicial, denegando a segurança impetrada contra ato do Prefeito Municipal de Capitão Enéas, Zilmio Rocha.

Alegam os impetrantes, na inicial (fls. 2/6-TJ), possuírem direito líquido e certo de permanecerem em exercício de seus cargos públicos nas localidades onde tomaram posse, requerendo a cassação dos atos de suas transferências, liminarmente, concedida a ordem definitivamente, ao final.

Por entender não demonstrado o *periculum in mora*, o MM. Magistrado indefere a concessão liminar requerida, determinando a notificação do impetrado para prestar as informações necessárias (fl. 157-TJ).

O impetrado apresenta resposta (fls.162/165-TJ) informando que os impetrantes foram "*transferidos por absoluta necessidade do serviço público*" e que, "*como são servidores municipais, estão sujeitos às normas estatutárias que norteiam as relações entre eles e o município*", não tendo ocorrido "*transferência de função*", mas "*apenas e tão somente um remanejamento que é algo distinto*" (*sic*, fl. 163-TJ).

O Ministério Público de primeiro grau oferece parecer (fls. 170/175-TJ), opinando "*pela improcedência do mandado de segurança*", visto os atos administrativos atacados terem "*sido expedidos em total atenção ao ordenamento jurídico vigente*" (fl. 175- TJ).

O Juiz *a quo* sentencia (fls. 177/181) que "*a efetividade dos impetrantes foi mantida e, ante a ausência de prova no sentido de que o edital do concurso a que se submeteram previa o local exato em que deveriam ser preenchidas as vagas pleiteadas, tem-se que o limite territorial para a lotação seja o Município de Capitão Enéas*" (fl. 180-TJ), sendo admitida a movimentação de servidores públicos regularmente lotados no interesse da Administração, quando não se constitui em punição.

Registra que "*os Impetrantes não trouxeram aos autos o embasamento legal da exigência da motivação concomitante ao ato em análise ou da impossibilidade de se operar a remoção tida como ilegal, o que também afasta o desvio de finalidade decorrente da alegada perseguição política perpetrada pelo impetrado, mesmo porque não há prova de que, em decorrência desses atos, tenham sido beneficiadas pessoas não-concursadas naquela municipalidade*", bem como, apesar dos prejuízos que vêm sofrendo, os impetrantes não detêm garantia de inamovibilidade (fl. 180-TJ), pelo que julga improcedente o pedido.

Nas razões de recurso (fls. 187/190-TJ), os apelantes sustentam que "*a autoridade coatora, ao assumir o poder de alcaide na comunidade de Capitão Enéas, tomou a iniciativa de tirar o sono dos servidores, isto é, procurou logo acomodar seus apadrinhados e, na sanha de atender os seus critérios, foi logo usando dos dispositivos ao seu alcance. Removendo de forma imotivada, para fora da cidade, os servidores que, em sua maioria, são*

pessoas simples, dando lugar aos seus pressupostos eleitores" (*sic*, fl. 189-TJ), esperando o provimento do recurso.

Nas reduzidas contra-razões recursais, o recorrido diz o assunto estar "*pacificado dentro do Direito, o que se torna despiciendo que se alongue mais quanto ao tema, motivo pelo qual o apelado requer seja tomado como parte integrante deste as informações prestadas no transcurso do feito*" e "*nestes termos, pede deferimento*" (*sic*, fl. 196-TJ).

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 201/202-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 203-TJ).

Manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 206/211-TJ).

Compulsando-se os autos, percebe-se que a análise da questão, a despeito do destaque efetuado pelo nobre Promotor de Justiça (fl. 170-TJ), não está centrada na prerrogativa de o Chefe do Executivo Municipal movimentar servidores públicos para atender a necessidades de interesse público. Quanto a isso, desnecessária qualquer discussão, porque não se comprovou que o edital do concurso público prestado pelos impetrantes tenha assegurado aos candidatos aprovados o exercício dos respectivos cargos na sede do Município.

Como ressaltou a r. sentença *a qua*:

"*a movimentação de servidores públicos regularmente lotados é admitida no interesse da Administração, desde que efetivada dentro do quadro a que pertencem, atendendo a necessidade do serviço público e que não se constitua punição, caso em que se exigiria a instauração de processo administrativo disciplinar*" (fl. 180-TJ).

Quanto à inexistência de garantia de inamovibilidade, confira-se:

"*Não existe a garantia da inamovibilidade para o servidor público municipal, 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*" (Apelação Cível nº 199.572-9/00, Rel. Des. Bady Curi, j. em 09.08.2001).

A nosso sentir, pois, o reexame do caso centra-se na verificação da ocorrência ou não de afronta a direito líquido e certo dos impetrantes, por ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Alcaide, repita-se, não pela mera "transferência" dos servidores, mas por ter agido fora dos limites impostos pela lei e pelo interesse público.

Prima facie, necessário que se registre que a idéia de discricionariedade, segundo a melhor doutrina, deve ser articulada principalmente com a de *dever* - e não apenas com a de *poder*. Para atingir a finalidade legal, para cumprir um dever é que decorre ao administrador um poder que é mero instrumento. Assim que o denominado "poder discricionário" é, antes de tudo, *um dever de alcançar a finalidade legal*.

Eis por que a apreciação jurisdicional da ocorrência do desvio de poder não afeta o mérito do ato, não "*agrava a discricionariedade do agente administrativo*", como registrado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 1998, p. 81). É que a legalidade do ato não resulta apenas dos seus elementos externos; obedecer à lei não se restringe à forma, ou antes, implica a obediência ao conteúdo - daí que o Poder Judiciário, para conferir se um ato administrativo é legítimo, deve examinar se a discricionariedade do administrador extrapolou aquilo que a lei almeja. Se se desviou do fim legal, não se há que falar em discricionariedade, mas em ilegalidade.

Assim, a afirmativa de que não é correto "*que o Poder Judiciário venha a interferir nas ações do Município*" (fl. 164-TJ) é infundada, quando se sabe que a função jurisdicional, em hipóteses como a dos autos, é exatamente a de aferir a legalidade do ato - sem que isso signifique usurpar o exame da oportunidade e conveniência do ato, a cargo do Executivo.

Cabe, pois, ao Poder Judiciário verificar se o ato administrativo objurgado foi praticado com desvio de poder, que ocorre quando a autoridade administrativa se utiliza de sua competência para cumpri-lo em desacordo com a finalidade com que deveria ser legalmente cumprido.

Assim é que:

"*para detectar o desvio de poder estranho a qualquer interesse público, cumpre analisar todo o conjunto de circunstâncias que envolve o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi bem usada ou se correspondeu apenas a um pretexto para violar o fim legal e saciar objetivos pessoais. Para tanto, examinam-se seus antecedentes, fatos que o circundam, momento em que foi editado, fragilidade ou densidade dos motivos que o embasam, ocorrência ou inocorrência de fatores que poderiam interferir com a serenidade do agente, usualidade ou excepcionalidade da providência adotada, congruência do ato com anterior conduta administrativa e até mesmo características da personalidade do agente exibidas em atuação administrativa*" (*op. cit.*, p. 80).

Alegou-se na inicial que:

"*Com a decisão, agiu o Impetrado com desvio de poder, buscando finalidade alheia ao interesse público, usando de seus poderes para prejudicar aos Impetrantes*" (*sic*, fl. 5-TJ), entretanto, não se fez a imprescindível prova do alegado.

Colhe-se em valiosa lição:

"*Tem a doutrina assinalado, com inteira procedência, que não é fácil surpreender o vício de desvio de poder, de molde a capturá-lo nas malhas do Judiciário, notadamente quando o agente procede com insídia, por estar animado dos intuitos de perseguição ou favoritismo. Com efeito,* é preciso,

de um lado, identificar a má intenção e, de outro, fazer-lhe a prova" (*ob. cit.*, p. 77 - grifos nossos).

Em sede mandamental, como é de princípio comezinho do Direito, incabível a dilação probatória. Alegar, simplesmente, que "*os atos do Prefeito são para transferir àqueles que presupostamente votaram contra e, dando lugar aos seus apadrinhados*" (*sic*, fl. 05-TJ), *data venia*, não tem o condão, por si só, de inquinar o ato com o vício apontado; não há como inferir o caráter punitivo da medida se não presentes, nos autos, elementos bastantes.

Mutatis mutandis, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"*Direito administrativo - Mandado de segurança - Agravo de instrumento - Decisão denegatória de liminar fundada em ausência do* fumus boni iuris *e do* periculum in mora *- Remoção de servidor - Presunção de legalidade e legitimidade dos atos da Administração Pública - Poder discricionário - Recurso conhecido e desprovido. I - Em princípio, o deslocamento de servidores diz respeito ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, no exercício de seu poder discricionário. 'A lotação e a 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'* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direto Administrativo Brasileiro*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 350). *II - O disposto no § 1º do art. 37 da Lei nº 8.112/90 diz respeito à redistribuição, e não à hipótese de remoção. Na primeira, ocorre o deslocamento do servidor, com o seu respectivo cargo, para quadro de pessoal, dentro do mesmo Poder, de outro órgão ou entidade. Na segunda, o servidor não sai do quadro em que estava lotado, ainda que haja mudança de sede, ou seja, do seu local de trabalho. III -* Não se evidencia o *fumus boni iuris* diante da pretensão aduzida por servidor removido, mormente ante a presunção de legalidade deferida aos atos da Administração e se, em razão dos documentos acostados aos autos, não se demonstre, de pronto, tenha sido, realmente, imotivado o ato por ela promovido. *IV - Não se configura o* periculum in mora *diante da alegação da parte de que o seu não-comparecimento ao novo local de trabalho acarretará o desconto dos dias não trabalhados, bem assim reflexo em outros direitos, até porque se cuida de situação que pode ser evitada pelo próprio demandante. V - A concessão da tutela liminar na ação mandamental não se discute, é provimento com o qual o juiz, em caráter provisório, atende ao pedido, porque,* prima facie, *este lhe parece bem fundamentado, e a demora no curso do processo pode ensejar a inutilidade da decisão final que, porventura, conceda a segurança. Se não se evidencia nos autos o equívoco da decisão proferida em primeiro grau, visto que pautada em harmonia com os parâmetros da legalidade e razoabilidade, há de ser ela mantida. VI - Recurso conhecido e desprovido*". (AGI/DF 20000020058576, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Wellington Medeiros, j. em 05.03.2001, *DJU* de 21.03.2001, p. 28, Seção 3 - grifos nossos.)

"*Administrativo - Servidor público - Remoção - Ato discricionário. 1. A remoção* ex officio *é ato puramente discricionário, com amparo no artigo 36 da Lei nº 8.112/90, que dispensa motivação, e, caso seja motivado, impede a perquirição, pelo Poder Judiciário, dos motivos da medida. 2. A argüida perseguição política não restou comprovada, exigindo dilação probatória, incabível em sede de mandado de segurança. O direito aparentemente violado não se mostra líquido e certo, não havendo respaldo legal a amparar a pretensão do servidor para que permaneça lotado perto de sua casa*". (Apelação Cível nº 19990110378895APC/DF, 5ª Turma Cível, Rel. Desª. Haydevalda Sampaio, j. em 30.10.2000, *DJU* de 13.12.2000, p. 33, Seção 3 - grifos nossos.)

Pelo exposto, considerados os elementos constantes dos autos, no caso concreto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - DÍVIDA NÃO ORIGINADA DO PTA - PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO - INEXISTÊNCIA - DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA REGULARMENTE INSCRITA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - NÃO-ELISÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE - LANÇAMENTO DIRETO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO E DE PAGAMENTO - INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA INDEPENDENTEMENTE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - INTELIGÊNCIA DO INCISO V DO ART. 202 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - TAXA E TARIFA OU PREÇO PÚBLICO - PERSEGUIÇÃO JUDICIAL PELA VIA DO EXECUTIVO FISCAL

- A taxa (tributo) e tarifa ou preço público podem ser perseguidos judicialmente pela via de execução fiscal regulada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, sendo despicienda a distinção entre ambas as modalidades.

- Se a dívida tributária não tiver origem no processo tributário administrativo (PTA), a inexistência deste, na execução fiscal, não causa a extinção do processo sem julgamento do mérito, nem invalida ou afasta a presunção de liquidez e certeza de que goza a dívida ativa da Fazenda Pública regularmente inscrita.

- Nem toda inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública resulta de um procedimento administrativo. Nos casos de lançamento direto, se o contribuinte não formula impugnação nem efetua o pagamento, enseja a inscrição, independentemente do procedimento administrativo. É perfeitamente justificável, assim, a expressão "sendo o caso", inserta no inciso V do art. 202 do Código Tributário Nacional.

- Na execução fiscal, cabe ao sujeito passivo da relação processual desfazer a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.514-5/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Execução fiscal - Requisição de PTA - Presunção de certeza e liquidez. - O processo administrativo só será exigido se a dívida nele tiver origem. Na execução fiscal, cabe ao sujeito passivo da relação processual desfazer a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa.

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 CASSAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO,

Belo Horizonte, 13 de maio de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Versa a questão sobre a cobrança pela prestação de serviço de água e esgoto pela exeqüente, autarquia municipal. A decisão monocrática declarou a extinção do processo sem julgamento do mérito à ausência de apresentação do respectivo processo administrativo tributário.

Esclareço, inicialmente, que no presente caso é despicienda a distinção entre a taxa (tributo) e tarifa ou preço público, uma vez que ambas as modalidades podem ser perseguidas judicialmente pela via de execução fiscal regulada pela Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.

A autarquia-apelante optou pelo regime contratual (tarifa ou preço público), ancorado pela melhor doutrina. "*A realidade está em que os serviços públicos de utilidades, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas(regime de direito público). O dilema resolve-se pela opção do legislador*". SACHA CALMON, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 6ª ed., p. 415.

De qualquer maneira, não se justifica a pretensão de se ter por imperativa a existência e juntada de processo tributário administrativo aos autos, sendo mesmo totalmente impertinente.

A MM. Juíza de primeiro grau não procedeu com o costumeiro acerto. Tal decisão, a meu sentir, não possui suporte legal. Segundo o disposto no Código Tributário Nacional:

"*Art. 202 . O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente (...)*

V - sendo o caso, *o número do processo administrativo de que se originar o crédito*" (grifamos).

Todavia, nem toda inscrição resulta de um procedimento administrativo. Nos casos de lançamento direto, se o contribuinte não formula impugnação e não efetua o pagamento, enseja a inscrição, independentemente de procedimento administrativo. É perfeitamente justificável, assim, a expressão "sendo o caso", inserta no Código Tributário Nacional.

O processo administrativo só será exigido se a dívida nele tiver origem, o que não é o caso dos autos.

A inexistência de processo administrativo tributário, na hipótese em comento, não invalida nem afasta a presunção de liquidez e certeza de que goza a Fazenda Pública, a teor do disposto no art. 3º da Lei de Execução Fiscal. Neste sentido a exposição do eminente Des. Hugo Bengtsson no julgamento da Apelação Cível 178.409-0, dentre outros casos idênticos, na esteira de reiteradas decisões deste egrégio Tribunal.

Diante do exposto, em reexame necessário, casso a sentença, determinando o prosseguimento do feito, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

FALÊNCIA - TÍTULO DE CRÉDITO HÁBIL PARA AMPARAR UMA EXECUÇÃO FORÇADA - CREDOR - RECEBIMENTO DO CRÉDITO - OPÇÃO PELA VIA FALIMENTAR - POSSIBILIDADE - AÇÃO EXECUTIVA PRELIMINAR - DESNECESSIDADE

- Se o título de crédito é hábil a amparar uma execução forçada, também o é para arrimar o pedido de falência, podendo o credor optar pela via da ação executiva ou pela via da ação falimentar para receber o seu crédito, não cabendo ao juiz tal escolha. Sendo o título executivo líquido, certo e exigível, pode o credor requerer a falência do devedor, ante a sua impontualidade, não havendo necessidade de que antes se promova a ação executiva, mesmo porque a via da ação falimentar é um meio mais seguro e eficaz que o ordinário, oferecendo efeitos imediatos como a arrecadação dos bens do devedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.849-5/00 - Comarca de Monte Carmelo - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Falência - Títulos de crédito - Possibilidade - Desnecessidade de ação executiva preliminar. - Sendo o título de crédito líquido, certo e exigível, tem o credor, ante a impontualidade do devedor, a opção de executá-lo ou requerer sua falência, não cabendo ao juiz tal escolha, mesmo porque esse é um meio mais seguro e eficaz que o ordinário, oferecendo efeitos imediatos, como a arrecadação dos bens do devedor. Art. 1º da Lei de Falência. Precedentes

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.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Polytubos Produtos Siderúrgicos Ltda., inconformada com a decisão de folhas 48 a 53, que julgou improcedente o seu pedido de falência em desfavor da Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios São Geraldo Ltda., apresenta o apelo de folhas 55 a 62, argumentando, em síntese, o seguinte:

- que o pedido de falência fora requerido com base em três títulos protestados e não honrados pela apelada, sendo que a contestação reconhecera, expressamente, que um desses títulos não havia realmente sido quitado, prestando-se, em consequência, para comprovar a insolvência e a impontualidade da requerida, ao contrário do que fora entendido na decisão atacada;

- que a decisão foi infeliz ao entender que o caminho que a apelante deveria ter seguido seria o da execução da dívida, ao argumento de que seria apenas um título que não fora quitado pela apelada, sendo que a questão social recomendaria a via menos dolorosa em seu desfavor, garantindo-se, inclusive, o funcionamento e a manutenção dos empregos gerados pela apelada.

O apelo foi combatido pela apelada, de folhas 66 a 68, argumentando, em síntese, que não quitara a dívida por entender que deveria pagar apenas o que consumira, não sendo possível se exigir que se incluísse aí o que devolvera por inadequado às suas necessidades e cobrado abusivamente pelo apelante, sendo certo ainda que não haveria prova da sua insolvência, não sendo possível que uma única duplicada não paga e um único caso de atraso em seus pagamentos, como seria o dos autos, dêem base para a decretação da falência como pretendido.

Quanto ao caso em si, constata-se que a inicial, de folhas 2 a 5, relata a venda de mercadorias no valor de R$4.741,12 à apelada, tudo consubstanciado em três duplicatas vencidas, não quitadas e devidamente protestadas, o que permitia à apelante buscar a decretação da falência da mesma como meio de receber o que lhe seria devido. Esse pedido veio acompanhado dos documentos de folhas 6 a 25.

Citado, o apelado contestou o pleito alegando, folhas 31 a 33, que realmente comprara diversos produtos do apelante, sendo que parte desses produtos seria devolvida como acertado de comum acordo, pois inadequados às suas exigências, sendo certo que estaria disposta a quitar a duplicada relativa ao material que consumira, mas não aceitava a cobrança das duas outras duplicatas referentes ao material devolvido.

O apelante manifestou-se sobre a contestação, folhas 42 a 46, alegando que insistia na cobrança de todas as mercadorias vendidas porque ocorrera demora na devolução dos produtos não utilizados, que chegaram às suas mãos danificados e imprestáveis para serem novamente comercializados. Além disso, entendia que houvera confissão de insolvência, quando a apelada reconhecera que continuava sem quitar a duplicata relativa aos bens que comprara e que utilizara em suas instalações, mesmo depois da mesma ter sido protestada, tudo caracterizando sua insolvência.

O Promotor de Justiça foi ouvido, folhas 69 a 71, opinando que se negue provimento ao apelo.

O parecer da Procuradoria de Justiça, folhas 78 a 81, recomenda que se negue provimento ao apelo.

É o relatório.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que o Juízo entendeu não estar o pedido amparado em títulos hábeis e ainda fundamentando sua decisão na seguinte assertiva:

"A via correta para o caso como os autos é a execução, por quantia

certa, ante título vencido e protestado por falta de aceite e sem forma especial do art. 10 da LF. Frustrada a execução, aí é, sim, indubitavelmente, caberia a quebra, por insolvência. Mas não é isso que se vê nos autos, onde a defesa e a réplica à contestação mudaram os rumos da discussão inicial, com fatos que não podem ser dirimidos na estrita sede do processo falimentar" (folhas 53).

Entretanto, entendo que o Juízo não tem razão, *data venia*. Em primeiro lugar, porque os títulos não têm os defeitos apontados, haja vista que a própria defesa não ousou contestar sua validade, preferindo alegar a ocorrência de um acerto parcial de devolução de mercadorias, mas admitindo, expressamente, que realmente consumiu outro tanto dessas mercadorias adquiridas junto à apelante e ainda não quitadas.

Assim, a NF 7894, documento de folhas 18, foi claramente exibida nos autos, e, na sua contestação, a apelada admite, folhas 33, que continuava a dever por seus valores, pedindo, inclusive, um prazo para honrar seus compromissos.

A lição é de MOACYR AMARAL SANTOS:

"*Baseia-se a execução em título executivo, o qual insta ser líquido, certo e exigível.*

Vale dizer, o título deve necessariamente expressar certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação; liquidez corresponde a determinação do valor ou a individuação do objeto da obrigação, conforme se trate de obrigação de pagar em dinheiro, de entrega da coisa, de fazer ou não fazer; exigibilidade tem o sentido de que a obrigação, que se executa, não depende de termo ou condição, nem está sujeita a outras limitações. Título que não reúna tais requisitos não goza de eficácia executiva." (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3° v., Saraiva, 1995, p. 220).

Como se vê no título apontado e reconhecido, expressamente, como devido e não honrado pelo apelado, todos os requisitos para que o mesmo dê base para instruir um pedido de falência estão evidenciados.

Além disso, na ementa que abre a decisão, ali se afirma que a apelante seria a única credora da apelada e que, por isso, deveria se valer da execução por quantia certa, pois essa via seria a menos gravosa para a apelada, sendo indispensável que, somente frustrada esta via, é que se poderia admitir a instauração do juízo universal de credores.

Constata-se ainda, folhas 51, que a decisão reconhece que haveria um título exibido pelo apelante a amparar sua lide, entendendo-se, entretanto, que a existência desse título isolado não justificaria a medida pleiteada de decretação de falência, pois o fim social da norma legal estaria sendo ofendido.

Ora, se a decisão reconhece, portanto, que haveria, no mínimo, um título hábil para suportar uma ação executiva, logo também pode, em tese,

esse mesmo título servir de amparo a pedido de falência, e aí está o motivo que retira a razão do douto Magistrado ao pronunciar seu *decisum*, pois, segundo o art. 1° da chamada Lei de Falência,

"*Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva*",

e, a prevalecer sua tese, nenhuma falência será declarada na comarca, pois, se o título que arrima o pedido de falência é apto para amparar uma execução forçada, também serve para aquela, pois tanto uma como a outra só podem ser requeridas com base em título de dívida líquida e certa (Lei de Falências, art. 1°, e CPC, art. 585). THEOTONIO NEGRÃO, ao comentar o referido artigo 1°, esclarece:

"*Não mais existe a ação executiva. Os títulos que a ensejavam são os constantes do CPC 585 (títulos executivos extrajudiciais)*" (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 27ª ed., p. 876),

restando, assim, ao credor a opção de ação executiva ou falimentar.

Bem a propósito, RUBENS REQUIÃO, em seu *Curso de Direito Falimentar*, aduz que:

"*O processo de falência constitui um procedimento judicial de efeitos excepcionais. O credor, de sua parte, pretende, ao pedir a declaração judicial do devedor, o pagamento de seu crédito. A via judicial* mais comum *de que se vale o credor, sobretudo quando os indícios de insolvência do devedor não são evidentes, é o processo de execução. Realiza-se a execução no* interesse particular e singular do credor *que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados*" (Saraiva, 1° v., 16ª ed., p. 73, os grifos são meus).

Nessa linha de raciocínio, entendo que quem faz um requerimento de falência deseja receber o seu crédito, e não é o juiz que deve escolher a via a ser seguida pelo credor, que pode percorrer o caminho mais demorado. A escolha é sua.

É por isso que J.C. SAMPAIO DE LACERDA vai mais além ainda ao argumentar sobre a escolha do credor pela falência, acentuando que:

"*A falência é uma garantia, uma medida cautelatória e um meio de execução mais seguro e eficaz que o meio ordinário*".

O mesmo doutrinador acrescenta ainda que:

"*Nem se diga que os meios ordinários de execução são bastantes para um credor único, pois o devedor pode durante o processo gravar seus bens com penhores e hipotecas. Já na falência, ao contrário, obtém ele efeito imediato com a arrecadação dos bens do devedor*" (*Manual de Direito Falimentar*, 11ª ed., p. 41).

Isto posto, dou provimento ao apelo e casso a sentença, para que a mesma seja adequada a esta decisão em grau de revisão, decretando-se, em primeiro grau, a falência do apelado com observância das exigências legais pertinentes, procedendo-se como couber.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator e tomo a liberdade de sugerir que se faça, com a autorização de S. Exa., a publicação de seu voto, por ser de caráter didático.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Observo que não houve pronunciamento quanto ao mérito.

A meu ver, o Juiz reconheceu, tacitamente, que a ora apelante era carecedora da ação de falência.

Com isso posto, dou provimento à apelação, para que, cassada a sentença, outra seja proferida quanto ao mérito pedido.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SEPARAÇÃO DE CORPOS - CASAL SEPARADO DE FATO - ALVARÁ - CONCESSÃO - POSSIBILIDADE - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - CRITÉRIO DA LEGALIDADE ESTRITA - OBSERVÂNCIA PELO JUIZ - DESOBRIGATORIEDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.109 DO CPC

- É possível a concessão de alvará de separação de corpos, não obstante já se encontrar o casal separado de fato.

- Nos termos do art. 1.109 do CPC, não está o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita relativamente à atividade processual nos procedimentos de jurisdição voluntária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.373-5/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Jurisdição voluntária - Separação de corpos - Alvará - Possibilidade - Concessão. - Nos termos do art. 1.109 do CPC, não está o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita relativamente à atividade processual nos procedimentos de jurisdição voluntária. É possível a concessão de alvará de separação de corpos, não obstante já se encontrar o casal separado de fato.

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.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2002. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de apelação cível interposta por M.S. e sua esposa A.B.S., contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Varginha, que nos autos da medida cautelar de separação de corpos por eles proposta, julgou improcedente a pretensão inicial, ao fundamento de que, havendo interesse público na manutenção do vínculo durante o período de prova, não pode a Justiça referendar como legítima uma conduta violadora do dever legal de coabitação.

Parecer ministerial à fl. 09-v., pugnando pelo acolhimento da exordial.

Inconformados, os autores apresentam o recurso de fls. 14/18, requerendo a expedição dos alvarás recíprocos, em face da natureza voluntária da jurisdição, inclusive para que seja determinado o marco inicial de contagem do prazo para a futura separação consensual e conseqüente divórcio.

Novamente instado a se manifestar no feito, o Ministério Público emitiu parecer às fls. 23/24, entendendo pelo provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às fls. 35/40, opinando pelo provimento do recurso interposto pelos apelantes.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

À míngua de preliminares, adentro o mérito recursal.

Na espécie, buscam os apelantes um procedimento de natureza meramente assecuratória, bastando que o magistrado verifique a ocorrência dos requisitos legais, para que seja concedida a liminar, visando tão-somente a regularização da situação fática na qual já se encontram os cônjuges.

Cuida a medida cautelar de separação de corpos de ato preparatório à futura ação de separação, que visa desconstituir a sociedade conjugal legalizada através do casamento, sendo certo que é através do alvará de separação de corpos que os cônjuges obtêm os necessários contornos capazes de dar legalidade a uma situação que é diversa dos deveres ditados pelo Direito de Família, dentre eles o de coabitação dos consortes.

Firmou-se, tanto na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que a mera circunstância de já se encontrar o casal separado de fato não impede a concessão da medida cautelar de separação de corpos, no intuito de regularizar a situação do casal, revestindo-a de juridicidade.

Nesse sentido:

"A separação de corpos não tem só o efeito de dar liberdade aos cônjuges

para instaurar o processo de separação ou anulação de casamento. Objetiva, também, legalizar a separação, antes da decretação da dissolução da sociedade conjugal. O alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo Direito de Família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges" (*RJTJSP*, 26/196).

Trago ainda a lição de YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra *Divórcio e Separação*, Tomo I, Ed. RT, 8ª ed., 1995, citando Sílvio Rodrigues: "*A separação de corpos, com base no art. 223 do CCB e como medida cautelar, é um direito do cônjuge que pretende separar-se ou anular o seu casamento. Tal direito não lhe pode ser negado, desde que o pleiteie. (...) Pois, embora seja reconhecido, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que a falta de alvará não invalida o processo principal, inegável que a parte interessada tem a faculdade de pleiteá-lo se assim lhe aprouver, e o direito de obtê-lo, se o pedir*".

Assim, a possibilidade e a necessidade de se conceder a medida refutada pela primeira instância está em que seu objetivo não se restringe a ordenar o afastamento do lar conjugal, mas legitima a situação de fato preexistente, além de pontuar o termo inicial do prazo para a conversão da separação em divórcio, pouco importando que as partes já estejam residindo em lares diversos, diante de outros efeitos que a concessão do aludido afastamento implica.

A propósito da jurisdição voluntária, Humberto Theodoro leciona que: "*o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados; não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o juiz e os interessados*".

Ademais, estou convencido de que tem aplicação ao caso vertente o art. 1.109 do CPC, segundo o qual não está o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita relativamente à atividade processual nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Inaceitável, assim, à base de uma equivocada inocuidade da medida cautelar, negar o pedido de alvará de separação de corpos, tendo em vista que o casal já se encontra separado de fato, inclusive residindo em lugares distintos.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para decretar a separação de corpos do casal, devendo ser expedido o competente alvará, conforme requerido na inicial.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO DE IMÓVEL - RETIFICAÇÃO DE ÁREA - CONSIDERÁVEL AUMENTO DA ÁREA - PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTS. 212 E 213 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS (LEI Nº 6.015/73) - INADMISSIBILIDADE

- A retificação do registro de imóveis a que aludem os arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) diz respeito apenas aos erros formais do título, sendo inadmissível que, pelo processo retificatório, o requerente venha a obter considerável aumento de área, porquanto se estaria admitindo uma forma de aquisição de propriedade não prevista no art. 530 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.608-4/00 - Comarca de Bocaiúva - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Retificação de registro de imóveis - Arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos - Inaplicável para a obtenção de considerável aumento de área. - A retificação do registro de imóveis a que aludem os arts. 212 e 213 da Lei dos Registros Públicos diz respeito apenas aos erros formais do título, sendo inadmissível que, pelo processo retificatório, o requerente venha a obter considerável aumento de área, porquanto se estaria admitindo uma forma de aquisição de propriedade não prevista no art. 530 do Código Civil.

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, 10 de junho de 2002. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de fls. 42/45, proferida nos autos da ação de retificação de área com fundamento nos arts. 212 e 213 da Lei 6.015/73, ajuizada por Paulo Pinheiro Borges Diniz e sua mulher Leone Pires Diniz, via da qual o MM. Juiz da causa extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por entender que o pedido se afigura juridicamente impossível.

Em suas razões, sustentam os apelantes, em síntese, que o indeferimento de sua pretensão não pode ser considerado apenas pelo fato de ter alterado substancialmente a área que pretende ver retificada.

Afirma que já é proprietário do terreno por quase meio século e que inexiste qualquer alteração da linha divisória do imóvel, ressaltando que, havendo aquiescência da totalidade dos

confrontantes quanto à alteração pretendida, deve a retificação da área ser deferida.

O ilustre representante do Ministério Público, opinou pelo provimento do recurso (fls. 62/65).

Ausentes preliminares, lanço-me no mérito.

Segundo consta dos autos, Paulo Pinheiro Borges Diniz e sua mulher Leone Pires Diniz, proprietários de uma gleba de terras com aproximadamente 136 hectares, situada no Município de Bocaiúva, matriculada sob o nº 5.985, no Cartório de Registro de Imóveis daquela comarca, requereram a retificação do seu registro para nele constar que a área é de 273,41,01 (duzentos e setenta e três hectares, quarenta e um ares e um centiare).

Processada a ação, o MM. Juiz da causa extinguiu o feito sem julgamento do mérito, considerando que a retificação pretendida pelos autores implica aumento de área, fato este que não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, porque representa uma nova forma de aquisição de propriedade, não prevista no art. 530 do Código Civil.

Inconformados, interpuseram os autores o presente apelo.

Cinge-se o presente recurso em saber se a retificação do registro de imóveis, com aumento de área, encontra guarida nos arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (6.015/73).

Dispõem os supracitados dispositivos de lei que:

"*Art. 212 . Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio.*

Art. 213. A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro.

§ 2º. Se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel, serão citados, para se manifestarem sobre o requerimento, em dez dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores".

Ab initio, quero consignar que, em certos casos, sobretudo naqueles em que se pretende retificar o registro do imóvel para acrescer um pequeno percentual da área constante do título aquisitivo de propriedade, entendo perfeitamente aplicável à espécie, o disposto nos arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos.

Contudo, no caso em comento, estou a entender que não se trata apenas de retificação no registro imobiliário da real mensura existente na gleba dos apelantes, mas de aquisição de área, aumentando em duas (02) vezes a área nominal constante do registro de fls. 30/31.

A alteração pretendida pelos autores representa uma modificação substancial das características do registro ordinário do imóvel, eis que a área a ser acrescida ultrapassa os limites admitidos como mera retificação, inferindo-se, sem esforço, que o aumento da área objetivado pelos autores é igual ao dobro da metragem escriturada.

Admito perfeitamente a retificação de pequenas medidas, quando não tenha havido impugnação dos confrontantes, mas na espécie analisada, um erro de tamanha proporção, tal como a inserção de área equivalente ao dobro da área primitiva, sugere que a questão seja minuciosamente discutida nas vias ordinárias, por meio de ação apropriada à aquisição de título de propriedade.

A questão já é pacífica neste Tribunal de Justiça e resume-se na impossibilidade de se alterar o registro de um imóvel, para acrescentar considerável excesso de área, por procedimento de jurisdição voluntária.

Nos julgamentos das Apelações Cíveis nº 192.470-3 (Rel. Des. Pinheiro Lago), nº 189.521-8 (Rel. Des. Campos Oliveira), nº 22.310-7 (Rel. Des. Lúcio Urbano), foi decidido que se afigura inadmissível a ação de retificação de registro de imóvel, prevista nos arts. 212 e 213 da Lei 6.015/73, *que implique aumento da área nele constante*, eis que transforma tal expediente em nova forma de adquirir a propriedade, não prevista no Código Civil.

No mesmo sentido:

"*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" (Ap. Cív. nº 199.561-2, Rel. Des. Célio César Paduani, j. em 22.11.2001).

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 a 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-92.464, Relator Ministro Djaci Falcão, *DJ* de 20.06.80).

Por outro lado, não se sabe se a área que está registrada no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Bocaiúva é a mesma que consta na escritura de aquisição do imóvel, pelo que não se pode argumentar que houve

um erro ou engano no registro do imóvel, a exigir retificação.

No levantamento topográfico do imóvel, apurou-se uma área de 273,4101ha, quando a gleba registrada é de apenas 136,7475ha, o que equivale a dizer que a área encontrada no referido levantamento é o dobro da constante do cartório de registro de imóveis.

Já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

"*Retificação de área - Acréscimo de área superior ao dobro da enunciada na escritura - Aquisição irregular de domínio - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo nos termos do art. 267, VI, do CPC. - Se a retificação que se pretende não é de simples erro existente no registro de título de domínio do imóvel, mas sim de área dele constante, a implicar-lhe substancial acréscimo, superior ao dobro da enunciada, o que importa, de forma imprópria, a aquisição de outro terreno, com metragem 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, sendo de se extinguir o processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido*" (Ap. Cív. 60.430/6, Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira; "*Jurisprudência Mineira*" v. 139/140, p. 131).

O que se vê dos autos é que o acréscimo de área que se pretende como simples regularização de erro constante do título implica, sem dúvida alguma, aquisição irregular de outra gleba de terras com mensura igual à daquela que consta no registro imobiliário, procedimento este vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Não se deve esquecer que os lançamentos no cartório imobiliário relativos à modificação de dados cadastrais nele contidos haverão de revestir-se de seriedade, certeza e segurança, vez que o registro imobiliário deve corresponder fielmente à situação jurídica dos imóveis.

De resto, o acréscimo indiscriminado de área de imóvel, com ampliação substancial da gleba originariamente registrada no cartório imobiliário, deve ser rechaçado pelo procedimento administrativo voluntário previsto no art. 213 da Lei nº 6.015/73, em nome do interesse público que impera nos assuntos dessa natureza.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR DEFERIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA LEI Nº 4.348/64 C/C O ART. 25 DA LEI Nº 8.038/90 - RECURSO ESPECÍFICO - LEI Nº 1.533/51 - ARTS. 8º E 12

- O mandado de segurança não comporta incidentes que lhe retirem o caráter de remédio constitucional pronto, rápido e eficaz, já que possui rito específico e célere. Conseqüentemente, as decisões interlocutórias, nele proferidas, não impugnáveis por meio de recursos previstos na legislação de regência (Lei nº 1.533/51), não operam preclusão e podem ser examinadas, em grau de recurso, pelo tribunal competente. Conclui-se, pois, ser incabível a interposição de agravo de instrumento na ação mandamental, por não se tratar de recurso expressamente previsto na legislação específica referente ao mandado de segurança.

- É impraticável, no sistema jurídico processual brasileiro, a suspensão de liminar concedida em mandado de segurança, de forma oblíqua, mediante o deferimento de efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra aquela liminar.

- Descabe qualquer outro remédio processual contra o deferimento de liminar em mandado de segurança, senão aquele previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64, em combinação com o art. 25 da Lei nº 8.038/90, cujo procedimento não pode ser substituído por liminar em outra segurança.

- Os recursos cabíveis no *mandamus*, em primeira instância, são os definidos na lei específica (Lei nº 1.533/51 - arts. 8º e 12), razão pela qual a jurisprudência tem proclamado ser inviável o agravo de instrumento no mandado de segurança.

AGRAVO Nº 253.742-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Liminar deferida - Agravo de instrumento - Descabimento - Inteligência do artigo 4º da Lei 4.348/64 c/c artigo 25 da Lei 8.038/90 - Recurso específico - Lei 1.533/51, artigos 8º e 12. - "*O mandado de segurança tem rito específico e célere, não comportando incidentes que lhe retirem a feição de remédio constitucional, pronto, rápido e eficaz, e, conseqüentemente, as decisões interlocutórias não impugnáveis por meio de recursos consignados na legislação de regência (Lei 1.533/51) não operam preclusão e podem ser examinados pelo tribunal competente, em grau de recurso; conclui-se que é incabível a interposição de agravo de instrumento por não se tratar de recurso expressamente previsto na legislação específica referente ao mandado de segurança (STJ - REsp 13.473-0 -*

REsp 9.206-0/AM - RSTJ, 47-85)". - "*No sistema jurídico processual brasileiro é impraticável a suspensão de liminar concedida em mandado de segurança, de forma oblíqua, mediante o deferimento de efeito suspensivo a agravo de instrumento contra aquela liminar interposta. Contra o deferimento da liminar em mandado de segurança descabe qualquer outro remédio processual, senão aquele previsto no artigo 4° da Lei 4.348/64, em combinação com o artigo 25 da Lei 8.038/90, cujo procedimento não pode ser substituído por liminar em outra segurança. A jurisprudência tem proclamado ser inviável o agravo de instrumento em mandado de segurança, porquanto os recursos cabíveis, em primeira instância são os definidos na lei específica (Lei 1.533/51 - artigos 8° e 12) (RSTJ, 84/77)*".

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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Cuida-se de agravo de instrumento agitado pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (Ipsemg), em virtude da decisão reprografada às fls. 24/25-TJ e da lavra da MMª Juíza de Direito da Terceira Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado pelos aqui agravados Geralda Alves da Silva e outros, ocasião em que restara deferida a liminar pleiteada, ao fundamento de que "*a negativa dos Institutos de Previdência em pagar corretamente o valor das pensões constitui uma escancarada ofensa à Constituição Federal, que, de forma taxativa, desde 1988, determina que o valor deve ser igual ao que percebia em vida o servidor segurado*".

Este insurgimento foi distribuído para o plantão semanal (fls. 40-TJ); redistribuído por sorteio ao Des. Campos Oliveira, recebendo despacho à fl. 46-TJ; contraminutado às fls. 49/52-TJ e com ofertamento do parecer ministerial às fls. 55/60-TJ, opinando pelo não-conhecimento da irresignação recursal; coube-me, em face do motivo de aposentadoria, receber o insurgimento em redistribuição (fls. 62/63-TJ).

Data venia, certo é que, utilizando-se o princípio em testilha como vetor hermenêutico da questão sob enfoque, afigura-se-me que este agravo não merece ser conhecido, eis que tem sido proclamado à larga, como inviável, o manejo de agravo de instrumento em mandado de segurança, porquanto os recursos cabíveis em situações que tais são os definidos na lei específica.

Da decisão que concede liminar em *writ*, leciona HELY LOPES MEIRELLES que descabe a interposição de agravo; abebero-me da citação contida à fl. 57-TJ, no parecer oriundo da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

"*Negada a liminar, esse despacho é irrecorrível; se concedida, poderá ser cassada, a qualquer tempo, pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso, desde que solicitado pela entidade interessada e ocorram seus pressupostos legais*" (*apud Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública* e Habeas Data - Ed. Malheiros).

Ora, na esteira deste entendimento doutrinário, acrescido de interpretação jurisprudencial, conclui-se, inexoravelmente, que, contrariamente à decisão que concede liminar em *mandamus* pelo Juízo planicial, somente poderá sofrer suspensão se fulcrada nos termos e dicção do artigo 4° da Lei 4.348/64, sendo, pois, o agravo de instrumento medida não apropriada para tal mister; conforme aventado à fl. 59-TJ, esta Corte de Justiça já sedimentou tal entendimento, ao julgar a Apelação n° 180.798-1/00, em 03.08.00, através da Terceira Câmara Cível.

Em assim ocorrendo, conclusivamente, tendo que a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança na instância inferior não pode, por vedação legal, ser atacada via agravo de instrumento, não conheço, portanto, do presente insurgimento recursal.

Custas, na forma de lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

PARTILHA - ANULAÇÃO - DIREITOS HEREDITÁRIOS - TRANSMISSÃO ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CF/88 - FILHO ADOTIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - APLICAÇÃO DO ART. 1.577 DO CÓDIGO CIVIL

- Afigura-se parte ilegítima para propor ação de anulação de partilha o filho adotivo cujo adotante faleceu antes da promulgação da CF/88, que equiparou os filhos adotivos aos legítimos, uma vez que a capacidade sucessória é fixada pela lei vigente à época da transmissão dos direitos hereditários, nos termos do art. 1.577 do Código Civil, não podendo lei posterior ao óbito modificar o poder aquisitivo dos herdeiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 255.142-2/00 - Comarca de Lagoa da Prata - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Ação de anulação de partilha - Filha adotiva - Ilegitimidade - Transmissão dos direitos hereditários do adotante ocorrida antes da CF/88 - Aplicação do art. 1.577 do CC. - Afigura-se parte ilegítima para propor ação de anulação de partilha, a filha adotiva cujo adotante faleceu antes da promulgação da CF/88, que equiparou os filhos adotivos aos legítimos, uma vez que a capacidade sucessória é fixada pela lei vigente à época da transmissão dos direitos hereditários, não podendo lei posterior ao óbito modificar o poder aquisitivo dos herdeiros.

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, 06 de maio de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Eliana de Miranda Bernardes e seu marido Renné Cláudio de Castro Bernardes ajuizaram ação de anulação e nulidade de partilha contra Honorina Miranda Borges e Gesa Miranda de Lacerda, alegando a primeira que é filha adotiva de Honorina Miranda Borges e José Miranda do Couto, falecido em 02.08.81; que a adoção foi legalizada em 16.09.78.

Quando da morte do pai, foi preterida da relação de herdeiros, sendo lesada em seus direitos patrimoniais na partilha.

A sentença, de fls. 56/58, reconheceu a ilegitimidade da autora para propor a ação, ao fundamento de que a transmissão dos direitos hereditários do adotante José Miranda ocorreu em 02 de agosto de 1981, e ,"*por determinação do artigo 1.577 do CC, a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão e regula-se pela legislação em vigor*". A Constituição da República, que equiparou os filhos legítimos aos adotados (artigo 227, § 6º) somente entrou em vigor em 1988, não só após o trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha, mas, por óbvio, após a abertura da sucessão.

Não tendo, portanto, a autora Eliana assegurado o direito sucessório, não tem legitimidade para pleitear a nulidade da partilha.

Nas razões, de fls. 63/67, alega a apelante, em síntese, que, após o advento da Constituição Federal de 1988, não pode haver distinção entre filho legítimo, legitimado, os legalmente reconhecidos e os adotivos.

A afirmação é verdadeira, no entanto, não se aplica ao caso, uma vez que a transmissão dos direitos hereditários do adotante se deu antes da promulgação da CF/88, aplicando-se, portanto, o artigo 1.577 do Código Civil, segundo o qual "*a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor*" .

Sobre a matéria disserta MARIA HELENA DINIZ em *Código Civil Anotado*, Ed. Saraiva, p. 985:

"*A lei vigente ao tempo da abertura da sucessão é que fixa a capacidade sucessória do herdeiro. Assim sendo, nenhuma alteração legal, anterior ou posterior ao óbito, poderá modificar o poder aquisitivo dos herdeiros, visto que a lei do dia do óbito rege o direito sucessório do herdeiro legítimo ou testamentário*" .

A sentença decide com acerto.

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.

-:::-

ESTABELECIMENTO DE ENSINO - PROVAS REALIZADAS POR ALUNOS - CRITÉRIO DE CORREÇÃO - APRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - LIMINAR PARA DETERMINAR A REVISÃO DAS PROVAS - AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* - CASSAÇÃO

- Foge ao âmbito de atuação do Poder Judiciário apreciar critério de correção de questões de provas realizadas por alunos de estabelecimento de ensino. O Poder Judiciário apenas pode intervir quando houver ilegalidade no ato ou quando este for contrário ao direito, não podendo interferir para substituir o examinador e corrigir prova feita por aluno. Portanto, deve-se cassar a liminar concedida pelo juiz em ação cautelar inominada determinando a revisão das referidas provas, ante a ausência dos requisitos para a sua concessão, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 255.187-7/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação cautelar inominada - Liminar - Deferimento - Revisão de prova pelo Judiciário - Inadmissibilidade - Ausência dos requisitos - Recurso provido. - Foge ao âmbito de atuação do Poder Judiciário apreciar critério de correção de questões de provas.

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, 16 de abril de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Unimontes-Universidade Estadual de Montes Claros contra decisão do Juiz *a quo* que, nos autos da ação cautelar inominada ajuizada por Viviane Mota Bispo, deferiu a liminar para determinar a revisão de provas requerida pela autora.

Alega a agravante a ausência dos requisitos para concessão da liminar, porquanto a correção de provas não é matéria afeta ao controle judicial.

O prazo transcorreu *in albis*, sem apresentação das contra-razões, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e provimento do recurso.

Insurge-se a agravante contra decisão monocrática que, nos autos da ação inominada, deferiu a liminar para determinar a revisão de provas requerida pela agravada.

Não há como subsistir a decisão concessiva da liminar.

Na verdade, não ficou demonstrada nos autos a presença dos requisitos para concessão da liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Ademais, foge ao âmbito de atuação do Poder Judiciário apreciar critério de correção de questões de provas. Sua atuação limita-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo. A pretensão da agravada implica a apreciação do mérito do ato administrativo vedado ao Tribunal.

É sabido que o Judiciário apenas pode intervir quando houver ilegalidade no ato ou quando este for contrário ao direito. Caso tal não ocorra, o Poder Judiciário não pode interferir para substituir o examinador para corrigir prova feita pela agravada.

Desta forma, os atos somente são passíveis de revisão judicial quando houver uma ilegalidade ou abuso do administrador.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a liminar concedida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - NÃO-RECOLHIMENTO - AÇÃO PROPOSTA PELO IPSEMG CONTRA MUNICÍPIO CONVENIADO - ART. 15 DA LEI Nº 9.380/86 - CADUCIDADE AUTOMÁTICA DO CONVÊNIO APÓS UM ANO DE INADIMPLÊNCIA - PARCELAS POSTERIORES À RESCISÃO AUTOMÁTICA DO ACORDO - ILEGITIMIDADE DA CDA - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES REFERENTES AO PERÍODO ANTERIOR À CADUCIDADE DO CONVÊNIO - EMBARGOS DO DEVEDOR - ACOLHIMENTO PARCIAL

- O art. 15 da Lei nº 9.380/86, que dispõe sobre o Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais-Ipsemg, prevê que, na hipótese de o município não recolher ao Ipsemg, por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, contribuições ou quantias devidas, o convênio ficará automaticamente caduco. Disso decorre que, promovida execução fiscal pelo Ipsemg contra o município conveniado, visando ao recebimento de parcelas de contribuição social previdenciária não recolhidas, do débito inscrito na dívida ativa constante da CDA, só subsiste a parte referente aos 12 primeiros meses, sendo de se acolherem os embargos do devedor, para decotar da execução o valor das contribuições previdenciárias referentes ao período posterior à caducidade do convênio de que se origina a obrigação, devendo a execução prosseguir em relação ao valor das contribuições relativas ao período anterior à rescisão automática do acordo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 255.395-6/00 - Comarca de Aiuruoca - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Administrativo - Execução promovida pelo Ipsemg contra município conveniado - Parcelas de contribuição social previdenciária não recolhidas - Embargos do devedor acolhidos em primeiro grau, extinguindo-se a execução - Apelação - Lei de regência da autarquia estadual e do

convênio, prevendo a caducidade automática do contrato após um ano de inadimplência por parte do conveniado - Ilegitimidade da CDA executada em relação às parcelas posteriores à rescisão automática do acordo - Provimento do apelo, acolhendo-se pretensão recursal alternativa.

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 NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Aloysio Dias Duarte.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Nos autos da execução fiscal movida pelo Ipsemg e embargada pelo executado, Município de Seritinga-MG, a MM. Juíza proferiu sentença para o fim de acolher os embargos, declarar extinta a execução e condenar a autarquia estadual, exeqüente-embargada, ao pagamento de verba honorária correspondente a 10% do valor da causa, valor esse que corresponde à quantia total executada. Mas não submeteu o julgado ao duplo grau de jurisdição.

Recorre o Ipsemg. Pugna pela integral reforma da decisão apelada, julgando-se improcedentes os embargos ou, alternativamente, pela reforma parcial, para que o apelado pague as parcelas referentes aos doze primeiros meses de inadimplência, em relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias. Alega, em síntese, que aos convênios celebrados pela Administração Pública se aplicam os preceitos de direito público, em especial, a Lei de Licitações, conforme seu art. 116; a lei local que instituiu sistema previdenciário municipal não tem eficácia "*enquanto meio legal de rescindir um convênio firmado com uma autarquia estadual*"; a hipótese prevista no art. 24 do Decreto 26.552/87 apenas garante ao apelante a faculdade de considerar extinto o convênio.

Embora a digna Sentenciante não tenha submetido sua decisão ao duplo grau de jurisdição, deixo de conhecer do processo, *ex officio*, em face da superveniência da regra do § 2º do art. 475 do CPC, e considerado o valor executado - R$3.334,14.

Conheço da apelação.

A meu ver, o pedido alternativo formulado pelo apelante é que merece guarida.

Ao contrário do que defende a tese principal das razões recursais, aplica-se ao caso a lei específica que rege o convênio em questão, norma essa que prevalece sobre as de caráter geral aplicáveis, no que couber, aos convênios públicos.

A Lei 9.380/86, que dispõe sobre o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado-Ipsemg, estabelece, *verbis*:

"*Art. 15. Na hipótese de o Município ou entidade municipal autônoma não recolherem ao Ipsemg, por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, contribuições ou quantias devidas, o convênio ficará automaticamente caduco, independentemente de ato administrativo ou notificação judicial, passando respectivamente ao Município ou entidade municipal autônoma a exclusiva responsabilidade por quaisquer prestações previdenciárias ou indenizações aos servidores prejudicados*".

Trata-se de norma cogente, que obriga ambos os convenientes, mormente, o Ipsemg, que é regido pelo diploma citado.

Vale dizer que, verificando-se a hipótese legal, de um lado, cumpre ao Ipsemg considerar a automática caducidade do convênio e, em conseqüência, deixar imediatamente a cargo do Município a "*exclusiva responsabilidade por quaisquer prestações (de benefícios) previdenciárias ou indenizações aos servidores prejudicados*", pena de honrá-los gratuitamente, sem direito à contraprestação.

De outro lado, como não poderia deixar de ser, o Município fica obrigado àquelas prestações.

Disso decorre que, do débito inscrito na dívida ativa, constante na respectiva CDA (fl.10) e ora executado, só subsiste a parte referente aos 12 primeiros meses de não-recolhimento das contribuições sociais, por parte do Município.

A conclusão é, pois, que os embargos do devedor merecem apenas parcial acolhida, para que se decote da execução o valor das contribuições previdenciárias referentes a maio/95 em diante, ou seja, referentes ao período posterior à caducidade do convênio de que se originava a obrigação, devendo a execução prosseguir em relação ao valor das contribuições relativas aos meses de maio/94 a abril/95 - período anterior à rescisão automática do acordo.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo a fim de acolher a pretensão recursal alternativa e, reformada em parte a sentença apelada, julgar apenas parcialmente procedentes os embargos e determinar o prosseguimento da execução, decotada parte do valor executado, conforme acima explicitado.

Reduzo os honorários a cargo do Ipsemg para 10% do valor decotado da execução.

As custas serão pagas na proporção de 80% pelo apelante e 20% pelo apelado.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

PERITO - HONORÁRIOS - FIXAÇÃO - CRITÉRIO DA EQÜIDADE - PERÍCIA - SIGNIFICADO ECONÔMICO DA PROVA - EXTENSÃO DO TRABALHO - OBJETO DO EXAME E SUAS PARTICULARIDADES - VALOR DA CAUSA - CONSIDERAÇÃO

- Tratando-se de honorários periciais, o juiz não está adstrito ao valor estipulado pelo perito, ficando ao prudente arbítrio do julgador fixá-lo, podendo, inclusive, reduzir a proposta apresentada em níveis condizentes ao caso colocado sob julgamento, sob pena de se inviabilizar o direito de acesso à Justiça.

- Tendo em vista o critério da eqüidade, o juiz, na fixação dos honorários do perito, deve considerar em cada caso a profundidade e a extensão do trabalho, o significado econômico da perícia para as partes, o valor da causa, o objeto do exame e as suas particularidades.

AGRAVO Nº 255.577-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Processual Civil - Agravo de instrumento - Prova pericial - Honorários - Significado econômico da prova - Extensão do trabalho. - Tendo em vista o critério da eqüidade, o juiz, na fixação dos honorários do perito, deve considerar em cada caso a profundidade e a extensão do trabalho, o significado ecônomico da perícia para as partes, o valor da causa, o objeto do exame e as suas particularidades. Recurso a que se dá 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.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - O Município de Belo Horizonte agrava da r. decisão transcrita à fl. 79-TJ, que, nos autos dos embargos à execução de sentença em que contende com os agravados, determinou o depósito dos honorários da perita.

Aduz o agravante em síntese: os honorários periciais são incompatíveis com o real objeto da perícia; os agravados pretendem utilizar a prova pericial para se eximirem do cumprimento do art. 604 do CPC. Postula, portanto, a redução do valor da perícia e o indeferimento dos quesitos impertinentes formulados pelos agravados.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos para sua admissão.

Como se vê, a questão de fundo do presente recurso diz respeito ao valor dos honorários periciais homologados em R$5.600,00. Pretende a agravante a sua redução, por entender excessivo.

Tenho que realmente assiste razão ao agravante ao pugnar pela reforma da decisão agravada, pois, considerando-se as circunstâncias factuais dos autos, os honorários periciais homologados afiguram-se-me excessivos.

Como se sabe, o juiz não está adstrito ao valor estipulado pelo perito, ficando ao prudente arbítrio do julgador fixá-lo, podendo, inclusive, reduzir a proposta apresentada em níveis condizentes ao caso colocado sob julgamento, sob pena de se inviabilizar o direito de acesso à Justiça.

Por isso, "*deve o magistrado, na fixação dos honorários do perito, considerar em cada caso a profundidade e a extensão do trabalho, o valor e a importância da causa, o objeto do exame e as suas particularidades para, só então, arbitrar-lhe a remuneração (...)*" (AI nº 78.608/88, 2ª Câm. Civ. do TACIVRJ, Rel. Marian de Moraes Marinho, *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 11).

Com efeito, tendo em vista o critério da eqüidade, cumpre ao juiz, para fixar os honorários periciais, ouvidas as partes e tomando por base a proposta de honorários apresentada, levar em consideração não somente os fatores relativos à relevância e dificuldade do trabalho a ser executado pelo profissional, mas fatores outros, como, por exemplo, o valor da causa.

Como já se decidiu:

"*O juiz, ao arbitrar os honorários do perito, deve atender para a complexidade dos trabalhos e para a profundidade técnica exigida. Impõe-se ajustar a verba honorária a esses parâmetros, sob pena de se lançar sobre a parte ônus que lhe poderá ferir o direito de acesso aos meios probatórios desejados*". (AI nº 4.126/93, 2ª Turma Cível do TJDF, Rel. Des. José Hilário de Vasconcelos. *Diário da Justiça*, Seção II/III, 0.06.93, p. 21.015.)

"*Ao fixar a remuneração de aditamento dos honorários do perito, o Juiz atenderá, moderadamente, ao esforço material do perito e ao significado econômico da perícia para as partes*" (AI nº 196266936, 7ª Câm. Cív. do TARGS, Rel. Vicente Barroco de Vasconcelos).

No caso em apreço, se se confrontar o valor da dívida se constata que os honorários periciais homologados pelo douto Julgador primevo se afiguram excessivos, impondo-se ao agravante ônus que não condiz com o benefício almejado.

Ora, não se desconhece a utilidade do trabalho, bem como a titulação do perito. Contudo, dessa necessidade, onerarem-se as finanças das partes para pagamento de uma perícia cujo valor cobrado não é condizente com o benefício almejado é conduta que deve

ser coibida pelo Poder Judiciário, sem prejuízo de remuneração condigna.

No tocante ao pedido de indeferimento dos quesitos formulados pela agravada, outro argumento das razões do agravo, observa-se que tal discussão já se encontra preclusa.

É que, aprovados os quesitos pelo MM. Julgador singular, ao fundamento de que sua apresentação está de acordo com as alegações das partes (fls. 73-TJ), o agravante não aviou qualquer recurso, permanecendo silente. Com efeito, tem-se ser tardia e inconsistente tal alegação, pois se cuida de questão preclusa.

É nesses termos e sob tais fundamentos que dou provimento ao recurso para fixar os honorários periciais em R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Custas, pelos agravados.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - ICMS - MULTA - PRECLUSÃO - QUESTÃO NÃO LEVANTADA NA INICIAL - INOVAÇÃO RECURSAL - INADMISSIBILIDADE

- A multa de 50% (cinqüenta por cento), prevista no artigo 56, II, da Lei nº 6.763/75 e na Lei nº 12.729/97, não detém efeito confiscatório, mas caráter intimidatório, sendo impingida ao contribuinte em razão da falta de recolhimento do imposto no tempo legal, constituindo, inclusive, forma de coibir a sonegação fiscal.

- Cabe ao embargante erigir, na petição inicial de embargos do devedor, toda a matéria que entende pertinente, sob pena de preclusão, não se admitindo a inovação em sede recursal, em face do princípio do duplo grau de jurisdição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.169-4/00 - Comarca de Alvinópolis - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Execução fiscal - Embargos - ICMS - Multa - Preclusão - Questão não levantada na inicial - Inovação recursal - Inadmissibilidade. - A multa de 50% (cinqüenta por cento), prevista no artigo 56, II, da Lei nº 6.763/75 e na Lei nº 12.729/97, não detém efeito confiscatório, mas caráter intimidatório, sendo impingida ao contribuinte em razão da falta de recolhimento do imposto no tempo legal, constituindo, inclusive, forma de coibir a sonegação fiscal. - Cabe ao embargante erigir, na petição inicial de embargos do devedor, toda a matéria que entende pertinente, sob pena de preclusão, não se admitindo a inovação em sede recursal, em face do princípio do duplo grau de jurisdição.

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, 27 de maio de 2002. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - O Juiz de Direito da Vara única da Comarca de Alvinópolis, através da decisão de fls. 166/168, julgou parcialmente procedentes os embargos opostos pela Companhia Fabril Mascarenhas em face das execuções fiscais que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, para decotar da multa aplicada o percentual que excede a 50% (cinqüenta por cento), de acordo com o art. 56, II, da Lei 6.763/75, mantendo subsistente a penhora, e na inteligência do art. 21, parágrafo único, do CPC, condenar a embargante nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor das execuções.

Determinada a remessa dos autos a este Tribunal, para reexame necessário da sentença.

A executada-embargante manifesta seu inconformismo às fls. 192/199, aduzindo que a multa de revalidação no percentual de 50% (cinqüenta por cento) do valor do ICMS necessita ser inteiramente revista, por revelar verdadeiro confisco do patrimônio da ora apelante, *ex vi* do artigo 150, IV, da CF e da ADIn nº 1.075.

Acrescenta que a utilização da Selic, como taxa de juros moratórios, afronta o princípio da legalidade, porque a mesma é fixada por atos administrativos (resoluções do Bacen), enquanto o artigo 161 do CTN prevê que os juros de mora deverão estar previstos em lei. Além disso, a fixação unilateral dos juros fere o princípio da segurança jurídica; e mais, a natureza jurídica da Selic é de juros remuneratórios, porque recompensa o capital.

Contra-razões às fls. 206/223.

O Ministério Público, atuante em primeiro grau, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo voluntário.

Deixei de determinar a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, em face do que dispõe a Súmula nº 189 do STJ.

Conheço da remessa oficial, com fulcro no artigo 475 do CPC, bem como do recurso voluntário, eis que presentes os requisitos de admissibilidade.

Versa a espécie sobre três ações de execução fiscal que foram apensadas em primeira instância para processamento e julgamento conjunto, todos os feitos fundados em certidões de dívida ativa derivadas de omissão de recolhimento do ICMS declarado.

Duas foram as questões erigidas na petição inicial de embargos propostos pela contribuinte-executada e que mereceram a manifestação do Julgador singular a respeito:

- requerimento de suspensão das execuções fiscais até que seja definitivamente apreciado o pedido de remissão e anistia apresentado junto à Secretaria de Estado da Fazenda;

- redução da multa de revalidação a patamar razoável.

A primeira pretensão (suspensão das ações executivas) foi rechaçada pelo Magistrado sentenciante, de forma correta, porquanto o pedido de remissão parcial ou de anistia do débito tributário, dirigido à autoridade administrativa, não tem o condão de acarretar a almejada suspensão, por falta de respaldo jurídico, conforme se infere da dicção do artigo 151 do CTN.

Ademais, como ressaltado pelo Julgador primevo, "*quanto à remissão parcial dos débitos, não consta dos autos qualquer norma jurídica que a concedesse. E quanto à anistia, observa-se que a citada lei que contempla o benefício dos créditos anteriores a ela é de 1975, e os créditos relacionados se referem ao ano de 1996, o que não lhe dá suporte para concessão da anistia*".

Cumpre anotar, ainda, que a executada se conformou com a parte da sentença que denegou a suspensão postulada na exordial, haja vista que sequer recorreu de tal matéria.

No que tange à multa de revalidação, o Magistrado de primeira instância reduziu-a ao patamar de 50% (cinqüenta por cento), por aplicação da Lei Estadual nº 6.763/65, não havendo como diminuir o percentual aquém da previsão legal como pretende a executada-embargante.

Isso porque a multa de revalidação de 50% (cinqüenta por cento) tem amparo no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e na Lei nº 12.729/97.

Referida multa não detém efeito confiscatório, mas caráter intimidatório, sendo impingida ao contribuinte em razão da falta de recolhimento do imposto no tempo legal, constituindo até mesmo uma maneira de coibir a sonegação fiscal.

Quanto ao artigo 150, IV, da CF, não tem o mesmo aplicabilidade à espécie, quer porque penalidade pecuniária não é tributo, quer porque o percentual de 50% (cinqüenta por cento) da multa não configura confisco, não

havendo sentido minorar a sanção em benefício dos sujeitos passivos que não honraram a obrigação tributária, sob pena de incitar o descumprimento da ordem jurídica.

Sobre o tema, oportuna a ponderação do Desembargador Aloysio Nogueira, *verbis*:

"*É legítima a aplicação da multa de revalidação de 50% sobre o valor do imposto,* ex vi *da Lei nº 12.729/97, que ostenta natureza de sanção, sendo aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, ou seja, não recolhimento do imposto.*

Não tem a multa de revalidação característica de confisco. Tem função punitiva, porquanto objetiva, em tese, coibir a inadimplência e o escopo de garantir a inteireza da ordem jurídica tributária. À evidência, se reduzida fosse a penalidade, aí sim, perderia seu caráter punitivo e acabaria por traduzir estímulo ao contribuinte à inobservância das normas tributárias. Na hipótese de dificuldade de caixa, por exemplo, o contribuinte retardaria o recolhimento do imposto, transformando a receita tributária em capital de giro. Portanto, 'são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias' (SACHA CALMON, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 1999, p. 696)" (Apelação Cível nº 224.608-0/00, *DJ* de 28.12.2001).

No mesmo diapasão, os seguintes julgados:

"*Multa de revalidação. Caráter confiscatório. Improcedência da argüição. - Não há como reconhecer qualquer caráter confiscatório das multas de revalidação. A imposição da multa em razão da falta de recolhimento do imposto tem em conta desincentivar a inadimplência e inibir a sonegação fiscal. Acrescente-se que a penalidade não incide sobre o valor da mercadoria, mas sobre o imposto não recolhido pelo empresário, sem esquecer que, no caso dos impostos indiretos, a carga tributária é sempre repassada ao consumidor final da mercadoria*". (Apelação Cível nº 219.234-2, Desembargador Orlando Carvalho, *DJ* de 28.09.2001.)

"*(...) O princípio constitucional do não-confisco deve ser entendido com abstração das penalidades, que, em si mesmas, não assumem caráter confiscatório. Multa de revalidação imposta por lei no percentual de 50% do valor do imposto devido, é penalidade, e não tributo, sendo legal sua cobrança*". (Apelação Cível nº 231.021-7, Desembargador Dorival Guimarães Pereira, *DJ* de 19.12.2001.)

No que tange à impugnação da embargante, referentemente à adoção da taxa Selic, abstenho-me de pronunciar a respeito, na medida em que a recorrente não levantou a matéria na oportunidade própria, vale dizer, na petição inicial dos embargos à execução, dando azo, assim, à preclusão da matéria, por força do artigo 183 do CPC, *verbis*:

"*Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração*

judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa".

A respeito, colaciono a lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, in *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., p. 566:

"*A petição inicial é a peça inaugural do processo, pela qual o autor provoca a atividade jurisdicional, que é inerte (CPC, 2º e 262). É a peça processual mais importante pelo autor, porque é nela que se fixam os limites da lide (CPC, 128 e 460), devendo o autor deduzir toda a pretensão, sob pena de preclusão consumativa, isto é, de só poder fazer outro pedido por ação distinta*".

O que, terminantemente, não se admite é que a parte venha inovar em sede recursal, formulando pedidos não expressos na petição inicial, porquanto tal atitude, além de ofender o princípio do duplo grau de jurisdição, acarreta inadmissível surpresa ao litigante adverso.

"*Não é lícito à parte recorrente inovar em sua postulação recursal para nela fazer incluir pedido diverso daquele que foi originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação perante as instâncias ordinárias*". (STF-1ª T., Rel. Min. Celso de Melo, AgReg em Rec. Extr. nº 170.385, *DJ* de 23.06.95.)

"*Questões não suscitadas e debatidas em primeiro grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição*". (Apel.Cível nº 217.677-2, Rel. Debatin Cardoso, TJSP, julg. em 16.12.93.)

Em face do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

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

-:::-

ALIMENTOS - REVISIONAL - NASCIMENTO DE OUTRO FILHO - DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE - REDUÇÃO DA PENSÃO - POSSIBILIDADE - SUSTENTO DOS FILHOS - OBRIGAÇÃO DOS PAIS

- O nascimento de outro filho do devedor de alimentos pode autorizar a redução da pensão alimentícia devida ao filho havido do relacionamento anterior, na medida em que tal circunstância implica diminuição de sua capacidade financeira, já que deve ser mantida a igualdade de assistência entre todos os filhos menores.

- A obrigação de sustento dos filhos é dos pais. Portanto, está a mãe também obrigada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.191-8/00 - Comarca de Sabará - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Revisional - Alimentos - Nascimento de outro filho. - O nascimento de outro filho do devedor de alimentos pode autorizar a redução da pensão alimentícia devida ao filho havido do relacionamento anterior, na medida em que tal circunstância implica redução de sua capacidade financeira, já que deve ser mantida a igualdade de assistência entre todos os filhos menores.

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, 23 de maio de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

Em ação revisional de alimentos ajuizada por E.S.O. contra seu filho F.A.O., menor representado pela mãe, visando reduzir a pensão alimentícia de 40% para 15% de seu salário líquido, o pedido foi julgado parcialmente procedente na sentença de fls. 58/61, que a reduziu para 20%, apelando o requerido.

Pugna pela reforma da sentença, ao argumento de que não foram as provas dos autos examinadas com eqüidade, pois não pode arcar com o sustento da filha do autor e de sua concubina, sendo que os alimentos já eram insuficientes à sua subsistência, fazendo-o necessitar ainda da ajuda da mãe e da avó. Ademais, a constituição de nova família não autoriza a redução.

O autor requereu a redução da pensão alimentícia mensal devida a um filho menor, de 40% para 15% dos seus rendimentos líquidos percebidos como funcionário da Belgo-Mineira, aduzindo que se obrigara por ocasião da separação judicial consensual a destinar tal *quantum* ao filho, mas que estava em dificuldades, em face da constituição de nova família e nascimento de outra filha, restando alterada e diminuída sua capacidade de prestar alimentos.

Foi exatamente diante das particularidades do caso, que o MM. Juiz *a quo* houve por bem deferir em parte o pedido e reduzir a pensão alimentícia, nos termos em que autorizado pela análise dos elementos e provas constantes dos autos.

Quando da redução da pensão para 20% dos rendimentos líquidos do requerente, considerou o douto Magistrado que a constituição de nova família por si só não justificava a redução dos alimentos devidos ao filho nascido anteriormente, mas "... *o nascimento de filho fruto do novo relacionamento do devedor dos alimentos resulta em que esse filho tem igual direito de ser sustentado pelo genitor comum, donde se conclui que configurado encargo superveniente a ensejar a redução do* quantum *antes estabelecido, de modo que todos os filhos menores, independentemente da natureza da filiação, possam ser atendidos de forma igual nas suas necessidades*" (fl. 60).

Concluiu, a meu ver com acerto, que "... *o nascimento do filho do autor, depois de fixados os alimentos cujo montante se pretende alterar, trouxe maiores despesas ao autor, diminuindo-lhe, por conseguinte, a capacidade financeira*" (Lei 5.478/68, art. 15) (fl. 60).

Assim, tenho que a diminuição da pensão foi criteriosa e se mostra razoável, pois significa ainda uma pensão de 20% para um só filho. Redução menor implicaria, sem dúvida, prejuízo ao alimentante e à nova família.

A propósito: "*Revisional. Alimentos. Redução da verba alimentar. - Considerando-se o valor dos alimentos pagos pelo alimentante a um filho e o fato de ser inadmissível discriminação entre filhos, o valor que deveria ser, em tese, destinado aos demais filhos comprometeria 2/3 (dois terços) dos rendimentos do alimentante, o que inviabilizaria o pagamento*" (TJRS - Ap. 59863000-RS, Des. Alzir Felipe Schmitz, j. em 08.04.99).

Ademais, no que diz com a alegação de que necessita o recorrente da ajuda da mãe e da avó materna, de se lembrar que a obrigação de sustento dos filhos é dos pais. Portanto, está a mãe também obrigada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas. Partes sob o benefício da justiça gratuita.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DETETIVE - CONDUÇÃO DE PESSOA À DELEGACIA SOB MIRA DE ARMA - INTIMIDAÇÕES - AGRESSÕES FÍSICAS - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA DO ESTADO - INTELIGÊNCIA DO § 6º DO ART. 37 DA CF

- O Estado responde objetivamente pelos atos praticados por seus agentes, bastando que se prove o nexo causal entre o fato lesivo e o dano para que surja a obrigação de indenizar. Provado que o detetive, mesmo não estando em serviço, utilizou-se dessa prerrogativa para intimidar e conduzir a pessoa à delegacia, sob a mira de uma arma, agredindo-a fisicamente, atentando contra sua reputação, pudor e tranqüilidade, é o Estado responsável pelos danos de ordem moral resultantes de tal atitude, sendo ele parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização, diante do disposto no § 6º do art. 37 da CF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.799-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Ação de indenização por danos morais - Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada - Conduta abusiva de policial - Existência de nexo causal entre o ato lesivo e o dano - Responsabilidade objetiva do Estado - Obrigação de indenizar - 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, 25 de abril de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta por Gilda de Fátima Silva Leonaldo Ferreira e Pedro Leonaldo Ferreira contra o Estado de Minas Gerais, dizendo que, no dia 10 de maio de 1997, quando faziam lanche num *trailer* na Praça da Saudade, em Alfenas, foram abordados por um detetive que apontou uma arma para o autor-varão sem nenhum motivo, conduzindo-os para a 19ª Delegacia com uma arma apontada para a nuca do segundo autor, onde foram agredidos com coronhadas, tapas e pontapés; que a violência e humilhação que sofreram autorizam a indenização por danos morais no valor de mil salários mínimos.

O Estado de Minas Gerais contestou a ação, alegando, em preliminar, ilegitimidade passiva, fazendo denunciação da lide; no mérito, que não há nos autos prova do alegado dano moral e que o valor pedido é excessivo.

O Ministério Público opinou pela desnecessidade de sua atuação do feito.

O denunciado compareceu aos autos, dizendo que deteve um dos autores por falta de documento e semelhança com a descrição de um perigoso meliante que andava atemorizando a população de Alfenas; que as agressões jamais ocorreram; que a primeira autora é parte ilegítima na ação, pois nada foi feito contra ela.

A sentença exarada às fls. 145/151 julgou procedente o pedido.

Insatisfeito, o Estado apelou, repetindo os mesmos argumentos colocados na contestação, pedindo a redução da indenização.

Os apelados ofereceram contra-razões, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau.

Dispensa-se a atuação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeito à Súmula 189 do STJ e ao parecer de fls. 85/87.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço da remessa oficial e do apelo, ressaltando que comungo com o entendimento do douto Sentenciante, em tudo e por tudo, inclusive quanto à preliminar, que se confunde com o mérito e assim será tratada.

As provas demonstram que houve abuso de poder por parte do detetive, mesmo não estando em serviço naquele dia, pois se utilizou dessa prerrogativa para abordar, intimidar e conduzir os autores sob a mira de uma arma até a delegacia, agredindo-os fisicamente.

O denunciado negou a agressão, dizendo que apenas conduziu o autor-varão até a delegacia, pela sua semelhança com a descrição de um perigoso meliante que andava atemorizando a população de Alfenas, mas o fato foi confirmado pela testemunha de fls. 127, Ademilson Aparecido Vieira, de plantão na 19ª Delegacia de Polícia naquele dia, nos seguintes termos:

"*que na época dos fatos o depoente estava de plantão na delegacia de polícia nesta cidade quando lá compareceu o detetive Ademir Pereira dos Santos conduzindo um casal, ora autores; que o depoente naquele momento estava atendendo ao telefone e pôde observar que o casal e o detetive conversavam e, em um dado momento, o detetive passou a agredir fisicamente o aludido casal; que o depoente ao ver as agressões interferiu, segurando o detetive tendo o aludido casal saído da delegacia e ido embora, retornando, posteriormente, com a polícia militar que fez a lavratura do boletim de ocorrência; que o detetive agressor não informou ao depoente por que teria conduzido o casal até a delegacia e o por que das agressões, limitando-se o mesmo a ir em direção do alojamento dos policiais que fica aos fundos da delegacia de polícia*".

Em depoimento, o denunciado confessou ter conduzido o autor até a delegacia, apontando-lhe uma arma.

Como se vê, o denunciado, reconhecido no local como detetive, embora de folga, agiu como um policial e, armado, intimidou as vítimas, conduzindo-as até a delegacia local.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado, que responde objetivamente pelos atos praticados por seus agentes, bastando que se comprove o nexo causal entre o fato lesivo e o dano.

Havendo a comprovação desse elementos, surge a obrigação de indenizar.

Dentro desse entendimento, leciona HELY LOPES MEIRELLES:

"*A responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., p. 548, 1989).

Os autores sofreram um atentado à sua reputação, pudor, tranqüilidade, segurança e integridade física, por parte de quem tinha a obrigação de protegê-los, devendo ser indenizados por isso.

Assim, demonstrada a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano, responsável é o Estado pelas conseqüências de ordem moral resultantes dela, diante do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

Quanto ao valor da indenização, entendo que foi bem dosado, uma vez que dois foram os ofendidos.

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

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

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - DETERMINAÇÃO JUDICIAL TERATOLÓGICA - PREJUÍZO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARABILIDADE - INEXISTÊNCIA - RECURSO PRÓPRIO PARA ATACAR O ATO - EXISTÊNCIA - PETIÇÃO INICIAL - INDEFERIMENTO

- Havendo recurso próprio para atacar o ato judicial, incabível é o mandado de segurança, não sendo possível a substituição recursal pela edificação da ação mandamental. Só se pode falar em uso do *mandamus* contra ato judicial, nos casos de ilegalidade do ato e de violação de direito líquido e certo, bem como quando a determinação judicial for manifestamente teratológica e houver prejuízo irreparável ou de difícil reparabilidade, desde que o recurso de que se disponha não seja eficaz e enérgico para obstar à concretização de tal prejuízo.

- Sendo incabível o mandado de segurança, indefere-se a petição inicial, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 257.154-5/00 - Comarca de São João Del-Rei - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Entendimento judicial passível de enfrentamento recursal - Inidentificação de posicionamento judicial teratológico ou fomentador de dado de difícil ou impossível reparação - Não-possibilidade de substituição recursal pela edificação de ação mandamental - Indeferimento da petição inicial - Insubsistência de liminar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda 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 INDEFERIR A INICIAL E CASSAR A LIMINAR, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Como já havia afirmado, quando da vez primeira que tomei conhecimento do feito presente, fls. 20/20-v., o caso, em si, não estaria por municiar a possibilidade de instalação de um procedimento mandamental.

Agora, visto o teor das informações prestadas pela MMª Juíza, rotulada como coatora, além do enfoque ministerial, fico em consolidar meu entendimento atinente a que, na realidade dos fatos e conseqüente posicionamento judicial, não havia, como não há, por se cuidar de um *mandamus*, mormente em substituição, induvidosa, de recurso que poderia ter sido edificado.

Já de antanho, entendível por admissível proceder tal como acontecido, porém somente permitido é esse caminhar em casos excepcionais, de dano dificilmente reparável, além de manifestamente teratológica a determinação judicial.

Em contrário, não se poderá como não se pode, lançar mão do *writ* como sucedâneo de recurso não interposto.

Destarte e em linha de princípio, só se pode falar em uso do *mandamus* contra ato judicial desde que o recurso, de que se disponha, não seja eficaz e enérgico o suficiente para obstar à concretização do prejuízo, que há de ser difícil ou de impossível reparabilidade.

E isso, no geral, não acontece *in casu*.

O entendimento judicial, referido, passível seria de ataque recursal, e não, propriamente, de ação mandamental, *venia concessa*.

Só há por se falar em cabimento do mandado de segurança contra ato judicial quando presentes, sem rebuços, além dos pressupostos genéricos, ou seja, ilegalidade do ato e violação de direito líquido e certo, o requisito consistente no prejuízo irreparável ou de difícil reparabilidade, como, aliás, de orientação pretoriana conferível *in RTJ*, 70/504.

Ao deduzido e concluindo ser incabível o mandado de segurança no presente caso, indefiro a petição inicial, escudando-me, para tanto, na disposição do artigo 8º da Lei nº 1.533/51.

Desestruturo, em sua essência, consequencialmente, a liminar, outrora deferida, tornando-a sem força e sobrevivência.

Sem custas, posto assistência judiciária.

Os Srs. Desembargadores Aloysio Nogueira, Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, Kildare Carvalho e Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - INDEFERIRAM A INICIAL E CASSARAM A LIMINAR, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

MINISTÉRIO PÚBLICO - ATRIBUIÇÕES E FUNÇÕES PRIVATIVAS - DEFESA - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - JUIZ DE DIREITO - INVESTIGAÇÃO DE CONDUTA DE PROMOTORES DE JUSTIÇA - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES E FUNÇÕES PRIVATIVAS DO ÓRGÃO MINISTERIAL

- Tem o Ministério Público legitimidade ativa *ad causam* para, via mandado de segurança, exercitar a defesa das suas competências ou do exercício de suas prerrogativas, sempre que usurpadas ou ameaçadas de sê-lo.

- Se fatos levados ou chegados ao conhecimento do juiz, de algum modo, fizerem recair suspeitas de que membros do Ministério Público estão cometendo delito, imediatamente deverá ele dar notícia desses fatos aos órgãos competentes daquela instituição, e não, definitivamente, investigá-los ele próprio, pois, se o fizer, indubitavelmente estará usurpando atribuições e funções privativas do Ministério Público.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 257.621-3/00 - Comarca de Araxá - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Ministério Público - Atribuições e funções privativas - Defesa - Mandado de segurança - Legitimidade *ad causam* ativa. - Tem o Ministério Público legitimidade *ad causam* ativa para, via mandado de segurança, exercitar a defesa das suas competências ou do exercício de suas prerrogativas, sempre que usurpadas ou ameaçadas de sê-lo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda 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 CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, via petição inicial subscrita pelos Drs.: Nedens Ulisses Freire Vieira, Procurador-Geral de Justiça; Márcio Heli de Andrade, Corregedor-Geral do Ministério Público; Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Armando Lourenço da Silva, Promotores de Justiça na Comarca de Araxá, contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araxá, Dr. Daniel César Botto Collaço, com ele objetivando, *verbis*: "*coibir a prática de atos pela autoridade coatora que caracterizam usurpação das funções do Ministério Público*".

Tais "atos" foram descritos como a montagem "*de um verdadeiro* Tribunal de Exceção *na sua própria residência e que se instalara a pretexto de investigar a vida social e moral dos Promotores de Araxá*", onde, "*desapegado a qualquer padrão processual ou legal, passou a autoridade coatora a realizar suas* investigações".

E a "usurpação" das funções do Ministério Público dado ser da competência exclusiva do Procurador-Geral de Justiça "*investigar a conduta de promotores de justiça quando a eles são imputadas condutas delituosas*" e do Corregedor-Geral de Justiça "*investigar a conduta de promotores de justiça quando a eles são imputadas condutas delituosas*" (Lei nº 8.625/93, art. 41, parágrafo único, e Lei Complementar Estadual nº 34/94, art. 38 - legislação citada).

Foram requeridas:

a) a concessão de liminar "*proibindo a autoridade coatora de proceder a qualquer espécie de investigação da conduta profissional ou privada dos impetrantes, com remessa de eventual material que dispõe para o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais*", e

b) a concessão, a final, da segurança pretendida, em definitivo, confirmando-se a liminar.

Deferida a liminar (fls. 94/94-v.-TJ), prestou a autoridade indigitada coatora as informações de fls.102/103, via "fax", estando os originais às fls. 110/111-TJ.

Pela concessão da segurança manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 105/108-TJ).

Os autos, fartamente documentados, dão notícia de certas ocorrências na Comarca de Araxá, já amplamente veiculadas pela mídia, tanto televisiva quanto escrita e falada, que, com a máxima urgência, impõe-se sejam convenientemente investigadas e, apuradas as responsabilidades, punidos os eventuais culpados.

Sobre elas, no entanto, não nos permite a via estreita do mandado de segurança impetrado, nem seria isso conveniente, tecer quaisquer comentários.

O que o caso comporta é tão-somente decidir se, de fato, praticou ou vinha praticando a autoridade indigitada coatora atos que, por sua natureza, implicavam usurpação das funções do Ministério Público.

Tudo teria começado com uma declaração pública do impetrado, na Cidade de Poços de Caldas, durante um congresso relacionado com a defesa da Infância e Juventude, de que "*tinha problemas com os Promotores de Araxá, que estariam envolvidos com a exploração da prostituição infantil*", repudiada, de imediato, pelos membros do Ministério Público presentes naquele evento.

Essa declaração não foi desmentida pelo impetrado nas suas informações de fls.

Negou, porém, que tenha empreendido ou que empreendesse as investigações noticiadas.

Asseverou, no entanto, que, *expressis verbis*: "*qualquer fato ou ato que os faça presumir, seguiram a tramitação e orientação no sentido de que o Juiz de Direito da Infância e Juventude tem a obrigação legal de prevenir e reprimir a ocorrência de qualquer ameaça ou violência contra os direitos declarados da criança e adolescentes...*".

A oitiva do Ministério Público é obrigatória e indispensável.

Se os fatos levados ou chegados ao conhecimento do juiz, de algum modo, fizerem recair suspeitas sobre membros do Ministério Público, imediatamente deverá ele dar conhecimento deles aos órgãos competentes daquela instituição, e não, definitivamente, investigá-los ele próprio, pois, se o fizer, indubitavelmente estará usurpando atribuições e funções privativas do Ministério Público.

Com estas considerações, ratificando e confirmando a liminar concedida, defiro a ordem mandamental para

os fins colimados, considerando, como considero, que tem o Procurador-Geral de Justiça legitimidade para impetrar mandado de segurança na defesa de sua competência ou no exercício de suas prerrogativas.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR CONCEDENDO A ORDEM.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 16.04.02, a pedido do Revisor, após votar o Relator concedendo a ordem.

Com a palavra o Des. Francisco Lopes de Albuquerque.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Examinei os autos e cheguei à mesma conclusão do em. Relator de que se impõe o reconhecimento do direito que se arroga ao impetrante, de ver coibida a ação investigatória, irregularmente promovida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araxá, procedimento que, *data venia*, não encontra respaldo na legislação em vigor.

Acompanhando o eminente Des. Relator, concedo a segurança impetrada.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Concedo a segurança.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Concedo a segurança.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Concedo a segurança.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

MEDICAMENTOS - DISTRIBUIDORA - CONTRATAÇÃO DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL - INEXIGIBILIDADE - DECRETO Nº 74.170/74 - LIMITES DA LEI Nº 5.991/73 - EXTRAPOLAÇÃO

- A exigência de contratação de farmacêutico responsável abrange apenas as farmácias e as drogarias, não se estendendo às distribuidoras de medicamentos e produtos correlatos, que não os fornecem diretamente ao consumidor, não aviam receitas, nem manipulam fórmulas.

- O Decreto nº 74.170/74 extrapolou os limites da Lei Federal nº 5.991/73, não podendo prevalecer no ponto em que estendeu a exigência de contratação de farmacêutico responsável às distribuidoras de medicamentos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.688-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Administrativo - Distribuidora de medicamentos - Contratação de farmacêutico responsável - Inexigibilidade - Sentença de procedência do pedido exordial confirmada. - A exigência de contratação de farmacêutico responsável abrange apenas as farmácias e as drogarias, não se estendendo às distribuidoras de medicamentos, que não os fornecem diretamente ao consumidor, nem manipulam fórmulas. - O Decreto 74.170/1974 extrapolou os limites da Lei Federal nº 5.991/1973, não podendo prevalecer no ponto em que estendeu aquela exigência às distribuidoras de medicamentos.

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, 23 de abril de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 153/156, proferida nos autos de ação ajuizada pela apelada com pedido de anulação do requisito estipulado pela vigilância sanitária, referente à obrigatoriedade de assistência técnica de farmacêutico, como condição para funcionamento da distribuidora de medicamentos.

O ilustre Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para:

"*condenar o réu a se abster de exigir a existência de relação com farmacêutico para fins de concessão de alvará sanitário da empresa Dismega Distribuidora Ltda., uma vez que revogado o Decreto 793/93 pelo artigo 10 do Decreto 3.181/99*".

Inconformado, o segundo apelante sustenta que: a Lei Federal nº 5.991/1973 regula o controle sanitário do comércio de drogas em geral, incluindo as distribuidoras e representantes de remédios; o regulamento dessa lei ocorreu com a publicação do Decreto 74.170/1974, posteriormente revogado em parte, pelo Decreto 793/1993; a Lei 9.787/1999 dispôs sobre a vigilância sanitária e medicamentos genéricos; visando regulamentar essa lei, foi publicado o Decreto 3.181/1999, que revogou o Decreto 793/1993, mas nada estabeleceu sobre o Decreto 74.170/1974; com a revogação expressa do Decreto 793/1993, a Lei 5.991/1973 continua em vigor, regulamentada pelo Decreto 74.170/1974; continua em vigor a exigência de profissional farmacêutico em estabelecimentos do tipo da apelada, conforme

estabelece o art. 27 do Decreto 74.170/1974; no âmbito municipal, a matéria esta regulada pela Resolução nº 144 da Secretaria de Estado da Saúde, em conformidade com o art. 14 do Decreto 74.170/1974; a função de assessorar as distribuidoras de remédios é de competência exclusiva dos farmacêuticos; o Decreto 74.170/1974 não extrapolou os limites da Lei 5.991/1973, ao contrário do que entendeu o douto Sentenciante, visto que o administrador público, ao regulamentar essa lei federal, exigindo a presença de farmacêutico no estabelecimento das distribuidoras de remédios, agiu dentro dos limites de seu poder discricionário e do poder de polícia sanitária.

A apelada apresentou contra-razões às fls. 173/179, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário interposto, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de reexame necessário de sentença que julgou procedente o pedido da autora, ora apelada, determinando ao Estado de Minas Gerais abster-se de exigir a presença de farmacêutico para os fins de concessão de alvará sanitário à distribuidora de medicamentos recorrida.

O Estado de Minas Gerais aduz que, nos termos da Lei Federal nº 5.991/1973, regulamentada pelo Decreto nº 74.170/1974, é imprescindível, para a concessão do alvará de funcionamento da empresa-apelada, a contratação de farmacêutico, que é o profissional apto para assessorar as atividades de distribuição de medicamentos.

A meu inteligir, *data venia*, a sentença recorrida não merece qualquer reparo.

De início, para facilitar a análise da matéria *sub judice*, vale apresentar, de forma sintética, a evolução normativa sobre a questão da obrigatoriedade de assistência de profissional farmacêutico em estabelecimentos que cuidam da distribuição de medicamentos.

A Lei Federal 5.991/1973, que dispôs sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, reconheceu várias categorias de empresas, cujas atividades se relacionam a comércio, venda, fornecimento e distribuição de medicamentos e produtos afins. Em seu art. 4º, XVI, especificou a figura do distribuidor, representante, importador e exportador, tipificando-os da seguinte forma: "*empresa que exerça direta ou indiretamente o comércio atacadista de drogas, medicamentos em suas embalagens originais, insumos farmacêuticos e correlatos*".

O art. 15 da mencionada lei, inserido no capítulo denominado "*da assistência e responsabilidade técnicas*", estabeleceu apenas para farmácias e drogarias a obrigatoriedade de contratação de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, como condição essencial para a

expedição do alvará sanitário, nada dispondo a esse respeito para as distribuidoras de medicamentos.

A Lei 5.991/1973 foi regulamentada pelo Decreto nº 74.170/1974, que conferiu aos Estados competência para regular, de forma apenas supletiva, o comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos. Vejamos:

"*Art. 14. O comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, seja sob a forma de dispensação, distribuição, representação, importação ou exportação, somente poderá ser exercido por estabelecimentos licenciados pelo órgão sanitário competente dos Estados do Distrito Federal e dos Territórios, em conformidade com o disposto na Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973, neste Regulamento e na legislação supletiva a ser baixada pelos mesmos*".

Esse decreto, no art. 30, também estabeleceu a exigência da contratação de assistente técnico farmacêutico, dispensando as distribuidoras, contudo, da obrigatoriedade de permanência e cumprimento de horário integral desse profissional no estabelecimento da empresa.

Posteriormente, foi publicado o Decreto nº 793/1993, que alterou, em parte, o Decreto nº 74.170/1974 e estabeleceu nova redação para o art. 27 do referido decreto, estendendo às distribuidoras de medicamentos a obrigatoriedade de contratação de serviços de assistência técnica de farmacêutico.

A Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte, por sua vez, publicou a Portaria SMSA/SUS-BH nº 026/1998, estabelecendo no art. 23 de seu anexo (norma técnica especial nº 001/98), a exigência de prestação de assistência técnica de farmacêutico para as distribuidoras de medicamentos.

Permissa maxima venia, após a interpretação sistemática dos dispositivos normativos aplicáveis à espécie, principalmente aqueles elencados acima, cheguei à mesma conclusão do douto Sentenciante no sentido de que as empresas distribuidoras de medicamentos e produtos correlatos que não manipulam drogas, não aviam receitas e também não fornecem medicamentos diretamente ao consumidor não estão obrigadas, como condição para obtenção de alvará sanitário de funcionamento, a contratar a prestação de serviços de assistência técnica de farmacêutico.

Isso porque nenhum decreto ou resolução poderia ampliar ou dispor em sentido contrário ao conteúdo da Lei Federal nº 5.991/1973, que apenas exigiu das farmácias e drogarias a obrigatoriedade de assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia.

Ora, a apelada é distribuidora de medicamentos, tendo por objeto social o comércio atacadista de produtos farmacêuticos, não sendo admissível, pois, exigir-lhe a contratação de farmacêutico para prestar assistência técnica para o cumprimento das atividades da empresa.

É preciso ressaltar, ainda, que o Decreto nº 793/1993, que fazia aquela exigência, foi expressamente revogado pelo art. 10 do Decreto nº 3.181/1999.

No tocante aos limites do poder regulamentar, destaquem-se as lições de HELY LOPES MEIRELLES:

"*Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).*

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., Malheiros Editores, 2000, p. 119-120).

No Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se pacificou o entendimento nessa mesma linha interpretativa:

"*(...) O tema* sub judice *também foi, em várias ocasiões, decidido pelo colendo Supremo Tribunal Federal, sempre confirmando os julgados do Tribunal Federal de Recursos*".

Nesse sentido o acórdão proferido pela egrégia 1ª Turma no RE 85.691-SP, Rel. Min. Thompson Flores:

"*Empresas atacadistas que não manipulam drogas, não aviam receitas e nem fornecem medicamentos diretamente ao consumidor. Delas não se exige assistência por técnicos farmacêuticos responsáveis. Aplicação da Lei nº 5.991/73. Exorbitância do Dec. 74.170/74 impondo exigência não prevista em lei. Ineficácia. (...)*".

Também aquele proferido pela egrégia 2ª Turma no RE 84.222, Rel. Min. Xavier de Albuquerque:

"*Comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos. - Os estabelecimentos de representação, distribuição, importação e exportação não estão sujeitos, para obterem o licenciamento, ao requisito da assistência de responsável técnico, inscrito no Conselho Regional de Farmácia. Ilegitimidade do art 30 do Decreto nº 74.170, de 10.06.74, porque exorbitante da Lei nº 5.991, de 17.12.73, que pretendeu regulamentar. Mandado de segurança concedido. Recurso extraordinário não conhecido e provido*" (*RTJ* nº 91, p. 506).

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental". (Agravo Regimental nº 154.651, Relator Ministro Ari Pargendler, data da decisão: 11.09.1997, *Diário do Judiciário*, data: 29.09.1997, p. 48.178.)

Por fim, é preciso ressaltar que o fato de a distribuidora-apelada se

encontrar dispensada de contratar os serviços de assistência técnica de farmacêutico não afronta o disposto no Decreto 85.878/1981, que dispôs sobre as atribuições privativas dos profissionais farmacêuticos.

Com essas considerações, em sede de reexame necessário, confirmo a sentença. Prejudicado recurso voluntário.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL - CONVERSÃO NA MESMA TRAMITAÇÃO EM DIVÓRCIO - IMPOSSIBILIDADE PROCESSUAL - TEMAS E PROVAS DIVERSOS - ENTRAVES BUROCRÁTICOS - INFIDELIDADE COMPROVADA - ACOLHIMENTO DO PEDIDO QUE NA FALTA SE ASSENTA

- É impossível a conversão, no meio da instrução, de uma ação de separação judicial como tal contestada em ação de divórcio, mesmo sob o rótulo de praticidade. A impossibilidade decorre da diferença entre as teses discutidas: a primeira, culpa; e a segunda, do tempo; sendo, assim, totalmente diversas as provas a serem colhidas. Além disso, há ainda o entrave burocrático do próprio registro das ações a impedir a sua identificação. As ações poderiam, em tese, ser até paralelas, desde que postulada a segunda depois da separação, mas não convertidas num mesmo processo.

- Comprovada a infidelidade do varão adúltero, é de se reconhecer e dar provimento ao apelo, para se decretar a separação judicial proposta sob tal fundamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.735-1/00 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Conversão de ação de separação em divórcio na mesma tramitação - Impossibilidade adjetiva. - As ações de separação e de divórcio, em tese, podem ser até paralelas, desde que postulada a segunda depois da separação. Mas a conversão na mesma tramitação da separação conflita com a discussão de "culpa" de uma e de "tempo" de outra.

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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 04 de junho de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

In casu, um figurino processual completamente anárquico. A esposa propôs ação de separação judicial, a ação foi como tal contestada e, no meio da instrução, foi convertida a ação em divórcio, na própria tramitação da demanda.

Data venia, mesmo sob o rótulo de praticidade, rótulo que tanto apreciamos, isto é impossível. Impossível, porque as discussões são diferentes, uma discute culpa e a outra discute tempo; impossível, porque nesta diferenciação a prova a ser coletada é totalmente diferente uma da outra. Finalmente, burocraticamente os registros não se coadunam na computação: nem na Comarca de origem e nem no Tribunal consta que a ação presente é de divórcio. Tentou-se fazer do quadrado redondo, o que, nem geometricamente, nem processualmente, é defeso. Conforme o caso, as ações poderiam ser até paralelas, mas não convertidas, num mesmo processo, pelas razões já expostas.

A ação é de separação judicial proposta pela varoa e pela infidelidade proclamada e decantada pelo varão adúltero, razão pela qual *dou parcial provimento* à apelação, para julgar a ação de separação proposta como *procedente*, *inadmitindo*, por imposição processual, a *conversão* do divórcio proposta, permanecendo íntegros *os demais* dispositivos sentenciais, *datissima venia* da douta Procuradoria de Justiça do Estado.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - MORTE DE SEGURADO - EX-CÔNJUGE SUPÉRSTITE - MULHER OU HOMEM SEPARADO JUDICIALMENTE - DIREITO AO BENEFÍCIO - ART. 8º DA LEI ORGÂNICA DO IPSEMG (LEI ESTADUAL Nº 9.380/86) - ART. 201 DA CF/88 - ART. 31 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTELIGÊNCIA

- A teor do art. 8º da Lei Orgânica do Ipsemg (Lei Estadual nº 9.380/86) e diante do que dispõem os arts. 201, V, da CF/88 e 31, III, da Constituição do Estado de Minas Gerais, o ex-cônjuge supérstite separado judicialmente, homem ou mulher, tem direito à pensão por morte do segurado, se com ele mantinha união de fato, até a data do óbito, mister se não excluído do direito a alimentos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 258.056-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Pensão por morte do segurado - Cônjuge supérstite, mulher ou homem separado judicialmente - Direito - Inteligência do art. 8º da Lei Orgânica da Previdência Social - Separado judicialmente do segurado, tem direito o ex-cônjuge supérstite, homem ou mulher, à pensão percebida pelo segurado se com ele mantinha a união, sem exclusão judicialmente declarada de alimentos.

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, FAZENDO-SE RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço do recurso pelo duplo grau de jurisdição, embora não determinada a remessa dos autos.

Trata-se de exame necessário da sentença proferida na ação ordinária de cobrança de pensão, com pedido de tutela antecipada, que julgou procedente o pedido feito pelo companheiro da segurada, reconhecendo-lhe o direito à pensão que deve corresponder aos vencimentos dos servidores da ativa, a partir do falecimento de Julieta Margarida Guimarães, e que era paga a esta; e determinou que fossem pagas ao ora apelado as parcelas em atraso, acrescidas de correção monetária a partir da data em que se tornaram devidas e juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação. Condenou, ainda, o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, fixados em 5% sobre o valor das parcelas vencidas.

Para negar o direito do autor, ora apelado, à pensão o Instituto de Previdência-apelante se baseia no art. 8º da Lei Orgânica do Ipsemg (Lei Estadual nº 9.380/86), *verbis:*

"Não terá direito à prestação o cônjuge judicialmente separado ou divorciado ao qual não tenha sido assegurada percepção de alimentos, nem o que houver incorrido em abandono do lar conjugal sem justo motivo, declarado judicialmente ou por sentença transitada em julgado".

Do exame desse dispositivo, infere-se que, ao referir-se ao "cônjuge judicialmente separado ou divorciado", teve em vista aquele afastado do lar conjugal sem justo motivo, conforme o diz expressamente.

Mesmo ao separado judicialmente ou divorciado com direito a alimentos concedeu a lei a prestação da pensão. No caso, o apelado não chegou a separar-se do cônjuge segurado, pelo que não haveria de se falar em alimentos.

Logo, se não houve separação de fato dos cônjuges, não há como negar, à luz do dispositivo transcrito, vigente ao tempo do óbito da segurada, o direito à pensão ao ex-cônjuge supérstite e companheiro, direito este assim assegurado pela nossa Lei Maior:

"*Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:*

(...)

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202".

E, no mesmo diapasão, dispõe a Constituição Estadual:

"*Art. 31. O Estado assegurará ao servidor público civil os direitos previstos no art. 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 à melhoria de sua condição social e à produtividade no serviço público, especialmente:*

(...)

III - assistência e previdência sociais, extensivas ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes".

Separado judicialmente da segurada, mas continuando com ela a união até a data do óbito, sem ser excluído do direito a alimentos, faz jus à pensão o autor, a teor do art. 8º da Lei Orgânica do Ipsemg.

Isto posto, conheço de ofício da remessa obrigatória e nego provimento no reexame decorrente do duplo grau de jurisdição; julgo prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Entendendo que a matéria tenha sido examinada em inúmeras oportunidades neste egrégio Tribunal, também decido da mesma forma que o eminente Relator, razão pela qual acompanho integralmente o seu voto.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente, eminentes Pares. Também acompanho o Relator para, em reexame necessário, confirmar a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, COM RECOMENDAÇÃO.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS-IPSM - BENEFICIÁRIA - COMPANHEIRISMO - CONFIGURAÇÃO - EXCLUSÃO DO ROL DE PENSIONISTAS - ART. 25, II, DA LEI Nº 10.366/90 - APLICABILIDADE

- Comprovado o companheirismo da beneficiária, que fica caracterizado pelo fato de possuir 4 (quatro) filhos com a mesma pessoa, presumindo-se a estabilidade, continuidade e publicidade da relação, deve-se excluí-la do rol de pensionistas do IPSM, conforme disposto no art. 25, II, da Lei nº 10.366/90.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 259.921-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Previdenciário - Art. 25, II, da Lei 10.366/90 - Exclusão do rol de pensionistas do IPSM. - Configura relação de concubinato o fato de a parte possuir quatro filhos com mesma pessoa, afastando-se a alegação de ausência de relação estável com esta. Configurado o concubinato, extingue-se o direito de beneficiária à cota individual de pensão.

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, 07 de maio de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de reexame necessário e apelação interposta contra a sentença de fls. 113/115, proferida em "ação ordinária" ajuizada pela apelada, visando à reinclusão de seu nome como beneficiária de seu falecido pai, para que passe a receber pensão, além de lhe serem pagos os valores atrasados desde a sua exclusão, em 1995, com juros e correção monetária, até a data do efetivo pagamento.

O ilustre Juiz *a quo* rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da litisconsorte pensionista e julgou procedentes os pedidos constantes da exordial, determinando a reinclusão do nome da autora como beneficiária do Instituto e o pagamento, a ser feito pelo IPSM, dos valores efetivamente devidos a ela, com correção monetária plena mensal, desde a data do requerimento administrativo, além de juros de 1% ao mês, a contar da citação. Condenou

o instituto-réu, ora apelante, no pagamento de honorários advocatícios fixados em R$3.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

O douto Magistrado considerou não ter o IPSM produzido qualquer prova documental comprovando o alegado companheirismo ou concubinato que teria existido com relação à autora, ora apelada.

Inconformado, o instituto-apelante sustenta que: a exclusão da autora do rol de pensionistas do IPSM está prevista no art. 25, II, da Lei nº 10.366/90; antes de se efetivar a exclusão da autora, realizou-se sindicância social, restando comprovado o regime de companheirismo, inclusive em face da existência de quatro filhos em comum; para inclusão de companheira dispensa-se qualquer outra prova, inclusive justificação judicial, se houver filho em comum, devendo ser tratada da mesma forma a exclusão por motivo de companheirismo.

A apelada apresentou contra-razões às fls. 125/127, pugnando pelo desprovimento do recurso interposto pelo instituto previdenciário-apelante.

Conheço da remessa oficial, tendo em vista o disposto no art. 475 do CPC e do recurso voluntário, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de reexame necessário de sentença que julgou procedente o pedido constante da inicial, condenando o instituto-réu a reincluir o nome da autora no rol de pensionistas e a pagar-lhe os valores efetivamente devidos desde a data de sua exclusão, corrigidos monetariamente, além da incidência de juros de 1% ao mês.

O instituto previdenciário-apelante rebelou-se contra o *decisum*, buscando sua reforma, sob o fundamento de que, através de sindicância social, verificou-se que a autora vivia em regime de companheirismo, "*inclusive face a existência de 04 (quatro) filhos em comum*" (*sic*, fl. 120), devendo ser excluída do rol de pensionistas, em razão do disposto no art. 25, II, da Lei nº 10.366/90.

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade levantada pela litisconsorte chamada à lide, Maria da Glória Lima Silva, à fl. 87, como o fez o ilustre Magistrado *a quo*, tendo em vista que, com a procedência do pedido de inclusão da autora no rol de pensionistas, reduzir-se-á à metade a pensão por aquela percebida, atingindo, pois, direito dessa litisconsorte.

O cerne da matéria recorrida consiste na discussão em torno do caso da autora, ora apelada, enquadrar-se na hipótese de extinção de pensão prevista no art. 25, II, da lei supra.

Ao contestar a ação, o IPSM relatou que a autora teria tido 4 (quatro) filhos com o Sr. Pedro de Oliveira Sena. Entretanto, a requerente, em momento algum, impugnou tal assertiva, quedando-se inerte. Frise-se, aliás, que

os depoimentos testemunhais foram enfáticos em dizer que a autora teve esses quatro filhos com o Sr. Pedro e, mais ainda, como relata Mara Aparecida da Silva Rocha (fls. 107/108), este "*ia esporadicamente a casa da autora*" e que "*ia na casa da autora visitar os filhos*" (*in verbis*).

A meu sentir, *rogata maxima venia*, tendo em vista o fato de a autora, ora apelada, possuir quatro filhos em comum com o Sr. Pedro de Oliveira Sena, presume-se a estabilidade, continuidade e publicidade da relação entre os dois, tornando-se, pois, estável. Dessa forma, presumido está o concubinato.

Aliás, bem disse Maria da Glória Lima Silva, em sua contestação, à fl. 87:

"... *Assim sendo a condição de companheirismo fica mais do que caracterizada, haja vista que é impossível ser mãe de 4 filhos com o mesmo homem sem configurar o companheirismo (concubinato)*" (*sic*).

Já caracterizada a relação estável com o Sr. Pedro Sena, irrelevante verificar se a apelada possui, atualmente, relação com o Sr. Mário Alves de Araújo, pois não mais tem direito à pensão, em razão de sua perda, em virtude de relação anterior.

Em assim sendo, deveria realmente a autora ser excluída do rol de pensionistas do instituto previdenciário-apelante, conforme o disposto no art. 25, II, da Lei nº 10.366/90.

Com essas considerações, reformulo a sentença e dou provimento ao recurso voluntário, invertendo os ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL - ACORDO HOMOLOGADO - PROMESSA DE DOAÇÃO AOS FILHOS DO CASAL - RETRATAÇÃO UNILATERAL - INADMISSIBILIDADE - TRANSAÇÃO - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - TRÂNSITO EM JULGADO - DESCONSTITUIÇÃO SOMENTE POR AÇÃO ANULATÓRIA OU AÇÃO RESCISÓRIA

- O acordo celebrado livremente e homologado em separação judicial, dispondo sobre promessa de doação aos filhos do casal, não pode ser unilateralmente

retratado por um dos cônjuges, sendo irrelevante que a referida doação não tenha sido levada a registro público, já que não se trata de retratação de promessa de doação simples e pura, como ato unilateral e gratuito, mas sim de doação retribuitória, inserida em negócio jurídico oneroso e bilateral de maior porte. Referida alteração só é viável mediante anuência do outro cônjuge ou no caso de comprovado vício de consentimento.

- A transação produz efeitos entre as partes e quanto à relação de direitos entre elas existentes. Homologado o acordo por sentença trânsita em julgado, resta acobertado pela coisa julgada, só podendo ser desconstituído pela via da ação anulatória ou por ação rescisória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.499-9/00 (em conexão com a de nº 260.466-8) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Separação - Promessa de doação de bens imóveis a filhos do casal - Ação ordinária de modificação da cláusula - Alienação desses bens - Retratação unilateral - Inadmissibilidade - Improcedência que se confirma.

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, 14 de março de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária de modificação de cláusula ajuizada por S.D. contra T.B.L., pedido julgado improcedente, como consta do relatório.

A pretensão do autor consiste na alienação dos bens imóveis comuns prometidos em doação às filhas, quando da separação consensual do casal, e ainda não formalizada através de instrumento público, ainda passível, portanto, de retratação, eis que, segundo sustenta, a promessa de doação apenas gera expectativa de direito, sem possibilidade de cumprimento coativo, pela inexistência de liberalidade obrigatória.

Em tese, dúvida não resta de que a promessa de doação pura e simples, como ato unilateral e gratuito que é, pode ser revogada a qualquer tempo, até porque, é verdade, não há liberalidade obrigatória.

No entanto, diversa é a situação dos autos, onde o autor busca, unilateralmente, sem sequer alegar algum vício de vontade, desconstituir acordo celebrado quando da separação consensual do casal, na parte em que dispôs que os bens imóveis comuns seriam doados às filhas, com reserva de usufruto, sob o fundamento central de que ainda não fora concretizada mediante indispensável instrumento público, impossível de ser obtido mediante execução forçada.

Aqui, portanto, não se trata de retratação de promessa de doação pura e simples mas, sim, de denúncia imotivada de acordo livremente celebrado e homologado em separação judicial consensual das partes, aliás já convertida em divórcio.

A meu sentir, no caso concreto, a pretendida alteração parcial do ajuste viável seria mediante a anuência da ex-mulher ou, então, comprovando-se vício de consentimento, aqui nem mesmo alegado.

Daí, perfeita a observação do digno Sentenciante, que, antes, já registrara que a espécie não versa sobre relação jurídica continuativa a que se refere o inciso I do art. 471 do CPC:

"... *Por isso mesmo, a simples ausência de formalidades para consecução definitiva da doação, que já se operou com a homologação do acordo, não pode vir em benefício apenas de um dos cônjuges e, principalmente, em prejuízo dos filhos menores dos litigantes.*

Entendo, por sinal, que a acolhida da tese defendida pelo autor importaria em estabelecer uma absoluta instabilidade jurídica no juízo de família, onde, como se sabe, tornou-se comum a estipulação de cláusula semelhante à questionada, o que, aliás, não ofende princípio de ordem pública e nem afronta qualquer preceito legal, mas, ao revés, na maioria das vezes, permite uma solução amigável entre os cônjuges, que se torna extremamente benéfica em relação à prole.

De resto, como salientou a douta Promotora de Justiça, não parece lógica a retratação do autor quanto à doação, ao argumento de que pretende vender os bens doados aos filhos, para pagar a pensão alimentícia devida aos próprios filhos..." (fls. 273).

Ora, sabe-se que a transação produz efeitos entre as partes e quanto à relação de direito entre elas existente e, uma vez homologada por sentença trânsita em julgado, resta acobertada pela coisa julgada, passível de ser desconstituída apenas nas vias processuais hábeis, ou seja, ação anulatória ou ação rescisória, enquanto o autor e ora recorrente deseja fazê-lo por via inadequada, sem sequer elencar fatos e fundamentos que, se comprovados, levariam ao êxito de uma delas.

Aliás:

"... *Comum nos acordos de partilha, de forma a apartar arestas sentimentais no jogo de emoções em que orbita toda a dissolução de vínculo familiar, estão as famigeradas cláusulas de promessa de doação, em que um ou*

mais imóveis, ao revés de serem objeto de partilha, ficam destinados aos filhos dos transatores.

Debate-se em torno da validade de tais cláusulas quando não antecedidas ou sucedidas imediatamente da competente escritura pública de doação e o respectivo registro imobiliário, já que a cláusula na separação formaliza a promessa, mas não perfectibiliza a doação.

Nesses casos, como é da natureza das promessas de doação em circunstâncias tais, vem entendendo a jurisprudência que não está presente a doação pura e simples, mas a verdadeira e inequívoca doação retribuitória, inserida em negócio jurídico oneroso e bilateral de maior porte, que faz parte indissociável do todo maior, verdadeira e inconfundível contraprestação. Daí que se afirma sua validade entre os contratantes, inclusive por entendimento assentado no Pretório Excelso e no augusto STJ, embora ocasionalmente reacenda-se antiga divergência..." (FERNANDO MALHEIROS FILHO - "O Procedimento de Partilha na Separação Judicial, no Divórcio e na União Estável" - *RT*, 787 - 95/96).

Com remissão a julgados do STF e STJ, dentre os quais:

Em *RTJ*, 119/862, assim resolveu o Pretório Maior: "*Promessa de doação aos filhos do casal, inserida em acordo de separação judicial, já ratificado, não pode ser unilateralmente retratada por um dos cônjuges*".

"*Transação. Execução. Agravo contra despacho que determinou execução. Promessa de doação. 1. Não é possível impedir a execução de transação devidamente homologada, coberta pelo manto da coisa julgada, e que não sofreu qualquer ataque pela via judicial própria. 2. Recurso conhecido e provido*" (REsp 35.928 - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes - j. em 13.05.1997 - *DJ* de 22.09.1997, p. 46.440).

Embora não desconheça a existência de respeitáveis decisões em sentido contrário, atento às próprias e especiais peculiaridades do caso concreto, meu posicionamento entra em perfeita sintonia com a decisão de origem, que, a meu juízo, analisou e decidiu, a contento, a lide, subsistindo por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com estas razões de decidir, nego provimento ao recurso, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer do Procurador de Justiça, Dr. Oliveira Salgado de Paiva.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PRESTAÇÃO DE CONTAS - AÇÃO PROPOSTA PELA MULHER CASADA CONTRA O MARIDO - CASAMENTO - REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL - AUSÊNCIA - PARTILHA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

- Tratando-se de ação de prestação de contas proposta pela mulher casada sob regime de comunhão universal de bens contra o marido, há impossibilidade jurídica do pedido, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, incisos I e VI, do CPC, uma vez que tal pretensão somente é possível após a dissolução da sociedade e conseqüente partilha.

- A existência de bens em comum do ex-marido com o irmão e cunhada não confere à mulher o direito de ajuizar ação de prestação de contas contra estes, por inexistir relação jurídica com os mesmos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.611-9/00 - Comarca de Pedro Leopoldo - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Ação de prestação de contas - Mulher contra ex-marido - Casamento sob o regime de comunhão universal de bens - Separação judicial - Ausência de partilha - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo. - Impossível à mulher acionar o ex-marido exigindo prestação de contas antes de desfazer a sociedade conjugal. A existência de bens em comum, do ex-marido com o irmão e cunhada, não confere à mulher o direito de ajuizar ação de prestação de contas contra estes, por inexistir relação jurídica com os mesmos.

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, 29 de abril de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que decretou a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, incisos I e VI, do CPC, por ter o douto Sentenciante entendido haver a impossibilidade jurídica do pedido, pelo fato de que a autora e o primeiro réu são casados pelo regime de comunhão universal de bens e, enquanto não ocorrer a partilha, não pode haver, um contra o outro, ação de prestação de contas, uma vez que os bens pertencem a

ambos, e ilegitimidade de parte passiva, por ter entendido que a ré S.P.C. é companheira do réu.

A ação proposta visa à prestação de contas de aluguéis dos imóveis que se encontram em comum com os réus, ora apelados, uma vez que a apelante e o primeiro réu, L.A.C., se encontram em processo de separação judicial litigiosa. Afirmou a apelante que não vem recebendo qualquer valor a título de aluguéis, inclusive dos imóveis que são ocupados pelos réus. Sustentou que tem direito em 25% sobre todos os valores recebidos a título de aluguéis.

Outrossim, alega que tem direito em 25% sobre o valor dos dois veículos. Ademais, o telefone que se encontra em seu nome deverá ser transferido, visto que o réu vem usufruindo do mesmo sem quitar as contas e, com isso, vem sofrendo ameaças por parte da Telemar no sentido da inserção de seu nome junto ao SPC.

Nas razões recursais, a apelante alegou que deveria ter sido excluído da relação processual somente o seu marido, L.A.C., e prosseguir o feito contra o seu ex-cunhado L. e sua esposa S.

Alegou, ainda, que houve engano do douto Sentenciante quando deu pela ilegitimidade da ré, S.P.C., visto que esta é cunhada do primeiro réu, L., e não companheira, conforme mencionado na r. decisão.

No mais, reproduziu as mesmas alegações contidas na peça de ingresso e ressaltou que, com a separação, teve que arcar com despesas de aluguel, as quais são suportadas por seu pai, o que entende não ser justo, pois ele vive, com dificuldades, na zona rural.

Informou que durante a vida conjugal foi somente dona de casa, tendo casado muito jovem, concluído somente o curso de primeiro grau e que o seu marido não permitia que trabalhasse fora, mas que contribuiu para a formação de todo o patrimônio do casal.

Conheço do recurso, por presentes os requisitos essenciais.

Pelo que foi noticiado nos presentes autos, o casal, V.S.C. e L.A.C., está separado e ambos ajuizaram ação de separação judicial, ainda em andamento. Noticiaram, também, que possuem bens, inclusive imóveis, alugados em comum com L.A.C. e sua esposa S.P.C., irmão e cunhada de L. Mediante isso, a autora pleiteou a prestação de contas.

Inicialmente, há de salientar que, realmente, equivocou-se o MM. Juiz *a quo* na r. decisão, quando diz que ocorreu ilegitimidade de parte passiva, entendendo ser a ré, S., companheira do marido da apelante, pois a mesma é esposa do segundo réu, L.A.C.

Com referência à prestação de contas postulada pela autora, ora apelante, realmente é impossível o pedido, tendo em vista que se casou sob o regime universal de bens, ainda não dissolvido, não podendo, assim, exigir

contas do marido, na vigência da sociedade conjugal. Portanto, a prestação de contas poderá ser exigida somente após a homologação da partilha. Deve a apelante lançar mão de outro remédio legal, para a discussão pretendida.

Nestes termos, vejamos as decisões a seguir transcritas:

"*Prestação de contas - Mulher casada - Comunhão de bens - Dissolução da sociedade conjugal - Partilha. - Enquanto perdurar a sociedade conjugal, não dispõe a mulher casada sob o regime de comunhão universal de ação para exigir a prestação de contas do marido. Essa pretensão somente é viável após a sua dissolução e conseqüente partilha*". (TJMG - AC 76.347 - 4ª C., Rel. Des. Caetano Carelos - j. em 25.08.88.)

"*Prestação de contas - Ação proposta pela mulher contra ex-marido - Casamento pelo regime de comunhão universal - Dever de prestá-las somente a partir da dissolução da sociedade conjugal - Embargos recebidos em parte*". (TJSP - EI 98.846-1 - 2ª C. - Rel. Des. Cézar Peluso - j. em 06.02.90.)

Quanto aos réus, L.A.C. e s/m, S.P.C., parece-me, *data venia*, que não existe relação jurídica entre eles e a autora, pois, conforme afirmado por esta, os mesmos têm direito ao percentual de 50% sobre os rendimentos dos imóveis alugados, sendo os outros 50% do casal, e que estão em poder do ex-marido. Desta feita, não há como acionar, também, os réus L. e s/m, exigindo prestação de contas.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença recorrida.

Sem custas.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - FILHO - MAIORIDADE - ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO - PROVA DA NECESSIDADE DA PENSÃO - PAI - AUSÊNCIA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO - EXONERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - JUIZ - REDUÇÃO DA VERBA

- A maioridade do filho, por si só, não constitui causa suficiente para acolher o pedido de exoneração de pensão alimentícia. Se o alimentando prova a necessidade dos alimentos, por estar cursando ensino superior e não possuir

atividade remunerada que lhe dê condições de prover sua manutenção, e o pai, por outro lado, não prova a impossibilidade de prestá-los, é de se manter a pensão.

- Em ação de exoneração de alimentos, não está o juiz adstrito ao que foi pedido na inicial, podendo, em vez de exonerar, simplesmente reduzir a verba alimentar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.846-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Exoneração de pensão alimentícia - Maioridade da alimentada - Necessidade comprovada - Estudante universitária - Procedência parcial do pedido. - A maioridade da filha, por si só, não acarreta a imediata cessação do dever alimentar, se resta demonstrada a necessidade do alimentado, que se encontra cursando ensino superior e não possui atividade remunerada que lhe dê condições de prover sua manutenção. 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, 23 de maio de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O *Sr. Des. Kildare Carvalho* - Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação de exoneração de pensão alimentícia movida por J.S.C. contra F.M.C. e outros, aqui apelantes, julgou procedente o pedido, desonerando o apelado do pagamento da verba alimentícia aos seus três filhos.

Iniciam o apelo aduzindo os recorrentes que, em relação à filha F., concordam com a exoneração, já que é graduada em curso superior e exerce atividade remunerada. Alegam, porém, que, com relação aos filhos N. e R., ambos necessitam dos alimentos, uma vez que a primeira acaba de iniciar curso superior e não trabalha e o segundo, possui diabetes, tendo que arcar com medicamentos e controles médicos regulares. Requer, ao final, a reforma da r. sentença, para que seja mantida a obrigação alimentar em relação aos apelantes N. e R.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Versam os autos, como já dito, sobre ação de exoneração de alimentos

proposta pelo apelado em face dos apelantes . Buscam os recorrentes, por esta via, manter a pensão alimentícia, nos moldes fixados quando da homologação do acordo de separação judicial do casal.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente apelo se cinge apenas à pretensão exoneratória relativa aos filhos N.M.C. e R.M.C.

É que, nas razões recursais, foi aceitada a exoneração da pensão com relação à filha F.M.C., eis que já graduada em curso superior e exerce atividade remunerada que lhe permite custear sua própria manutenção.

A meu aviso, procede, em parte o recurso dos apelantes.

É bem verdade que, no caso dos autos, o dever a que se sujeita o apelado, em relação à apelante N., em princípio, terminaria com a maioridade da filha.

E isto porque há outra situação em que o pai tem o dever de alimentar o filho, qual seja, aquela fundada na relação de parentesco prevista no art. 397 do Código Civil, que é o caso presente.

Não se desconhece, com efeito, o fato de que o pátrio poder cessa com a maioridade, nos termos do art. 392, III, do Código Civil, circunstância, porém, que traz apenas a conseqüência de que a prestação de alimentos passa a depender da comprovação da necessidade daquele que os aufere, que a rigor, existe em qualquer tempo. Tal entendimento, como já se disse, se coaduna com os arts. 397 e 399 do Diploma Civil.

Assim e nesse contexto, pode-se dizer que a maioridade não constitui, por si só, em causa suficiente a acolher o pedido de exoneração de pensão alimentícia.

Dessa forma, para se atender à exoneração pretendida, é preciso analisar as circunstâncias que determinaram o pedido revisional, quais sejam, a impossibilidade do alimentante de continuar a prestar alimentos ao seu filho e as reais necessidades deste, visto que essas, e não a sua maioridade, justificam os alimentos.

No caso dos autos, as necessidades da apelante N. são patentes, uma vez que acabou de ingressar no curso universitário de Ciência da Informação, na Pontifícia Universidade Católica, escola particular, e encontra-se desempregada, não possuindo nenhuma fonte de renda. Por outro lado, o apelado não logrou provar que está impossibilitado de prestar alimentos, vale dizer, não fez prova de redução nos seus ganhos. Alega que constituiu nova família e possui outros dois filhos menores, mas não trouxe aos autos qualquer certidão de casamento ou nascimento de prole a comprovar suas narrativas.

Não se pode deixar de considerar, ainda, que a genitora, a seu turno, não trabalha, por estar incapacitada, conforme anotação na CTPS de fls. 65 e relatório médico de fls. 64, decorrente de acidente de trabalho.

Com efeito, sabe-se que em ação de exoneração de alimentos não está o juiz adstrito ao que foi pedido na inicial, podendo, em vez de exonerar, simplesmente reduzir a verba alimentar. Coaduna com esse entendimento o mestre YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra *Dos Alimentos*: "*Na ação exoneratória ajuizada pelo alimentante, nada obsta a que o juiz simplesmente reduza o valor da pensão que vem sendo paga, pois o pedido maior absorve o menor. E, por outro lado, pedida a exoneração da obrigação pelo alimentante, o juiz não está impedido de, ao conceder apenas a redução, fixar um certo prazo para a sua vigência, findo o qual se extingue a obrigação*".

Nestes termos, mantenho a prestação alimentícia a cargo do apelado com relação à filha N., no valor de 15% sobre sua remuneração, até que a credora conclua seus estudos universitários.

Com relação ao apelante R., tenho que sua irresignação não merece acolhida.

É que, apesar de possuir diabetes, não restou comprovado que tal doença o incapacite, de qualquer que seja a forma, para o trabalho. Tanto que, apesar de o recorrente não estudar, exerce atividade remunerada junto à empresa Alternativa Ltda. Acrescente-se ainda o fato de que não demonstrou que a doença acarreta gastos extraordinários com medicamentos.

Assim, correta a sentença quanto à exoneração do filho R.M.C.

Ressalte-se que, quando do acordo da separação judicial, os alimentos foram fixados *intuitu familiae*, ou seja, em benefício da prole, na proporção de 1/3 da remuneração do apelado. Assim, não há uma quota definida para cada membro, não sendo possível a diminuição automática do valor correspondente a cada beneficiário. No caso dos autos, deve ser considerada a circunstância de que, mesmo em se exonerando o apelado da obrigação de pensionar dois de seus três filhos, não se deve proceder a mera conta aritmética para divisão por três do valor anteriormente pago, mas sim considerar, de forma particular, as necessidades da filha N., que ainda fará jus ao benefício.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para manter a pensão alimentícia devida à apelante N.M.C., na proporção de 15% da remuneração do apelado, até que a recorrente conclua seus estudos universitários.

Sem custas.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

ANULATÓRIA DE TÍTULOS - CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO

- Tendo sido as duplicatas emitidas legalmente e preenchidas com o valor devidamente contratado, bem como tendo ocorrido o cumprimento dos serviços pela parte apelada, não há que se falar em rescisão do contrato nem em anulação das duplicatas, como também da suspensão ou impedimento do protesto das mesmas, por inexistência de elementos a justificar a medida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.968-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Anulatória de títulos - Cautelar de sustação de protesto. - As duplicatas tendo sido emitidas legalmente e preenchidas com o valor devidamente contratado, bem como tendo ocorrido o cumprimento dos serviços pela parte apelada, não há que se falar em rescisão do contrato e nem das duplicatas, como também da suspensão ou impedimento do protesto das mesmas, por inexistência de elementos a justificar a medida.

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, 06 de maio de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado e processado.

Companhia de Processamento de Dados do Estado de Minas Gerais - Prodemge, ingressou com ação ordinária anulatória de títulos cumulada com perdas e danos, bem como com ação cautelar de sustação de protesto (autos em apenso) contra a Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa-Fundep, alegando, em síntese, que, com a nomeação da sua nova Diretoria e tomando conhecimento de algumas irregularidades administrativas, foi necessária a realização de auditoria em todos os contratos celebrados até então pela Prodemge, encontrando após a realização da auditoria algumas irregularidades; ou seja, concluiu pela irregularidade desse contrato, considerando-o com o superfaturamento de valor de R$ 205.757,64 (duzentos e cinco mil, setecentos e cinqüenta e sete reais e sessenta e quatro centavos).

A sentença julgou improcedente o pedido contido na ação principal e o pedido da ação cautelar, ensejando a interposição do presente recurso.

Compulsando os autos da ação anulatória de títulos e da cautelar de sustação de protesto das duplicatas, firmo o entendimento de que razão alguma assiste à recorrente.

Ficou evidenciado pelo contrato de prestação de serviços firmado entre a Companhia de Processamento de Dados do Estado de Minas Gerais e a Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa - Fundep (fls. 52/57) que o seu objeto seria a análise dos sistemas descritos na proposta Fundep Nac 2560.

Na verdade, à parte ré caberia a auditagem do número estimado de 10.286.892 (dez milhões, duzentas e oitenta e seis mil, oitocentas e noventa e duas) linhas de código fonte, ao preço unitário de R$0,22 (vinte e dois centavos) por linha auditada, incluindo todas as incidências fiscais, trabalhistas, sociais e despesas operacionais, totalizando a importância de R$2.263.136,04 (dois milhões, duzentos e sessenta e três mil, cento e trinta e seis reais e quatro centavos).

Foi comprovado nos autos que a apelada cumpriu na íntegra o contrato, conforme pode ser visto pela documentação juntada aos autos às fls. 67/73.

Todavia, a recorrente, pelo fato de ter alegado a existência de irregularidades no mencionado contrato, suspendeu o pagamento das duas últimas duplicatas, o que levou a apelada a protestá-las por falta de pagamento, ensejando a interposição das ações visando à anulatória e à suspensão dos protestos relativos às duplicatas de serviços 23.770 e 24.560.

A recorrente argumentou que a auditoria feita no mencionado contrato relatou que a apelada elevou o custo da prestação de serviços no valor de R$ 205.757,64 (duzentos e cinco mil, setecentos e cinqüenta e sete reais e sessenta e quatro centavos), em razão de sobrepreço por linha auditada. Entretanto, tal argumentação não tem o condão de invalidar o contrato e nem de isentá-la do pagamento das duas últimas parcelas relativas à prestação de serviço, pois o contrato foi devidamente cumprido e nem ficou provado qualquer superfaturamento no preço contratado.

De outro lado, quanto à subcontratação de empresas especializadas, também, a nosso ver, razão não lhe assiste, pois, no item 2.1 do contrato (fls. 52), ficou acordado entre as partes que, visando à complementação tecnológica e quantitativa dos recursos próprios da Fundep, poderiam ser alocadas na execução deste contrato empresas de informática, com notória capacitação em serviços de adequação de sistemas para a virada do ano de 2000 e com experiência em ambiente operacional *mainframe*, compatível com o operado pela Prodemge e com a coordenação dos trabalhos pela Fundep e com custos integralmente pagos pela mesma.

Assim, tendo havido a dispensa da licitação e com a devida contratação dos serviços da apelada, bem como com a aceitação de todas as condições contratuais pela parte recorrente e, por fim, com a realização integral dos serviços, não há que se falar em nulidade dos títulos (duplicatas 23.770 e 24.560).

Certo é que as duplicatas foram emitidas na forma legal, baseadas no contrato de prestação de serviços firmados pelas partes litigantes e com a comprovação dos serviços cumpridos pela parte apelada, não há a meu sentir elementos que ensejam a anulabilidade do contrato e conseqüentemente das duplicatas.

Por fim, com relação à ação cautelar (autos em apenso), também, razão alguma assiste à recorrente, tendo em vista a ausência de elementos a justificar a medida, pois, conforme já dito, as duplicatas foram emitidas legalmente, e os valores foram os devidamente contratados, bem como foram os serviços cumpridos em sua integridade pela parte apelada, inexistindo, portanto, qualquer motivo que justificasse a suspensão ou impedimento do protesto das referidas duplicatas.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pela recorrente.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONTRIBUINTE - INFRATOR - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO - INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA - CERTIDÃO - IRREGULARIDADE - TÍTULO EXECUTIVO INÁBIL

- A ausência de regular notificação pessoal ao contribuinte infrator para defender-se no processo administrativo enseja a irregularidade da inscrição da dívida ativa e da conseqüente CDA, que, por isso mesmo, não serve para embasar posterior execução fiscal.

- A certidão da dívida ativa devidamente inscrita goza de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, porém não é título abstrato, devendo, necessariamente, ser comunicada ao contribuinte a origem do lançamento efetuado.

- A legitimidade do auto de infração só se verifica com a notificação do infrator, possibilitando, assim, a instauração de processo administrativo, onde lhe seja assegurado o direito de defesa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 266.575-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Processo administrativo - Auto de infração - Notificação ao interessado - Necessidade - Ausência que importa na extinção da

execução. - A ausência da regular notificação pessoal do infrator, para que pudesse apresentar defesa, vicia o processo administrativo, o qual, por isso mesmo, não pode gerar a inscrição válida na dívida ativa, nem tampouco presta para embasar posterior execução fiscal.

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, 18 de junho de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Amanajos Pessoa da Costa.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por JZ Outdoor & Painéis Ltda. em face da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, tendo como objeto a reforma da decisão monocrática, em vista da falta dos requisitos básicos para a execução, como liquidez, exigibilidade e certeza; alega, ainda, que não houve a notificação nem tampouco o efetivo exercício do poder de polícia, sendo injustificada a cobrança ora exigida.

Os embargos foram julgados improcedentes, tendo em vista o MM. Juiz *a quo* ter entendido legal a cobrança da Taxa de Fiscalização de Anúncios, determinando o prosseguimento da execução, culminando com a condenação do embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformado, o embargante/ora apelante interpôs o presente recurso de apelação, sob os argumentos, em síntese, de que não fora em qualquer momento notificado da cobrança, tendo este fato cerceado seu direito de defesa; que não foi comunicado do lançamento; alega, ainda, a seu favor, que não está fazendo uso de qualquer serviço público a justificar a exigência que lhe é dirigida.

A Fazenda, em suas contra-razões, aduz que não merece reparo a sentença hostilizada, por seus fundamentos, pugnando pela sua manutenção na íntegra, dando-se prosseguimento à execução fiscal, até seus ulteriores termos.

Examina-se a questão preliminar.

Não havendo prova da notificação, ao contribuinte, do lançamento do tributo, sobretudo quando esse lançamento provém de PTA, não há como admitir a regularidade da inscrição em dívida ativa e da conseqüente emissão da CDA.

Com efeito, a certidão de dívida ativa, devidamente inscrita, goza da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, porém não é um título abstrato, devendo necessariamente ser comunicada ao contribuinte a origem do lançamento efetuado.

Levando-se em conta que a presente infração é de natureza comissiva, a ser constatada por um fiscal credenciado, responsável pelo auto, não há como prescindir da comunicação ao infrator, a fim de que, se for o caso, pague a multa, possibilitando-lhe ainda o direito de defesa.

A legitimidade do auto de infração só se verifica com a notificação do infrator, possibilitando assim a instauração de processo administrativo.

Nos presentes autos, verifica-se que a embargante alega a falta de autuação, bem como desconhecer o processo administrativo.

Não foi comprovada a regular notificação ao infrator, a fim de que pudesse defender-se no processo administrativo e, portanto, não há como reconhecer a regularidade da inscrição em dívida ativa, nem tampouco servir a certidão para sustentar processo de execução fiscal.

Neste ponto, esta mesma 1ª Câmara Cível, na apelação em que figurou como Relator o eminente Desembargador Francisco Lopes de Albuquerque, já se manifestou:

"*Não havendo prova da notificação, ao contribuinte, do lançamento do tributo, sobretudo quando esse lançamento provém de PTA, não há como admitir a regularidade da inscrição em dívida ativa e da conseqüente emissão da CDA.*

Com, efeito, é cediço que a certidão de dívida ativa, devidamente inscrita, goza da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade. Mas não se cuida de um título abstrato, pois ela deita raízes em lançamento fiscal que deve, necessariamente, ter sido comunicado ao contribuinte" (Apelação Cível nº 240.479-6, julgado em 02.04.2002).

Com tais razões dá-se provimento ao recurso voluntário, modificando a sentença, para julgar procedentes os embargos e extinguir a execução, por ausência de título hábil a sustentar processo executivo fiscal.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CASA PRÓPRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - *PACTA SUNT SERVANDA* - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS ILEGAIS OU ABUSIVAS - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - EMPRÉSTIMOS - ÍNDICE DE CORREÇÃO - POUPANÇA - SALDO DEVEDOR - AMORTIZAÇÃO - BDMG - EXCLUSÃO DA LIDE - PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AO ESTADO DE MINAS GERAIS - SENTENÇA - REEXAME NECESSÁRIO - INTELIGÊNCIA DO ART. 475, II, DO CPC

- Se o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais-BDMG foi excluído da lide, prosseguindo-se o feito apenas contra o Estado de Minas Gerais, a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475, II, do CPC.

- O Código de Defesa do Consumidor é perfeitamente aplicável na hipótese de contrato de financiamento habitacional, uma vez que as relações existentes entre os clientes e o banco apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo, e, via de conseqüência, o Codecon é aplicado em todas as operações bancárias, sejam elas de contrato de financiamento ou até mesmo relativas aos serviços oferecidos pelas instituições financeiras a seus clientes.

- A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não tem o condão de afastar por completo os efeitos do princípio consubstanciado no aforismo *pacta sunt servanda*, merecendo prosperar as cláusulas contratuais que não se mostram, de forma inequívoca, ilegais ou abusivas.

- Se os recursos do Sistema Financeiro de Habitação são provenientes de recursos da poupança, os empréstimos devem ser corrigidos com os mesmos índices com que esta é corrigida, sob pena de se afetar o equilíbrio da equação financeira entre as partes.

- A amortização do saldo devedor nos casos de financiamento habitacional deverá obedecer às normas constantes do contrato firmado entre as partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 267.400-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Contrato de financiamento habitacional - Revisão das cláusulas contratuais - Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor - Cláusulas ilegais e abusivas - Inexistência. - As relações existentes entre os clientes e o banco apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo, e, via de conseqüência, o Codecon é aplicado a todas as operações bancárias, sejam elas de contrato de financiamento ou até mesmo os serviços oferecidos pelas instituições financeiras a seus clientes. - A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não tem o condão de afastar por completo os efeitos do princípio consubstanciado no aforismo *pacta sunt servanda*, merecendo prosperar as cláusulas contratuais que não se mostram, de forma inequívoca, ilegais ou abusivas. - Sentença reformulada em reexame necessário.

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 REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 07 de maio de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de "*ação de alteração contratual cumulada com revisão de prestações e saldo devedor, repetição de indébito, compensação, depósito judicial e antecipação parcial de tutela*" ajuizada por Carmem Lúcia Gomes em face do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais-BDMG e do Estado de Minas Gerais, objetivando que as prestações do contrato de financiamento firmado primitivamente com o Bemge sejam calculadas da seguinte forma: utilizando-se como indexador único o índice da categoria profissional da mutuária titular, como juros nominais 9,5689% e juros efetivos 10%, como indexador para a correção monetária o INPC, e para que os réus promovam a amortização da dívida antes da correção sobre o saldo devedor. Pretende, ainda, a condenação dos réus a repetir o indébito, em dobro, sendo compensado o crédito apurado.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o pedido foi julgado procedente em parte, para determinar que seja o INPC utilizado como indexador, em substituição à TR, e que a amortização da dívida seja promovida primeiro para que depois seja feita a correção do saldo devedor, assegurando à apelada o direito de repetição de indébito em dobro, bem como a compensação dos valores pagos a maior, caso seja apurado saldo credor no momento da liquidação. O douto Sentenciante excluiu da lide o réu Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais-BDMG (fls. 329/333).

Inconformada, a apelada interpôs apelação, requerendo que seja respeitada a imperatividade do PEC/CP, adequando-se a taxa de juros ao patamar legal (fls. 335/342), sendo que o ilustre Juiz *a quo* declarou deserta a apelação à fl. 361.

O apelante também interpôs recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, aduzindo a legalidade da

aplicação da TR, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato em questão, a necessidade de comprovação da abusividade de cláusula contratual, a legalidade do sistema de amortização adotado pela tabela *Price*, a inocorrência de acontecimentos que legitimem a intervenção do Poder Judiciário, a impossibilidade de restituição de indébito em razão de erro justificável, a improcedência do pedido de repetição de indébito e compensação de valores e a necessidade de se aplicar o artigo 21 do CPC, para a fixação dos honorários advocatícios (fls. 344/358).

Regularmente intimada, a apelada apresentou contra-razões recursais, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 365/379).

Conheço do recurso voluntário, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade. Todavia, convém reconhecer que o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais-BDMG foi excluído da lide, prosseguindo-se o feito apenas contra o Estado de Minas Gerais.

Dessa forma, ao contrário do aduzido pelo douto Juiz *a quo* à fl. 333, a sentença de fls. 329/333 está sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 475, II, do CPC.

Feitas essas considerações, passo ao reexame necessário da sentença.

Cumpre asseverar, inicialmente, que o Código de Defesa do Consumidor é perfeitamente aplicável na hipótese *sub examine*. Isso porque as relações existentes entre os clientes e o banco apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo, e, via de conseqüência, o Codecon é aplicado a todas as operações bancárias, sejam elas de contrato de financiamento ou até mesmo os serviços oferecidos pelas instituições financeiras a seus clientes.

De acordo com essa linha interpretativa foi o entendimento unânime da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp nº 213.825:

"*Tratando-se de mutuário que se dirigiu ao estabelecimento bancário a fim de obter financiamento para aquisição de bem imóvel, na qualidade, pois, de consumidor final, os bancos ficam submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, como prestadores de serviços*".

Não obstante isso, tal fato não tem o condão de afastar por completo os efeitos do princípio consubstanciado no aforismo *pacta sunt servanda*, merecendo prosperar aquelas cláusulas que não se mostram, de forma inequívoca, ilegais ou abusivas.

No tocante ao índice de correção monetária, não há como prevalecer o *decisum* no ponto em que substituiu os índices da TR pelos do INPC. Se os recursos do Sistema Financeiro de Habitação são provenientes de recursos da poupança, os empréstimos, como ocorre no caso dos autos, devem ser corrigidos pelos mesmos índices por

que esta é corrigida, sob pena de se afetar o equilíbrio da equação financeira entre as partes.

Aliás, no contrato *sub judice* as partes contrataram expressamente a atualização monetária do saldo devedor com base na "*taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança*" (cláusula nova, fl. 45).

A esse respeito, destaque-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa - Administrativo - Sistema Financeiro de Habitação - SFH - Contratos de financiamento da casa própria - Legalidade da aplicação da TR - Lei 8.177/91. - 1. A Taxa Referencial - TR não foi excluída para indexação afeita à atualização monetária (ADIns 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 (1998/0030135-6), Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *Diário do Judiciário*, publicado em 21.06.1999, p. 00079).

Quanto à determinação constante da parte dispositiva da sentença para que, antes do reajustamento das parcelas, seja amortizado o valor das parcelas já pagas, também não pode prosperar.

A amortização do saldo devedor deverá obedecer às normas constantes do contrato firmado entre as partes (fls. 41/52). Isso porque foi estabelecido no contrato que o sistema de amortização adotado seria aquele previsto na chamada "tabela *Price*".

Com efeito, não é correta a forma determinada pelo douto Sentenciante, pois, na forma pactuada (tabela *Price)*, abater a prestação do mês corrente, sobre o saldo devedor do mês anterior antes deste ser corrigido, será suprimir a atualização monetária de um mês para o outro e produzir artificialmente um desconto na prestação mensal, exatamente pela falta de atualização monetária entre as datas de aniversário de um mês para o outro.

Apesar de as partes estarem submetidas, em termos, ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, não vislumbro qualquer abusividade na forma estipulada para a amortização do saldo devedor, devendo prevalecer as condições ajustadas no contrato, especificamente quanto ao sistema previsto na tabela *Price*.

É importante frisar que a autora, ora apelada, em momento algum, sustentou que tivesse assinado o contrato em exame mediante vício de consentimento, seja por erro, dolo ou coação, o que, inclusive, deveria ser comprovado, não bastando a simples alegação a respeito.

Por fim, o pedido de repetição de indébito em dobro e o pedido de compensação dos valores pagos a maior ficou prejudicado com o julgamento do recurso.

Com essas considerações, reformulo a sentença em reexame necessário, para julgar improcedentes os pedidos da exordial, prejudicado o recurso voluntário.

Condeno a apelada a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, que arbitro em R$1.000,00 (um mil reais), atendidos os requisitos do parágrafo 4º do artigo 20 do CPC.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

PRESCRIÇÃO - DÍVIDAS PASSIVAS DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS - DIREITO OU AÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - INTERRUPÇÃO - DECRETO Nº 20.910/32 - JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - DECRETO DE PRESCRIÇÃO DA AÇÃO - APRECIAÇÃO DAS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO PELO TRIBUNAL - IMPOSSIBILIDADE

- Consoante norma contida no Decreto nº 20.910, de 06.01.1932, que tem força de lei, exceto quando se trata de direito real, as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra as Fazendas federal, estadual e municipal prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram. Contudo, segundo o art. 4º do mesmo decreto, não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Outrossim, havendo processo administrativo pendente de julgamento, fica interrompido o prazo prescricional.

- Afastada a conclusão de primeiro grau pelo decreto da prescrição da ação, não deve o Tribunal prosseguir no julgamento e apreciar as demais questões de mérito propriamente dito, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição, o que é vedado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 267.853-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator - Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Prescrição - Prazo - Interrupção - Existência de processo administrativo - Decreto 20.910/32. - Consoante norma contida no Decreto 20.910, de 06.01.1932, que tem força de lei, exceto quando se trata de direito real, as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram. - Contudo, segundo o artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

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, 18 de junho de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Hélio de Oliveira Barbosa.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos da ação de cobrança formulada por MC & A Consultores Ltda. contra o Município de Belo Horizonte, relativa a contrato de prestação de serviços.

A sentença acolheu argüição de prescrição e julgou extinta a ação, nos termos do art. 269, IV, do CPC, impondo ao autor o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado, recorre o autor/vencido, pretendendo a reforma da decisão, ao argumento, em resumo, de que tem direito ao ressarcimento pelas verbas contratuais pela prestação efetiva do serviço ao Município em 1989, objeto do processo administrativo ajuizado em 1990, na tentativa de reaver o crédito.

Anota que o Juízo poderia ter requisitado informações do processo administrativo, caso houvesse dúvidas, e que o referido processo administrativo fora protocolado em 1990, tendo suspendido a prescrição, na forma do Decreto 20.910/32, e até a presente data não houve qualquer solução.

De fato, a norma contida no Decreto 20.910, de 06.01.1932, que tem força de lei, preceitua que:

"*Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram*".

Segundo a doutrina:

"*A prescrição qüinqüenal abrange as dívidas passivas das autarquias ou entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como todo e qualquer direito e ação contra os mesmos (art. 2º do Decreto-lei nº 4.597, de 19.8.42).*

Embora ambos os dispositivos falem em 'todo e qualquer direito ou ação', não se aplica a prescrição qüinqüenal quando se trata de ação real. (omissis). *Em se tratando de ação real contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra do art. 177 do CC, ou seja, a prescrição ocorre em dez anos entre presentes e em quinze entre ausentes*" (*Direito Administrativo*, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Atlas, SP, 14ª edição, 2002, p. 622).

Assim, indubitável que, não se tratando a hipótese dos autos de direito real, a regra de prescrição é a qüinqüenal, sendo certo que também, conforme a doutrina, a prescrição admite interrupção e suspensão:

"*esta última ocorre pelos meios previstos no CPC, pelos recursos administrativos com efeito suspensivo e pela reclamação administrativa; segundo o artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, 'não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la'; segundo o parágrafo único desse dispositivo, 'a suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano'*" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 622/623).

No caso dos autos, há de ser verificado se ocorreu a hipótese de interrupção da prescrição, conforme alegado pelo apelante.

A certidão de fl.10 noticia a existência dos processos administrativos 008139/90-11, 037302/90-44 e 012937/93-09, cujas cópias se encontram nos autos (fls.11-70), dos quais se observa requerimento do apelante, de 1º.02.1990, com a seguinte descrição: verba pagamento e as várias movimentações dos processos na seara administrativa.

Consta ainda dos autos que, em 30 de agosto de 1990, novo requerimento foi formulado pela autora à Administração, nos seguintes termos: "*Dada a morosidade do pagamento à MC&A - Consultores Ltda., atualizamos os valores de acordo com a cláusula 5 do contrato firmado e estipulamos o prazo para pagamento do mesmo até o dia 10.09.90*" (fls. 35). Em 31.05.1991, mais um insistente pedido de pagamento da importância devida (fls. 43) e, por fim, a decisão do SCASG, de 28.06.1993 de "*arquivar por desinteresse da parte*" (fl. 70).

Contudo, não consta dos autos que a Administração Municipal tenha comunicado à empresa ora apelante sua decisão de arquivamento dos processos administrativos, sendo certo que, ainda que houvesse assim procedido, a prescrição teria ficado interrompida até a referida data e o prazo prescricional teria então iniciado em 28.06.1993, sendo novamente interrompido com a citação válida (art. 219, CPC) no processo judicial, em 11.04.1997, antes, portanto, do termo final de cinco anos.

Assim, em que pese ao entendimento contrário esposado pelo ilustre Sentenciante, diante da existência de procedimento administrativo até pelo menos 28 de junho de 1993, quando fora arquivado pela Administração, não há que se falar em prescrição do direito de ação, desde que esta foi ajuizada em 1997, com a citação válida do Município em 11.04.1997.

No mais, a sentença, em primeiro grau, cingiu-se a analisar/decidir sobre prescrição, embora com a conseqüência da extinção do processo, a teor do art. 269, IV, do CPC.

Vencida a preliminar de prescrição, já que, como se viu, na espécie, o prazo prescricional qüinqüenário foi interrompido com processo administrativo, devem os autos retornar ao Juízo de primeiro grau, a fim de que se decida o mérito, pela procedência ou improcedência do pedido formulado.

Com efeito, afastada a conclusão de primeiro grau pelo decreto da prescrição da ação, não deve o Tribunal prosseguir no julgamento e apreciar as demais questões de mérito propriamente dito, pena de suprimir-se um grau de jurisdição, o que é vedado.

A esse respeito, cumpre salientar que a questão é pacífica nas 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Turmas do STJ, as quais entendem que, se o Tribunal dá provimento à apelação e rejeita a alegação de prescrição, acolhida na sentença, os autos devem baixar à primeira instância, para que o Juiz aprecie o mérito propriamente dito da causa.

"*Se, com apoio nos incisos II a V do art. 269, julgou o mérito, a devolução é restrita a essas questões (RTJ*,107/414 - prescrição; STF-1ª Turma, RE 108.051-5-ES, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 5.8.86, deram provimento, *DJU* de 5.9.86, p. 15.838 - caso de prescrição); *RTFR*,153/149; *RT*, 502/116, 606/147, 633/9; *RJTJESP*, 31/94, 101/240; *RSTJ*, 26/532, 127/234, 26/445, 33/627; STJ-*BolAASP*, 1742/143.

Com tais razões, dá-se provimento à apelação para afastar a ocorrência da prescrição e devolver ao primeiro grau o conhecimento das demais questões de mérito alegadas.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - O voto proferido pelo eminente Relator reflete a orientação que tem prevalecido neste Tribunal, no sentido de que, enquanto houver reclamação administrativa pendente de julgamento, não se pode cogitar do curso do prazo prescricional.

Acompanho S. Exª e também dou provimento ao recurso para afastar a prescrição e determinar que outra decisão seja proferida, com exame do mérito propriamente dito.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Ouvi o Dr. Hélio Barbosa, de quem recebi memorial alentado.

Estava verificando se era possível, nos termos da legislação atual, já de antemão, adentrar-se o mérito para julgar o pedido, mas verifico que há questões levantadas no mérito pela Prefeitura que nos impedem, neste momento, de adentrar o mérito para julgar o pedido.

Acompanho o Relator para, também, dar provimento ao recurso, como fez S. Exª.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CO-EXECUTADO - EXCLUSÃO DA LIDE - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CABIMENTO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CONDENAÇÃO - INADMISSIBILIDADE

- A decisão que, em ação de execução fiscal, acolhe exceção de pré-executividade para excluir co-executado da lide comporta agravo de instrumento, por se tratar de decisão interlocutória, já que não põe termo no processo, mas resolve uma questão incidental, no curso do mesmo.

- Na decisão proferida em execução fiscal, acolhendo exceção de pré-executividade para excluir co-executado da lide, não cabe a condenação em honorários de advogado, só se admitindo a condenação nas despesas processuais, nos termos do art. 20, § 1º, do CPC, por se tratar de decisão interlocutória de incidente processual. A condenação em honorários só será pronunciada na sentença que puser termo ao processo, julgando ou não o mérito.

- V.v.: - Na execução fiscal, acolhida a exceção de pré-executividade para excluir co-executado da lide, o processo termina para ele, ensejando-lhe, com a extinção do processo, por ilegitimidade de parte, sem julgamento do mérito, o direito de reembolsar-se das despesas processuais e da verba honorária, pois foi obrigado a contratar advogado e postular a exclusão. (*Des. Almeida Melo*)

AGRAVO Nº 268.866-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Nos incidentes e nos recursos não cabe a condenação em honorários, que só será pronunciada na sentença que puser termo ao processo, julgando ou não o mérito.

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, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais à decisão trasladada às fls. 12/13-TJ, que, em execução fiscal que propôs em face da Distribuidora de Bebidas Novelo Ltda., acolheu a exceção de pré-executividade oferecida por João Affonso Engler para exclui-lo do pólo passivo da ação de execução fiscal, condenando a Fazenda ao pagamento de honorários de advogado.

Conheço do recurso.

Quanto ao cabimento do agravo de instrumento, neste caso, vejam-se as anotações de THEOTONIO NEGRÃO, destaques nossos:

"*Art. 522: 2. O Código definiu por exclusão os casos de agravo (neste sentido: JTA, 97/306): se o ato do juiz, no processo, não é despacho (art. 504, especialmente nota 2, diversos casos), nem sentença (art. 513), só pode ser decisão interlocutória (art. 162, § 2º), comportando agravo.*

Pouco importam, depois disso, conceitos doutrinários, porque legem habemus*: se determinado ato judicial não é despacho, nem foi expressamente conceituado pelo CPC como sentença, nem põe termo ao processo (*ao processo, e não a uma questão dentro dele*), será agravável.*

Assim, porque não põe fim ao processo em que foi proferida, comporta agravo a decisão:

- definitiva parcial, isto é, que põe termo a uma questão do processo, embora este prossiga, pelas remanescentes (v. diversos exemplos no art. 267, nota 2). Assim: (omissis); a que exclui co-autor ou co-réu (v. art. 267, nota 2)".

A respeito dos ônus financeiros do processo, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR apresenta a seguinte distinção (destaques nossos):

"*Adotou o Código, assim, o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo.*

Assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.

Não só na sentença final deve o juiz impor a condenação dos gastos processuais ao sucumbente. Também, ao decidir qualquer incidente ou recurso, o juiz condenará o vencido nas respectivas despesas (art. 20, § 1º).

Mas há uma diferença: na sentença, isto é, no julgamento que extingue o processo, com ou sem solução de mérito, a condenação do vencido abrange as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 20, *caput*); *já*, na decisão interlocutória dos incidentes, o juiz só deve condenar o vencido nas despesas (art. 20, § 1º)" (*in Curso de Direito Processual Civil*, obra completa em CD-ROM, Forense, 1.ª ed. eletrônica, 2001).

Eis a letra da lei regente da espécie *sub judice*:

"*Art. 20. 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.*

§ 1º. O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º. As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

(*omissis*)".

THEOTONIO NEGRÃO, a propósito, traz as seguintes anotações:

"*Art. 20: 10. A condenação será apenas ao pagamento das despesas judiciais.*

'Não há honorários em incidentes do processo' (VI ENTA-concl. 24, aprovada por unanimidade).

*Nos incidentes e nos recursos, não cabe a condenação em honorários, que só será pronunciada na sentença que puser termo ao processo, julgando ou não o mérito (*RTJ, *105/388)*".

Dou provimento ao recurso para decotar da decisão agravada a condenação ao pagamento de honorários de advogado.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ao ser acolhida a exceção de pré-executividade, o processo terminou para o agravado.

A extinção do processo, por ilegitimidade de parte, sem julgamento do mérito, enseja ao réu o direito de reembolsar-se das despesas processuais e da verba honorária, pois foi obrigado a contratar advogado e postular a exclusão.

Relevante é o conteúdo inexorável da decisão: a exclusão do co-réu do processo.

Decidiu a Quarta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo:

"*Tais encargos do indevido chamamento a Juízo, não guardam vínculo algum com a sucumbência final, a benefício precípuo do expropriado. Como houve uma decisão terminativa, e não mero incidente processual, sendo que a lesão ao agravante, por esse título, é manifesta, porque não terá mais lugar para intervir até o fim, no sentido de obter o reembolso, torna-se necessário o arbitramento dos honorários advocatícios e a disciplina das custas processuais, aplicável razoavelmente o preceito do art. 20 do CPC, sem nenhuma conotação com o disposto no art. 27, parágrafo primeiro, do Decreto-lei n. 3.365, de 1941*" (*RT*, 505-170/171).

Data venia, nego provimento ao agravo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO PARCIAL E O PRIMEIRO VOGAL NEGANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 02.05.2002, a pedido do Segundo Vogal, após votar o Relator dando provimento e o Primeiro Vogal negando-o.

Com a palavra o Des. Hyparco Immesi.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Ressalte-se ser assente a jurisprudência no sentido do *descabimento* da verba honorária, tanto em incidentes processuais quanto em recursos, pondo em destaque que a condenação em honorários emana tão-só da sucumbência de uma das partes ao término da causa.

A propósito, traz-se à lembrança que, por ocasião do VI ENTA, sua conclusão número 24, tomada à unanimidade de votos, conduz ao entendimento de que "*não há honorários em incidentes do processo*".

Ainda a propósito, há precedentes deste colendo Tribunal, tendo à conta de *descabida* a condenação em honorários na exceção de pré-executividade (AC 154.951-8, Relator o Des. José Fernandes Filho, j. em 26.10.99, e AI 219.707-7, Relator o Des. Antônio Hélio Silva, j. em 27.03.2001).

Se assim é, dá-se provimento ao agravo, com o escopo de proceder ao decote da verba honorária imposta no r. decisório agravado.

Custas, *ex lege*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

-:::-

NOTA PROMISSÓRIA - AVALISTA - INCLUSÃO DE NOME JUNTO AO SERASA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE

- Havendo provas suficientes da obrigação adquirida como avalista e demonstrada a inadimplência do devedor principal, lícito é ao credor da nota promissória requerer a inclusão do nome do avalista junto ao Serasa, independentemente do ajuizamento de qualquer ação.

- Não é considerado consumidor o avalista que garante a obrigação firmada entre o banco e seu devedor principal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 269.448-7/00 - Comarca de Tupaciguara - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Nota promissória - Avalista - Inclusão de nome junto ao Serasa - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade. - Havendo provas suficientes da obrigação adquirida como avalista, e demonstrada a inadimplência do devedor principal, lícito é ao credor da nota promissória requerer a inclusão do nome do avalista junto ao Serasa, independentemente do ajuizamento de qualquer ação. Não é considerado consumidor o avalista que garante a obrigação firmada entre banco e seu devedor principal.

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 junho de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Trata-se de ação cautelar inominada de caráter satisfativo interposta por Zulmar Neves da Silva em face do BDMG-Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. A sentença de fls. 107/110-TJ julgou improcedente o pedido feito na exordial. Observou que a contestação feita pelo réu em fls. 18/28-TJ foi apresentada fora do prazo legal, seguindo o disposto do art. 803 do Código de Processo Civil. Ressaltou que, naquele caso, a revelia seria apenas relativa, o que autorizaria o Juiz, portanto, a julgar improcedente a ação se as provas dos autos demonstrassem o contrário. As provas juntadas pelo réu às fls. 93/101-TJ teriam comprovado a legitimidade da inscrição do nome do autor junto ao Serasa, visto que ele configuraria como avalista do devedor principal, tendo este se tornado inadimplente. Justificou o ato do réu pela inscrição do nome do autor junto ao Serasa através da doutrina e jurisprudências.

Inconformado, o autor apela às fls. 117/130-TJ. Alega o descumprimento por parte do apelado do dispositivo do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, visto que não foi cientificado sobre o vencimento da dívida e sobre a situação de inadimplência do devedor principal. O débito no qual o devedor principal figurou em relação ao apelado foi feito através de nota promissória em branco (fl. 94-TJ). Sustenta que os juros decorrentes da dívida em questão são extorsivos, não permitindo a fixação de taxa de juros unilateralmente sem que a outra parte tenha conhecimento, sendo estes inadmissíveis por nossos Tribunais. Aduz que não pode obrigar o devedor principal a quitar seu débito junto ao apelado, vez que estes juros são inadmissíveis pelos Tribunais, devendo ser dada oportunidade de defesa ao devedor principal. Esta só poderá ser feita quando ajuizado processo de execução. Questiona o fato de o apelado não ter promovido execução, não protestou ou não constituiu o devedor em mora através de protesto ou notificação e porque não preencheu a nota promissória que se encontra ao seu poder. Sustenta que o devedor está em mora com prestações, pois não ocorreu o vencimento do título, vez que este ainda não foi preenchido. Fundamenta a ilegalidade da inclusão de seu nome no Serasa através de jurisprudências que defendem a inclusão do nome do devedor junto ao Serasa somente quando configurada a inequívoca inadimplência ou decisão judicial transitada em julgado, e não por mera impontualidade. Sustenta que o apelado não promoveu a execução do título, pois, se o fizesse, sofreria os efeitos de defesa dos embargos à execução, onde se provaria a inserção no título de juros extorsivos e que não tem admissão jurídica para tal fato.

Em contra-razões de fls. 135/141-TJ, o apelado alega que não há ilegalidade na sua conduta. Como credor, detém o direito de incluir junto ao Serasa o nome do devedor inadimplente e que compete ao próprio Serasa a solicitação de inclusão do nome de inadimplente, a notificação ao devedor, sendo que a inclusão do nome se efetiva após 10 (dez) dias da postagem da notificação. Não há que se falar em ausência de comunicação ao apelante e nem de ausência de ação de execução, visto que se obrigou solidariamente ao pagamento da dívida em nota promissória. Sustenta que a comunicação da inadimplência do devedor junto ao Serasa constitui "*exercício regular de um direito reconhecido*", conforme o disposto do art. 160, inciso I, do Código Civil. Portanto, não se pode alegar violação do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor ou um meio de coação ao pagamento. Aduz a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, visto que a nota promissória que deu origem à inclusão de seu nome junto ao Serasa não é produto e nem serviço, que são objeto para aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Este é um título executivo extrajudicial, conforme o disposto do art. 585 do Código de Processo Civil. Portanto, não se pode aplicar o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. Requer o apelado que seja confirmada a sentença de fls. 107/110-TJ.

O recurso foi dirigido ao Tribunal de Alçada do Estado. Entretanto, à fl. 144-TJ, o Juiz Vice-Presidente do Tribunal de Alçada, com fulcro no art. 106, inciso II, *a*, da Constituição Estadual, ordenou a remessa dos autos a este Tribunal, por se tratar a apelada de empresa pública.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para a sua admissibilidade, conhece-se da apelação.

A nota promissória é um título de crédito caracterizado pela literalidade da obrigação que dele consta, pela autonomia das obrigações dele derivadas e pela abstração do negócio jurídico que lhe tenha dado causa. Nesse sentido, o crédito constante da nota promissória é exigível por si mesmo, após o vencimento do título. Assim, o credor da nota promissória pode exigir do devedor o cumprimento da obrigação. Para tanto, o credor não tem que ingressar em Juízo quer com ação de cobrança, ação monitória ou mesmo ação de execução. Somente em caso de continuidade do inadimplemento do devedor é que o credor tem a faculdade de ingressar em Juízo com a demanda cabível na situação em concreto. Portanto, independentemente de qualquer decisão judicial, o credor pode providenciar a inscrição do nome do devedor principal, bem como do seu avalista - devedor solidário - no cadastro de devedores, caso o título não seja quitado no momento oportuno.

Ressalta-se que a inscrição do nome do devedor no cadastro de devedores é uma faculdade do credor. Havendo qualquer irregularidade no título ou no montante devido, é que o devedor deverá então amparar-se do instrumento jurídico que lhe parecer adequado. Conclui-se, pois, que não procede a alegação do apelante de que só poderia ter seu nome inserido junto ao Serasa, após transitada em julgado sentença da ação de execução.

Com entendimento semelhante, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Serasa. Avalista. Inexistência de ação ou de protesto. O garante que assina como avalista de nota promissória e coobrigado em contrato bancário pode ter seu nome inscrito no Serasa uma vez caracterizado o inadimplemento, independentemente de propositura da ação de cobrança ou de protesto. Impedimento existiria se a relação obrigacional estivesse* sub judice, *por iniciativa do credor ou do devedor, o que não acontece. Recurso conhecido e provido*". (REsp 209.478-SC; Quarta Turma; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; pub. em 23/8/99.)

Com relação à alegação feita pelo apelante de que a sua não-notificação por parte do credor fere os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, este é de entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Processual Civil - Agravo regimental - Agravo de instrumento - Ofensa ao CDC e ao Decreto 2.181/97 - Ausência - Cumulação da comissão de permanência e da correção monetária - Inexistência.*

- I - O recorrente apenas garantiu, como avalista de notas promissórias, o contrato firmado entre a empresa e o banco. Não pode, então, ser considerado consumidor e merecer a aplicação do CDC, pela determinação expressa da lei.

- II - Não há que se falar em ofensa ao Decreto 2.181/97, eis que o serviço aqui, qual seja, o empréstimo, foi prestado pelo banco à empresa contratante, figurando o agravante apenas como garantidor das promissórias" (AGA n.º 269.614-SP; Terceira Turma; Rel. Min. Waldemar Zveiter; pub. em 26/6/2000).

Conforme os documentos de fls. 93/99-TJ, estes demonstram a obrigação adquirida pelo apelante como avalista. Visto que foi demonstrada a inadimplência por parte do devedor principal, compete ao credor, com fulcro no art. 585, inciso I, do Código de Processo Civil, e nos arts. 904 a 915 do Código Civil, a inclusão do nome do autor/apelante no Serasa.

Diante do exposto, e com respaldo no artigo 585, inciso I, do Código de Processo Civil, nos arts. 904 a 915 do Código Civil, no princípio do livre convencimento motivado (artigo 131 do Código de Processo Civil), no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (artigo 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), nega-se provimento ao recurso, mantendo o mesmo entendimento jurídico constante da sentença de fls. 107/110-TJ.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ENSINO - ALUNO - NÃO-COMPARECIMENTO ÀS AULAS - AUSÊNCIA DAS COMUNICAÇÕES PREVISTAS NO REGIMENTO INTERNO DA ESCOLA - FORÇA MAIOR - CASO FORTUITO - DOENÇA - DEPRESSÃO - DIREITO À MATRÍCULA - RETORNO ÀS AULAS - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS - PRESENÇA - CONCESSÃO - EDUCAÇÃO - DEVER DO ESTADO

- Restando suficientemente provado que o não-comparecimento do aluno às aulas, sem fazer as comunicações determinadas pelo Regimento Interno da Escola, se deu por motivo de força maior e caso fortuito, uma vez que se encontrava doente (quadro depressivo), é de se conceder a tutela antecipada pleiteada para que possa se matricular, dando seqüência ao seu curso

enquanto tramita a ação de primeiro grau, inclusive porque a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205 da CF/88), sendo o ensino um processo bilateral, que envolve a participação efetiva e continuada dos corpos discente e docente e de toda a comunidade, pelo que a ausência às aulas representa, em princípio, uma perda irreparável para o aluno.

AGRAVO Nº 270.277-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Instituição de ensino - Matrícula - Perda - Caso fortuito - Força maior - Doença - Depressão - Tutela antecipada - Requisitos - Atestados. - Caracterizada a presença dos requisitos ensejadores da tutela antecipada, quais sejam, a verossimilhança do direito e o perigo da demora ou da difícil reparação do dano, a mesma deve ser deferida.

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, 17 de junho de 2002. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, a Drª. Simone Gisele Fernandes Coelho.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Sr. Presidente. Dei atenção ao memorial que me foi apresentado pelos patronos do agravante e ainda à manifestação da Drª. Simone Gisele Fernandes Coelho, da tribuna, e o meu voto escrito é o seguinte:

Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de agravo de instrumento (fls. 02/07-TJ) interposto, com pedido de efeito suspensivo, contra a r. decisão (fls. 73/74-TJ) que indeferiu a tutela antecipada pleiteada pelo agravante na ação ordinária (fls. 10/15-TJ), que visa à matrícula e continuidade no Curso de Administração Pública da agravada.

O d. Magistrado *a quo* pontificou, principalmente, a falta de verossimilhança no direito alegado como justificativa para o referido indeferimento.

Nas razões recursais, o agravante insistiu nos motivos de seu afastamento e justificativas (quadro depressivo) para deixar de comparecer ao Curso de Administração Pública sem as comunicações determinadas nos regimentos internos, juntando para tanto os documentos de fls. 08/75-TJ.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fl. 77-TJ), foram

conclusos ao i. Desembargador plantonista (fl. 78-TJ), que negou a liminar pretendida.

Redistribuído o feito (fls. 81/82-TJ), foi determinada pelo Relator a intimação da agravada e requisição de informações ao MM. Juiz *a quo* (fl. 85-TJ).

Nas fls. 91/94-TJ, agravo regimental do agravante contra a r. decisão do Plantonista (fl. 78-TJ), que não foi conhecido conforme despacho de fl. 96-TJ.

Informações do i. Magistrado de primeiro grau juntadas às fls. 102/103-TJ comunicando o cumprimento do art. 526 do CPC e manutenção da decisão recorrida.

Contra-razões às fls. 116/122-TJ e documentos de fls. 123/140-TJ; a agravada rechaçou os argumentos do agravante, ressaltando as normas reguladoras da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro.

Assim é que, analisando os autos nesta instância recursal, inobstante a cautela do MM. Juiz *a quo*, verifica-se a ocorrência dos requisitos ensejadores da tutela antecipada pleiteada em primeiro grau.

Conforme relatado, o agravante não só noticiou o quadro depressivo por que passou e o impossibilitou de continuar cursando a Escola e de comparecer para os exames de saúde, como juntou atestados que dão verossimilhança a suas alegações.

Tais documentos não podem ser desconsiderados, existindo forte presunção em favor do agravante em face do caso fortuito e da força maior, inobstante as normas internas da agravada.

O agravante tenta a todo custo demonstrar lamentável passagem de sua vida e que o impossibilitou de cumprir com as normas da instituição, devendo para tanto ter maior chance para comprovar tais questões, pois, caso não provadas, terá de arcar com todos os ônus da possível desídia.

É bom lembrar a advertência de CLÓVIS BEVILACQUA, quando assim ponderou, *verbis*:

"*Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e sim, inevitabilidade. E porque a força maior também inevitável, juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade. Uma seca extraordinária, um incêndio, uma tempestade, uma inundação produzem danos irreparáveis. Um embargo da autoridade pública impede a saída do navio do porto, de onde ia partir, e esse impedimento tem por conseqüência a impossibilidade de levar a carga ao porto do destino. Os gêneros que se acham armazenados para ser entregues ao comprador são requisitados por necessidade da guerra. Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso*

fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O essencial é, pois, que do fato resulte a impossibilidade, em que se acha o devedor, de cumprir a obrigação".

Da mesma forma os pretórios, em julgados recentes, *in litteris*:

"*Administrativo. Concurso público. Caso fortuito e motivo de força maior. Efeitos. - Dada a irresistibilidade que os caracteriza, os casos fortuitos e os motivos de força maior, quando efetivamente demonstrados e adotadas as medidas indispensáveis para se evitar o perecimento do direito, têm o condão de excluir qualquer culpa do candidato pela ausência de inscrição na etapa posterior do concurso público. Apelo provido. Unânime*" (Apelação Cível nº 19980110524355APC - 1ª Turma Cível - Relator Des. Valter Xavier - julg. em 24.04.2000 - publ. em 21.06.2000 - TJDF).

"*Ensino superior - Vestibular - Matrícula em estabelecimento de ensino superior - Força maior - Ensino - Aprovação em vestibular - Perda da matrícula motivada por doença grave - Força maior configurada. - Embora seja o edital a lei do concurso, suas regras não podem ser aplicadas cegamente nos casos de impedimento decorrentes de caso fortuito ou de força maior. Como acontecimento inevitável e quase sempre imprevisível, a força maior tem relevância tanto no direito privado como no público, devendo ser considerada pelo Juiz como causa de exoneração de responsabilidade ou de pena. Se, não obstante a força maior, o direito da parte não restou totalmente sacrificado, deve a Justiça colocar ao seu dispor os mecanismos necessários à sua restauração. Recurso desprovido*" (TJRJ - AC 6.697/94 - (Reg. 110.595) - Cód. 94.001.06697 - 2ª C. Cív. - Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho - j. em 07.02.1995).

Frisa-se também que a educação, direito de todos e dever do Estado, "*será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*" (art. 205, CF/88), donde se conclui que o ensino é um processo bilateral, que envolve a participação efetiva e continuada dos corpos discente e docente e de toda a comunidade.

Diante disso, a ausência às aulas representa, em princípio, uma perda irreparável para o aluno, motivo por que, hodiernamente, a legislação prevê no art. 273 do CPC a antecipação da tutela, inclusive para possibilitar ao agravante a matrícula e retorno ao curso enquanto tramita o feito de primeiro grau e sua regular instrução.

Observando, ainda, a possibilidade de dano para as partes no deferimento da tutela antecipada, verifica-se que prejuízo nenhum terá a agravada caso seja ao final julgada improcedente a ação ordinária, podendo inclusive intentar a ação de indenização de que tratam seus regimentos.

Ao contrário disto, prejuízo certamente terá o agravante caso não seja deferida agora a tutela antecipada e ao final seja julgada procedente a ação ordinária, perdendo irrecuperável período de seu curso.

Portanto, para compatibilizar a rigidez das normas internas da Escola com situações eventuais, que podem tornar impossível a presença do aluno à sala de aula, por motivo juridicamente fortuito, independente de sua vontade, vale para maior discussão, sem prejuízo para o agravante e agravada, a concessão da tutela antecipada.

Com efeito, nenhum ato administrativo, seja vinculado ou discricionário, escapa ao controle do Poder Judiciário, consoante o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, que prescreve: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Diante de tais considerações, dá-se provimento ao presente recurso, para reformar a r. decisão singular, deferindo a tutela antecipada pleiteada para que o agravante possa se matricular na agravada, dando seqüência ao seu Curso de Administração Pública enquanto tramita a ação de primeiro grau.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente. Ouvi com atenção a sustentação produzida da tribuna pela Drª. Simone Gisele Fernandes Coelho e faço as seguintes considerações: em se tratando de concessão de tutela antecipada pelo Relator, mister se faz necessário, dentro da sua discricionariedade judicial, proceda ele a prudente e cuidadosa análise do pedido, a fim de averiguar, em tese, se existe uma situação emergencial que reclame a prova inequívoca e a verosimilhança da alegação.

A meu aviso, está presente nos autos a prova inequívoca que convence, à primeira vista, da verossimilhança da alegação e esta corresponde à certeza do direito, cuja tutela é solicitada no recurso em exame.

Inegável, por outro lado, que o agravante não freqüentou as aulas ministradas no Curso de Administração Pública, devido ao seu estado de saúde, pois, à época, sofria de "quadro agudo depressivo".

Igualmente inegável o prejuízo do agravante, já que, no momento, está impedido de efetuar a matrícula e assim concluir o seu curso.

Finalmente, justa, pois, a pretensão de concessão de tutela antecipada, já que - repito - presentes todos os requisitos do art. 273 do CPC.

Com tais considerações, acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo com os votos que me antecederam.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS - INDENIZAÇÃO - VALOR - INTERESSE PATRIMONIAL DO ESTADO - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERVENÇÃO - DESNECESSIDADE

- Em ação de indenização por danos materiais, ainda que uma das partes seja pessoa jurídica de direito público, é desnecessária a intimação do Ministério Público para intervir na causa, uma vez que o interesse existente é meramente patrimonial, e não público do Estado, sendo inaplicável ao caso a norma do art. 82, III, do Código de Processo Civil.

- Os fundamentos necessários para imputação da responsabilidade civil são a conduta indevida do agente, a ofensa a um bem jurídico e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano. Restando suficientemente comprovados todos esses fundamentos, fica caracterizado o dever de reparar o dano.

- O valor da indenização, em caso de responsabilidade civil por danos materiais, deve limitar-se ao dano material causado ao bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.224-8/00 - Comarca de Bom Despacho - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Indenização - Danos causados a imóvel - Majoração - Improcedência. - O valor da indenização, em caso de responsabilidade civil por danos materiais, deve limitar-se ao dano material causado ao bem.

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 junho de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Versam os autos sobre ação sumária de indenização por danos materiais interposta por Clementino Pinto da Silva e s/m em face da Copasa MG-Companhia de Saneamento de Minas Gerais. A sentença de fls. 158/162-TJ julgou parcialmente procedente o pedido feito na exordial, condenando a ré a pagar aos autores indenização no valor de R$1.880,00 (um mil oitocentos e oitenta reais) acrescidos de correção monetária e juros legais a partir da data do laudo.

Inconformados, os autores apelam para este Tribunal (fls. 164/170-TJ). Alegam que o valor indenizatório fixado pelo Juiz de primeira instância para recuperação dos prejuízos causados ficou aquém do valor que seria necessário para a reparação dos danos. Sustentam que o Juiz fixou determinado valor levando em conta somente as trincas da parede, desconsiderando os recalques da fundação e do alicerce. O valor fixado a título de indenização não repara todos os prejuízos sofridos pelos apelantes nos termos do laudo pericial de fls. 84/145-TJ. Aduzem, através da doutrina, que a indenização há que ser plena. Portanto, pedem a majoração do valor arbitrado na sentença.

Em contra-razões de fls. 172/176-TJ, a apelada alega que o valor requerido pelos apelantes não deve ser levado em conta, pois é baseado em um laudo unilateralmente apresentado à fl. 16-TJ, não tendo nenhuma consistência probatória. Sustenta que o montante deve ser fixado de acordo com o laudo apresentado pelo perito oficial. Este concluiu que o valor necessário para recuperação do imóvel seria o de R$1.880,00 (um mil oitocentos e oitenta reais). Aduz que o perito observou que a obra possui várias falhas e está inacabada, sendo que esta ação seria uma maneira de contornar as falhas já existentes e acabar a construção do referido imóvel. O valor requerido pelos apelantes é indevido, visto que é acima do valor arbitrado pelo perito oficial, constituindo-se, pois, em enriquecimento ilícito.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Primeiramente, ressalte-se que, nesta instância, o Ministério Público não foi intimado para se manifestar, pois, no caso concreto, não há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sendo inaplicável o art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Atualmente, não mais se confunde o interesse público com o interesse patrimonial do Estado. Foi com este fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou sua Súmula, acrescentando o Enunciado nº 189, dispondo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. Nas ações de cobrança ajuizada por servidor público contra município, ocorre o mesmo: o interesse existente é meramente patrimonial, e não público. Situação semelhante é a que ocorre nos autos, uma vez tratar-se de ação de indenização, cujo interesse é apenas de natureza patrimonial do Estado.

Este entendimento acompanha a moderna tendência de restringir a participação do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei, liberando-o para atuar com maior eficiência na sua alta missão constitucional, no processo penal e no processo civil como autor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou neste sentido, como se vê no Recurso Especial 263.447-PE (*DJU* de 16.04.2001, p. 119), da Sexta Turma, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, assim ementado, no que interessa:

"*Processual Civil. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. Ação de cobrança. Servidor público municipal. - 1 - A simples participação na causa de entidade de direito público interno não determina a intervenção do Ministério Público, pois, do contrário, estar-se-ia confundindo Fazenda Pública com interesse público (*ut RTJ, *133/345 e STF* - RP, *25/324), aliás, inexistente, na espécie, onde versa a causa ação de cobrança de funcionário público (diferenças salariais) contra municipalidade. Precedentes desta Corte*".

No mesmo sentido, dentre tantos outros julgados, é o Recurso Especial 265.018-PE (*DJU* de 27.11.2000, p. 182), da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Felix Fischer.

Mérito.

De acordo com o laudo pericial de fls. 84/145-TJ, não há dúvida em relação à culpa da apelada em relação ao dano causado aos apelantes. Os recorrentes pleiteiam a majoração do valor indenizatório de R$1.880,00 (um mil oitocentos e oitenta reais) para R$7.000,00 (sete mil reais), afirmando que a quantia estabelecida na sentença é insuficiente para a reparação dos prejuízos que lhes foram causados.

Nos termos do laudo pericial de fls. 143-TJ, a quantia necessária para recuperação dos danos seria aquela estabelecida na sentença. Por sua vez, o valor requerido pelos apelantes baseia-se num orçamento unilateralmente trazido aos autos e com o objetivo de executar o seguinte serviço:

"*(...) orçamento para execução da obra de construção parcial de uma casa residencial com 69,00 m², tal qual a construção existente à Rua José Fatal, 172, bairro Tabatinga, nesta cidade, de acordo com o projeto arquitetônico apresentado, conforme o estágio da referida construção*".

Constata-se, pois, que o referido orçamento juntado pelos recorrentes (fl. 16-TJ) faz menção à construção de uma casa, e não à reparação do imóvel em razão dos danos sofridos.

Os fundamentos necessários para que haja o dever de reparar um dano são a conduta indevida do agente, a ofensa a um bem jurídico e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. Após a análise do acervo probatório constante dos autos, dúvida não resta quanto à culpa da apelada ao lesionar indevidamente o patrimônio dos apelantes. Assim sendo, ficaram suficientemente comprovados todos os fundamentos necessários para a imputação da responsabilidade civil, conforme ensinamento doutrinário:

"*(...) cumpre estabelecer uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. Não basta que o agente cometa um erro de conduta e que o queixoso aponte um prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a assentar-se ter havido o dano* porque *o agente procedeu contra direito.*

Uma vez verificados os pressupostos essenciais da determinação do dever de reparação, arma-se uma equação, em que se põe o montante da indenização como correlato do bem lesado. O que predomina nesta matéria é que a indenização do id quod interest *não pode ser fonte de enriquecimento, não se institui com o objetivo de proporcionar ao credor uma vantagem* - de lucro capiendo -, *porém, se subordina ontologicamente ao fundamento de restabelecer o equilíbrio rompido pela prática do ato culposo, e destina-se a evitar o prejuízo,* de damno vitando. *Numa palavra, a indenização há de compreender a totalidade do dano, porém, limitar-se a ele, exclusivamente*" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 213).

As rachaduras existentes na propriedade dos apelantes se deram em virtude do problema causado por um cano pertencente à instituição-apelada, configurando, via de regra, a relação de causalidade que resultou no dano aos recorrentes, exigindo o adequado ressarcimento.

Entende-se que a indenização visa à exata reparação do dano causado pela recorrida aos recorrentes, para que o seu imóvel volte ao *status quo ante*. Portanto, e de acordo com o perito oficial, na sua resposta ao quesito L (fl. 143-TJ), tal montante equivale àquele que foi fixado na sentença.

Como já dito, a quantia pleiteada pelos apelantes, nos termos da perícia de fl. 16-TJ, seria para a reconstrução da casa, e não para reparação dos danos causados pela apelada. Tal não deve ocorrer, pois proporcionaria aos apelantes uma vantagem que não lhes é devida. Como a doutrina supramencionada, a indenização deve limitar-se à totalidade do dano.

Diante do exposto e com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se o mesmo entendimento jurídico constante da sentença de fls. 158/162-TJ.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - PROVA DO DANO - NECESSIDADE

- Em ação de indenização por danos morais, mesmo que uma das partes seja pessoa jurídica de direito público, é desnecessária a intervenção do Ministério Público, por inexistir na espécie interesse público do Estado, mas interesse patrimonial deste, sendo inaplicável o art. 82, III, do CPC.

- A pessoa jurídica de direito público é parte legítima para propor ação de indenização por danos morais contra seu ofensor.

- A prova da existência do dano é essencial e indispensável para viabilizar a procedência do pedido de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.531-6/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Indenização - Danos morais - Autarquia - Legitimidade - Dano não comprovado - Improcedência da demanda. - Legítima é a pessoa jurídica de direito público para propor ação de indenização por danos morais contra ofensor. Não comprovado o dano, improcedente é o pedido de indenização.

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 junho de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Versam os autos sobre ação de indenização por danos morais proposta pelo IEF-Instituto Estadual de Florestas em face de Cláudio Antônio Moreira Simões. A sentença de fls. 79/82-TJ julgou improcedente o pedido feito na exordial observando que, embora tenha sido praticado ato ilícito, por se tratar de pessoa jurídica, a honra abalada não seria subjetiva, e sim objetiva. O dano deveria ter sido provado, o que não aconteceu, por parte do autor.

Inconformado, o autor apelou a este Tribunal às fls. 83/87-TJ. Alega que, como é pessoa jurídica, não goza de honra subjetiva, mas sim de honra objetiva. Esta decorre do fato de que o ato ilícito praticado pelo apelado comprometeu a imagem do apelante diante da comunidade. O dano sofrido pelo apelante se deu em relação ao respeito e à confiança que a comunidade

depositava na autarquia. Sustenta que, de acordo com os documentos de fls. 12/24-TJ, ficou provada a ilicitude praticada pelo apelado. Porém, não há como vir aos autos a prova do dano moral ocorrido, não havendo possibilidade de prová-lo documentalmente. Aduz que o dano moral sofrido não será recompensado através de indenização, pois este é somente um meio para suavizar os efeitos do dano. Alega que os danos ocorridos com o ato do apelado não foram somente morais, mas houve danos ambientais decorrentes dos desmates não autorizados. Requer, portanto, o provimento do recurso para que seja julgado procedente o pedido inicial.

O réu/apelado não apresentou suas contra-razões ao recurso de apelação.

O Ministério Público, em fls. 91/94-TJ, observou que não haveria necessidade da sua atuação neste caso. Alega que a matéria versada não trata de interesse público, mas sim de interesse privado, mesmo sendo uma das partes pessoa jurídica de direito público. Observa que este é o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça através de jurisprudências. Ressalta que interesse público presente no disposto no art. 82 do Código de Processo Civil é o que visa à natureza da lide e à qualidade da parte, e não ao interesse público em geral. Se assim fosse, a atuação do Ministério Público seria fundamental em toda e qualquer demanda.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Questão de ordem.

Primeiramente, ressalte-se que, nesta instância, o Ministério Público não foi intimado para se manifestar, pois, no caso concreto, não há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sendo inaplicável o art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Atualmente, não mais se confunde o interesse público com o interesse patrimonial do Estado. Foi com este fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou sua súmula, acrescentando o Enunciado nº 189, dispondo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. Nas ações de cobrança ajuizadas por servidor público contra município, ocorre o mesmo: o interesse existente é meramente patrimonial, e não público. Situação semelhante é a que ocorre nos autos, uma vez tratar-se de ação de indenização, cujo interesse é apenas de natureza patrimonial do Estado.

Este entendimento acompanha a moderna tendência de restringir a participação do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei, liberando-o para atuar com maior eficiência na sua alta missão constitucional, no processo penal e no processo civil como autor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou neste sentido, como se vê no Recurso Especial 263.447-PE (*DJU* de 16.04.2001,

p. 119), da Sexta Turma, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, assim ementado, no que interessa:

"*Processual Civil. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. Ação de cobrança. Servidor público municipal. - 1 - A simples participação na causa de entidade de direito público interno não determina a intervenção do Ministério Público, pois, do contrário, estar-se-ia confundindo Fazenda Pública com interesse público (*ut RTJ, *133/345 e STF* - RP, *25/324), aliás, inexistente, na espécie, onde versa a causa ação de cobrança de funcionário público (diferenças salariais) contra municipalidade. Precedentes desta Corte*".

No mesmo sentido, dentre tantos outros julgados, é o Recurso Especial 265.018-PE (*DJU* de 27.11.2000, p. 182), da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Felix Fischer.

Mérito.

Não há dúvida com relação à legitimidade de pessoa jurídica de direito público para pedir indenização por danos morais. A matéria já está pacificada no Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula nº 227 e através da doutrina:

"*Com respeito a pessoas jurídicas, também são suscetíveis de figurar na relação, de vez que se lhe reconhecem, como acentuamos, direitos da personalidade. De fato, para a respectiva identificação e de seus produtos, bem como para a sua individualização e a preservação de seus valores básicos, inúmeros direitos dessa ordem compõem a sua essencialidade, merecendo, pois, o amparo jurídico. Conseqüentemente, podem também sofrer danos morais, seja de qualquer pessoa, vinculada, ou não, sócio, acionista ou mesmo controlador (Lei 6.404, de 15.12.76, art. 117), ou ainda, de concorrente, hipótese em que se submete a repressão correspondente a regime legal próprio, ou seja, o da concorrência desleal (Código Penal, art. 196)*" (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. Revista dos Tribunais, 1993, p. 146/147).

É do entendimento do mesmo autor supracitado a seguinte passagem:

"*Induz, pois, à responsabilidade a demonstração de que o resultado lesivo (dano) proveio de atuação do lesante (ação ou omissão antijurídica) e como seu efeito ou conseqüência (nexo causal ou etiológico) (p. 13).*

(...) entre a ação e dano deve existir o nexo etiológico, ou vínculo causal. Compete, assim, ao lesado a prova de que a causa apontada foi a produtora do resultado lesivo, situando-se este como sua conseqüência, ou seu efeito" (p. 130/131).

Contudo, o apelante não provou que as negociações dos selos ambientais e das GCA (Guias de Controle Ambiental), indevidamente realizadas pelo apelado, resultaram no dano à sua

imagem. Em relação a esta matéria, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Processual Civil. Ação ordinária visando o ressarcimento de prejuízos. Inexistência da comprovação efetiva do dano. Improcedência.*

- Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável.

- Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que dela não tenha decorrido prejuízo.

- A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração da conduta contra jus, *mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que se não repõe dano hipotético.*

- Recurso improvido. Decisão por maioria dos votos" (REsp nº 20.386-RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Demócrito Reinaldo; publ. em 27.6.1994).

Não demonstrado, portanto, que o ato praticado pelo apelado resultou no abalo da imagem da instituição recorrente perante a comunidade em que ela se insere, não há que se falar em indenização, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil:

"*Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

Diante do exposto, e com respaldo no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se o mesmo entendimento jurídico constante da sentença de fls. 79/82-TJ.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - ÔNUS DA PROVA - DUPLICATA MERCANTIL SEM ACEITE - BANCO ENDOSSATÁRIO - RECEBIMENTO DAS DUPLICATAS NA CONDIÇÃO DE ENDOSSO-MANDATO - INEXISTÊNCIA DE PROVA - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DIREITO DE REGRESSO DO ENDOSSATÁRIO CONTRA A EMPRESA ENDOSSANTE - SUCUMBÊNCIA - ART. 20 DO CPC

- Na ação declaratória negativa de existência de débito, o autor não tem o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo do aludido débito. O réu, pretenso credor, é que deverá provar esse fato. Ao autor, nesse caso, incumbirá provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do mesmo débito, que porventura tenha alegado na inicial. Se o autor afirma que as duplicatas que se pretende anular não provêm de relação jurídica entre as partes, compete ao réu a exibição da prova relativa à origem da emissão das notas, por constituir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC.

- Inexistindo prova de que o estabelecimento bancário recebera as duplicatas na condição de endosso-mandato, é ele parte legítima para figurar no pólo passivo da ação declaratória de inexistência de relação jurídica subjacente que ensejou a emissão das referidas cártulas. E, mesmo que se considere a hipótese de endosso-mandato, se o título é levado a protesto para assegurar o direito de regresso contra o endossante, possui a instituição bancária *legitimatio ad causam* para responder pelos efeitos do protesto, sendo que a legitimidade, nesse caso, decorre do possível constrangimento imposto ao suposto devedor com o protesto indevido.

- Ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento jurídico objetivo, de modo abstrato, não prevê providência ou pedido formulado no caso concreto. Havendo permissão abstrata e expressa na legislação vigente (art. 4º, I, do CPC) para se ajuizar demanda no sentido de se obter do Judiciário declaração de inexistência de relação jurídica que enseja emissão de duplicatas mercantis, não se caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido.

- Tratando-se de duplicata despida de aceite, impossível é afastar a sua abstração ou autonomia do crédito, mesmo que tenha circulado, parando em mãos de terceiros de boa-fé, uma vez que, em tais circunstâncias, não se desvincula do negócio subjacente. Antes do aceite, a duplicata não se desprende do negócio subjacente que lhe deu origem. O aceite é, pois, imprescindível para que a duplicata se revista de abstração. Sendo aceita, desprende-se da sua origem. Assim, a instituição financeira, ao descontar duplicatas desprovidas de aceite, assume o risco desse procedimento, não merecendo qualquer reparo a sentença que reconhece a inexistência de relação jurídica subjacente, declarando a inexigibilidade das duplicatas relativamente ao sacado, evidenciando, em tais circunstâncias, apenas a obrigação que vincula sacador-endossante-endossatário. E, uma vez desfeita a compra e venda mercantil, inexigíveis se tornam as duplicatas referentes a esse negócio jurídico, ficando assegurado, todavia, à instituição financeira endossatária o direito de regresso contra a firma sacadora-endossante.

- A *ratio* do princípio da sucumbência está na causação, sem motivo justo, ainda que de boa-fé, de um processo. Figurando o banco endossante, ao lado da empresa emitente, no pólo passivo da relação processual em que se pretende a declaração da inexigibilidade do título de que é portador, apresentando resistência, injustificadamente, à pretensão da empresa sacada, deve ele arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, de acordo com a regra expressa no art. 20 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.655-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. JUREMA BRASIL MARINS MIRANDA

Ementa oficial: Declaratória de inexistência de relação jurídica - Duplicata mercantil sem aceite - Legitimidade passiva *ad causam* dos bancos endossatários - Possibilidade jurídica do pedido - Direito de regresso do endossatário contra a empresa endossante - Imposição dos ônus da sucumbência. - Não demonstrando a instituição bancária que recebera a duplicata na condição de endosso-mandato, é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação declaratória de inexistência do negócio jurídico subjacente que ensejou a emissão das cártulas. - Há permissibilidade abstrata na legislação vigente em pretender o consorciado cobrar as parcelas pagas, em razão da desistência do consórcio. - Desfeita a compra e venda mercantil, inexigível se torna a duplicata referente a esse negócio jurídico, ficando assegurada, todavia, à instituição financeira endossatária, o direito de regresso contra a firma sacadora-endossante. - Figurando o banco endossante, ao lado da empresa emitente, no pólo passivo da relação processual em que se pretende a declaração de inexigibilidade do título de que é portador, apresentando resistência, injustificada, à pretensão da empresa sacada, deve arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes da sucumbência - artigo 20 do Código Processual Civil.

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 junho de 2002. - *Jurema Brasil Marins Miranda* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr^a. Des^a. Jurema Brasil Marins Miranda - Conhece-se do recurso voluntário, já que atendidos seus requisitos de admissibilidade.

Trata-se de "ação declaratória de inexistência de relação jurídica" que Fundação Ezequiel Dias-Funed ajuizou em face de Cibran-Companhia Brasileira de Antibióticos, Banco Boa Vista S.A., Banerj-Banco do Estado do Rio de Janeiro, Banco Mercantil do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Credireal-Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A., Banco Bandeirantes S.A., Banco Sudameris Brasil S.A., Banespa-Banco do Estado de São Paulo, Banco ABN Amro Rural S.A., Unibanco-União de Bancos Brasileiros S.A. e Banco Rural S.A., pleiteando a declaração de inexistência de negócio jurídico capaz de justificar as emissões, pela primeira suplicada, de notas fiscais e duplicatas mercantis.

O MM. Juiz de primeira instância julgou procedente o pedido inicial para declarar a inexigibilidade das duplicatas sacadas pela ré Cibran, mantendo o protesto somente em nome da emitente, para assegurar o direito de regresso dos bancos-réus, e condenou os suplicados ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, estes fixados em R$10.000,00 (dez mil reais), nos termos do § 4° do artigo 20 do CPC, ônus distribuídos na proporção de 80% para a Cibran e 20% para os litisconsortes passivos.

Inconformados, apelaram os réus, tendo a instituição, Banco ABN Amro Real S.A., sucessora por incorporação do Banco Real S.A. (fls. 605/612), argüido, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da presente ação declaratória, em virtude de haver funcionado como simples cobradora das duplicatas emitidas por Cibran, na condição de mandatária, e que sequer protestou as cártulas emitidas, sustentando que a sucumbência deve ser suportada exclusivamente pela sacadora-endossante, porquanto nulidade da duplicata não guarda correspondência com o negócio jurídico subjacente (fls. 605/612).

Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. (fls. 614/632) sustenta que procedeu ao desconto dos títulos em tese, adquirindo naquele ato a propriedade dos mesmos, e que os apontou a protesto com o objetivo de resguardar direito regressivo contra a emitente, já que não foram pagos no vencimento, medida esta necessária para que possa utilizar-se desse direito, e que deve assegurar-lhe o direito de regresso contra o endossante do título, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Banco Bradesco S.A. (fls. 634/652) declara, em suas razões recursais, ser impossível opor a terceiro, portador de boa-fé, a exceção de licitude do ato que deu origem às duplicatas

sem lastro, sendo necessário o protesto, como medida apta a assegurar à instituição que desconta a duplicata, despida de aceite, o direito de regresso contra o endossante, pugnando pela inversão dos ônus da sucumbência.

Unibanco-União de Bancos Brasileiros S.A. (fls. 655/660) argúi, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, posto que não participou da criação das duplicatas em tese, tendo somente as descontado, e, no mérito, sustenta que não pode ser responsabilizado pela emissão dos títulos que descontou, pretendendo ser excluído da condenação referente aos ônus sucumbenciais.

Banco Bandeirantes S.A. suscita em seu apelo a impossibilidade jurídica do pedido deduzido na inicial, posto que os títulos se encontram formalmente perfeitos e prontos para cobrança na forma da lei, e sua ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da presente demanda (fls. 667/674).

Banco Boavista S.A. (fls. 677/681) aduz ser parte ilegítima passiva *ad causam*, com o argumento de que nada comerciou com a suplicada e que o título em questão sequer foi protestado e, caso tivesse levado a protesto a cambial, seria para resguardar eventual direito de regresso contra o sacador-endossante, insurgindo-se contra a condenação dos encargos sucumbenciais que lhe fora imposta.

A apelada não apresentou contra-razões recursais, conforme se certifica à fl. 685.

Assinala-se, *ab initio*, que, para se evitarem repetições desnecessárias, e, principalmente, em virtude da natureza comum das matérias impugnadas pelos diversos recorrentes, proceder-se-á ao exame conjunto das apelações apresentadas, sem que essa medida implique qualquer prejuízo para os apelantes ou omissão do julgado.

Extrai-se dos autos que ajuizou a autora "ação declaratória de inexistência de relação jurídica" contra Cibran-Companhia Brasileira de Antibióticos, endossante, e os bancos-apelantes, endossatários, objetivando a anulação das duplicatas, indevidamente sacadas, alegando não haver relação jurídica a permitir a emissão das referidas cambiais.

A propósito da argüida ilegitimidade passiva *ad causam*, subtrai-se das alegações deduzidas (fls. 71, 104, 119, 144, 213, 219, 244, 350, 400) que as próprias instituições financeiras recorrentes confessaram, expressamente, que fizeram operações bancárias de desconto de títulos, sendo que Banco Bandeirantes S.A. (fls. 84/90) e Banco Real S.A. - sucedido por Banco ABN Amro S.A. (fls. 254/259), embora afirmem que receberam algumas das duplicatas objeto da presente demanda, na qualidade de meras mandatárias da sacadora, endossatária, não provaram tratar-se de endosso-mandato, como compete ao réu em sede de demanda declaratória negativa.

Com efeito, ao propor ação declaratória, passou a autora a ocupar

posição privilegiada, posto que recai sobre os réus o ônus da prova, cabendo-lhes, assim, demonstrar a origem da emissão dos títulos.

A propósito ensina o Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI que:

"*Com a ação declaratória negativa, verificou-se que nem sempre o autor afirma ter um direito, porque nela, pelo contrário, o autor não afirma direito algum, e apenas pretende que se declare a inexistência de um direito do réu. Assim, a distribuição do ônus da prova não pode ter como referência a posição processual de autor ou de réu, mas sim a natureza do fato jurídico colocado pela parte como base de sua alegação. Desse modo, na ação declaratória negativa da existência de um débito, o autor não tem o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo do aludido débito. O réu, pretenso credor, é que deverá provar esse fato. Ao autor, nesse caso, incumbirá provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do mesmo débito, que porventura tenha alegado na inicial*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. I, p. 80).

Como a autora-apelada afirma que as duplicatas que se pretende anular não provêm de relação jurídica entre as partes, competia aos réus a exibição da prova relativa à origem da emissão das notas, por constituir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (artigo 333, II, CPC).

Nesse sentido esclarece ORLANDO DE ASSIS CORRÊA:

"*Se a declaratória for o que chamamos de 'negativa', isto é, se o autor quiser provar que não existe relação jurídica, basta dizer que ela não existe, apresentando, se tiver, provas de sua inexistência, o que nem sempre será possível; ao réu, entretanto, que contestar, caberá o ônus principal, invertendo-se aí, a situação: deverá comprovar a existência da relação*" (*Ação Declaratória e Incidente de Falsidade (Teoria e Prática)*, Rio de Janeiro, Aide Ed., 1989, p. 53).

Os bancos-réus, ora apelantes, contestaram o pedido inicial, sustentando que não mantiveram qualquer negociação com a autora-apelada que ensejasse a emissão dos títulos, objeto da ação, e que os eventuais apontamentos a protesto tiveram o efeito de assegurar direito de regresso contra a endossatária, mas não provaram a sua condição de mandatários da sacadora dos títulos.

Omitindo-se, destarte, as recorrentes em provar a condição de meras mandatárias, para cobrarem as cambiais, inaplicável lhes torna a decisão pretoriana de que "*o endosso-mandato não transfere a propriedade do título ao endossatário, sendo, pois, este, parte ilegítima para estar em juízo como autor ou réu, vez que é simples procurador do endossante*" (STF - RE nº 89.417-9-RS - *RTJ*, 94/765).

Evidenciado está nos autos que o fizeram não apenas na qualidade de detentores de endosso-mandato, que se destina apenas à cobrança da importância inserida na cártula, mas verdadeiro

endosso-caução, em que o portador "*ao receber o título pode praticar os atos necessários para defesa e conservação dos direitos emergentes da letra, de que está na posse*" (FRAN MARTINS, *Títulos de Crédito*, p. 171).

Reconhece-se o instituto do endosso-mandato pela imprescindibilidade de encontrar inserta no título a expressão "por cobrança" ou outra que se lhe assemelhe, e, inexistindo qualquer assertiva nesse sentido, afigura-se o endosso-caução, sendo, assim, as instituições endossatárias partes legítimas para figurarem no pólo passivo de ação declaratória de inexistência de relação jurídica, ensejadora da emissão das cambiais.

Os pretórios nacionais têm assentado que:

"*Para a configuração do endosso-mandato é indispensável que esteja consignada expressão que explicitamente refira àquela espécie de endosso*" (Agravo de Instrumento nº 197041957, TARS, Rel. Juiz Jorge Luis Dall'Agnol, julgada em 11.09.97, *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-ROM nº 11).

"*Não há como afastar a legitimidade do banco, eis que não definida a natureza do endosso, se pleno ou por mandato, tendo recebido correspondência no sentido de que os títulos estavam pagos*" (Apelação Cível nº 196117485, TARS, Rel. Juiz Jasson Ayres Torres, julgada em 29.08.96, *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-ROM nº 11).

In hypothesi, apesar de os bancos-recorrentes haverem contestado, tempestivamente, a ação declaratória, ausente se encontra nos autos cópia legível da frente e verso das duplicatas capazes de demonstrar a existência de endosso-mandato, advindo desse fato a inexistência de qualquer indício probatório de que receberam as questionadas duplicatas na qualidade de simples mandatários.

A jurisprudência tem proclamado que:

"*Tendo sido o título endossado e apresentado pelo banco, que o levou a protesto para assegurar o direito de regresso contra o endossante, entende-se que são partes legítimas passivas tanto o emitente e criador do título (endossante) como o portador. Embargos desprovidos*" (Embargos Infringentes 102/94, TJSP, Rel. Des. Semy Glanz, j. em 21.10.94, *RT*, 721/233).

Acentua-se que, mesmo se se considerar a hipótese do endosso-mandato, é a instituição bancária parte legítima para responder pelos efeitos do protesto, sendo que sua legitimidade decorre do possível constrangimento imposto ao suposto devedor com o protesto indevido, consoante tem decidido, reiteradamente, o Tribunal de Alçada mineiro:

"*Mesmo em se tratando de endosso-mandato, possui a instituição bancária* legitimatio ad causam *para responder solidariamente pelo protesto e pelas obrigações resultantes de*

seu ato, sendo que sua legitimidade decorre do constrangimento imposto ao suposto devedor com o protesto indevido" (*RJTAMG*, 66/250).

"*No caso de simples endosso-mandato, em que o estabelecimento bancário recebe o título para cobrança, agindo apenas como mandatário, é indevido seu encaminhamento ao cartório para protesto por falta de aceite e pagamento, respondendo o banco que assim procede, solidariamente com o mandante, pelas obrigações resultantes do seu ato*" (*RJTAMG*, 63/228).

Outro não é o entendimento adotado pelos demais tribunais do País:

"*Legitimidade* passiva ad causam. *Ação de nulidade de título cambial. Propositura da demanda, além da sacadora endossante, contra o banco endossatário que recebeu a duplicata na modalidade de endosso-caução. Validade de sua presença no pólo passivo da relação processual. - O estabelecimento de crédito, portador de duplicata recebida através de endosso-caução, está legitimado, a exemplo da sacadora endossante, a figurar passivamente em litígio objetivando reconhecimento da nulidade da cártula em apreço*" (Apelação Cível nº 340.758, *RT*, 604/85).

Em face dessas considerações, rejeita-se essa prefacial.

À pretendida impossibilidade jurídica do pedido deduzido na inicial, suscitada pelo Banco Bandeirantes S.A., em suas razões de apelação (fls. 667/674), com o argumento de que os títulos se encontram formalmente perfeitos e prontos para cobrança na forma da lei, registra-se que no plano jurídico a possibilidade jurídica do pedido se infere da permissibilidade de ser levado o requerimento do demandante a juízo, com alegação de direito, e que não haja qualquer regra legal que limite a incidência do texto de que se irradiou a ação ou que o ordenamento legal proíba ou não preveja uma providência semelhante à que se formula no caso concreto.

Elucida, a respeito, JOSÉ RUBENS COSTA que:

"*Para que o pedido possa ser examinado, necessário que o ordenamento jurídico objetivo o aceite ou não o proíba. Não se trata aqui de verificar a conformidade fática do que o autor alega, o que se liga à procedência ou não da ação. É apenas a previsão teórica do direito objetivo de acolhimento de pedido semelhante.*

A impossibilidade jurídica ocorre quando o ordenamento jurídico objetivo, de modo abstrato, não prevê providência ou pedido formulado no caso concreto" (*Manual de Processo Civil*, v. 1, Saraiva, p. 99).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"*Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa*" (*RT*, v. 652, p. 183).

In casu, certo é que há permissão abstrata e expressa na legislação vigente (CPC, artigo 4º, I) para se ajuizar demanda no sentido de se obter do Judiciário declaração de inexistência de relação jurídica que enseja emissão de duplicatas mercantis, não estando, assim, caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido, pelo que se rejeita essa prefacial.

Em sede meritória, assinala-se, *prima facie*, que a duplicata representa uma ordem de pagamento fundada num ato jurídico negocial, ensinando Alberto João Zorteá tratar-se de "*um título cambiário, resultante de um contrato preexistente de compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços, formal e circulante por endosso, sacado contra do devedor*" (*A Duplicata e Similares no Direito Estrangeiro*, p. 26), sendo, assim, uma cártula causal, negociável e circulável (artigos 1º e 2º, Lei nº 547/68).

IVAN DE HUGO SILVA elucida que:

"*A duplicata como título que promana da venda de mercadoria ou da prestação de serviço é essencialmente causal, assim, não pode ser vista com sentido absoluto de autonomia, sendo sempre possível a especulação e diligência para se chegar à veracidade de sua origem, a fim de firmar responsabilidades.*

A rescisão da venda importa conseqüentemente na ruptura do laço contratual permitidor da expedição da duplicata, passando conseqüentemente o título emitido a ficar desprovido da causa justificadora de sua origem" (*Comentários à Lei das Duplicatas*, Aide, p. 16).

Advém desses conceitos que a lei em vigor enfatiza mais o negócio subjacente que os aspectos formais da cambial, sendo certo que a causalidade, característica da duplicata, persiste, mesmo antes da circulação do título, porquanto o sacado não se obriga em virtude da assinatura no instrumento, mas em face de haver sido comprador de determinada mercadoria, sendo que o título só perde seu sentido causal quando, devidamente aceito, circula pelo endosso, adquirindo, assim, foro de cambiaridade.

Em se tratando de duplicata despida de aceite, impossível é afastar a sua abstração, ou autonomia do crédito, mesmo que tenha circulado, parando em mãos de terceiro de boa-fé, uma vez que, em tais circunstâncias, não se desvincula do negócio subjacente.

Sem dúvida alguma, antes do aceite, não se desprende a duplicata do negócio subjacente que lhe deu origem, ensinando AMADOR PAES DE ALMEIDA que:

"*A duplicata é, em sua criação, um título causal, isto é, está subordinada à existência de compra e venda ou*

à prestação de serviços. Somente após o aceite se reveste de liquidez e certeza, representando obrigação cambial abstrata. Antes do aceite, portanto, não há cogitar-se dos efeitos cambiários, assim sendo, sua emissão deve corresponder sempre a uma venda de mercadoria ou à efetiva prestação de serviços. O aceite é pois imprescindível para que a duplicata se revista de abstração. Uma vez aceita, desprende-se da sua origem" (*Teoria e Prática dos Títulos de Crédito*, Saraiva, p. 89).

Outro não é o entendimento de PONTES DE MIRANDA:

"*Pelo aceite, o que aceita faz-se obrigado direto e principal do título. Antes de aceitar, o comprador pode dever e ser obrigado em virtude do negócio jurídico da compra e venda, não deve, nem é obrigado em virtude da duplicata mercantil, que é título cambiariforme*" (*Tratado de Direito Cambiário*, III/199).

Constata-se, na hipótese em exame, que as instituições financeiras, ora apelantes, assumiram o risco ao descontar duplicatas desprovidas de aceite, não merecendo qualquer reparo a r. sentença que, ao reconhecer a inexistência de relação jurídica subjacente, declarou a inexigibilidade das duplicatas sacadas por Cibran-Companhia Brasileira de Antibióticos, evidenciando, em tais circunstâncias, apenas a obrigação que vincula sacador-endossante-endossatário.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"*Direito Comercial. Duplicata. Compra e venda mercantil não aperfeiçoada. Ausência de aceite. Endosso. Inexigibilidade em relação à sacada. - Desfeita por justa causa, ou não aperfeiçoada, por culpa do vendedor, a compra e venda mercantil subjacente à emissão da duplicata não aceita, esta é inexigível relativamente à sacada, quer em face do emitente-endossante, quer em relação à financeira-endossatária*" (*RSTJ*, 31/327).

"*Não havendo satisfatória comprovação da realização do negócio mercantil subjacente, impende declarar-se a inexigibilidade das duplicatas em relação ao sacado, embora válidos seus efeitos no que tange ao exercício do direito de regresso pelo banco endossatário contra o sacador endossante*" (*RSTJ*, 45/309-310).

"*A posição do sacado que não aceitou não é efetuada juridicamente pelo protesto. Em vista, entretanto, das enormes conseqüências que o comércio empresta ao ato, admissível seja impedido aquele ato, com ressalva expressa do direito de regresso do endossatário*" (*RSTJ*, 24/478).

Releva anotar que os bancos-apelantes representam instituição financeira com larga experiência comercial, tendo negligenciado as determinações legais e as cautelas recomendadas pela boa prática bancária, ao descontar duplicata sem aceite, desconhecendo inteiramente o negócio jurídico originário ou condições supervenientes que porventura o tivessem modificado,

pelo que devem suportar o prejuízo daí advindo, até exercer o direito de regresso perante a empresa que lhe endossou a cártula.

Ao se reconhecer a inexistência de obrigação da sacada para com a emitente da cártula, ou em relação aos bancos- endossatários, ora apelantes, não está a decisão a afastar o direito de regresso das entidades financeiras contra a sua devedora.

Anota-se que correta é a condenação dos recorrentes ao pagamento dos encargos sucumbenciais, à medida que se lhes reconhece legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual que pretende declarar a nulidade da relação jurídica que ensejou a emissão das duplicatas em relação à apelada.

A *ratio* do princípio da sucumbência está na causação, sem motivo justo, ainda que de boa-fé, de um processo, circunstância que restou concretamente evidenciada na espécie, visto que os bancos resistiram, injustificadamente, à pretensão da apelada-sacada, que pretendia obter a declaração de inexigibilidade das duplicatas sem lastro, pretensão esta acolhida pelo Juízo singular, sendo legítima e justa a sua condenação ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, principalmente considerando que tais ônus foram distribuídos na proporção de 80% para a sacadora-endossante, remanescendo apenas 20% para as instituições financeiras endossatárias, estando atendida a regra expressa no artigo 20 do Estatuto Processual.

As decisões pretorianas nacionais têm assentado que:

"*A responsabilidade legal por ônus do sucumbimento é objetiva, descansando no só fato de a declaração jurisdicional do direito, a pronúncia do juiz, contrariar a parte, que, então, se diz vencida ou sucumbente*" (Apelação Cível nº 181.647-0 - TASP, Rel. Juiz Cezar Peluso, *RT*, 601/169).

Mediante tais considerações, nega-se provimento aos recursos voluntários, mantendo-se, integralmente, a r. sentença de primeiro grau, ressalvando aos recorrentes o direito de regresso contra a sua devedora.

Custas recursais, pelas apelantes.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ESTACIONAMENTO PARTICULAR - INVASÃO DE BEM PÚBLICO

- Se o estacionamento particular invade área comum do povo, ainda que o projeto de sua construção tenha sido pré-aprovado pela prefeitura, constatada a invasão, tem o município o direito e o dever de desfazer o erro, preservando o bem público, que não pode ser objeto de desfrute pelo particular, reintegrando-o em sua posse.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.727-0/00 - Comarca de Boa Esperança - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Ação possessória - Estacionamento particular que invade bem público - Impossibilidade. - O bem público não pode ser objeto de desfrute pelo particular. Se supermercado invade, com seu estacionamento, área de avenida, deve o município ser reintegrado na sua posse.

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 junho de 2002 - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Contra a r. decisão de fls. 92/97, que julgou procedente o pedido contido na ação de reintegração de posse que lhes move o Município de Boa Esperança, apelam Xafix Comércio Ltda.; Gf Supermercados, Antônio Sebastião da Costa e sua esposa Jalile Neto Faria Costa.

Conheço do recurso.

Sustentam, em síntese, que seus estabelecimentos estão localizados em um prédio que teve seu projeto de construção/reforma aprovado pela Prefeitura Municipal de Boa Esperança, ressaltando que o imóvel não prejudica a via pública, além de não invadi-la o estacionamento construído no local. Além disso, a sua posse sempre esteve com os réus, sendo indispensável, para a procedência da ação, a prova da posse anterior, não estando provado, tampouco, o esbulho que tivessem praticado.

Na inicial o autor afirma ser "... *possuidor da Avenida XV de Outubro, Centro, que tem seu início na Praça Padre Júlio Maria e seu término no encontro com a Avenida João Júlio de Faria, havida por crescimento natural da cidade há mais de 50 anos*", ressaltando possuí-la de forma mansa e pacífica há mais de 50 anos. Entretanto, segundo afirma, os suplicados, proprietários de um imóvel confrontante do logradouro, ao realizar nele uma reforma, invadiram a citada avenida, apossando-se de 200 metros quadrados "... *da área de uso comum do povo, pertencente ao Município de Boa Esperança*" (fls. 02).

Segundo o documento de fls. 07, Antônio Sebastião da Costa e sua esposa são os legítimos proprietários do imóvel urbano localizado na Avenida XV de Outubro nº 277, com área de 1.025,80 metros quadrados.

Em 22 de abril de 1998, a Prefeitura informou ao Sr. Antônio da Costa "... *que o gradil em frente à entrada do GF Supermercados foi construído de forma irregular, invadindo, ilegalmente, área pública (parte do canteiro) e interrompendo o alinhamento definitivo anteriormente existente na referida Avenida, e acrescendo à área de sua propriedade a referida área da Av. XV de Outubro, o que está causando várias queixas dos moradores, através de abaixo assinado*" (fls. 08). Pediu para que fosse retirado o referido gradil, sob pena de ajuizamento da ação cabível.

Em 18 de maio de 1998, foi o requerido novamente notificado da irregularidade (fls. 09).

Os réus afirmam que o estacionamento foi construído em razão de um projeto aprovado pela Prefeitura. Esta, porém, informa que o projeto de reforma foi aprovado em 22 de janeiro de 1998 "... *por um lapso involuntário do Departamento de Engenharia da Secretaria Municipal de Obras, Transporte, Habitação e Serviços Públicos*"; e que somente após o fim das obras foi constatada a invasão. Alega, ainda, que, em 18.05.1998, foi editado o Decreto nº 597/98, que anulou a aprovação do projeto "... *na parte que se refere ao estacionamento, pela razão do mesmo ferir dispositivo da Lei Orgânica Municipal, mais precisamente em seu artigo 134*" (fls. 03).

Com efeito em 18 de maio de 1998 - na mesma data em que o requerido foi notificado do esbulho - foi promulgado o Decreto nº 597 que anulou a aprovação do projeto aprovado em 22.01.98 no que se refere ao Estacionamento do GF Supermercados, "... *pela razão de o mesmo ferir dispositivo da Lei Orgânica Municipal, em seu artigo 134 (construção em área publica de uso comum), descaracterizando a referida Avenida em seu normal alinhamento*" (fls. 11/15).

Segundo informação de Gleiton Antônio das Chagas, o gradil que invade a Avenida foi colocado depois da reforma (fls. 36). E Cláudio Antônio Lara de Oliveira, engenheiro civil, também afirma que "... *quando a planta foi apresentada não havia demonstração de que haveria invasão da Avenida*" (fls. 37).

José Lourenço Leite Naves e João Júlio de Faria (fls. 8/84) confirmam a invasão, não tendo os réus produzido nenhuma prova no sentido de que ela não teria ocorrido, nem mesmo demonstrando que a construção tenha

obedecido ao projeto inicialmente aprovado pela Prefeitura.

Ademais, ainda que o projeto tivesse sido seguido tal como aprovado, o que se tem é que o imóvel esbulhado é um bem público, que não pode ser objeto de desfrute privado.

O legislador constituinte brasileiro, de forma expressa, no artigo 37 da CF/88, submeteu a Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

Segundo o primeiro desses princípios - o da legalidade - os administradores devem seguir estritamente a lei e só estão autorizados a agir quando assim autorizados.

Leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a respeito do princípio da legalidade:

"*É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma a consagração da idéia de que a administração púbica* só pode ser exercida na conformidade da lei *e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei*" (*in Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 57, grifei).

Já a moral administrativa exige dos agentes da Administração Pública absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, *assim por lei caracterizados* e a ela cometidos.

Não há um fim da administração fora do fim do corpo social que se possa considerar legítimo.

E, *in casu*, se o estacionamento construído pelos apelantes invade área de uso comum do povo, ainda que o estacionamento tenha sido construído em função de um projeto pré-aprovado pela prefeitura, constatada a invasão, tem o município o direito e o dever de desfazer o erro, preservando o bem público.

Leciona HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., *RT* Ed., São Paulo: 1987):

"*O Estado, como nação politicamente organizada, exerce poderes de soberania sobre todas as coisas que se encontram em seu território. Alguns bens pertencem ao próprio Estado; outros, embora pertencentes a particulares, ficam sujeitos às limitações administrativas impostas pelo Estado; outros, finalmente, não pertencem a ninguém, por inapropriáveis, mas a sua utilização se subordina às normas estabelecidas pelo Estado* (p. 422).

Bens de uso comum do povo, ou do domínio público, como exemplifica a própria lei, são os mares, rios, estradas, ruas e praças. Enfim, todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fluição própria do povo (p. 427).

(...) a utilização indevida de bens públicos por particulares, notadamente a ocupação de imóveis, pode - e deve - ser repelida por meios administrativos, independentemente de ordem judicial, pois o ato de defesa do patrimônio público, pela Administração, é auto-executável" (p. 429).

Como bem ressaltou o ilustre Juiz:

"*... no presente caso, basta que olhe as fotos de fls. 16/21 para que se constate que os réus invadiram a área pública para uma evidente utilização privada, da qual inclusive é objeto de seu comércio, sem qualquer benefício ao contribuinte em geral.*

A eventual falha da Administração ao conceder o alvará para construção daquela forma foi devidamente, e in oportuno tempore , corrigida.

O eventual ressarcimento dos réus pelos gastos efetuados na obra, decorrente do erro da Administração, deve ser objeto de ação própria na via adequada.

Fato é que ocorreu uma ilegalidade que deve ser corrigida; tendo a Administração revogado a autorização que servia de base para o ato, após as seguidas notificações para que os réus desfizessem a obra, liberando a via pública, caracterizando-se o esbulho e autorizando a Administração a corrigir a situação pela presente via judicial" (fls. 96/97).

Em suma: o estacionamento que invade a Avenida XV de Outubro, foi construído após a aprovação do projeto, em 22.01.98. (fls. 56/58). Antes desta data, a posse da avenida - bem de uso comum do povo - era exercida pela Prefeitura, estando caracterizado o esbulho com a promulgação do Decreto nº 597, de 18 de maio de 1998.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DIREITO DE VISITA - REGULAMENTAÇÃO - FILHA MENOR - CONCESSÃO DE LIMINAR - SUSPENSÃO - DIREITO ASSEGURADO - INTERESSE DA CRIANÇA - MANUTENÇÃO DA VISITAÇÃO PARA A MÃE TENDO O PAI A SUA GUARDA

- A argüição de nulidade da decisão em face da incompetência do magistrado de primeiro grau não pode subsistir se, conforme as informações prestadas, era ele o único magistrado à disposição para examinar os pedidos naquele momento, o que encontra consonância com o disposto nos arts. 71 e demais da Lei Complementar nº 59/2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais).

- Se da ata da audiência juntada não se verifica qualquer conciliação a respeito de direito de visitação da menor, não há falar-se em perda de objeto do agravo, permanecendo latente a controvérsia a justificar o exame do recurso.

- Embora tenha o pai a guarda da filha, tratando-se de direito de visita, o interesse da menor deve prevalecer sobre qualquer outro. Assim, se no momento o melhor para ela é também a participação de sua mãe, ora agravante, na criação, sendo que isto não exclui futuras revogações para o caso de ficarem evidenciados fatos desabonadores a qualquer dos pais e que prejudiquem o perfeito desenvolvimento da criança, deve-se assegurar à mãe da menor o direito de visitação.

- Reconhecido o direito de visita da agravante, não há falar-se em litigância de má-fé.

AGRAVO Nº 271.751-0/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Regulamentação de direito de visita - Filha menor - Concessão de liminar - Suspensão - Direito assegurado - Interesse da criança - Manutenção da visitação para a mãe tendo o pai a sua guarda.

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 E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de agosto 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 agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (fls. 02/08-TJ) contra r. decisão interlocutória prolatada pelo MM. Juiz Cooperador da Comarca de São Lourenço nos Autos nº 0637.02.013.204-8 (fl. 18-TJ), que revogou a liminar referente à visitação da menor, na ação cautelar inominada (fls. 10/12-TJ), proposta pela agravante.

A agravante recorreu do v. *decisum*, argumentando, em síntese, que a r. decisão interlocutória deveria ser considerada nula, visto que proferida por juiz incompetente, conforme contido na LC nº 59/2001, arts. 123 e 313, c/c Res. 312/96-TJMG.

Ademais, afirma ser a mãe biológica da menor, possuindo, conseqüentemente, direitos decorrentes de visitação, conforme previsto no art. 15 da Lei nº 6.515/77, alegando também que o fato de ter relacionamento com outro homem não a impediria de manter a filha consigo, como comprovado pelo art. 329 do CC.

Destarte, aduz que no caso houvera um acordo, assegurando ao pai a guarda e à mãe o direito de visitação de forma livre (fls. 35/37-TJ e 39-TJ - Proc. nº 0637.99.004.743-2), sendo que posteriormente foi proposta ação de modificação de guarda (fls. 21/26-TJ - Proc. nº 0637.01.011.914-6) e cautelar incidental (fls. 10/12-TJ - Proc. nº 0637.02.013.204-8), em que foi, em liminar, concedido provisoriamente o direito de visitação para a agravante em relação a sua filha, nos finais de semana (sábado e domingo), ficando sob a sua guarda de 9h do sábado até as 19h do domingo (fl. 17-TJ).

Que o agravado, insurgindo-se contra tal decisão, peticionou nos autos da medida cautelar (fls. 18/19-TJ) pleiteando a revogação do referido *decisum*, sendo atendido conforme r. despacho de fls. 18-TJ, o que resultou no descontentamento da agravante e no presente recurso (fls. 02/08-TJ).

Entretanto, alega que tal liminar teria sido suspensa com base em declarações do Conselho Tutelar, que transmitiu informações que lhe teriam sido passadas unilateralmente pelo agravado.

Além do mais, acrescenta que "*a supressão de tal direito vem a ser uma afronta às garantias da criança e do adolescente no que tange ao seu saudável desenvolvimento, como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis - art. 15 da Lei 8.069/90*".

Por derradeiro, alega que não teria sido realizada a audiência de instrução e julgamento na ação de modificação de guarda, não se dando oportunidade de provar a sua conduta dita irregular.

Daí que pleiteou fosse conferido efeito suspensivo à v. decisão interlocutória objurgada de fls. 18-TJ, determinando a prevalência da r. decisão

de fls. 17-TJ, até o deslinde da ação ordinária de modificação de guarda (autos nº 0637.01.011.914-6).

Juntou os documentos de fls. 09/39-TJ.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 43/44-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 46-TJ), que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, requisitando informações ao i. Magistrado de primeiro grau e determinando a abertura de vista ao agravado para contraminuta (fl. 47-TJ).

Daí que as informações foram prestadas às fls. 54/55-TJ pelo MM. Juiz *a quo*, que pontificou os motivos pelos quais deferiu a visitação e, posteriormente, a revogou.

O agravado apresentou a contraminuta às fls. 58/61-TJ, rechaçando os argumentos da agravante, pleiteando o indeferimento do recurso pela competência do MM. Juiz *a quo* e pela perda de objeto diante do estipulado em audiência (restabelecido o direito de visita).

Requereu, ainda, a aplicação da litigância de má-fé e, se fosse acolhida a preliminar da agravante, que esta tivesse reflexo também sobre a primeira decisão (fls. 17-TJ) pelos mesmos motivos e fundamentos.

Juntou os documentos de fls. 62/102-TJ.

Autos novamente conclusos (fl. 104-TJ), o Relator determinou (fl. 105-TJ) a abertura de vista à agravante para informar se ainda tinha interesse no recurso, visto o teor das informações do agravado de perda de objeto, vindo a manifestação de fls. 109/110-TJ, propugnando pelo prosseguimento do recurso.

Relatório circunstanciado já se encontra nos autos.

Inicialmente cabe examinar as questões preliminares levantadas pelas partes, senão vejamos.

Quanto à preliminar de nulidade da r. decisão interlocutória em face da incompetência do i. Magistrado de primeiro grau, observa-se que totalmente sem sentido, uma vez que, conforme informações prestadas (fls. 54/55-TJ), era o único magistrado à disposição para examinar os pedidos naquele momento, o que encontra consonância com o disposto no art. 71 e demais da Lei Complementar nº 59/2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais).

Rejeita-se a preliminar.

Quanto à preliminar do agravado de perda de objeto do agravo, também divorciada de razão, uma vez que da ata da audiência juntada (fls. 62-TJ) não se verifica qualquer conciliação a respeito de direito de visitação da menor, permanecendo latente a controvérsia a justificar o exame do recurso.

Rejeita-se a preliminar.

Superadas as preliminares argüidas, adentra-se o mérito do recurso da agravante.

Do exame dos documentos juntados aos autos por ambas as partes, não se verifica qualquer fato comprovadamente desabonador à conduta da agravante, e, até pelo contrário, encontra-se comprovada a necessidade de convivência da menor com sua mãe (fls. 13-TJ e 84/85-TJ), mesmo que por um tempo mínimo, como pleiteia nesta instância.

Aliás, este é o posicionamento unânime da doutrina e jurisprudência atinentes ao caso, uma vez que, para o perfeito e equilibrado desenvolvimento do filho, necessária se torna a participação dos pais, mesmo que separados, e desde que não se verifique nenhum fato desabonador a nenhum deles, como até agora não vislumbrado nos presentes autos.

Atenta-se, pois, à inegável importância, para o equilíbrio psicológico e emocional da filha, de seu contato com a figura materna, que não detém a guarda.

Assim é que a Segunda Câmara do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assentou um princípio que é fundamental nesta questão, ao assinalar que *"um dos objetivos da visita é o de fortalecer os laços de amizade entre pais e filhos, enfraquecidos pela separação do casal; é o de proporcionar aos últimos a assistência e os carinhos daqueles; é o de minorar os efeitos nocivos impostos à prole com a separação definitiva dos genitores"* (*Divórcio e Separação*, 9ª ed., RT, YUSSEF SAID CAHALI, p. 149).

Vale trazer ainda:

"*Regulamentação de visitas da genitora à filha menor. - Não se pode deixar de reconhecer o direito dos pais visitarem o filho. Se qualquer deles for privado ou impedido de exercer tal direito, deve o mesmo ser reparado, em benefício da menor, que não pode prescindir da companhia e do afeto materno. Apelação conhecida e improvida*". (Apelação Cível 19990110558325APC DF - Registro do acórdão número: 129.982 - data de julgamento: 11.09.2000 - Órgão Julgador: 1ª Turma Cível - Relator: Hermenegildo Gonçalves - Publicação no *DJU*: 04.10.2000, p.: 11 (até 31.12.1993 na Seção 2, a partir de 01.01.1994 na Seção 3.)

"*Família. Guarda do filho menor. Regime de visitas. - Deve prevalecer a situação que melhor atenda aos interesses do menor, sendo secundário o interesse dos pais. Evidenciado, pelas circunstâncias dos autos, que o menor deve permanecer com o pai, com quem se encontra desde o nascimento, essa deve ser a solução, apesar de a mãe apresentar, também, condições de ter a guarda. Prepondera o interesse do menor. Deferida a guarda ao pai, deve ser fixado regime de visitas amplo, que assegure maior contato do filho com a mãe, indispensável ao sadio desenvolvimento da personalidade da criança*". (Apelação

Cível APC5143199 DF - Registro do acórdão número: 138.200 - data de julgamento: 16.04.2001 - Órgão Julgador: 4ª Turma Cível - Relator: Mario Machado - Publicação no *DJU:* 30.05.2001, pág.: 48 (até 31.12.1993 na Seção 2, a partir de 01.01.1994 na Seção 3.)

Deste eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais cabe colacionar:

"*Guarda - Regulamentação de visita - Direito assegurado - Interesse do menor - Nulidade da sentença - Inocorrência - Termo de guarda - Regularização da situação do menor. - O direito de visitação, decorrente da guarda atribuída a outro, é assegurado à mãe biológica, principalmente se já estipulado em acordo anteriormente homologado, não sendo* ultra petita *a decisão que, em ação de destituição de guarda de fato, regulamenta novo horário. A expedição do termo de guarda visa a regularizar a situação do menor, podendo ser revogado se, porventura, se mostrar prejudicial aos interesses da criança. O que deve prevalecer, nessas questões, é o interesse do menor*" (TJMG - Proc. nº 264.707-1/00 - Rel. Des. Orlando Carvalho - 1ª CC - Publ. 30.04.2002).

"*A desatenção ao art. 15 da Lei nº 6.515 só se justifica se, demonstradamente, ficar evidente a nocividade da presença do pai para o filho*" (IJ nº 24 - Reg. 6699 TJMG - Agravo de Instrumento 189.503-6/00 - Rel. Des. Páris Peixoto Pena - 1ª CC - publ. 12.09.2000).

O que se busca nos autos é o bem-estar da menor, que deve prevalecer sobre qualquer outro.

Ademais, a guarda poderá ser revista e alterada, mas sempre priorizado o interesse da menor naquele dado momento, podendo ser modificada em função de novas necessidades da criança.

Portanto, o que deve prevalecer, nessas questões, é o interesse da menor, e, para o momento, o melhor para ela é também a participação de sua mãe, ora agravante, na criação, sendo que isto não exclui futuras revogações para o caso de ficarem evidenciados fatos desabonadores a qualquer dos pais e que prejudiquem o perfeito desenvolvimento da criança.

No que diz respeito ao pleito de aplicação da litigância de má-fé, constata-se não ter sentido, uma vez que, reconhecido o direito de visita da agravante, não há que se falar na sua configuração.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso para cassar a r. decisão objurgada, mantendo a visitação inicialmente fixada pelo i. Magistrado de primeiro grau.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente. Também tive oportunidade de examinar os autos e, após fazê-lo, alcancei o mesmo resultado a que chegou o eminente Des. Relator, onde S. Exa. entende que deva prevalecer, no

caso, o interesse da menor. Entendimento esse que se afina perfeitamente com a melhor distribuição da justiça.

Com tais acréscimos, rejeito as preliminares e dou provimento ao recurso para cassar a decisão hostilizada.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - ALEGAÇÃO POR DEFENSOR PÚBLICO CUJA INTERVENÇÃO NO FEITO FORA CONSIDERADA DESVALIOSA - PARTE ILEGÍTIMA - PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 166 DO CÓDIGO CIVIL E 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR - INTERVENÇÃO DE CURADOR ESPECIAL NO PROCESSO - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, II, DO CPC

- A intervenção de curador especial no processo, para defender o réu revel, só é possível quando a revelia resultar de citação por edital ou com hora certa, nos termos do art. 9º, II, do CPC. Tratando-se de execução fiscal, não cabe nomeação de curador especial, máxime quando ocorrer a citação válida e eficaz do devedor, porquanto o título executivo representado pela CDA possui presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do valor nela contido, o que dispensa qualquer defesa, sendo que o devedor é citado para pagar ou nomear bens à penhora, constituindo os embargos um incidente que se aforará nos casos restritos, delineados no ordenamento jurídico.

- O juiz não pode, de ofício, decretar a prescrição antecedente ou intercorrente da ação de execução fiscal alegada por defensor público, cuja intervenção no feito fora totalmente desvaliosa, por se tratar de demanda que encerra direito patrimonial disponível, havendo necessidade de que a prescrição seja argüida pela parte interessada, nos termos dos arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

- A prescrição intercorrente da ação de execução fiscal não pode ser decretada, quando não demonstrada a desídia do credor em promover a citação do exeqüente para os termos da ação, não podendo lhe impor o ônus de tal prescrição, se não deu causa ao atraso no procedimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.953-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. JUREMA BRASIL MARINS MIRANDA

Ementa oficial : Ação de execução fiscal - Citação do devedor por carta e oficial de justiça - Desnecessário nomear curador especial - Prescrição da dívida ativa decretada de ofício - Impossibilidade. - A nomeação de curador especial torna-se obrigatória em ocorrendo citação por edital ou com hora certa, segundo os termos do artigo 9º do Código de Processo Civil, sendo, assim, desnecessária na hipótese de o chamamento ao processo acontecer por precatória, carta registrada ou por oficial de justiça. - O julgador não está autorizado a decretar de ofício a prescrição antecedente ou intercorrente da ação de execução fiscal, por se tratar de demanda de natureza patrimonial, em que há necessidade de argüição pelas partes. Inteligência do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

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 CASSAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2002. - *Jurema Brasil Marins Miranda* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - Conhece-se dos recursos, por estarem reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário relativos à sentença proferida nos autos da "ação de execução fiscal" que a Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte move em face do espólio de João Luiz Gomes, em que o Juízo singular declarou "*a prescrição intercorrente dos créditos tributários anunciados pela Certidão da dívida ativa de fls. 03 e 04 dos autos da execução, nos termos do artigo 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, extinguindo o processo de execução, nos termos do artigo 794, II, do Código de Processo Civil*" e condenou a exeqüente nas custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$250,00 (duzentos e cinqüenta reais), corrigidos e acrescidos de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano.

Declara a recorrente que "*a intervenção da Defensoria Pública só é legítima para a defesa das pessoas carentes (artigos 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal c/c artigo 14 da Lei 1.060/50), hipótese não configurada nos presentes autos, mesmo porque prova nenhuma existe no sentido de que o apelado seja carente. Ademais, a defesa de quem quer que seja, em execução fiscal, só pode ocorrer através de Embargos à Execução, e não nos autos da própria execução, em que o órgão judicial deve desenvolver atividade no sentido exclusivo da satisfação do crédito fiscal*" (fl. 39).

Sustenta que, sendo "*o tributo lançado em Certidão de Dívida Ativa e exigido em Execução Fiscal, a legislação diretamente aplicável à espécie é a Lei 6.830/80, aplicando-se o CTN apenas subsidiariamente, e somente nos pontos em que aquela for omissa. O CTN dispõe que a ação para cobrança dos créditos tributários prescreve cinco anos após o lançamento. E a Lei de Execuções Fiscais dispõe, expressamente, 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. 40).

Afirma que, "*interrompida, pois, a prescrição pelo despacho que determinou a citação do apelado, e arquivado o feito em face da não localização do executado e/ou de bens penhoráveis, não se operou a prescrição da ação para cobrança do crédito tributário, a teor do artigo 8º, § 2º, e artigo 40 da LEF*" (fl. 43) e que "*o próprio apelado, ao deixar de fornecer elementos para a atualização cadastral, contribuiu para o retardamento no cumprimento da diligência citatória, pelo que o apelante não pode ser reputado responsável pela paralisação do feito*", o que afasta a prescrição intercorrente.

Devidamente intimado, o recorrido apresentou contra-razões (fls. 51/52), pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau.

Registra-se que se procederá ao reexame necessário da sentença, em todos os aspectos suscitados nos autos, em face do efeito translativo pleno reconhecido a esse instituto, ou seja, "*é como se tivesse havido apelação de todos os interessados prejudicados que poderiam, pelo exposto nos autos, ser intervenientes, litisconsortes*" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 220).

À argüida ilegitimidade da Defensoria Pública, convocada pelo Juízo *a quo*, para representar o devedor que não compareceu no feito de execução fiscal, esclarece-se que a medida de se nomear curador à lide ao ausente, segundo termos expressos no artigo 9º, II, do Digesto Instrumental Civil, em ocorrendo citação por edital ou com hora certa, tem a finalidade de defender a parte que representa.

Ex hypothesi, o espólio-apelado foi, válida e eficazmente, citado na pessoa de seu inventariante, consoante certidão exarada pelo oficial de justiça encarregado do ato (fl. 11-v.), sendo, assim, destituída de fundamento jurídico a intervenção no processo do defensor público, não só por não corresponder à norma expressa no referido preceito legal, como por representar o título excutido uma presunção legal de liquidez, certeza e exigibilidade do valor ali contido, o que, *a priori*, dispensa qualquer defesa, porquanto o devedor é citado para proceder ao pagamento,

constituindo os embargos um incidente que se aforará nos casos restritos, delineados no ordenamento jurídico pátrio.

À luz dessas considerações, incabível é a intervenção da Defensoria Pública no presente processo, em virtude de somente ser possível a nomeação de curador especial nas hipóteses elencadas no artigo 9º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às execuções fiscais por força do artigo 1º da Lei nº 6.830/80.

Nesse sentido têm decidido os tribunais do País:

"*Só é exigida a intervenção no processo do curador de ausentes quando a revelia resulta de citação por edital ou com hora certa*" (Apelação Cível nº 11.494-CE, Rel. Des. Aurino Augusto de Araújo Lim, *Jurisprudência e Doutrina*, v. 113, p. 214).

"*Não cabe nomeação de curador especial no processo de execução, porquanto o devedor é citado não para se defender, mas para cumprir o julgado, ou pagar ou nomear bens à penhora, inexistindo, ademais, a figura da revelia - CPC, artigos 621, 632 e 652, e Lei nº 6.830/80, artigo 8º*" (Agravo de Instrumento nº 43.743-SP, Rel. Min. Moacir Cartunda, *Rev. TFR*, v. 104, p. 22).

Sendo, destarte, desnecessária a intervenção do defensor público nestes autos (artigo 9º, II, CPC) e ante a inexistência de revelia no processo de execução, acolhe-se a pretensão recursal para considerar nulos e de nenhum efeito o despacho de fl. 27 e as manifestações deduzidas a favor do devedor às fls. 28 e 50/52, decisão esta que desconstitui a matéria relativa à prescrição, haja vista ter sido realizada por ente que não possui legitimidade para funcionar no feito.

Preconiza o artigo 166 do Código Civil que "*O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*" elucidando Maria Helena Diniz que esse impedimento deve-se ao fato de "*ser a prescrição um meio de defesa ou exceção peremptória*" (*Código Civil Anotado*, MARIA HELENA DINIZ, Ed. Saraiva, 1999, p. 174).

Advém, de modo claro e preciso, desse texto, que, se a questão prescricional não compuser a *litiscontestatio*, o julgador fica impedido de declará-la *ex officio*, já que lhe é vedado pelo artigo 128 do Digesto Instrumental Civil conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

In hypothesi, verifica-se que o direito tratado nos autos é de caráter eminentemente patrimonial, porquanto relativo à execução fiscal de imposto predial urbano não recolhido pelo executado, proprietário do imóvel, no prazo legal, motivo por que a prescrição não pode ser reconhecida de ofício pelo Julgador, já que não fora alegada pela parte devedora, e ter sido a intervenção do curador especial totalmente desvaliosa, conforme se alinhavou *in retro*.

Assim, certo é que, em se tratando de execução fiscal, que visa a receber valores inerentes a impostos não recolhidos a tempo e modo por seus devedores, para que haja manifestação do Judiciário relativa à prescrição da ação, é necessário que seja argüida, validamente, pela parte interessada, o que inocorreu no caso sob análise.

Nesse sentido é a lição ditada pelos tribunais pátrios:

"*Prescrição - Execução fiscal - Decretação* ex officio *do ato prescricional - Inadmissibilidade, pois trata-se de interesse de índole patrimonial da Administração. - É cediço que ao juiz da causa não é lícita a decretação* ex officio *de prescrição quando o direito em discussão se afigurar de índole patrimonial, mesmo que a ocorrência da prescrição se revele explícita e evidente a quaisquer olhos. Ação de execução fiscal, encerra, em essência, interesse de índole patrimonial da Administração, o que inviabiliza, assim, o decreto* ex officio *de prescrição pelo Magistrado da causa de execução*" (Apelação Cível nº 57.389-2 - TJRJ, j. em 27.11.2000, Rel. Juiz Ney Fonseca, *RT*, 789/411).

"*Prescrição - Execução fiscal - Reconhecimento de ofício pelo juiz - Inadmissibilidade, ainda que constatada a paralisação do feito por prazo superior ao qüinqüênio prescricional - Interpretação do artigo 166 do CC, c/c o artigo 219, § 5º, do CPC. - A teor do artigo 166 do CC, c/c o artigo 219, § 5º, do CPC, é vedado ao juiz reconhecer, de ofício, a prescrição da ação de execução fiscal, ainda que constatada a paralisação do feito por prazo superior ao qüinqüênio prescricional*" (Apelação Cível nº 1998.01.00.004593-5-AM, 3ª T. do TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Antônio Ezequiel, *DJU de* 08.10.1999, *RT*, 773/399).

"*Execução fiscal - Prescrição - Reconhecimento de ofício pelo juiz - Inadmissibilidade, por tratar-se de direito patrimonial disponível - Inteligência dos artigos 166 do CC e 219, § 5º, do CPC. - Não pode o juiz reconhecer, de ofício, a prescrição antecedente ou intercorrente, da ação de execução fiscal, por tratar-se, no caso, de direito patrimonial disponível - artigos 166 do CC e 219, § 5º, do CPC, este a* contrario sensu" (Apelação Cível nº 1998.01.00.070505-8-RO, 3ª. T. do TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Antônio Ezequiel, j. em 26.08.1999, *DJU* de 24.03.2000, *RT*, 780/402-403).

Ademais, não ficou demonstrada a prescrição intercorrente na execução fiscal, em tese, porquanto inocorreu a desídia do credor em promover a citação do exeqüente para os termos da ação, extraindo-se do processo que a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte ajuizou a cobrança em face de João Luiz Gomes, baseando-se na certidão de dívida ativa, datada de 29 de janeiro de 1992, no valor de CR$104.581,36 (cento e quatro mil, quinhentos e oitenta e um cruzeiros e trinta e seis centavos), relativa a débitos relativos ao imóvel situado na Avenida Tereza Cristina, Bairro Barreiro de Baixo, nesta Capital, tendo sido realizada, em 03.12.1993, a citação do

executado por carta, juntando-se o aviso de recebimento na data de 16.12.1993 (fl. 07).

Em ato posterior, o oficial de justiça certificou que deixou de proceder à penhora, "*haja vista que o executado, Sr. João Luiz Gomes, faleceu há mais de 10 (dez) anos, conforme informações de seu filho, Sr. João Domingos Gomes, estabelecido na Rua Barão de Coromandel, 376, Barreiro de Baixo*" (fl. 09-verso), requerendo o exeqüente a citação do espólio do devedor, o que aconteceu no dia 19.09.1996 (fl. 11 e verso), suspendendo-se o processo através de despacho publicado em 13.03.1997 (fl. 14), tendo a Fazenda Pública requerido a suspensão do feito *sine die* na data de 26.02.98 (fl. 21), que foi deferida, consoante decisão de fl. 22.

A carta de citação foi recebida no endereço do falecido, João Luiz Gomes, em data de 02.12.1993, fato este que induziu a exeqüente em erro, haja vista que não estava ciente do óbito do credor, já que constava seu nome na repartição municipal como proprietário do bem, esclarecendo-se que, após ter sido juntada aos autos a certidão do oficial de justiça informando o falecimento do executado, há mais de 10 (dez) anos, requereu a credora, sem demora, a citação do espólio, não dando causa, por isso, ao atraso no procedimento, motivo por que não lhe pode ser imposto o ônus da prescrição.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"*Embargos à execução fiscal... Inexistente a prescrição intercorrente se a ela não se referiu o devedor e se os autos não restaram injustificadamente paralisados por mais de 5 (cinco) anos. Ainda que se tratasse de hipótese de configuração de tal modalidade de prescrição, a mesma não poderá ser decretada se o réu concorreu para o retardamento do feito*" (Apelação Cível nº 41.134-8, TJMG, Rel. Desembargador Monteiro de Barros, j. em 21.12.1995, "*Jurisprudência Mineira*", 135-136/97 - sem destaque no original).

"*Prescrição - Inocorrência - Distribuição tempestiva da inicial - Atos posteriores irrealizados - Inércia não atribuída à parte interessada. - A prescrição não se consuma desde que distribuída a inicial em juízo antes de exaurir-se o prazo prescricional; não configura a desídia o fato de não se terem realizados os atos posteriores à distribuição, quando não sejam da alçada da parte interessada*" (Apelação Cível nº 6.417, TJMG, Rel. Des. Jorge Fontana, j. em 05.09.1979, "*Jurisprudência Mineira*", 64/222).

Mediante tais considerações, em reexame necessário, cassa-se a sentença monocrática, em virtude da impossibilidade de a prescrição ser decretada de ofício, determinando-se a remessa dos autos à instância de origem, com o devido prosseguimento do feito, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - ARGÜIÇÃO - MOMENTO ADEQUADO - EMBARGOS DE DEVEDOR - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 162 DO CÓDIGO CIVIL E 303, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- O melhor e mais adequado momento para o devedor argüir a prescrição é quando dos embargos de devedor, entretanto, da conjugação das normas dos arts. 162 do Código Civil e 303, III, do Código de Processo Civil, ainda que não lance mão dos embargos, poderá o devedor fazê-lo posteriormente, por meio de simples petição.

AGRAVO Nº 271.973-0/00 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: O melhor e mais adequado momento para o devedor argüir a prescrição é quando dos embargos de devedor, entretanto, da conjugação das normas dos arts. 162, CC, e 303, III, CPC, ainda que não lance mão dos embargos, poderá o devedor fazê-lo posteriormente, por meio de simples petição.

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, 20 de maio de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O *Sr. Des. Edivaldo George* - Joaquim Libânio Leite Ribeiro Neto, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Guaxupé/MG que, nos autos da execução fiscal que lhe é movida pela Fazenda Pública do Município de Guaxupé/MG, houve por bem nem sequer apreciar a prescrição por ele alegada, determinando o desentranhamento da petição, opôs este agravo de instrumento.

Com a proemial vieram aos autos os documentos de fls. 06/33.

Instado a prestar informações, o Juiz da causa o fez mediante o ofício

de fls. 53, salientando as razões que o motivaram a proferir e manter a decisão agravada.

Em contraminuta às fls. 56/58, a agravada combateu os termos recursais, pugnando pela manutenção da decisão primária.

Sendo este, em apertada síntese, o relatório, passo a proferir o meu voto.

A solução para a questão que nos é posta para decidir, a meu modesto sentir, vem da exegese das normas contidas nos arts. 162, CC, e 303, III, CPC, de onde se retira que "*a prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita*".

No mesmo sentido o magistério de J. J. CALMON DE PASSOS, para quem, após o prazo de defesa, é possível ao requerido argüir matéria "*que não preclua com a contestação (exceção em sentido substancial), o que ocorre, por exemplo, com a prescrição (art. 162 do Código Civil)*".

No caso em apreço, após vencido o prazo para oposição de embargos à execução fiscal que lhe é movida pela ora agravada, o recorrente argüiu, via da petição acostada por cópia às fls. 28/29, estarem prescritos alguns dos créditos tributários cobrados pela recorrida pela via executiva donde provém este recurso.

O Magistrado primário, ao meu sentir equivocadamente, determinou o desentranhamento daquela peça dos autos, negando-se a apreciar a matéria ali deduzida, ao fundamento de que aquela matéria seria "*argüível em sede de embargos do devedor, para o qual decorreu o prazo sem que o executado se manifestasse*". Realmente, o melhor e mais adequado momento para o devedor argüir a prescrição é por meio de embargos de devedor, entretanto, da conjugação das normas legais citadas, vê-se que, ainda que não lance mão dos embargos, poderá fazê-lo posteriormente, por meio de simples petição.

Neste sentido, colham-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"*Sendo a prescrição a maneira pela qual fica desfeita a força de execução do direito do credor e equivalendo a uma pena pela conseqüência da inércia, negligência ou inoperância, pode ser alegada a qualquer tempo, não ficando na dependência da oposição de embargos do devedor*" (TJPR, 3ª C. Cível, Ac. nº 11.021, Rel. Des. Luiz Perrotti, *in JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*, v. 24).

"*Agravo de instrumento. Ação de fraude a execução. Inépcia da inicial. Inocorrência. Alegação de prescrição. Petição desentranhada pelo MM. Juiz porque extemporânea. Impossibilidade porque apreciável a matéria a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Exegese do art. 303, III, do CPC. Agravo conhecido e provido em parte. - Atendidos os pressupostos processuais, rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial. A prescrição, conforme art. 303, III, do CPC, pode ser alegada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não merecendo desentranhamento a petição que a alegou após a contestação. Agravo conhecido e provido em parte*" (TJES, Rel. Des. Nivaldo Xavier Valinho, Ag. Instr. nº 045999000313, *in JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*, v. 24).

Diante do exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para, em conseqüência, determinar ao Magistrado primário que aprecie a matéria deduzida na petição anteriormente referida, de modo a se esgotar a prestação jurisdicional postulada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DIREITOS AUTORAIS - OBRAS MUSICAIS - COBRANÇA - ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO-ECAD - APRESENTAÇÃO EM JUÍZO - LEGITIMIDADE ATIVA - FIXAÇÃO DE PREÇOS - CRITÉRIO - PARÂMETRO FÍSICO - FORMA ARBITRÁRIA E MONOPOLISTA - AFRONTA AOS CONSUMIDORES DO PRODUTO MUSICAL - INADMISSIBILIDADE

- A Constituição Federal de 1988 assegurou, de forma ampla, a liberdade de associação. Os titulares de direitos autorais podem associar-se para defesa de seus direitos sobre as obras intelectuais criadas, promovendo a cobrança dos respectivos direitos patrimoniais, sem qualquer intervenção estatal para autorização de funcionamento, bem como de qualquer fiscalização. O sistema de organização e funcionamento das associações de titulares de direitos autorais não pode, em nenhuma hipótese, sofrer qualquer tipo de controle do Estado, podendo os criadores exercer diretamente seus direitos.

- Embora o Ecad, na dicção do art. 99 da Lei nº 9.610/98, sobre os direitos autorais, detenha legitimidade *ex lege* para atuar no pólo ativo de ações de cobrança postuladas para arrecadar os valores devidos aos autores de obras musicais filiados às associações que o integram, essa legitimidade somente pode ser considerada em tese, uma vez que o Ecad só se legitima para cobrar os direitos autorais se fizer prova da filiação das entidades a que estão vinculados os autores-credores das obras musicais.

- A Constituição Federal de 1988 não retirou do Ecad a legitimidade para promover a arrecadação e distribuição dos direitos autorais. O que houve foi a ampliação dessa legitimidade, permitindo-se a fiscalização e cobrança dos direitos autorais por outros legitimados, inclusive pelo próprio autor da obra, nos termos do art. 5º, XXVII, da CF/88.

- O Ecad, embora legitimado para arrecadar e distribuir direitos relativos à execução pública de composições musicais ou literomusicais e de fonogramas, não pode fixar o preço do produto de forma unilateral e com utilização de parâmetros absolutamente inadequados, apossando-se das atribuições antes conferidas ao CNDA. Não havendo autorização legal para que fixe preços, ao Ecad não é lícito arvorar-se nesse direito com elaboração de parâmetros na maioria das vezes de forma abusiva. Com o advento da Constituição Federal/88 e da Lei nº 9.610/98, não mais se justifica a atividade monopolista do Ecad, que se arvora no direito de arrecadar e distribuir, com exclusividade, em todo o território nacional a receita auferida a título de direitos autorais.

- A forma adotada pelo Brasil para a fixação de preços e arrecadação de direitos autorais é absolutamente arbitrária e monopolista, pretendendo o Ecad gozar de uma soberania que nem o Estado possui, pautada que está a Administração pelo princípio da legalidade. Se há proteção aos direitos autorais, também os do consumidor são tutelados, devendo haver razoabilidade e proporcionalidade entre as várias esferas da tutela prestada pelo Direito.

- A fixação dos preços de direitos autorais com aplicação de parâmetro físico constitui critério absolutamente inadequado, já que leva em consideração a área sonorizada e conduz ao risco de retirar todo o lucro dos usuários, tornando-lhes inviáveis as atividades, principalmente quando se considera que o faturamento bruto real e o espaço físico englobam vários elementos além das obras sujeitas a pagamento de direitos autorais.

- O art. 99, § 4º, da Lei nº 9.610/98 facultou ao Ecad manter fiscais encarregados de zelar pelas retribuições devidas em decorrência da execução de obras musicais. Entretanto, quando se apresenta em juízo com pleito de recebimento das retribuições, exibe autos de infração, na maioria das vezes sem qualquer valor probante, por não conterem a assinatura do representante legal da empresa infratora, além da ausência de qualquer testemunha. Ora, tratando-se de entidade privada, é inadmissível aceitá-los como válidos e/ou portadores de legitimidade (características próprias do Poder Público), pois seus agentes, evidentemente, não gozam de fé pública, em evidente afronta aos consumidores do produto musical.

- O Ecad apresenta-se em juízo munido de uma espécie de clone de "certidão de dívida ativa", que seria absolutamente indiscutível pelos consumidores, e a cuja tarefa se reservaria a prova em contrário, à feição dos privilégios que a lei prevê para os créditos tributários. Procura criar, na realidade, um tipo novo de título de crédito, que se poderia chamar de "certidão de dívida ativa de direitos autorais", não autorizada legalmente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 273.777-3/00 - Comarca de Guaranésia - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Direitos autorais sobre obras musicais - Cobrança - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-Ecad - Critério físico de mensuração da utilização da obra (área do *show)* - Inadmissibilidade. - A forma adotada pelo Brasil para a fixação de preços de direitos autorais é absolutamente arbitrária e monopolista, pretendendo o Ecad gozar de uma soberania que nem o Estado possui, pautada que está a Administração pelo princípio da legalidade. Se há proteção aos direitos autorais, também os do consumidor são tutelados, devendo haver razoabilidade e proporcionalidade entre as várias esferas da tutela prestada pelo Direito. A fixação dos preços de direitos autorais com aplicação de parâmetro físico constitui critério absolutamente inadequado, já que leva em consideração a área sonorizada e conduz ao risco de retirar todo o lucro dos usuários, tornando-lhes inviáveis as atividades, principalmente quando se considera que o faturamento bruto real e o espaço físico englobam vários elementos além das obras sujeitas a pagamento de direitos autorais. O Ecad, na verdade, apresenta-se em juízo munido de uma espécie de clone de "certidão de dívida ativa", que seria absolutamente indiscutível pelos consumidores, e a cuja tarefa se reservaria a prova em contrário, à feição dos privilégios que a lei prevê para os créditos tributários. Procura criar, na realidade, um tipo novo de título de crédito, que se poderia chamar de "certidão de dívida ativa de direitos autorais", não autorizada legalmente.

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 junho de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Conheço do recurso.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-Ecad, qualificado nos autos, ajuizou ação ordinária de cobrança de direitos autorais contra o Município de Guaranésia, visando o

recebimento dos valores referentes a direitos autorais, ao argumento de que o suplicado, em bailes carnavalescos, promoveu vários *shows*, em flagrante violação à Lei de Direitos Autorais, já que não possuía autorização dos titulares das obras, conforme determina o art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.610/98, e que não há necessidade de que seja auferido lucro para a obrigatoriedade do pagamento, motivo pelo qual pugna pela procedência do pedido, condenado o réu ao pagamento dos valores devidos acrescidos de multa, além das custas processuais e honorários advocatícios.

Contestação argüindo, em preliminar, a inépcia da inicial, ao argumento de que os documentos apresentados fazem prova da declaração do fato, e não do fato declarado, porque produzidos unilateralmente; ilegitimidade ativa do autor por não se admitir estar em juízo na condição de substituto processual de pessoas que sequer relaciona e nem qualifica; e ilegitimidade passiva.

No mérito, sustenta a necessidade de valorizar a cultura na comunidade, dando apoio às festas populares, principalmente o carnaval; que os eventos se realizaram em praça pública e sem fins lucrativos, motivo pelo qual não é devida a arrecadação. Questiona o critério utilizado para a cobrança do valor colocado na inicial, baseando seu pedido em documentos unilaterais que, por não traduzirem a realidade, não se prestam ao fim colimado.

Às fls. 105/108, o Ministério Público manifestou-se no sentido de não ter interesse na causa.

A sentença (fls. 124/132) julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa, devidamente corrigido desde o ajuizamento da ação, pelos índices da Corregedoria de Justiça.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação, nos termos das razões de fls. 135/143, sustentando que, após o advento da Lei nº 9.610/98, os entes públicos ficaram obrigados ao pagamento dos direitos autorais, conforme o disposto no art. 68, mesmo em se tratando de apresentações em praça pública, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça; que as apresentações promovidas pelo apelado não foram em caráter beneficente, sequer contando com a participação dos detentores dos direitos autorais; que a consideração posta na *r.* decisão no sentido de ser insuficiente o auto de comprovação de violação do direito autoral não pode subsistir por tratar-se de fato incontroverso; que o apelante tomou todas as medidas necessárias para o recebimento de seu crédito; e que a tabela de preços foi publicada no *DOU* de 24.07.89, elaborada e aprovada pela Assembléia Geral composta por representantes de dez associações que o integram.

O desenvolvimento vertiginoso do conhecimento humano no campo da tecnologia alcançou grau de progresso nunca antes imaginado, ensejando profundas modificações na sociedade e interferindo, em conseqüência, nas relações sociais e jurídicas. Pode-se dizer,

sem sombra de dúvida, que tal fato constitui a base do próprio desenvolvimento humano, chegando, nesse fim de milênio, a inovações inacreditáveis, fugindo, muitas vezes, de nossa própria percepção.

Para isso, o processo de comunicação contribuiu de maneira decisiva, permitindo a transferência e difusão de conhecimentos em escala nunca vista.

Na visão de CARLOS ALBERTO BITTAR (*in Contornos Atuais do Direito do Autor*, ed. RT, 1992, p. 161):

"*A tecnologia introduz na sociedade conhecimentos; invenções e criações estéticas, todos produtos do intelecto humano, dos quais derivam outras tantas manifestações que o homem usa para diversos fins: expansão industrial, facilitação de comunicações, sensibilização, transmissão de conhecimentos, administração, produção de bens e de serviços, e com benefícios vários.*

Com isso, interfere em vários ramos do Direito, dentro dos interesses diferentes que no seio da coletividade se cruzam, a saber: do indivíduo, da empresa, do Estado e da sociedade como um todo. Daí decorrem diversos regimes de regulamentação, voltados cada qual para o aspecto que lhe cabe; assim, por exemplo, quanto à internação do produto estrangeiro, o Direito Administrativo, o Direito Tributário, o Direito Industrial, o Direito Autoral e outros".

A sociedade politicamente organizada não sobrevive sem as leis garantidoras dos direitos dos cidadãos. A sua aplicação prevalece e dentro de suas fronteiras devem ser interpretadas, no sentido de resolver os conflitos advindos das novas realidades.

As leis, entretanto, modificam-se de forma muito mais lenta que a evolução da sociedade, exigindo dos estudiosos do Direito estarem atentos a tais movimentos da realidade social, no sentido de buscarem o equilíbrio entre o progresso material e a preservação dos valores próprios do ser humano, neles se incluindo as emanações de sua inteligência.

O homem é, na sua essência, um ser criador, e é na sua capacidade criativa que vamos encontrar a gênese do progresso. Com isso, faz nascer um tipo especial de propriedade: aquela que recai sobre o que inventa e cria.

Em razão dos métodos e processos tecnológicos avançados, os problemas relativos à propriedade intelectual enfrentam nova realidade, tomando novos contornos, exigindo novos ordenamentos legais e, principalmente, uma sábia aplicação das leis existentes, evitando prejuízos a uns e enriquecimento sem causa a outros.

Nessa fronteira situa-se o direito autoral, visando preservar os direitos do autor, advindos da sua criação, manifestando-se a partir da divulgação e exigindo a proteção necessária capaz de garantir-lhe os benefícios patrimoniais e morais a que faz jus.

Quando ainda não se faziam presentes os avanços tecnológicos do mundo moderno, a necessidade de proteção à atividade criadora não foi sentida, porque, dirigida apenas aos presentes, não alcançava a sociedade como um todo e não se difundia com rapidez. O surgimento de meios mecânicos, ensejando atividade lucrativa e permitindo a reprodução de uma obra, gerou o interesse do legislador, num primeiro momento voltado ao proveito dos editores, passando, posteriormente, a proteger o próprio autor, no sentido de garantir-lhe o interesse patrimonial, com a exibição difundida de sua obra.

Inicialmente protegidos os direitos autorais por dispositivos do Código Civil e legislação esparsa, a Lei nº 5.988/73 veio consolidá-los, sistematizá-los e discipliná-los, consagrando, ao lado dos direitos patrimoniais, a tese da intangibilidade dos direitos pessoais e a existência dos direitos morais, garantindo ao autor a exclusividade quanto à utilização da obra, o direito de ter seu nome ou equivalente indicado como autor, o de inédito, de integridade, de modificação e de retirada. Garantiu-lhe o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua utilização por terceiros, no todo ou em parte. Reuniu, pois, em um único diploma legal, disposições anteriormente difusas, dando ênfase aos direitos conexos.

Diante dos grandes problemas que a cada dia surgiam, e por se tratar de matéria importante e complexa, considerou o legislador a necessidade da existência de um órgão com capacidade para atender às implicações atinentes à matéria, funcionando como impulsionador, cabendo-lhe todas as funções que a lei não atribuísse a congêneres.

A referida lei imprimiu visão global às sanções decorrentes da violação de direitos, distribuindo-as nas searas administrativa e civil, garantindo ainda as penais, inseridas no Código Penal e leis específicas.

Interessa analisar a instituição do regime administrativo de gestão, controle e fiscalização de direitos, inicialmente sob a supervisão do Estado, então composto por um órgão de consulta, assistência e fiscalização, o Conselho Nacional de Direito Autoral-CNDA, organizado pelo Decreto nº 76.275, de 15 de setembro de 1975, cabendo-lhe normatizar o setor e decidir questões administrativas, fiscalizar as associações de titulares dos direitos autorais, estabelecendo regras de cobrança e exercendo funções arbitrais, principalmente na música e no teatro.

A Lei nº 5.988/73, implantada ainda sob a égide da Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 01/69, estabelecia que os titulares de direitos autorais podiam associar-se, sem intuito lucrativo, com a finalidade de exercício e defesa de seus direitos.

Efetivada a filiação, as associações tornavam-se mandatárias de seus associados, podendo, no exercício de suas atribuições, praticar todos os atos

necessários à defesa judicial e extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança. Entretanto, independentemente desse mandato, seus titulares poderiam praticar pessoalmente os atos necessários à defesa de seus direitos e respectiva cobrança. Tais associações dependiam de autorização do Governo, através do CNDA.

Referido diploma legal criou um mecanismo centralizado para arrecadação e distribuição dos direitos autorais, determinando que as associações organizassem, dentro do prazo e de acordo com as normas estabelecidas pelo CNDA, uma central de arrecadação e de distribuição de direitos de execução pública de músicas - o Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, e de associações de titulares, com o objetivo de defender os interesses de seus associados nas várias categorias de direitos.

A criação do CNDA significou, sem dúvida, o marco inaugural do sistema criado pela Lei nº 5.988/73, podendo-se afirmar, com certeza, que foi importante e benéfico aos titulares de direitos autorais, mesmo considerando que a hipertrofia do Ecad gerou dificuldades tão ou mais intensas do que aquelas já existentes, principalmente após a extinção do CNDA.

Nesta esteira, cumprem fundamental papel as associações às quais se filiam os autores, visando auferir os lucros advindos da execução de suas obras, figurando o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de importância capital na preservação dos direitos de seus titulares.

Ao criador de obra intelectual musical a lei garante o direito de autorizar-lhe a execução pública, através de vozes, instrumentos ou aparelhos eletrônicos, e de receber os proventos econômicos que dela decorrem, dependendo sempre de sua anuência a respectiva efetivação, que se perfaz por escrito, pelo próprio titular do direito, ou por seu representante legal.

Dada a existência de mecanismos de arrecadação e amostragem, a concessão de licença para execução tem-se efetivado via associações de titulares de direitos autorais, formadas para facilitar a concretização das execuções e outras utilizações da obra, dentre outras atividades, tendo em vista a impossibilidade de o criador, individualmente, proceder ao controle, não só no território nacional como no exterior.

As associações de titulares de direitos autorais ocupam lugar de destaque no que diz respeito à arrecadação e distribuição dos direitos de execução, confundindo-se a sua história com a do próprio direito autoral. Surgidas na França, conseguiram, através do espírito associativo e da união de forças das categorias interessadas, fazer valer os direitos de seus associados, seja na esfera judicial, seja na extrajudicial, em defesa dos interesses patrimoniais dos autores.

Com relação ao regime jurídico que as rege, em determinados países

dependem de autorização estatal para constituição e funcionamento, enquanto que, em outros, têm liberdade para tanto, estando subordinadas apenas à fiscalização do governo, além das demais comuns a todo o sistema. Arrecadam os direitos nos respectivos países e, no exterior, atuam por intermédio de congêneres, através de contrato de reciprocidade. No plano internacional, como entidade de congregação e fiscalização de sociedades, foi criado o Cisac, em atividade desde 1927, funcionando sob o regime de confederação de associações.

Geradas pela necessidade da vida prática, tais associações, por imposição legal, administram os repertórios de seus integrantes, via mandato, outorgando aos usuários, em bloco, a autorização do autor para a execução, tornando possível o processo.

O pleito à prestação jurisdicional é mais constante no que diz respeito ao direito de execução pública de música, quando as sociedades arrecadadoras pugnam pela cobrança dos direitos autorais sobre as composições musicais de seus filiados, executadas em locais públicos. Em casos tais, a jurisprudência, firmando-se no entendimento da exclusividade do autor em autorizar a divulgação, tem feito prevalecer a exigência dos direitos autorais de execução, com imposição das cominações devidas.

É com relação à proteção possessória dos direitos autorais e à legitimidade das associações de titulares para agir em nome de seus filiados que os litígios se multiplicam, com destaque quanto à posição do Ecad.

Estabelece a Constituição Federal de 1988:

"*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

(...)".

Na ótica de CELSO RIBEIRO BASTOS (*in Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva, 2º v., 1989, p. 101), a criação de associações independe de autorização, "*sem qualquer remissão à possibilidade de a lei dispor sobre o assunto, daí por que as exigências haverem de ater-se ao constitucionalmente previsto, é dizer: só poderem ser proibidas associações cujos fins sejam ilícitos ou de caráter paramilitar*".

Assinala ainda o renomado jurista que não podem "... *as autoridades públicas imporem um ato de adesão ou de permanência em uma associação. Esta imposição pode assumir uma forma dissimulada, mas nem por isso menos inconstitucional, quando o Poder Público faz depender o exercício de certo direito de filiação a uma entidade associativa*" (ob. cit., p. 106/107).

Distanciando-se das normas inseridas na Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda nº 1/69, art. 153, § 28, a Carta Magna de 1988 assegurou, de forma amplíssima, a liberdade de associação.

Os dispositivos constitucionais são de clareza meridiana, deles se concluindo que os titulares de direitos autorais podem associar-se para a defesa de seus direitos sobre as obras intelectuais criadas, promovendo a cobrança dos respectivos direitos patrimoniais, sem qualquer intervenção estatal para autorização de funcionamento, bem como de qualquer fiscalização. Daí a afirmativa de que o sistema de organização e funcionamento das associações de titulares de direitos autorais não pode, em qualquer hipótese, sofrer qualquer tipo de controle do Estado, como aquele exercido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral-CNDA. Aos criadores, faculta a lei o exercício direto de seus direitos.

Diante do novo comando constitucional, muitas controvérsias surgiram com relação à regra imperativa do artigo 115 da Lei nº 5.988/73, que determinava às associações organizassem, nos termos das regras emanadas do Estado, um escritório central de arrecadação e distribuição, submetido também ao seu poder fiscalizador, com as atribuições ali discriminadas.

O Ecad, sociedade civil instituída pela Lei Federal nº 5.988/73, é formado pelas associações de autores e demais titulares a elas filiados e/ou representados, tendo como escopo arrecadar e distribuir, em todo o território nacional, direitos autorais decorrentes da utilização pública de obras musicais e/ou literomusicais e de fonogramas, nacionais e estrangeiros, através de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, da exibição cinematográfica e por qualquer outro meio similar.

Analisando os dispositivos da Lei nº 5.988/73, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO classificou o Ecad como órgão privado, sujeito a estatuto especial, classificando de feliz a iniciativa brasileira, desde que, envolvendo importâncias fabulosas, necessário se fazia o seu controle público (*Direito Autoral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 347).

Não resta dúvida de que o Ecad, quando da sua formação, subordinou-se, por força de lei, ao controle do Poder Público através do Conselho Nacional de Direito Autoral, constituindo-se em associação para arrecadação centralizada dos direitos autorais, criada por outras associações, em estrita obediência ao disposto no art. 115 da lei especial então vigente.

Enquanto a Emenda 1/69, no art. 153, § 25, assegurava aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, a Constituição Federal de 1988 avançou, estabelecendo no art. 5º:

"*(...)*

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

(...)".

A regra, ao contrário do que afirma certo segmento da doutrina, reforça a liberdade de associação, facultando ao autor fiscalizar o aproveitamento econômico da obra que criar ou de que participar.

Na lição de CELSO RIBEIRO BASTOS:

"*A parte final do dispositivo visa resolver um problema sério do direito autoral no Brasil que é o da eficácia das entidades arrecadadoras. Sabe-se que muitos autores de grande sucesso chegam a quase nada receber a este título. O preceptivo sob comento permite que os próprios criadores, os intérpretes ou ainda as suas representações sindicais e associativas exerçam uma fiscalização sobre o aproveitamento econômico das obras criadas*" (ob. cit., p. 144).

Os dispositivos na Carta Magna em vigor levam à inarredável conclusão de que o sistema de organização e funcionamento das associações de titulares de direitos autorais não podem mais ficar sob o controle do Estado, sob qualquer modalidade, podendo ditos titulares exercer diretamente seus direitos.

Diante da alteração da disciplina constitucional sobre a proteção dos direitos autorais, impunha-se a edição de nova lei que disciplinasse a matéria. Surge, então, a Lei nº 9.610/98, mantendo o mesmo mecanismo de proteção através de associações de seus titulares, mandatárias de seus associados,

para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus interesses, garantindo-lhes praticá-los pessoalmente, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.

Dispõem os arts. 99 e 100 da citada lei que as associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade e da exibição de obras audiovisuais. Estabeleceu ainda que o escritório e as associações atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes, como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados, e que o sindicato ou associação profissional que congregue não menos de um terço dos filiados de uma associação autoral poderá, uma vez por ano, após notificação, com oito dias de antecedência, fiscalizar, por intermédio de auditor, a exatidão das contas prestadas a seus representados.

Conferiu, pois, ao Ecad atuação efetiva na defesa dos direitos autorais, prevendo que, anteriormente à execução pública, deverá ser comprovado o recolhimento relativo aos direitos autorais (art. 68, § 4º), evidenciando-se o princípio básico do associativismo para a defesa dos citados direitos.

Suprimiu a participação do Estado na conformação de tais direitos, através do CNDA, já extinto em data anterior.

Relativamente à adequação da cobrança em termos valorativos, permanece a lacuna, inexistindo no texto legal alusões a contas ou valores máximos ou mínimos para a cobrança dos direitos autorais.

Na dicção do art. 99 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre os direitos autorais, o Ecad possui legitimidade *ex lege* para atuar no pólo ativo das ações de cobrança postuladas para arrecadar os valores devidos aos autores de obras musicais *filiados às associações que o integram*.

Entretanto, essa legitimidade somente pode ser considerada em tese, uma vez que não prescinde da prova de filiação das entidades a que estão vinculados os autores-credores das obras musicais.

À análise do disposto no art. 98 e seu parágrafo único e 99 da Lei nº 9.610/98, parece óbvio que ao Ecad cabe cobrar direitos de execução sobre músicas que integram o acervo de associações que estejam filiadas a esse escritório. Caso contrário, estaria exercitando direito alheio, o que lhe é vedado.

Sobre a questão há precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Processual Civil. Interdito proibitório. Direitos autorais. Cobrança. Ecad. Prova de filiação das entidades que representa. Questão constitucional. Súmula nº 126/STF.*

- Consoante compreensão jurisprudencial, embora detenha o Ecad legitimidade ex lege *para defender em juízo os direitos dos autores de obras musicais filiados às associações que o formam, necessita, para exercitar essa competência, fazer prova do vínculo associativo.*

- Com o advento da Constituição Federal de 1988 definiu-se que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX).

- A legitimação à cobrança de direito autoral pressupõe voluntária filiação do autor a associação de classe desde o advento do preceito constitucional. De tal princípio decorre a necessidade do Ecad demonstrar que postula direito de associação que diz representar.

- Inadmissível o Especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário (Súmula nº 126/STF).

- Recurso não conhecido" (STJ, REsp nº 82.831-PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, publicado no *Minas Gerais* de 14 de novembro de 1997, p. 2).

E do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

"*Direito autoral - Cobrança - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) - Legitimação - Recurso não provido. - Nada obstante devidos os direitos autorais pela execução ou retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais, o Ecad só se legitima para cobrá-los judicialmente comprovando a filiação dos titulares daqueles direitos a algumas das associações que o constituíram*" (Ap. Cível 236.046-3 - Rel. Juiz Lauro Bracarense).

Não se pode afirmar, com rigor, que a Constituição Federal de 1988 tenha retirado do Ecad a legitimidade para promover a arrecadação e distribuição dos direitos autorais. Houve, na verdade, a ampliação dessa legitimidade, permitindo-se a fiscalização e cobrança dos direitos autorais por outros legitimados, inclusive pelo próprio autor da obra, consoante o art. 5º, inciso XXVII.

Por outro lado, quando ainda em vigor a Lei 5.988/73, através da qual se criou o Ecad, *a ele não se conferiu o direito de fixar os preços*, reservando-se ao CNDA tal atribuição, nos exatos termos do art. 117, V, da lei supra-referida.

Diante do novo texto constitucional, com a extinção do CNDA, ainda no Governo Collor, e antes mesmo da vigência no novo texto legal, que sequer foi ali mencionado, o que se constata é um *vazio legislativo* com relação à autorização para a fixação de preço, independentemente de fiscalização e homologação.

Mesmo afastada, porém, a proteção dos direitos autorais do contexto estatal, não se pode afirmar que a Carta Maior vede a intervenção do Poder Público na relação de interesses econômicos das empresas privadas.

Nos termos do art. 170, parágrafo único, da Carta Magna:

"*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão público, salvo nos casos previstos em lei*".

Já o *caput* desse artigo, no qual se encontra explícita a *ideologia adotada* na forma de organização de mercado, a Constituição prevê a intervenção do Poder Público na preservação do interesse coletivo, amparando, em seu inciso V, *a defesa do consumidor*.

O Ecad realiza uma divisão de usuários permanentes e eventuais. Os primeiros são aqueles que se utilizam regularmente de músicas em suas atividades, neles incluídas as emissoras de radiodifusão, hotéis, motéis, bares, lanchonetes, discotecas, clubes sociais, lojas comerciais, dentre outras, cujas retribuições autorais são, geralmente, mensais.

Na categoria de usuários eventuais situam-se aqueles que se utilizam eventualmente da música, pagando a retribuição autoral em cada evento - caso dos espetáculos musicais.

O critério de cobrança utilizado é o de percentual incidente sobre a receita, nos casos dos usuários cuja música seja indispensável ao exercício de suas atividades. Quanto aos usuários de música por meio de sonorização ambiental, *aplica-se parâmetro físico*, isto é, o critério que leva em consideração *a área sonorizada*.

No âmbito internacional, as sociedades arrecadadoras, considerando a importância da música em suas atividades, dividem seus usuários para os quais a música é indispensável, tais como as emissoras de radiodifusão, TVs por assinatura, cinemas, espetáculos musicais, etc., ou secundária, nela incluindo-se os hotéis, motéis, bares e outras.

Tanto na fixação do preço pelos direitos autorais sobre o faturamento bruto das empresas, quanto pelo critério de enquadramento por parâmetro físico, corre-se o risco de tirar todo o lucro dos usuários, tornando-lhes inviáveis as atividades, principalmente se se considera que o faturamento bruto real e o espaço físico englobam vários elementos além das obras sujeitas a pagamento de direitos autorais.

Por outro lado, é óbvio que os autores das composições musicais necessitam tanto das emissoras de rádio, como de bares e casas noturnas para a divulgação de suas obras, forma pela qual auferem lucros financeiros e prestígio como profissionais.

Entretanto, se, a título de retribuição, forem tais estabelecimentos penalizados com a obrigação de efetuarem

o pagamento de importâncias exorbitantes, certamente não mais divulgarão as obras musicais, prejudicando os que acreditam estarem seus direitos protegidos pelo Ecad, que, assim agindo, estaria adotando postura de total incoerência com sua finalidade.

Não resta dúvida, enfim, de que há interesse coletivo na divulgação das obras e, *não havendo autorização legal para que fixe preços*, ao Ecad não é lícito arvorar-se nesse direito, com elaboração de parâmetros na maioria das vezes de forma abusiva.

Daí poder-se concluir que o Ecad, embora legitimado para arrecadar e distribuir direitos relativos à execução pública de composições musicais ou literomusicais e de fonogramas, *não pode fixar o preço do produto de forma unilateral e com utilização de parâmetros absolutamente inadequados*, apossando-se das atribuições antes conferidas ao CNDA, sucedido pelo Conselho Nacional de Política Cultural, a cujo Departamento de Planejamento e Coordenação se transferiram as prerrogativas de homologação de tais preços conforme o disposto no art. 28 da Lei nº 8.490/92.

Necessário salientar, ainda, que ao Ecad facultou o art. 99, § 4º, da Lei nº 9.610/98 manter fiscais encarregados de zelar pelas retribuições devidas em decorrência da execução de obras musicais. Entretanto, quando se apresenta em juízo com pleito de recebimento das retribuições, exibe *autos de infração*, na maioria das vezes sem qualquer valor probante, por não conterem a assinatura do representante legal da empresa infratora, *além da ausência de qualquer testemunha*. Ora, tratando-se de *entidade privada*, é inadmissível aceitá-los como válidos e/ou portadores de legitimidade (características próprias do Poder Público), pois seus agentes, evidentemente, não gozam de fé pública, em evidente afronta aos *consumidores* do produto musical.

O Ecad, na realidade, apresenta-se em juízo munido de uma espécie de *clone* de "certidão de dívida ativa", que seria absolutamente *indiscutível* pelos consumidores, e a cuja tarefa se reservaria a prova em contrário, nos moldes dos privilégios que a lei prevê para os créditos tributários. Procura criar, na realidade, um tipo novo de título de crédito, que se poderia chamar de "certidão de dívida ativa de direitos autorais", não autorizada legalmente.

Ao procurar um hotel ou qualquer outro serviço e não lhe convindo o preço cobrado, tem o consumidor, à sua disposição, inúmeros outros estabelecimentos e prestadores de serviços, facultando-se-lhe a escolha pelo mais conveniente.

Pode-se concluir, em face desse quadro, que, relativamente à fixação de preços e arrecadação de direitos autorais, a forma adotada pelo Brasil é absolutamente *arbitrária e monopolista*, afigurando-se impossível manter-se o Ecad com a atividade da forma como é praticada. Se há proteção aos direitos

autorais, também os do consumidor são tutelados.

E há que buscar-se forma de, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, harmonizarem-se as várias esferas de tutela que o Direito oferece aos sujeitos de sua proteção, *todos com menção de nível constitucional*, sejam os autores, sejam os consumidores.

Vale lembrar aqui que o art. 170 da Constituição Federal, que expõe a ideologia do sistema econômico brasileiro, contempla, no inciso V, *a defesa do consumidor*, princípio a ser observado na formulação da ordem econômica e que se coloca acima de qualquer proteção que se possa deferir a direitos privados, mesmo os mais respeitáveis.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.610/98, não mais se justifica a atividade monopolista do Ecad, que se arvora no direito de arrecadar e distribuir, com exclusividade, em todo o território nacional, a receita auferida a título de direitos autorais, em razão da utilização pública, por parte dos usuários das obras musicais, literomusicais e de fonogramas de todos os titulares, brasileiros e estrangeiros, filiados às associações que o integram, inclusive na de estabelecer preços, dada a liberação dos interessados na escolha da melhor forma de se organizarem pela satisfação de seus interesses.

O art. 5º, incisos XVII, XVIII, XIX e XX, da Constituição Federal, que estabelecem a obrigatoriedade da existência de um único escritório central para a arrecadação e distribuição dos direitos autorais, conforme disposto no art. 99 da Lei nº 9.610/98, dependerá de melhor interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, à medida que qualquer das associações quiser retirar-se para estabelecer forma própria de cobrança dos direitos patrimoniais de seus filiados, estes que, por sua vez, podem exercê-los *pessoalmente*, sem depender de qualquer associação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, entendendo ser abusiva a fixação dos preços com aplicação de *parâmetro físico*, isto é, o critério que leva em consideração *a área sonorizada*; julgo *improcedente* o pedido inicial.

Os honorários, incidentes sobre o valor da causa, ficam a cargo do autor, arbitrados em 20%, arcando o recorrente, ainda, com as custas processuais, inclusive as de recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Ao acompanhar o eminente Relator, estou sugerindo à Comissão de Jurisprudência que determine a publicação do acórdão em face da excelência da fundamentação contida no voto proferido por ele, aliada ao seu caráter pedagógico.

O Sr. Des. Alvim Soares - Sr. Presidente. Coloco-me de acordo com os votos precedentes, inclusive com a recomendação de publicação.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR INDEFERIDA - NÃO-CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Constituindo-se a concessão - ou não - de liminar em mandado de segurança numa discrição do juiz, não cabe agravo de instrumento contra a mesma.

AGRAVO REGIMENTAL Nº 277.493-3/01 - Comarca de Bocaiúva - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Liminar indeferida - Não-cabimento de agravo de instrumento. - Constituindo-se a concessão - ou não - de liminar em mandado de segurança numa discrição do juiz, não cabe agravo de instrumento contra a mesma.

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.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Inconformado com a decisão de folhas 97 e 98, que negou seguimento ao agravo de instrumento manejado pelos agravantes, ao argumento de que

"*... não cabe recurso de qualquer espécie contra decisão que concede ou indefere liminar em mandado de segurança, por se tratar de ato de livre convicção e prudente arbítrio do juiz*",

o Coordenador do Cadastro e Registro do Instituto Estadual de Florestas apresenta agravo regimental, com fulcro no § 1º do art. 557 do CPC, buscando que se reveja tal entendimento e que se dê andamento e o devido processamento ao seu recurso de agravo de instrumento.

Nos termos do art. 557 do CPC, em seu § 1º, não vi como reconsiderar o entendimento já lançado na decisão ora atacada, parecendo-me impossível uma retratação mesmo diante dos argumentos dos agravantes. Com isso determinei a inclusão do recurso em pauta.

Conheço do recurso.

Entretanto, não vejo como deixar de entender que

"*contra o deferimento de liminar em mandado de segurança descabe qualquer outro remédio processual, senão aquele (suspensão) previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64, em combinação com o art. 25 da Lei nº 8.038/90, cujo procedimento não pode ser substituído por liminar em outra segurança*" (*STJ-RF*, 337/221).

Esse entendimento já lançado na decisão agravada levou em conta ainda a Súmula nº 512, do STF, que dispõe que não cabe condenação em honorários em mandado de segurança, o que significa dizer que o CPC não se aplica a ele.

Na mesma decisão já ressaltei que:

"*Da mesma forma, é de se destacar que a Súmula nº 597 não admite embargos infringentes em mandado de segurança que decidiu por maioria de votos a apelação, fato que mostra, mais uma vez, a impossibilidade de se socorrer junto ao CPC na espécie. Essa Súmula foi agasalhada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, o que nos mostra que o STJ também abraça o mesmo entendimento (Súmula nº 169).*

Observe-se ainda que a Súmula nº 294, do STF, dita que não são admissíveis embargos infringentes contra decisão do referido Tribunal em mandado de segurança, o que me faz reforçar a convicção de que o CPC só se aplica aos processos de mandado de segurança na hipótese de litisconsórcio.

*Por fim, levo em conta que o STF, quando do julgamento do RE 74.749/GO, deu aplicação à Súmula nº 294 (*DJ *de 21.12.72). O STJ por sua vez, no REsp 93.753/RS, acolheu a Súmula 597/STF (*DJ *de 25.02.98); e no REsp 138.418/RJ, o STJ acolheu também a Súmula 512/STF (*DJ *de 20.10.97)*".

Não vejo, depois destas colocações, por que me alongar mais no debate da questão.

Assim sendo, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Também nego provimento ao recurso por entender, como fez o em. Relator, que descabe qualquer manejo recursal contra concessão ou denegação de liminar em mandado de segurança.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Sr. Presidente. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, é irrecorrível a decisão que indefere a liminar em mandado de segurança (*Mandado de Segurança* - Ed. Revista dos Tribunais, p. 54). E, no caso de ilegalidade e abuso, não seria muito drástica tal posição?

A meu ver, um acórdão do STJ, relatado pelo Ministro Garcia Vieira, bem resolve a questão. Está assim ementado:

"*A concessão, ou não, de liminar em mandado de segurança, decorre da livre convicção e prudente arbítrio do Juiz. Negada a liminar, esta só pode ser revista pela instância recursora, se houve ilegalidade manifesta ou abuso de poder*". (*Diário Judiciário da União* de 23.03.92, p. 3.429, 1ª coluna; em. THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 28ª ed., p. 1.127.)

Admite-se, pois, o recurso de agravo, quando demonstrada manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

No caso, isso não foi feito. Embora com fundamento diverso, chego à mesma conclusão do em. Relator.

Esclareço que, com tal fundamentação, estou a rever a minha posição anterior, que era mais radical.

Esse é o meu voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - FORO COMPETENTE - FAZENDA PÚBLICA - FACULDADE DE OPTAR PELO LOCAL DO FATO QUE ORIGINOU A DÍVIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 578, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - FATO GERADOR DO IMPOSTO - OCORRÊNCIA NO LUGAR DA NOVA SEDE DA EMPRESA - JUÍZO COMPETENTE

- Embora o executivo fiscal possa ser promovido no foro do domicílio do executado, faculta-se à Fazenda Pública ajuizá-lo no lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato gerador do débito, a teor do art. 578, parágrafo único, do CPC. Reconhecida a possibilidade de a Fazenda Pública optar pelo foro do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, prevalece a competência do Juízo do local em que ocorreu o fato gerador do imposto, objeto da cobrança, máxime se este local coincide com o da nova sede da empresa excipiente.

AGRAVO Nº 279.248-9/00 - Comarca de Passa-Quatro - Relatora: Desª. JUREMA BRASIL MARINS MIRANDA

Ementa oficial: Execução fiscal - Competência - Faculdade da fazenda pública de propor a ação no local em que ocorreu o fato que originou a dívida - Permissão do art. 578 do CPC - Fato gerador do imposto ocorrido na nova sede. - Embora o executivo fiscal possa ser promovido no foro do domicílio do executado, faculta-se à Fazenda Pública ajuizá-lo no lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato gerador do débito, a teor do art. 578 do Código de Processo Civil. Reconhecida a possibilidade de a Fazenda Pública optar pelo foro do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, prevalece a competência do Juízo do local em que ocorreu o fato gerador do imposto, objeto da cobrança, que, *in casu*, coincide com o da nova sede da empresa excipiente.

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, 27 de junho de 2002. - *Jurema Brasil Marins Miranda* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - Conhece-se do recurso, visto que reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra decisão do MM. Juiz monocrático que, julgando a "exceção de incompetência" argüida por Laticínios Bela Nata Ltda. nos autos da execução fiscal que lhe moveu a ora agravante, acolheu o incidente processual e condenou o excepto ao pagamento das custas, determinando a intimação das partes e a remessa do processo à Comarca de Itamonte, na forma do art. 311 do CPC (fl. 18).

Indeferiu-se o pedido de efeito suspensivo ao recurso "*por entender que a fundamentação deduzida na exordial não apresenta a relevância jurídica exposta no artigo 558 do CPC*" (fl. 58), determinando-se, ainda, a intimação da agravada para oferecer resposta (fl. 58).

Contraminuta, às fl. 64/76, pugnando a agravada pela mantença da decisão proferida em primeiro grau.

Revelam os autos que a ora agravante, Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, ajuizou, na Comarca de Passa-Quatro, "execução fiscal" em face da agravada, Laticínios Bela Nata Ltda., embasada nas certidões de dívida ativa de fl. 15/16, com o objetivo de haver o crédito da importância de R$3.800,86, relativa à falta de recolhimento de ICMS nos meses de novembro/98, janeiro, fevereiro e março/99, tendo a executada suscitado incidente de "exceção de incompetência", em que pretende a remessa do feito para Itamonte, afirmando que transferira sua sede para essa comarca.

A Lei nº 6.830/80 mostra-se silente sobre a competência territorial, mas o artigo 578 da Lei Instrumentária Civil, aplicável subsidiariamente à espécie, prevê opções de foro à Fazenda Pública para propor a execução fiscal, podendo, assim, ser "*proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado*"; sendo que a competência para discussão da dívida ainda se condiciona aos pressupostos do parágrafo único do artigo 578 do CPC, que disciplina:

"*Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar*".

Indiscutível é que, a teor do art. 578 da Lei Adjetiva Civil, a opção pelo foro do lugar em que se praticou a infração ou o ato gerador da dívida é faculdade do órgão fazendário, buscando-se, com isso, facilitar a cobrança do débito.

Elucida JOSÉ DA SILVA PACHECO (*Comentários à Lei de Execução Fiscal*, 3ª ed., p. 93) que é "*razoável que a ação seja proposta no foro do domicílio, da residência ou do lugar em que seja encontrado o réu, desde que dentro do âmbito administrativo da Fazenda Pública autora*".

Outorgando, destarte, o ordenamento jurídico a faculdade de a Fazenda Pública escolher o foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, sendo essencial, para a escolha do foro, que naquele lugar tenha ocorrido o fato do qual decorreu a dívida exeqüenda, irrelevante se torna questionar se naquele local reside ou residiu o réu.

In casu, confrontando-se as datas constantes das certidões de dívida ativa (fls. 15/16), relativas à falta de recolhimento de ICMS nos meses de novembro/98, janeiro, fevereiro e março/99, com as datas da "3ª alteração contratual" da agravada (fls. 13/14) e do seu registro na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, fatos ocorridos, respectivamente, em 31.08.98 e 24.03.99, verifica-se que, efetivamente, os fatos geradores aconteceram quando a empresa já se encontrava na nova sede, o que, à obviedade, torna competente para o ajuizamento da demanda executiva o foro da Comarca de Itamonte, afigurando-se, portanto, acertada a decisão que acolheu o incidente e determinou a remessa dos autos para essa jurisdição.

Com efeito, reconhecida a possibilidade de a Fazenda Pública optar pelo foro do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, deve prevalecer, no presente caso, a decisão monocrática que estabeleceu a competência do Juízo de Itamonte para dirimir a lide, uma vez que nessa Comarca é que ocorreram os fatos geradores do imposto cobrado, tendo-se em vista que a transferência da sede da empresa aconteceu em agosto de 1998.

Nesse sentido tem-se posicionado este Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"*Execução fiscal - Foro competente. - A execução fiscal deve, em princípio, ser proposta no foro do domicílio do réu. Todavia, nos termos do parágrafo único do artigo 578 do Código de Processo Civil, dispõe a Fazenda Pública da faculdade de ajuizá-la no foro do lugar em que se praticou o ato ou decorreu o fato que deu origem à dívida*" (AI nº 154.863-5, Rel. Desembargador Hugo Bengtsson, j. em 11.11.99).

"*Execução fiscal - Foro competente - Empresa comercial situada em outro estado. - O foro competente para a execução fiscal é aquele em que se praticou o ato ou ocorreu o fato gerador da dívida ativa inscrita e executada. Inteligência do parágrafo único do artigo 578 do CPC*" (AI 102.399/3, Rel. Desembargador Abreu Leite, j. em 17.03.98).

"*Execução fiscal - Competência de foro - Prerrogativa da Fazenda Pública. - A execução fiscal deve, em princípio, ser proposta no foro do domicílio do réu. Todavia, nos termos do parágrafo único do artigo 578 do CPC, dispõe a Fazenda Pública da faculdade de ajuizá-la no foro do lugar onde se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida. Em se tratando, ademais, de competência territorial, não cabe ao juiz declará-la de ofício. Somente o próprio executado, mediante oposição de exceção na forma do artigo 112 do CPC, poderá se insurgir contra o foro escolhido pelo exeqüente*" (Agravo de Instrumento nº 000.191.832-5.00, Rel. Des. Orlando Carvalho).

"*Agravo de instrumento. Execução fiscal. Empresa sediada em Estado da Federação distinto. Faculdade do órgão exeqüente de optar pelo foro do lugar onde ocorrida a infração ou ato propulsor do débito*" (Agravo de Instrumento nº 135.651/8.00, Rel. Des. Isalino Lisbôa).

Mediante essas considerações, nega-se provimento ao agravo, mantendo-se a r. decisão singular, que determinou a remessa dos autos para a Comarca de Itamonte.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO - SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS - CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - PAGAMENTO - ÔNUS DA PROVA - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - ENCARGOS LEGAIS E CONVENCIONAIS - DESCONTOS - SENTENÇA PROFERIDA CONTRA A UNIÃO, ESTADO, MUNICÍPIO E RESPECTIVAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO - CONDENAÇÃO DE VALOR CERTO NÃO EXCEDENTE A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 10.352/2001

- Conforme disposição expressa contida no § 2º do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em vigor desde 27 de março de 2002, não está mais sujeita ao duplo grau de

urisdição a sentença que, embora proferida contra a União, o Estado, o Mu-ıicípio e as respectivas autarquias e fundações de direito público, contenha :ondenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos.

Demonstrado o vínculo, tem-se por incontestável o direito do servidor de ·eaver a contraprestação pecuniária pelos serviços efetivamente prestados, levidamente corrigidos monetariamente desde a retenção indevida e acres-:idos dos juros de mora, contados da citação, descontados os encargos legais : os convencionais, não havendo que se falar que a prova do crédito referido ; do servidor, uma vez que esta cabe à Administração, já que a prova do pa-ıamento é ônus de quem o tenha efetuado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº :82.168-4/00 - Comarca de Três Pon-as - Relator: Des. GERALDO \UGUSTO

Ementa oficial: Servidor públi-:o municipal - Salários reclamados -)brigação de pagamento - Ônus da)rova. - Demonstrado o vínculo, tem-;e por incontestável o direito do servi-lor em reaver a contraprestação pecu-ıiária pelos serviços efetivamente)restados, devidamente corrigidos mo-ıetariamente e acrescidos dos juros de ıora, já que a prova do pagamento é ônus de quem o tenha efetuado.

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de agosto de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Não se conhece do recurso *ex officio*, pela não-sujeição da espécie, por seu valor (R$1.511,28), ao reexame necessário.

Conforme disposição expressa contida no § 2º do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em vigor desde 27 de março de 2002, não está mais sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que, embora proferida contra a União, o Estado, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, contenha condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos.

Conhece-se do recurso voluntário ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos da ação ordinária de cobrança formulada por Hélvia Aparecida Geremias, contra o Município de Três Pontas, com pretensão de recebimento de salários retidos dos

meses de setembro, outubro e novembro/1996.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação, determinando que o Município de Três Pontas pague à autora os salários retidos, atualizados monetariamente desde o dia em que deveriam ter sido pagos e acrescidos de juros de 0,5% ao mês, contados da citação, mais 80% das custas processuais e 15% de honorários advocatícios sobre o valor da causa, ressalvados os descontos legais e os convencionais.

Em apelação, aduz o Município de Três Pontas não haver sido feita a prova do crédito pretendido e, no mais, que, se devidas fossem as importâncias, deveriam ter sido decotados os descontos legais. No mais, acrescentou o apelante que correção monetária só é devida a partir da propositura da ação e os juros a partir da citação.

Reiteradamente este Tribunal vem proclamando que "*a Administração Pública não pode deixar de pagar remuneração do servidor que comprovadamente lhe prestou serviços, tido em conta que a ordem jurídico-constitucional rechaça o enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular*" (Apel. 212.037-4, Rel. Des. Hyparco Immesi, acórdão de 29.11.2001, publicado em 06.02.2002), ainda que decorrente de contratação nula, feita sem concurso público.

Assim, não há dúvida de que assiste à autora-apelada a tutela ao direito pretendido, especificamente quanto aos salários reclamados, descontados, evidentemente, os encargos sociais e legais, já ressalvados, expressamente, na douta sentença de primeiro grau.

Nem se diga que deveria ter a autora-apelada comprovado o seu direito ao crédito referido, posto que este decorre da relação jurídica devidamente comprovada nos autos e que também não foi negada pela ré.

Ademais, trata-se de prova desconstitutiva de direito, cujo ônus era, portanto, do réu, que deveria tê-la efetivado com os recibos dos respectivos pagamentos.

É que a prova do pagamento é ônus de quem o tenha efetuado. É a lição que se extrai do Mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, 8ª ed., 1986, Forense, Rio de Janeiro, vol. II, p. 128):

"*Enquanto não paga, o devedor está sujeito às conseqüências da obrigação, e, vencida a dívida sem solução, às do inadimplemento, sejam estas limitadas aos juros moratórios, sejam estendidas às perdas e danos mais completas, sejam geradoras da resolução do contrato. Daí a necessidade de provar o cumprimento da obrigação, evidenciando a* solutio. *Daí, também, o direito de receber do credor quitação regular, podendo mesmo reter o pagamento até que esta lhe seja dada (Código Civil, art. 939; Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 209). Daí, finalmente, assentar-se que, em princípio, o* onus probandi *do*

gamento compete ao devedor solnte, ou seu representante, vale dizer, uele que alega a solução".

É a jurisprudência:

"*Um dos princípios em matéria prova é o de que o ônus da prova inmbe a quem alega o fato. Alegando igamento e não exibindo documentos mprobatórios da quitação, não se ime da responsabilidade pelo pagaento total da dívida*" (Ac. na Ap. 25/84, 1ª Câmara, Rel. Juiz José Mer, j. em 24.04.84, *in RT*, 600/210).

Assim, concluindo, desde que a lunicipalidade não fez prova concreta haver efetivado os pagamentos relares dos direitos aqui reclamados, ius que lhe incumbia, procedente o edido.

No mais, de ser anotado que os icargos legais e convencionais foram xpressamente ressalvados da condeação, tanto que a ação foi julgada apeas parcialmente procedente.

Quanto aos juros de mora, tamém ficou expresso na sentença que ão eles devidos, à taxa legal de 0,5% o mês, contados da citação, e, porinto, não há o que ser modificado na entença.

Por fim, quanto à incidência de orreção monetária, consoante reiteralamente decidido, no sistema inflacioário, não se constitui ela como um *plus*, que se acresce, mas um *minus*, que se evita, desde que se constitui em mera atualização da moeda aviltada pela inflação.

O único objetivo na aplicação da correção monetária, na realidade econômica do País e enquanto subsistir a corrosão inflacionária, ainda que mínima, é pretender colocar os valores no mesmo patamar da inflação, evitando a perda do valor monetário que leva o enriquecimento sem causa a uma das partes.

Ademais, consoante a Lei nº 6.899, de 08.04.1981:

"*Art. 1º. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.*

§ 1º. Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento".

Neste sentido, é a jurisprudência:

"*A correção monetária não pode ser considerada acréscimo, por representar apenas simples atualização do valor da dívida, em decorrência da desvalorização da moeda. Possível, portanto, a sua inclusão de ofício na liquidação*" (STJ-1ª Turma, REsp 9.359-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 8.5.91, negaram provimento, v.u., *DJU* de 10.06.91, p. 7.837, 2ª col., em.).

E ainda:

"*Cabimento da ação de cobrança para se exigir dívida de valor, líquida e certa, inclusive, confessada pelo devedor, razão suficiente para que a correção monetária incida a partir do vencimento do título*" (STJ-3ª Turma, REsp 20.188/7-RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 9.6.92, deram provimento, v.u., *DJU* de 3.8.92, p. 11.312, 1ª col., em.).

"*A jurisprudência do STJ está orientada no sentido de estender a correção monetária a todos os débitos, seja de que natureza forem, tocante àqueles resultantes de decisão judicial, com a edição da Lei 6.899/81. Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação a que fazem jus os jurisdicionados*" (STJ-3ª Turma, REsp 2.755-SE, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 4.4.90. Deram provimento, maioria, *DJU* de 9.10.90, p. 10.893, 1ª col., em.).

Assim, correta a sentença que determinou que o Município de Três Pontas efetuasse os pagamentos dos direitos da autora em relação aos salários devidos pelo período trabalhado, apurados e corrigidos monetariamente desde a retenção indevida e acrescidos de juros de mora simples, de 0,5% ao mês, contados da citação, excluídos os descontos legais e os convencionais.

Com tais razões, nega-se provimento à apelação, mantendo-se a douta sentença hostilizada por seus e por estes fundamentos.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA OFICIAL E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

PREFEITO - DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL - ART. 1º, INC. XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 - CARACTERIZAÇÃO DO DELITO - ORDEM JUDICIAL DETERMINANDO REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORES DEMITIDOS - DESCUMPRIMENTO - JUSTIFICATIVA MERAMENTE PROTELATÓRIA - MOTIVAÇÃO DA RECUSA OU DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR A ORDEM - NÃO-ACEITAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS - CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP FAVORÁVEIS AO ACUSADO - PERDA DO CARGO E INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA - INOCORRÊNCIA - DECRETO-LEI Nº 201/67 - CONSTITUCIONALIDADE

- O Decreto-lei nº 201/67 sempre foi considerado válido e constitucional, resguardado que se encontrava pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1967 (art. 173, III), não se mostrando incompatível com a Constituição vigente, que apenas impossibilitou, após a sua promulgação, o uso de decreto-lei, mas não revogou aqueles já existentes.

- O não-cumprimento imediato de ordem judicial, da qual conste expressamente que a providência deve ser realizada incontinenti, configura o crime previsto no inc. XIV do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67. Assim, o prefeito municipal que não atende à segurança deferida, deixando de cumprir determinação judicial, ao não reintegrar os servidores que havia demitido, comete o referido crime, sendo irrelevante o fato de a desobediência ter-se dado no seu mandato anterior, uma vez que o fim do mandato não constitui causa de extinção da punibilidade.

- A justificativa apresentada para o descumprimento da ordem judicial somente impede a configuração do delito previsto no inc. XIV do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, quando a mesma se mostra satisfatória. Mostrando-se ela meramente protelatória, fica caracterizado o delito.

- A motivação da recusa do prefeito ou da impossibilidade de cumprir a ordem judicial deve ser aceita pela autoridade competente. A aceitação é condição indispensável para que não se tenha por tipificada a infração penal, pois as alegações do prefeito, por si sós, não afastam a sua responsabilidade.

- Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária.

- Sendo favoráveis ao acusado as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, não se revestindo a infração de maior gravidade, e considerando, ainda, o fato de sua conduta não ter resultado em prejuízo para o erário, pode o Tribunal deixar de decretar em desfavor do prefeito a perda do cargo e a inabilitação temporária para o exercício de função pública previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 188.004-6/00 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Prefeito municipal - Desobediência a ordem legal - Crime caracterizado - Acusado que deixou de cumprir ordem judicial que determinava a reintegração de servidores

demitidos - Justificativa apresentada com objetivo meramente protelatório. - O não-cumprimento imediato de ordem judicial, da qual conste expressamente que a providência deve ser realizada incontinenti, configura o crime previsto no inc. XIV do art. 1º do Dec.-lei 201/67.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda 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 JULGAR PROCEDENTE A DENÚNCIA PARA CONDENAR O RÉU.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, absteve-se de falar, pelo Ministério Público, o Sr. Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Parreiras Abritta.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente. Há necessidade da presença das partes, porque se trata de julgamento final.

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - Estando presentes o Procurador, o advogado de defesa e o Sr. Prefeito Municipal, Dr. Vicente de Faria Paiva, passo a palavra aos Drs. César Antônio Cassi e José Antônio dos Reis Chagas, os quais estão inscritos para sustentação oral.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu denúncia contra Vicente de Faria Paiva, Prefeito Municipal de Conselheiro Lafaiete, dando-o como incurso no art. 1º, inc. XIV, do Dec.-lei 201/67, e com a acusação de haver o mesmo se recusado a cumprir decisão judicial proferida no dia 12.05.98, em mandado de segurança pertinente à reintegração de dois servidores (Helbert Alessandro Peixoto e Marco Aurélio Simas), exonerados no curso do estágio probatório, sob a alegação de insuficiência de desempenho.

Devidamente notificado, apresentou o denunciado resposta escrita.

Recebida a denúncia, via carta de ordem, expedida para a Comarca de Conselheiro Lafaiete, foi interrogado o réu (fl. 126-TJ), que apresentou defesa prévia (fl. 126-v.-TJ), seguindo-se a oitiva das testemunhas da acusação (fls. 140, 141 e 148-TJ), arroladas em número de três.

Transposta a fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, sem o requerimento de diligências, apresentaram a acusação e a defesa, pela ordem, as alegações finais, com a primeira propugnando pela condenação do réu, nos termos propostos na inicial, e a segunda buscando a absolvição, dizendo ser inconstitucional o Dec.-lei 201/67, por não haver sido recepcionado pela Constituição Federal vigente; que a demissão dos servidores ocorreu em termos formais; que não houve mandado determinando a reintegração dos referidos servidores; que a sentença que concedeu a

segurança teve a sua execução suspensa por este Tribunal, até julgamento da apelação contra a mesma apresentada; que o Decreto-lei 201/67 é inaplicável, em razão de os fatos terem ocorrido no mandato anterior; e, finalmente, que justificou por escrito, através de pedido de reconsideração da decisão, o não-cumprimento da determinação contida na segurança concedida.

É o relatório resumido.

Preliminarmente, cumpre afastar a alegação de inconstitucionalidade do Dec.-lei 201/67. O referido decreto, que sempre foi considerado válido e constitucional, resguardado que se encontrava pelas "Disposições Constitucionais Transitórias" da Constituição de 1967 (art. 173, III), não se mostra incompatível com a Constituição vigente, que apenas impossibilitou, após a sua promulgação, o uso de decreto-lei, mas não revogou aqueles existentes, como é o caso do Dec.-lei 201/67.

A questão, inclusive, é pacífica no Supremo Tribunal Federal, que já decidiu:

"*I - O Decreto-lei nº 201 teve sua subsistência garantida pela Carta de 1967/69, e não é incompatível com a Constituição de 1988. É válido o processo que, nos seus termos, prossegue contra ex-Prefeito, se domínio versado não é o de verdadeiros delitos de responsabilidade (arts. 4º e seguintes), mas o de crimes ordinários, processados pela Justiça e sujeitos a penas de direito comum (arts. 1º a 3º)*" (*HC* nº 69.850/6-RS, Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* de 27.05.94).

O Sr. Des. Roney Oliveira - Também rejeito.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Estou de acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - No mérito, não resta dúvida de que o denunciado, na qualidade de Prefeito Municipal, não atendeu à segurança deferida, deixando de cumprir determinação judicial, ao não reintegrar os servidores que havia demitido.

Ora, o não-cumprimento imediato de ordem judicial, da qual conste expressamente que a providência deve ser realizada incontinenti, como ocorreu na espécie, sem dúvida alguma configura o crime previsto no inc. XIV do art. 1º do Dec.-lei 201/67.

O fato de a desobediência ter-se dado no mandato anterior do acusado é irrelevante, vez que o fim do mandato não constitui causa de extinção da punibilidade.

Quanto à discussão sobre a legalidade da demissão dos funcionários públicos, cuja reintegração foi determinada pela decisão judicial não cumprida pelo acusado, não tem cabimento

neste procedimento, pois importaria em adentrar o mérito da sentença concessiva da segurança, o que é inviável.

Já a alegação de que a referida sentença teve a sua execução suspensa por este Tribunal, até julgamento final do recurso contra a mesma interposto (fl. 82-TJ), não ficou provada. O despacho que o acusado interpretou como sendo o que conferiu efeito suspensivo ao recurso e que está redigido nos seguintes termos: "aguarde-se o julgamento" é lacônico e pouco esclarecedor, não se sabendo, ademais, o contexto em que foi proferido.

E tem mais. Fácil seria, para o acusado, comprovar que a segurança concedida na decisão desobedecida fora suspensa por aquele despacho, bastando, para tanto, que juntasse aos autos a correspondente certidão, que poderia obter sem dificuldades junto à Secretaria da Câmara em que tramita o feito.

Quanto à justificativa apresentada para o descumprimento da ordem, tenho que somente impede a configuração do delito, quando se mostra satisfatória, e não meramente protelatória, como ocorre, na espécie, em que o acusado invocou, para tentar motivar a desobediência, dispositivo legal claramente inaplicável ao caso concreto.

Com efeito, a justificativa, realizada através do pedido de reconsideração visto em cópia às fls. 22/24-TJ, se fez com base no art. 7º da Lei 4.348/64, que dispõe, *in verbis*:

"*O recurso voluntário ou* ex officio, *interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo*".

Ora, o presente caso versa sobre reintegração de funcionário público, e não sobre reclassificação funcional, ou outorga, ou adição de vencimento.

Além do mais, os motivos da recusa não foram aceitos pela MMª. Juíza, que, através do despacho visto em cópia à fl. 49-TJ, manteve a decisão.

Conforme assinala RUY STOCO, na excelente obra *Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial*, "*a motivação da recusa do prefeito, ou da impossibilidade de cumprir ordem judicial, deve ser aceita pela autoridade competente. Embora não esteja explícito na lei, parece-nos óbvio que a aceitação é condição indispensável para que não se tenha por tipificada a infração penal. Pois as alegações do prefeito, por si sós, não terão de afastar a sua responsabilidade...*" (ob. cit., Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 1.402).

Na realidade, o réu, mesmo sabendo da necessidade de cumprir imediatamente a determinação judicial, da qual tinha pleno conhecimento, consciente e voluntariamente, preferiu desobedecer a ela, não apresentando nenhuma razão plausível para a recusa.

Pelo exposto, julgo procedente a denúncia para condenar o réu Vicente de Faria Paiva como incurso no art. 1º, inc. XIV, do Dec.-lei 201/67.

Primário e de bons antecedentes e tendo em seu favor as demais

circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena-base em 03 meses de detenção, concretizando-a neste patamar, diante da inexistência de causas capazes de modificá-la, estabelecendo o regime aberto para o cumprimento.

Fica o réu também condenado nas custas do processo.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de 10 salários mínimos, quantia esta que deverá ser paga a entidade a ser determinada, oportunamente, por delegação de poderes, pelo MM. Juiz da Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete.

Deixo de decretar em desfavor do réu a perda do cargo que atualmente ocupa, bem como a inabilitação temporária para o exercício de função pública, nos termos do § 2° do art. 1° do Dec.-lei 201/67, considerando lhe serem amplamente favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal; não se revestir a infração de maior gravidade; e, finalmente, o fato de sua conduta não ter resultado em prejuízo para o erário.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Os documentos que me foram enviados não me permitem responder às alegações da tribuna. Por esse motivo, peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR E O REVISOR JULGARAM PROCEDENTE A DENÚNCIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. PEDIU VISTA O DES. 1° VOGAL. INTIMADAS AS PARTES PARA A PRÓXIMA SESSÃO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo Ministério Público, o Dr. Cristovam Joaquim F. Ramos Filho e, pelo denunciado, o Dr. José Antônio dos Reis Chagas.

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 05.03.2002, a pedido do Des. 1° Vogal, após o Relator e o Revisor julgarem procedente a denúncia, nos termos do voto do Relator. Intimadas as partes para a próxima sessão.

Com a palavra o Des. Mercêdo Moreira.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Pedi vista dos autos para melhor analisar a alegação feita da tribuna, no sentido de que a ordem tida pela acusação como desobedecida havia sido suspensa pelo Desembargador Presidente deste Tribunal, através do seguinte despacho: "aguarde-se o julgamento".

Todavia, não cuidou o denunciado de provar que esse lacônico despacho se referia ao pedido de suspensão do referido ato judicial nem que o seu alcance tivesse sido o de suspender a referida ordem.

Nessas condições, estou a subscrever o voto do douto Relator, julgando procedente a denúncia.

O Sr. Gomes Lima - Peço vista.

Súmula - O RELATOR, O REVISOR E O 1° VOGAL JULGARAM PROCEDENTE A DENÚNCIA. PEDIU VISTA O DES. 2° VOGAL, FICANDO, DESDE JÁ, INTIMADAS AS PARTES PARA A PRÓXIMA SESSÃO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, assistiram ao julgamento, pelo Ministério Público, o Procurador de Justiça, Dr. Gilvan Alves Franco, e, pelo denunciado, a Drª. Gisela Silveira Alves de Miranda.

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 05.03.2002, a pedido do Desembargador Primeiro Vogal, após o Relator e o Revisor julgarem procedente a denúncia, nos termos do voto do Relator, intimadas as partes para a próxima sessão.

Novamente adiado na sessão do dia 12.03.2002, a pedido do Desembargador Segundo Vogal, após votarem Relator, Revisor e Primeiro Vogal julgando procedente a denúncia, ficando, desde já, intimadas as partes para a próxima sessão.

Com a palavra, o Des. Gomes Lima:

O Sr. Des. Gomes Lima - Senhor Presidente, ouvi atentamente os votos já proferidos e, a despeito de uníssonos, à vista das peças que me foram enviadas, assaltou-me séria dúvida quanto ao fato determinante do processo. Confesso que tive dúvida e me senti inseguro para me posicionar quando busquei um dado que, pelo menos, à primeira vista, não se apresentou claro.

A desobediência à ordem judicial, o não-cumprimento da ordem judicial referidos na denúncia diziam respeito à concessão de liminar no mandado de segurança ou havia mandado de intimação devidamente cumprido e não atendido?

Examinando os autos, com a atenção chamada pela bem-feita sustentação oral, atento ao fato de o acusado se encontrar em seu 3° mandato de Prefeito Municipal de Conselheiro Lafaiete e ao detalhe de a referida desobediência ter ocorrido em seu 1° mandato, acabei por encontrar a resposta à fl. 20 e v.-TJ, ou seja, no mandado de intimação, onde restou certificado que o acusado foi intimado, aceitou contrafé e se recusou a apor seu ciente. Além disso, certificada restou também a intimação do Procurador do Município, Dr. José Antônio dos Reis Chagas. Essa intimação é que me leva à não-aceitação da tese de inexistência do dolo.

Com estas considerações, acompanho o eminente Relator em seu bem-lançado voto.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo com o Relator.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A DENÚNCIA PARA CONDENAR O RÉU.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - DOLO ESPECÍFICO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - CONTADOR QUE SE APROPRIA DE QUANTIA DE PARTICULAR, DESTINADA A PAGAMENTO DE TRIBUTO - CRIME PATRIMONIAL - TIPICIDADE - ESTELIONATO - PRESCRIÇÃO

- Deixando a defesa de oferecer provas que demonstrem a veracidade de suas alegações, a preliminar suscitada, por ela, de inviabilidade do processo, não procede, vez que lançada no vazio.

- O elemento subjetivo nos crimes contra a ordem tributária é o dolo específico, consubstanciado na intenção de suprimir ou reduzir tributos, de modo que, havendo dano patrimonial contra o Fisco, com o propósito de fraudar a Fazenda Pública, o crime será de sonegação; mas, se o dano patrimonial for de direito privado, com intenção de apenas apropriação de determinada quantia de particular, o delito será outro, que não o da lei específica.

- Tendo os agentes, com a apropriação sem o consentimento dos particulares dos valores recebidos, obtido vantagem ilícita, em prejuízo destes, mantendo-os em erro, mediante meio fraudulento, consistente na falsificação das guias do DARF, com o objetivo de fazê-los acreditar que o dinheiro foi empregado corretamente no recolhimento dos impostos, não há que se falar em crime contra a ordem tributária, e sim em crime contra o patrimônio. O crime praticado é de estelionato, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal.

- Embora se admita que os acusados, na qualidade de despachantes, estavam obrigados a realizar o pagamento do tributo devido, essa obrigação, por não ser decorrente de lei, e sim de contrato (contrato de prestação de serviços), não se enquadra no dispositivo legal previsto na Lei nº 8.137/90, art. 2º, inciso II.

- O crime de estelionato não depende de representação do ofendido, já que se trata de crime de ação penal pública plena.

- Não se tratando de crime contra a ordem tributária, resta irrelevante a alegação da defesa do co-réu, no sentido de se tratar de delito cometido na forma tentada, bem como de terem sido pagos os tributos.

- Em se tratando de crime continuado, a prescrição, nos termos do que dispõe o art. 119 do Código Penal, deve observar a pena isoladamente aplicada, sem o respectivo aumento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 199.855-8/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Crime contra a ordem tributária - Dolo específico - Não-configuração - Contador que se apropria de quantia de particular, destinada a pagamento de tributo - Crime patrimonial - Tipicidade - Estelionato - Prescrição.

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, DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS RÉUS IRAN ARAUJO E MÁRCIO DELLARETTI LEONARDO, E DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE LUIZ CLÁUDIO BLAU.

Belo Horizonte, 22 de março de 2002. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Iran Araújo, Márcio Dellaretti Leonardo e Luiz Cláudio Blau foram denunciados pela Justiça Pública da Comarca de Divinópolis como incursos nas disposições dos artigos 1º, incs. III e IV, por três vezes o primeiro, duas vezes o segundo e quatro vezes o terceiro, c/c 12, inc. I, ambos da Lei nº 8.137/90, e art. 69 do Código Penal.

O MM. Juiz julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando os acusados nas disposições do art. 1º, incs. III e IV, c/c art. 12, inc. I, da Lei nº 8.137/90, por cinco vezes, c/c o art. 71 do Código Penal, fixando-lhes pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa, à base de 1/10 do salário mínimo o valor do dia-multa para os dois primeiros e 1/30 do salário mínimo para o último.

Inconformados, todos os acusados ofereceram recurso de apelação.

Sustenta Iran Araújo, em síntese, que:

- o crime é impossível, pois não há como quitar tributos com guias autenticadas em máquinas autenticadoras falsas, vez que a Receita Estadual somente procede à baixa dos impostos devidos após o envio, pela agência bancária arrecadadora, das guias de recolhimento dos tributos devidamente quitados, sendo certo que os débitos dos contribuintes lesados continuam em aberto, em face do "falso pagamento";

- a conduta do apelante não encontra tipicidade na Lei nº 8.137/90, vez que não houve redução ou supressão de tributo, não tendo havido, pois, prejuízo para o Fisco;

- alega que a punibilidade se extingue quando o agente promove o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia (Lei nº 9.249/95);

- alega que o fato descrito tipifica os delitos de estelionato e apropriação indébita, ambos condicionados à representação do ofendido;

- sustenta que está respondendo a outros processos, pelo crime de apropriação indébita, levados a efeito por contribuintes que com ele não se compuseram, não sendo correto que do mesmo fato resultem vários processos;

- pede a nulidade do processo ou a sua absolvição.

Márcio Dellaretti Leonardo também recorre, alegando:

- que o crime é impossível, trazendo as mesmas argumentações discorridas no recurso do co-réu Iran;

- que não houve grande prejuízo para o Fisco e que não houve coligação para a fraude, vez que cada denunciado tem seu próprio escritório e seus clientes independentes;

- que o crime seria continuado, e não concurso material;

- que o delito tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente pode ser praticado pelo contribuinte e que o fato descrito está tipificado no art. 2º da referida lei, já que o levantamento do tributo foi calculado corretamente, apenas o seu recolhimento foi feito irregularmente;

- que não houve crime consumado, apenas tentado, vez que os crimes contra a ordem tributária são materiais, dependendo de resultado, e não apenas formais, e, na ausência de prejuízo, não há que se falar em crime consumado;

- pede a absolvição ou a desclassificação para o art. 2º da Lei nº 8.137/90.

Luiz Cláudio Blau, por seu turno, também sustenta:

- que não há prova de sua participação nos fatos;

- que não houve qualquer prejuízo para o Estado, visto que os contribuintes, notificados, efetuaram o pagamento dos tributos;

- que as guias falsas acarretaram prejuízo apenas ao contribuinte, visto que o Estado somente daria quitação para os impostos pagos corretamente através da respectiva instituição bancária e que a forma pela qual foi feita jamais causaria prejuízo ao Fisco. Daí ser impossível o crime, não havendo também que se falar na agravante do art. 12;

- que Iran foi quem obteve vantagem indevida e, para se safar, imputou a responsabilidade dos fatos ao recorrente;

- que, quanto aos demais réus, o fato descrito configura o delito de estelionato, tendo como vítimas os contribuintes;

- que a Lei Estadual nº 11.552, de 3.8.94, em seu art. 38, permite o pagamento de dívidas públicas através de TDAs;

- que os tributos foram pagos, tornando extinta a punibilidade do fato;

- que, mesmo que houvesse prova de sua participação nos fatos, o crime seria o previsto no art. 2º da Lei 8.137/90, sendo inconcebível a incidência do concurso material, tendo havido, quando muito, crime continuado;

- pede a absolvição.

Há contra-razões a todos os recursos (fls. 784/798 e 889/895).

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 897/904, opina pelo desprovimento de todas as apelações.

É o sucinto relatório.

Conheço de todos os recursos oferecidos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade dos mesmos.

Passo a analisá-los conjuntamente, em razão da identidade de matéria.

A preliminar de extinção da punibilidade do fato, em razão do pagamento do tributo, será analisada no mérito, porque com este se confunde.

A preliminar suscitada pela defesa de Iran Araújo, no sentido de não ser viável o presente processo, vez que o réu responde a outros processos pelo crime de apropriação indébita, levados a efeito por contribuintes que com ele não se compuseram, não procede, vez que lançada no vazio, já que a defesa não trouxe qualquer prova que demonstre a veracidade de suas alegações.

Rejeito, pois, esta preliminar.

Passo ao exame do mérito.

Relata a peça inicial que os acusados Iran e Márcio, na qualidade de contadores, recebiam dinheiro de empresas, para as quais prestavam serviços, com o objetivo de efetuarem o pagamento de tributos, especialmente ICMS, mas, ardilosamente, deixavam de efetuar o respectivo pagamento, apropriando-se das quantias recebidas, e, para ludibriar seus clientes, na tentativa de comprovar o pagamento do tributo, apresentavam os DARFs com autenticações mecânicas falsas, feitas em máquina registradora clandestina.

Relata, ainda, que a contribuição do terceiro denunciado, Luiz Cláudio Blau, se fez presente na falsificação dos documentos.

Afirma que Iran procedeu da maneira acima descrita com as seguintes empresas: (1) Giselle e Kristiani Confecções Ltda. (por uma vez), (2)

Ibiu's e Moda Ltda. (por duas vezes), (3) Ki Jóia Ltda. (por três vezes) e (4) Textil Goltex S.A. (por uma vez). Já Márcio Dellaretti, por seu turno, realizou a conduta delituosa perante a empresa Indústria Química Cabormax Ltda. (por quatro vezes).

Sustenta a acusação que, em razão desses fatos, os denunciados praticaram crime contra a ordem tributária, sob a alegação de terem suprimido tributos, já que o dinheiro por eles apropriado se destinava ao pagamento de ICMS.

Os fatos imputados aos acusados restaram sobejamente comprovados nos autos.

Márcio Dellaretti Leonardo, em seu interrogatório judicial de fl. 277, confessou a prática do ilícito, confirmando ter recebido dinheiro dos clientes para efetuar o pagamento do tributo, deixando de fazê-lo, apropriando-se dos valores e falsificando as guias de recolhimento para induzi-los a erro. Afirma que o elemento conhecido por Antônio Carlos foi quem falsificava as guias e que não há qualquer relacionamento seu com os demais co-réus.

A materialidade da conduta ilícita praticada por Márcio está estampada nos documentos acostados às fls. 62/64, comprovadamente falsos pelo documento de fl. 75, bem como pela declaração acostada à fl. 74.

Incensurável, assim, a condenação lançada ao recorrente Márcio.

No tocante aos fatos imputados a Iran Araújo, embora tenha ele negado a autoria dos mesmos, há prova clara nos autos sobre a procedência das imputações feitas.

A materialidade está demonstrada pelos documentos de fls. 77/113 e fls. 119/121 e 133/134, além do laudo pericial de fls. 693/695, que comprova que as máquinas utilizadas para a autenticação mecânica não são as mesmas da instituição bancária autorizada a recolher o tributo (Bemge).

Há também o depoimento dos representantes das empresas lesadas que confirmam terem passado dinheiro para as mãos do recorrente Iran, que ficou de quitar os débitos dos impostos através de guias de TDAs, tendo, contudo, se apropriado dos valores.

Iran Araújo, em seu interrogatório de fls. 224/225, afirma que, assim como os particulares, foi ludibriado pelo co-réu Luiz Blau. Alega que este, na qualidade de despachante que prestava serviço em seu escritório, disse que procederia ao pagamento dos tributos dos clientes através de TDAs, com 40% de deságio. Assim foi feito. O depoente Iran, recebendo os valores das empresas, repassou-os a Luiz Cláudio, que entregava as guias de DARFs devidamente quitadas, sem, contudo, nada mencionar a respeito do desconto. Alega o depoente ter desconfiado do co-réu, tendo, por esta razão, contra ele representado criminalmente (fls. 122/125 e 148), e que, na verdade, não estava envolvido nas irregularidades noticiadas.

Data venia, a versão apresentada pela defesa do acusado Iran não convence, não se podendo acreditar que esse acusado não tivesse praticado os fatos em co-autoria com o co-réu Luiz Cláudio.

Isto porque, na qualidade de contador, inclusive proprietário do escritório de contabilidade que prestava serviços aos clientes lesados, não me parece crível que não tivesse conhecimento das irregularidades praticadas. *Data venia*, a alegação de inocência é por demais pueril para ser tida como verdadeira.

Há nos autos declaração firmada pelo acusado Iran (fl. 144) no sentido de ter recebido numerário da empresa e procedido ao pagamento do imposto devido, quando, na realidade, ficou comprovado o contrário, ou seja, que o imposto não foi quitado perante a instituição financeira recolhedora (fl. 134).

Confirmando o envolvimento do co-réu Iran nas irregularidades apontadas, há o depoimento da representante da empresa Elétrica Divinópolis, que, embora não esteja relatado o fato que diz respeito a esta empresa na inicial, é prova que demonstra a má-fé do acusado. À fl. 532, relata a testemunha que ficou surpresa ao ser chamada pela Receita Estadual sob a alegação de que devia tributo de ICMS, já que o dinheiro era repassado a Iran e acreditava ela que o imposto estava regularmente quitado. Diante disso, a testemunha questionou Iran do porquê do débito em aberto, tendo ele reconhecido que era um problema que teve com uma funcionária dele, especificamente sua secretária, e que iria pagar o débito. Posteriormente, Iran apresentou as guias do imposto pagas, tendo a testemunha desconfiado e descoberto que eram pagamentos falsos, visto não terem sido feitos frente à instituição financeira competente para o recolhimento do tributo.

Diante desse depoimento, não resta a menor dúvida sobre o dolo na conduta do acusado, não o socorrendo a alegação de desconhecimento da ilicitude dos fatos.

Além disso, há o depoimento de Sebastião Geraldo de Oliveira, dono da empresa Ki Jóia, vítima nos autos, que afirma ter o acusado Iran, após o descobrimento do desfalque, assumido a dívida perante o Fisco estadual, estando quitado o débito, em nome da empresa, parceladamente.

Ora, fosse o recorrente inocente, teria ele assumindo o débito tributário da empresa lesada? Obviamente que não.

Merece, pois, ser condenado esse réu.

Quanto ao recorrente Luiz Cláudio Blau, a prova também não deixa dúvida sobre a co-autoria ao mesmo imputada, embora tenha ele também negado essa imputação.

Vê-se, pelos depoimentos de fls. 145 e 533, que foi esse acusado, na

companhia de Iran, quem ofereceu às vítimas o pagamento de seus impostos com guias de TDA (título da dívida agrária), tendo, em conluio com o co-réu Iran, ludibriado os representantes das empresas, apresentando, posteriormente, DARF's com autenticações falsificadas, para tentar encobrir a apropriação já feita do dinheiro destinado ao pagamento dos tributos.

Ora, a prova contra o recorrente Luiz Cláudio Blau também é cristalina, não havendo qualquer dúvida sobre o seu envolvimento nos fatos relatados, merecendo, assim como os demais réus, a condenação.

Ouso, todavia, discordar da capitulação dada aos fatos tanto pelo Ministério Público quanto pelo MM. Juiz *a quo*.

Isto porque, entendo, *data venia* das opiniões em contrário, que não se trata de delito contra a ordem tributária.

Preceitua o artigo 1°, incisos III e IV, da Lei n° 8.137/90 (delitos pelos quais foram condenados os réus), que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: III) falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo a operação tributável; IV) elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.

Significa, pela descrição contida na lei, que as ações físicas descritas no tipo penal de falsificar ou alterar nota fiscal e outros documentos ou elaborar documento falso constituem condutas ou meios através dos quais se busca suprimir ou reduzir tributos, melhor dizendo, o falso é crime-meio para o cometimento do delito-fim, que é o crime de sonegação fiscal.

No caso, os recorrentes, na qualidade de contadores das empresas vítimas, receberam de seus representantes legais os valores destinados ao pagamento dos tributos respectivos, tendo, contudo, se apropriado desses valores em vez de proceder ao pagamento. Posteriormente, para iludir os clientes, falsificaram as guias de DARFs, com o objetivo de fazer acreditar que o imposto foi devidamente recolhido.

Ora, é nítido que o delito de falso não foi crime-meio para a execução do crime de sonegação fiscal (crime-fim em se tratando de crime contra a ordem tributária).

Primeiramente, os agentes deixaram de cumprir a determinação das empresas vítimas e, em vez de pagar os tributos, desviaram o dinheiro em proveito próprio. Posteriormente, falsificaram as guias de DARF, com os valores reais dos impostos, com o objetivo de enganar os particulares. Nota-se que quando do cometimento do falso a "sonegação" já se havia dado.

A conduta dos agentes não está, portanto, inserida no tipo penal dos crimes contra a ordem tributária, já que, segundo a lei específica, o falso é

cometido para a prática do crime de sonegação fiscal, e, no caso, conforme visto, o falso não foi delito-meio da evasão fiscal.

Nota-se, ainda, que o falso empregado pelos réus jamais levaria o Fisco a erro, já que o imposto, perante a Fazenda estadual, somente seria considerado pago com a remessa do respectivo comprovante pela instituição bancária encarregada do recebimento.

Além disso, o elemento subjetivo nos crimes contra a ordem tributária é o dolo específico, consubstanciado na intenção de *suprimir ou reduzir tributos*, de modo que, havendo dano patrimonial contra o Fisco, com o propósito de fraudar a Fazenda Pública, o crime será de sonegação, mas, se o dano patrimonial for de direito privado, com intenção de apenas apropriação de determinada quantia de particular, o delito será outro, que não o da lei específica.

Com efeito, na hipótese dos autos, a intenção dos agentes era a obtenção de vantagem, com a apropriação do dinheiro do particular, sendo totalmente irrelevante que dessa conduta fosse advir qualquer prejuízo para o Fisco. Não havia qualquer intenção de fraudar a Fazenda Pública, mas sim de apropriar-se do dinheiro particular.

Abro um parêntese aqui para afirmar que não se discute aqui a permissibilidade da autoria do crime de sonegação fiscal ser imputada a qualquer pessoa. Nos termos do art. 11 da Lei 8.137/90, qualquer um pode ser sujeito ativo dos delitos contra a ordem tributária, isto é, não apenas os responsáveis pelas empresas, mas também o particular que frauda documentos. Necessário, contudo, que o agente atue com a intenção de suprimir ou reduzir tributos e que o beneficiário deva ser, em se tratando de pessoa jurídica, como no caso se trata, ela própria (a pessoa jurídica). Do contrário, não haverá o delito em espécie.

É como ensina EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

"*Nesse sentido, a jurisprudência coleciona diversos casos em que a evasão tributária foi configurada, mas a responsabilidade penal dos dirigentes não se inscrevia no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, porquanto o dano era contra o patrimônio da pessoa jurídica*".

Como exemplo, citamos trecho do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Assis Toledo, em julgamento do *HC* n° 1.506, cuja ementa foi publicada no *Diário de Justiça da União* de 30.03.92 (LEX 35):

"*Aliás, em inúmeros processos em que tive oportunidade de atuar, quando ainda no Ministério Público, relativamente à falsificação de guias de IPI, notava-se, em geral, que a falsificação visava, em bom número de casos, justificar ou acobertar a evasão tributária. Ou era o contador que falsificava a guia do IPI, para que os diretores da empresa não tomassem*

conhecimento do desvio, ou, muitas vezes, era um dos diretores que se apropriava desses valores e, depois, forjava quitações para que os demais diretores não dessem conta do fato. Tratava-se de uma fraude interna corporis, *que, muitas vezes, reputava-se sem interesse para a União Federal, e até mesmo de competência de outra Justiça que não a Justiça Federal, já que a quitação falsa não produzia qualquer efeito quanto à União*" (*in Direito Penal Tributário, Crimes contra a Ordem Tributária*, Atlas, São Paulo, 1995, p. 69).

Em casos semelhantes, da mesma forma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Competência. Estelionato. Falso. Taxa Rodoviária Única. Despachante que se apropria do numerário a ele confiado por proprietário do veículo, para recolhimento da Taxa Rodoviária Única iludindo a vítima mediante a aposição, na guia respectiva, de carimbo de quitação da instituição bancária falsificado. Hipótese em que não se configura ofensa a bens, serviços ou interesses da União. Conflito de competência conhecido, para declarar-se a competência da Justiça comum estadual*" (CC 1.410/RO, conflito de competência, Min. Costa Lei, *DJ* de 09.10.90, p. 10.877).

"*Penal. Competência. Falsificação de papéis públicos. Lesão a particular.*

- Inexistindo lesão direta a bens, serviços ou interesses da União Federal, compete à Justiça Estadual processar e julgar crime de falsificação de papéis públicos, praticado mediante falsificação de guias de recolhimento de seguro obrigatório (DPVAT) e falsificação de guias de recolhimento de taxas e impostos sobre propriedade de veículos automotores (IPVA).

- Conflito conhecido. Competência do Juízo Estadual, o suscitado" (CC 20.147/SP, conflito de competência, Min. Vicente Leal, *DJ* 12.04.99, p. 00094).

Vê-se, pois, que não se enquadra a conduta dos acusados nos tipos legais previstos nos incisos III e IV do art. 1º da Lei nº 8.137/90, já que a intenção dos agentes era a apropriação de bens de particulares, o que, efetivamente, foi feito, sendo irrelevante aqui que a destinação dos valores fosse a quitação de tributos.

Por outro lado, também não há que se falar na figura prevista no art. 2º, inc. II, da referida lei, que dispõe:

"*Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos*".

Nesse dispositivo citado, o que a lei visou foi coibir justamente que aquela pessoa obrigada a reter o tributo ou contribuição social se aproprie do numerário, deixando de recolhê-lo.

Embora se admita que os acusados, na qualidade de despachantes, estavam obrigados a realizar o pagamento do tributo devido, essa obrigação, por não ser decorrente de lei, e sim de contrato (contrato de prestação de serviços), não se enquadra no dispositivo legal.

É o entendimento de ALBERTO SILVA FRANCO e outros, *in Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 2, RT, 6ª ed., p. 2.095:

"*Observou Eustáquio Nunes Silveira, Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em alentado artigo de doutrina, que na hipótese em estudo deve haver a apropriação, ou seja, fazer sua a coisa alheia, tomar para si, com a intenção de não restituir ao verdadeiro dono, sendo sujeito ativo do delito aquele* obrigado pela lei *a reter e recolher o tributo; identificou o elemento subjetivo do tipo no dolo genérico, consistente na simples vontade livre e consciente de deixar de recolher, no prazo legal, o valor cobrado ou descontado*" (grifo deste Relator).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de ANTÔNIO CORRÊA:

"*A ação física descrita no tipo é a de 'deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos'*".

Continuando, afirma:

"*O sujeito ativo do crime de sonegação fiscal, nas modalidades de supressão ou redução de tributos, contribuições sociais ou acessórios, esta última ausente do tipo em estudo, é o particular, que tem como objetivo final fraudar o Fisco.*

Este delito, como se viu, está voltado para o particular que recebeu a incumbência pela lei de reter valores decorrentes de fatos geradores de obrigações tributárias e, com prazo para levá-las aos cofres públicos, as desvia em proveito pessoal ou não (*in Dos Crimes Contra a Ordem Tributária*, Saraiva, p. 174/175).

É o que se chama de contribuinte por substituição, como, por exemplo, o banco que realiza empréstimos, onde em cada operação deve reter o valor do imposto e recolhê-lo aos cofres da Fazenda. Ao deixar de fazer o recolhimento, apropriando-se dos valores retidos, responderá pela figura prevista no inc. II do citado artigo 2º da Lei 8.137/90.

Não é o caso dos autos.

Assim, por tudo exposto, não há que se falar em crime contra a ordem tributária.

Trata-se, pois, a conduta descrita na inicial de crime contra o patrimônio, vez que os agentes, com a apropriação sem o consentimento dos particulares dos valores recebidos, obtiveram vantagem ilícita, em prejuízo destes, mantendo-os em erro, mediante

meio fraudulento, consistente na falsificação das guias de DARF, com o objetivo de fazê-los acreditar que o dinheiro foi empregado corretamente no recolhimento dos impostos.

O crime praticado é de estelionato, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal, não havendo que se falar em crime impossível.

É de estelionato, e não apropriação indébita, o delito pelas seguintes razões:

1ª) porque houve a fraude (mentira) para a obtenção da vantagem ilícita, visto terem os particulares acreditado que poderiam efetuar o pagamento do imposto através das TDAs, com deságio de 40%, quando, na realidade, isso não ocorria, já que o próprio Iran confirmou que as guias eram preenchidas e falsamente autenticadas com os valores realmente devidos.

2ª) os réus praticaram os fatos de maneira continuada, e essa continuidade delitiva somente foi possível em razão do erro provocado nas vítimas através das autenticações falsas, ou seja, com a apresentação das guias falsamente quitadas, as vítimas ficavam convencidas de que o dinheiro estava sendo empregado no pagamento dos tributos, continuando na entrega de outras quantias para demais pagamentos.

Estando o fato devidamente descrito na denúncia, deve aplicar-se aqui o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, que permite a sua correção (*emendatio libelli*).

Atento a estas disposições, reformo a parte da v. sentença que condenou os réus pelo crime de sonegação fiscal para condená-los pelo crime de estelionato (art. 171, *caput*, CP), em continuidade delitiva (art. 71), visto terem sido vários os fatos praticados contra as empresas.

Nota-se que a alegação da defesa do acusado Iran, no sentido de que o delito de estelionato depende de representação do ofendido, não tem qualquer procedência, já que se trata de ação penal pública plena.

A ação será pública plena quando o Código Penal, na Parte Especial, após descrever o delito, silenciar a respeito da ação penal. Quando o Código Penal ou a lei extravagante, após definir o delito, referir-se à ação penal, então ela não será pública incondicionada, mas pública condicionada ou exclusivamente privada.

No caso, a lei penal silenciou a respeito, não estando a hipótese prevista nas exceções feitas no art. 182 do CP, sendo, pois, a ação pública plena.

Não se tratando de crime contra a ordem tributária, resta irrelevante a alegação feita pela defesa do co-réu Márcio Dellaretti no sentido de se tratar de delito cometido na forma tentada, bem como de terem sido pagos os tributos.

Os crimes de estelionato consumaram-se, de vez que os acusados se apropriaram dos valores, mantendo as

vítimas em erro, mediante a falsificação das guias. O fato de ter sido o crime descoberto em razão da notificação feita pela Receita Estadual aos contribuintes e ressarcidas algumas vítimas não elide a consumação dos delitos.

Assim, considerando a nova classificação feita para os delitos, passo a fixar a pena de cada acusado.

1) Iran Araújo: considerando que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP lhe são favoráveis, sendo o acusado primário, de bons antecedentes, trabalhador e não havendo nada nos autos que desabone a sua personalidade e conduta social, tendo, ainda, ele reparado o dano, já que efetuou o pagamento, integral ou parcial, em nome das vítimas, dos tributos devidos, conforme se vê dos documentos de fls. 613, 615, 619, 622 e 625, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Considerando que o número de crimes cometidos em continuidade é de sete, conforme descreve a inicial, mas tendo o MM. Juiz fixado em cinco, não podendo este Tribunal aumentar, sob pena de *reformatio in pejus*, elevo a pena em 1/3 (um terço), conforme procedido pelo MM. Juiz *a quo*, em razão do que dispõe o art. 71 do CP. Fica concretizada a pena desse réu em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, concernente à prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo a entidade pública, com destinação social (art. 45, § 1º, CP) e multa, de 10 (dez) dias-multa, este no valor de 1/10 do salário mínimo, tendo em vista a sua situação econômica.

2) Márcio Dellaretti Leonardo: considerando que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP lhe são favoráveis, sendo primário, trabalhador e não havendo nada nos autos que desabone a sua personalidade e conduta social, sendo certo que a vítima o perdoou, visto encontrar-se ainda hoje trabalhando para a mesma, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Considerando que o número de crimes cometidos em continuidade é de quatro, conforme descreve a inicial, e não cinco, como entendeu o douto Magistrado, elevo a pena em 1/6 (um sexto), em razão do que dispõe o art. 71 do CP. Fica concretizada a pena desse réu em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, concernente à prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo a entidade pública, com destinação social (art. 45, § 1º, CP) e multa, de 10 (dez) dias-multa, este no mínimo legal.

3) Luiz Cláudio Blau: considerando que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP lhe são favoráveis, sendo o acusado primário, trabalhador e não havendo nada nos autos que desabone a sua personalidade e conduta social, tendo o co-réu Iran

reparado o dano, já que efetuou o pagamento, integral ou parcial, em nome das vítimas, dos tributos devidos, conforme se vê dos documentos de fls. 613, 615, 619, 622 e 625, o que pode ser tomado em proveito desse recorrente, visto ser co-autor dos fatos praticados por Iran, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Considerando que o número de crimes cometidos em continuidade é de sete, conforme se vê dos autos, mas tendo o MM. Juiz fixado em cinco, não podendo este Tribunal aumentar, sob pena de *reformatio in pejus*, elevo a pena em 1/3 (um terço), conforme procedido pelo MM. Juiz *a quo*, em razão do que dispõe o art. 71 do CP. Fica concretizada a pena desse réu em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, concernente à prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo a entidade pública, com destinação social (art. 45, § 1º, CP), a ser indicada (a beneficiária) pelo Juízo da Execução, e multa, de 10 (dez) dias-multa, este no mínimo legal.

Considerando que, em se tratando de crime continuado, a prescrição, nos termos do que dispõe o art. 119 do CP, deve observar a pena isoladamente aplicada, sem o respectivo aumento, e considerando, ainda, que as penas foram fixadas em 1 (um) ano, cujo prazo prescricional se dá em 4 (quatro) anos, extinta está a punibilidade dos fatos em relação aos denunciados Iran Araújo e Márcio Dellaretti.

A denúncia, para os referidos acusados (Iran Araújo e Márcio Dellaretti) foi recebida em 22.05.96 (fls. 150/151) e a sentença condenatória foi publicada em 26.05.00 (fl. 767), transcorrendo prazo superior ao prescricional entre essas duas datas.

Nota-se que, em relação ao sentenciado Luiz Cláudio Blau, não transcorreu prazo superior ao prescricioanal, visto que a denúncia do mesmo foi recebida em 17.06.96, conforme se vê do despacho de fl. 164.

Com estas considerações, rejeitando a preliminar, dou provimento aos recursos dos réus Iran Araújo e Márcio Dellaretti Leonardo, condenando-os nas disposições do art. 171, *caput*, do CP, fixando-lhes a pena nos termos acima aduzidos, reconhecendo, contudo, a extinção da punibilidade dos fatos, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. Dou parcial provimento ao recurso do acusado Luiz Cláudio Blau, para condená-lo nas disposições do art. 171, *caput*, do CP, fixando-lhe a pena nos termos supra-referidos.

Custas, pelo Estado, na proporção de 2/3, e pelo réu Luiz Cláudio Blau, em 1/3.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS RÉUS IRAN ARAUJO E MÁRCIO DELLARETTI LEONARDO, DECRETARAM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE LUIZ CLÁUDIO BLAU.

-:::-

LESÃO CORPORAL GRAVE - QUALIFICADORA DO ART. 129, § 1º, I, DO CP - AUTO DE CORPO DE DELITO - EXAME COMPLEMENTAR - LAUDO EXTEMPORÂNEO E LACÔNICO NA SUA FUNDAMENTAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 168 DO CPP - PRECARIEDADE DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA LESÕES CORPORAIS LEVES - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- O tempo hábil para a realização do exame complementar comprobatório da qualificadora do art. 129, § 1º, I, do CP, é logo que decorra o prazo legal de trinta dias. É inidôneo o exame que vier a ser efetivado antes do decurso de tal prazo, assim como aquele realizado muito depois de sua expiração, a não ser quando a vítima não se encontrava habilitada para as suas ocupações habituais, à época de sua realização. Não se presta para o fim de comprovação da referida qualificadora o exame pericial realizado 47 dias depois do fato, ou seja, 17 dias após o trigésimo, lapso temporal por demais longo e incompatível com a exigência de quase imediatidade consubstanciada na expressão legal "logo que" contida no § 2º do art. 168 do CPP.

- Para que se afirme a lesão corporal qualificada pela incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias (art. 129, § 1º, I, do CP), o exame de sanidade complementar não pode ser lacônico, impreciso, devendo os seus subscritores *quantum satis* fundamentar as bases em que se assentam as suas afirmações, descrevendo circunstancialmente os danos, bem como as repercussões na vida normal do ofendido, de modo a fornecer ao magistrado o máximo de certeza. Assim, para o reconhecimento da qualificadora, não basta que os peritos assentem a conclusão na simples existência de fratura, que nem sempre leva à incapacitação por período superior a 30 (trinta) dias, máxime em se tratando de fratura de nariz, que permite à vítima recuperação em prazo inferior a este período.

- Diante da dúvida existente nos autos acerca da ocorrência da qualificadora prevista no inciso I do § 1º do art. 129 do CP, em face da precariedade da prova testemunhal e pericial, deve-se desclassificar a infração para a sua forma simples (art. 129, *caput*, do CP).

- Verificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, julga-se extinta a punibilidade, ficando cancelados todos os efeitos da condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 219.595-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Lesão corporal grave - Autoria e materialidade comprovadas - Incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias não demonstrada - Laudo complementar extemporâneo e lacônico na sua fundamentação - Deficiência não suprida pela prova testemunhal - Desclassificação para lesões corporais leves - Extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição. - O tempo hábil para a realização do exame complementar comprobatório da qualificadora do art. 129, § 1º, inc. I, do CP, é logo que decorra o prazo legal de trinta dias. Assim, inidôneo é o exame que vier a ser efetivado antes do decurso de tal prazo, assim como aquele realizado muito depois de sua expiração, a não ser quando a vítima não se encontrava habilitada para as suas ocupações habituais, à época de sua realização. Não se presta para o fim de comprovação da qualificadora prevista no art. 129, § 1º, inc. I, do CP, o exame pericial realizado 47 dias depois do fato, ou seja, 17 dias após o trigésimo, lapso temporal por demais longo e incompatível com a exigência de quase imediatidade consubstanciada na expressão legal 'logo que'. Para que se afirme a lesão corporal qualificada pela incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 dias, o exame de sanidade complementar não pode ser lacônico, impreciso, devendo os seus subscritores *quantum satis* fundamentar as bases em que se assentam as suas afirmações, descrevendo circunstancialmente os danos, bem como as repercussões na vida normal do ofendido, de modo a fornecer ao magistrado o máximo de certeza. Assim, para o reconhecimento da qualificadora, não basta que os peritos assentem a conclusão na simples existência de fratura, que nem sempre leva à incapacitação por período superior a 30 (trinta) dias, máxime em se tratando de fratura no nariz, que permite à vítima recuperação em prazo inferior a este período.

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 E JULGAR, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. José Guimarães Ferreira de Melo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente. Ouvi com a devida atenção a sustentação oral produzida da tribuna pelo ilustre advogado Dr. José Guimarães Ferreira de Melo, e também dei a mesma atenção ao memorial que me foi enviado por S. Exª.

Tenho voto escrito em que as questões abordadas pela defesa, por escrito como agora da tribuna, creio estar respondidas.

P.L.N. foi denunciado como incurso no art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal, sob a acusação de haver, no dia 04 de novembro de 1998, por volta das 04h30m, no interior do estabelecimento denominado Buffet Catarina, localizado na Av. Raja Gabaglia, nº 3080, Bairro São Bento, nesta Capital, agredido fisicamente S.M.M., provocando-lhes as lesões corporais descritas no auto de corpo de delito de f. 14-TJ.

Ao fim da instrução, foi o réu condenado, nos termos da denúncia, a cumprir pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, reprimenda esta que se fez substituída por prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apelou o acusado, pretendendo, em preliminar, a anulação do auto de corpo de delito complementar, por haver sido realizado extemporaneamente (47 dias depois do fato), desclassificando-se a infração para a sua modalidade simples. No mérito, pleiteia a absolvição, alegando, em resumo, ser frágil a prova a respeito da autoria.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório resumido e no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

A preliminar deduzida confunde-se com o mérito e com este será examinada.

Pelo que consta dos autos, no dia dos fatos, réu e vítima participavam de uma festa de formatura de segundo grau do Colégio Pitágoras, que se realizava no Buffet Catarina, aqui em Belo Horizonte, quando, por volta das 04h da manhã, ocorreu um tumulto, envolvendo alunos de unidades distintas daquele estabelecimento de ensino. Passada a confusão, deslocou-se o acusado até o local onde se encontrava a vítima e nela desferiu um soco no rosto, ocasionando-lhe "*hematoma de órbita direita, edema malar direita e desvio do osso do nariz*" (fl. 14-TJ).

Não obstante a insistente negativa do acusado, as testemunhas presenciais afirmam, categoricamente, ter sido o mesmo o agressor, conforme se vê dos depoimentos de A.S.O. (fls. 101/102-TJ), F.A. (fls. 104/105-TJ) e D.R.G. (fls. 106/108-TJ), depoimentos esses que corroboram a versão apresentada pela vítima e encontram-se harmonizados com o auto de corpo de delito.

É importante salientar que as testemunhas de defesa confirmam a ocorrência de tumulto no apagar das luzes daquela festa de estudantes secundários, certamente alcoolizados.

A condenação, portanto, era mesmo de rigor.

Entendo, no entanto, que a capitulação legal dada aos fatos pela denúncia e que se fez acolhida na sentença, não tem como prevalecer, em face da precariedade da prova pericial e testemunhal.

Com efeito, o laudo complementar de sanidade física existente no processo (18-TJ) não se presta, *data venia*, para comprovar a gravidade das lesões.

Nos termos do que dispõe o § 2° do art. 168 do CPP, "*se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1°, inc. I, do Código Penal, deverá ser feito* logo que *decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime*" (negritamos).

Embora não se possa deduzir do preceito que o exame complementar tenha de se realizar precisa e exatamente no dia seguinte ao 30° (trigésimo), não resta dúvida de que a realização deve ocorrer em data posterior próxima, justamente para que a conclusão da incapacitação se faça com base em um diagnóstico técnico preciso - afastado o juízo de probabilidade - e não em prognóstico.

Segundo ensina TOURINHO FILHO, "*é sempre conveniente obedecer-se à prescrição do § 2° do art. 168: logo que decorra o prazo de 30 dias... A expressão 'logo que' tem, aí, evidentemente, o sentido de quase que absoluta imediatidade*" (*Processo Penal*, 3° v., 13ª ed., 1992, p. 233).

Da jurisprudência, colhe-se a seguinte orientação:

"*O tempo hábil para a realização do exame complementar comprobatório da qualificadora do art. 129, § 1°, inc. I, do CP, é logo que decorra o prazo legal de trinta dias. Assim, inidôneo é o exame que vier a ser efetivado antes do decurso de tal prazo assim como aquele realizado muito depois de sua expiração*".

No caso em discussão, o exame complementar para se apurar a gravidade das lesões sofridas pela vítima, foi realizado 47 dias depois do fato, ou seja, 17 dias após o trigésimo, lapso temporal por demais longo e incompatível com a exigência de quase imediatidade consubstanciada na expressão legal "logo que".

É da jurisprudência:

"*Manda a lei basear-se na qualificadora da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, na perícia médica realizada em tempo hábil. Imprestável, porém, é a levada a efeito 37 dias após o fato, que não corresponde ao termo logo que decorra o prazo, do texto legal*" (*RT*, 412/279).

É evidente que a exigência legal não tem caráter dogmático. Casos existem em que, mesmo realizado muito tempo depois do fato, o laudo complementar serve para caracterizar a qualificadora, como, por exemplo, quando a vítima, à época do exame, ainda não se encontrava habilitada para as suas ocupações habituais.

Mas não é este o caso dos autos. Não consta do laudo complementar que o ofendido, quando do exame, ainda se encontrava incapacitado, parecendo-me que não.

Por outro lado, verifica-se que os peritos, subscritores do referido documento, concluíram pela gravidade da lesão, considerando simplesmente o fato de ter a vítima sofrido "fratura", sem outra especificação.

Ocorre que a incapacitação decorrente de fraturas nem sempre supera o período de trinta dias, principalmente em se tratando de fratura no nariz, como parece ser o caso dos autos, pois, embora o laudo complementar a respeito da lesão nada esclareça, o auto de corpo de delito principal constatou a ocorrência de "*desvio do osso do nariz*" (fl. 14-TJ), nada mais do que isso.

Segundo ensina o Prof. HÉLIO GOMES "*na rotina pericial, as fraturas são consideradas como incapacitantes do indivíduo para as ocupações habituais por mais de 30 dias.* Excetuam as do nariz, muito freqüentes, aliás, e que permitem ao ofendido voltar a suas ocupações habituais antes dos trinta dias, *desde que não tenham ocorrido afundamentos ou seqüelas graves*" (*Medicina Legal*, 3ª ed., 1953, p. 594 - grifo nosso).

Por sua vez, assinalam DELTON CROCE e DELTON CROCE JÚNIOR: "*As fraturas dos ossos próprios do nariz, sem complicações, são consideradas leves*" (*Manual de Medicina Legal*, 4ª ed., 1998, Saraiva, p. 206).

Como é sabido, para que se afirme a lesão corporal qualificada pela incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 dias, o exame de sanidade complementar não pode ser lacônico, impreciso, devendo os seus subscritores *quantum satis* fundamentar as bases em que se assentam as suas afirmações, descrevendo circunstancialmente os danos, bem como as repercussões na vida normal do ofendido, de modo a fornecer ao magistrado o máximo de certeza.

A respeito já se decidiu:

"*Inacolhível é o laudo pericial que se apresente sem a devida fundamentação, no respeitante à incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias. Impõe-se a solução porque, em tais circunstâncias, o laudo há de ser fundamentado e preciso, descrevendo circunstancialmente as lesões, bem como a repercussão das mesmas na vida normal do ofendido*" (*JUTACRIM*, 29/79).

Conclui-se, portanto, que o exame complementar de sanidade física constante dos autos (fl. 18-TJ) não tem como ser considerado para fins de prova da qualificadora prevista no inc. I do art. 129 do Código Penal.

É certo que a gravidade da lesão também poderia ser comprovada pela prova testemunhal, que, nos termos do art. 168, § 3º, do CPP, supre a falta do exame complementar.

Entretanto, pelo depoimento das testemunhas não se pode afirmar se a vítima ficou, ou não, incapacitada por mais de 30 dias. A única que, em seu depoimento, se referiu à questão foi F.A.M. que, no entanto, não forneceu a certeza necessária, informando simplesmente haver o acusado "*ficado uns 30 (trinta) dias sem exercer as suas ocupações habituais*" (fls. 104/105-TJ), não precisando os dias exatos.

A própria vítima, no interrogatório (fls. 99/100-TJ), deixa dúvidas quanto ao real tempo da incapacitação, pois, ao mesmo tempo em que, no início, afirma "*que ficou quase 01 (um) mês sem exercer suas atividades habituais*" (fl. 99-TJ),fala, no final, "*que chegou a ficar 30 (trinta) dias sem exercer as suas ocupações habituais*" (fl. 100-TJ).

Assim, diante da dúvida existente nos autos, em face da precariedade da prova testemunhal e pericial, não vejo outra alternativa senão a de desclassificar a infração para a sua forma simples (art. 129, *caput*, do CP) e, considerando as mesmas circunstâncias judiciais levadas em conta na sentença, bem como a não-incidência, na espécie, de causas de aumento e de diminuição, concretizar a pena do réu em 03 meses de detenção, no regime aberto.

Observando que a pena agora aplicada prescreve no prazo de 02 anos (art. 109, VI, CP), contado de metade, em virtude da menoridade (art. 115, CP), lapso temporal este já superado, considerando-se o recebimento da denúncia (20/01/99, fl. 71-TJ), e a publicação da sentença (06/11/2000, fl. 159-TJ), decido pela extinção da punibilidade.

Com estes fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, para desclassificar o delito para o previsto no art. 129 do Código Penal, reduzindo, via de conseqüência, a pena para 03 meses de detenção e julgando, de ofício, extinta a punibilidade do acusado P.L.N., pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficando cancelados todos os efeitos da condenação que sofreu.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Estou de pleno acordo com o magnífico voto do douto Relator.

A gravidade da lesão decorrente da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias é comprovada através de exame complementar, que deve ser realizado após o transcurso desse prazo.

Eventualmente, caso o exame não seja realizado logo após, como determina a lei, poderá ocorrer a comprovação desta qualificadora por exame realizado algum tempo depois desse prazo, desde que, na data deste exame, permaneçam as condições e os vestígios que permitam ao perito a conclusão a respeito da incapacidade. Não é o caso dos autos. O laudo responde laconicamente e de forma afirmativa o quesito a respeito da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, sem qualquer fundamentação. Não há como serem acolhidas as suas conclusões.

Nestas condições, coloco-me de pleno acordo com o voto do douto Relator, inclusive desclassificando o crime para lesão corporal de natureza leve, condenando o réu a uma pena mínima de três meses de detenção e ao mesmo tempo julgando extinta a punibilidade pela prescrição da pretenção punitiva. É o meu voto.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente. Não diria o bem lançado, mas magnífico voto do eminente Relator, que permitiu ainda ao Des. Mercêdo Moreira tecer considerações adicionais.

A mim me parece desnecessário somar qualquer palavra ao que foi dito por ambos, restando-me apenas concordar com o eminente Relator pela exposição que fez, pela doutrina que expôs e pela conclusão a que chegou, permitindo-me, a esta altura, apenas sugerir a publicação do voto para seguramente permitir a juízes menos vividos e menos experientes uma noção bastante precisa de tudo quanto se possa dizer e fixar a respeito de laudo complementar; sobretudo com relação a esta hipótese de incapacidade. Pareceu-me que S. Exa., o eminente Relator, foi feliz nas colocações feitas, e, por isso mesmo, me arvoro em advogado da publicação deste voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL E JULGARAM, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE.

-:::-

MENOR - TORTURA - ART. 233 DA LEI Nº 8.069/90 - CONSTITUCIONALIDADE - FATO OCORRIDO ANTES DA LEI Nº 9.455/97 - LEI NOVA DE MAIOR RIGOR - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL - AGRESSÃO DESNECESSÁRIA POR PARTE DE POLICIAIS CONTRA MENOR - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - INOCORRÊNCIA DA EXCLUDENTE - PENA - FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - MAUS ANTECEDENTES DO AGENTE - CONSIDERAÇÃO - REINCIDÊNCIA - APLICAÇÃO NA FASE POSTERIOR - AUMENTO DA PENA - CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM* - INADMISSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - ERRO - INÉRCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - COISA JULGADA - OCORRÊNCIA - *REFORMATIO IN PEJUS* - VEDAÇÃO - PREVALÊNCIA DA DECISÃO

- É de se rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade do art. 233 da Lei nº 8.069/90, uma vez que a matéria já foi objeto de decisão pelo Pretório Excelso, que reconheceu a existência jurídica do crime de tortura contra crianças e adolescentes no sistema penal brasileiro, considerando constitucional o referido artigo.

- Não obstante o art. 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) tenha sido expressamente revogado pela Lei nº 9.455/97, que definiu o crime de tortura, ele ainda incide sobre fato ocorrido antes do advento da referida lei, a qual agravou consideravelmente as penas previstas para tal delito, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal.

- A tortura tratada pelo art. 233 da Lei nº 8.069/90 foi classificada e apenada de acordo com o resultado dela decorrente (lesão corporal leve, lesão corporal grave, lesão corporal gravíssima e morte), não se fazendo necessárias, quando vigente referido dispositivo, as exigências subjetivas hoje previstas na Lei nº 9.455/97, não havendo que se falar em especial fim de agir, voltado para a obtenção de informação ou confissão.

- Não comete crime quem se encontra em estrito cumprimento de dever legal. Mas, para que ocorra esta excludente, o agente deve manter-se dentro do estrito cumprimento do dever que lhe incumbe, podendo mesmo usar força, se preciso for, para o cumprimento da lei. Entretanto, há de usá-la na medida do necessário. Qualquer excesso penetra no domínio do ilícito punível.

- Todo reincidente possui antecedentes comprometedores; logo, a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes do agente não pode prevalecer em relação à reincidência considerada na segunda fase da fixação da reprimenda, sob pena da configuração de um inconveniente *bis in idem*.

- Mesmo que tenha havido erro na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o crime fora cometido com violência contra pessoa, tal decisão deve prevalecer, dada a ocorrência da coisa julgada, ante a inércia recursal do Ministério Público neste sentido, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 221.610-9/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Apelação criminal - Preliminares de inconstitucionalidade do art. 233 da Lei nº 8.069/90 - Rejeição - Questão já decidida pelo Pretório Excelso, que reconheceu a existência jurídica do crime de tortura contra crianças e adolescentes no sistema penal brasileiro, considerando constitucional o referido artigo. Mérito - Crime de tortura previsto no art.233 do ECA, revogado pela Lei 9.455/97 - Incidência do dispositivo antigo, ante o maior rigor da lei mais nova - Materialidade e autoria suficientemente comprovadas - Existência de nexo causal entre a conduta do agente e o resultado - Estrito cumprimento do dever legal - Não-ocorrência desta excludente, ante a agressão desnecessária e excessiva perpetrada pelo apelante - Pena - Fixação - Reincidência - Consideração das circunstâncias judiciais - Inadmissibilidade de sua aplicação na fase posterior - Redução que se impõe - Recurso parcialmente provido.

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 AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Arnaldo Ferreira Pinto e Jorge Eustáquio Palhares, já qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do artigo 233, *caput*, da Lei nº 8.069/90, c/c os artigos 29 e 61, inciso II, letra *g*, todos do Código Penal Brasileiro porque, conforme narrado na peça exordial, no dia 18.06.95, por volta das 16h30min, no Parque Fernão Dias, em Contagem, os acusados, irmanados em desígnios comuns, submeteram a tortura o adolescente R.S.S., que estava sob a autoridade de ambos.

Consta também da denúncia que, conforme apurado, no dia dos fatos, o adolescente R., durante uma partida de futebol, envolveu-se em uma

briga, oportunidade em que se armou com uma faca, visando assustar as pessoas que pretendiam agredi-lo. Os réus, que, à época dos fatos, eram soldados da PMMG e estavam de serviço no parque, foram então solicitados, momento em que, ao abordarem R. em cima de uma bicicleta, colocando-o sob sua autoridade, e já não mais estando ele armado, haja vista que a referida faca tinha sido atirada no mato, passaram a agredi-lo com golpes de cassetetes nas mãos, costas, pernas, cabeça e região glútea, para que lhes dissesse onde estava a faca.

Narra ainda a peça inaugural que, em seguida, quando o ofendido se prontificou a mostrar aos policiais o esconderijo da faca, foi arrastado até o local, derrubado e, já estando no solo, agredido mais uma vez, pelos ora denunciados, com socos na nuca, chutes, golpes de cassetete nas costas e pisões nas pernas. Dessa forma, o adolescente, que estava sob a autoridade dos ora denunciados, foi submetido a tortura, com sofrimento terrível e desnecessário, sofrendo as lesões corporais descritas e circunstanciadas no laudo de exame de corpo de delito.

O feito teve curso regular.

Decidindo às fls. 236/239-TJ, o MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente a acusação contra Jorge Eustáquio Palhares, absolvendo-o com base no art. 386, inciso VI, do CPP, e procedente em parte com relação a Arnaldo Ferreira Pinto, condenando-o como incurso nas sanções do artigo 233 da Lei nº 8.069/90, c/c o artigo 61, inciso I, do CP, a uma pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto. Presentes os requisitos legais, converteu a pena privativa de liberdade em uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade. Fixou ainda o Magistrado uma pena de 30 (trinta) dias-multa.

Inconformado com a sentença, a tempo e modo, apelou o réu. Em suas razões recursais acostadas às fls. 249/258-TJ, argúi, *preliminarmente*: a) nulidade da sentença, por ser *citra petita*, porquanto não enfrentou uma das teses apresentadas pela defesa, qual seja, a inconstitucionalidade do dispositivo legal que embasa a imputação do Ministério Público; b) se superada a argüição de nulidade da sentença combatida, requer seja declarada, por este tribunal, a inconstitucionalidade do revogado art. 233 da Lei nº 8.069/90, com a conseqüente absolvição do apelante. *No mérito*, requer seja dado provimento ao apelo, para a reforma da sentença hostilizada, para o fim de ser absolvido da imputação que lhe é feita.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 272/276-TJ), opinou a douta Procuradoria de Justiça (fls. 279/283-TJ), em parecer da lavra do Dr. Gerardus Magela G. Lima Filho, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório, no que interessa.

Conheço do recurso, presentes que estão suas condições de admissibilidade.

Preliminares.

Preliminarmente, quanto à constitucionalidade ou não do art. 233 da Lei nº 8.069/90, já foi a matéria objeto de decisão pelo Pretório Excelso, razão pela qual rejeito as preliminares números 01 e 02 das razões recursais.

Mérito.

Ab initio, cumpre ressaltar que, não obstante o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente tenha sido expressamente revogado pela Lei nº 9.455/97, que definiu o crime de tortura, ele ainda incide sobre a presente hipótese, eis que o fato ocorreu em 1995 e a referida lei agravou consideravelmente as penas previstas para tal delito. Assim, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal, o dispositivo penal incidente sobre a espécie, *in casu*, é o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispunha:

"*Artigo 233.* Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura.

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º. Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º. Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º. Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos" (grifo nosso).

Pela leitura deste artigo, chega-se à conclusão de que a tortura tratada por ele foi classificada e apenada de acordo com o resultado dela decorrente (lesão corporal leve, lesão corporal grave, lesão corporal gravíssima e morte), não se fazendo necessárias, quando vigente referido dispositivo, as exigências subjetivas hoje previstas na Lei nº 9.455/97, não havendo que se falar em especial fim de agir, voltado para a obtenção de informação ou confissão.

A materialidade do crime é incontroversa e está comprovada no auto de corpo de delito de fl. 47-TJ, que atestou a existência da lesão corporal leve, consistente na equimose vermelho-arroxeada de 04cm de extensão localizada na região posterior do tórax à esquerda do terço médio, e pela certidão de nascimento de fl. 211-TJ, que comprova a menoridade da vítima, à época dos fatos.

A autoria, a seu turno, é atestada pela vítima, segura e coerente em suas declarações. Foi taxativa em apontar o apelante como autor das condutas incriminadas, consoante termo de informações de fls. 12 e 13-TJ:

"*Que nesta data, por volta de 15:00 horas, encontrava-se no parque*

Fernão Dias numa quadra de futebol; que durante uma partida chegou sua vez de agarrar no gol pois estavam fazendo revezamento de goleiros; que não quis jogar naquela posição e então sentou-se no meio da quadra; que um dos jogadores não gostou de sua atitude e partiu para cima querendo briga; que apareceu um outro com um pedaço de pau; que como estava com uma faca de cozinha na bolsa de sua bicicleta foi logo apanhá-la; que seu tio que se encontrava no local e queria defendê-lo levou uma paulada; que partiu para cima do 'cara' com a faca; que os 'caras' correram e posteriormente retornaram acompanhados de um Soldado de nome Arnaldo; que quando viu o policial correu e escondeu a faca; que posteriormente apareceu outro policial de nome Palhares e começaram a espancar-lhe; que começaram a dar-lhe cassetetadas nas costas e na cabeça e também usaram um cassetete maior de madeira; que mostrou a faca aos policiais e daí em diante apanhou ainda mais; que chegou uma Vtr e esta o levou para o quartel da polícia florestal; que apareceu um policial sem farda e ficou revoltado com a atitude agressiva tomada pelos dois policiais fardados; que este policial sem farda começou a discutir com os outros até que apareceu outra Vtr e trouxeram todos até ao Batalhão".

Às fls. 41 e 42-TJ, confirmando as declarações acima transcritas, acrescentou:

"... *Perguntado se no momento em que foi abordado pelo Sd Arnaldo, não se encontrava armado, respondeu que sim, pois, havia escondido a referida faca no mato já temendo a ação dos policiais. Perguntado se foi agredido pelo dois militares, ou seja, Sd Arnaldo e Sd Palhares, respondeu que sim, tendo levado 'cassetetadas' de ambos os militares, tendo ainda sido 'pisado, contudo, não sabe por quem' Perguntado se os militares, por ocasião da abordagem, dialogaram com o mesmo, ouvindo sua versão a respeito do ocorrido, respondeu que não, sendo que passaram a agredi-lo tão logo o abordaram. Perguntado se em algum momento foi agressivo com os militares, responde que não (...) Perguntado quais as lesões que sofreu em virtude das agressões sofridas, responde que as mesmas ocasionaram vários hematomas em suas costas (vergão), e ainda, um 'galo' na cabeça*".

O Cabo PM Sérgio Antônio da Silveira, testemunha presencial dos fatos, às fls. 20/22-TJ, depôs:

"... *que dois militares passaram a agredir um determinado elemento, o qual não conhecia; que diante de tal fato, e considerando o grande número de pessoas no local, as quais ficaram indignadas com a atuação policial-militar, este depoente aproximou-se dos referidos militares, tendo de imediato identificado-se como Cb PM, inclusive, apresentando sua identidade, com intuito de tentar resolver o problema, pois, temia até mesmo uma reação agressiva por parte dos freqüentadores do parque (...) que o momento em que aproximou-se dos militares foi justamente na ocasião em que os mesmos agrediam o referido rapaz, posteriormente, identificado como o menor R.S.S.; que agrediram o menor com 'cassetetadas' e chutes quando o mesmo encontrava-se deitado (...) perguntado se presenciou ambos militares (Sd Arnaldo e Sd Palhares) agredirem o menor R.S.S., respondeu que sim, sendo que o Sd Arnaldo agrediu com 'cassetetadas' e o Sd Palhares agrediu com soco na nuca e chutes, tudo quando o referido menor encontrava-se deitado (...) perguntado se presenciou o menor armado com uma faca, respondeu que não*".

Em juízo (fl. 172-TJ), quando já não era mais da Polícia, confirmou suas afirmações supra-referidas.

O Policial Militar e co-denunciado nos presentes autos, Jorge Eustáquio Palhares, às fls. 30 e 32-TJ, afirmou:

"... *contudo, ao aproximar-se encontrou o Sd Arnaldo já com a faca em mãos e o menor detido; que, então, o Sd Arnaldo determinou ao menor que se deitasse, não sabendo esclarecer o motivo de tal procedimento; que nesse momento aproximou-se uma pessoa gritando que 'aquilo era covardia', sendo que o Sd Arnaldo havia desferido algumas cassetetadas no referido menor (...) Perguntado se em algum momento o menor R.S.S. ofereceu algum risco para a integridade física deste declarante, bem como do Sd Arnaldo, respondeu que no seu ponto de vista, o menor não ofereceu qualquer risco*".

À fl. 63-TJ, disse: "... *perguntado se já trabalhou com o Sd Arnaldo antes do fato, respondeu que foi a primeira vez e notou que o comportamento agressivo e anormal do militar foi totalmente desnecessário, sendo que o rapaz não oferecia nenhuma resistência e até mesmo permanecia quieto e calado*".

Em juízo (fl. 110-TJ), salientou que "... *quando Arnaldo bate com o cassitete* (sic) *no menor, este não mais portava a faca, já tinha atirado fora*".

A testemunha presencial Wanuza Francisca da Cruz, à fl. 69-TJ, disse que:

"... *no dia do fato, passeava com o marido no Parque Fernão Dias, sendo que em certo momento presenciou dois militares abordando um menor que estava em uma bicicleta; que os militares de arma em punho, retiraram o menor de cima da bicicleta dando-lhe soco na nuca, jogando-o ao chão e desferindo-lhe cassetetadas e chutes nas costas; que os militares levaram o menor para um canto mais afastado e depois retornaram com uma faca; que novamente o menor foi agredido pelos militares que a todo momento estavam de arma em punho; que o menor em momento algum esboçou reação ou tentou fugir*".

Em juízo (fl. 171-TJ), confirmou seu depoimento acima.

O ora apelante, tanto na fase extrajudicial quanto na judicial, negou a

autoria do delito, embora não tenha negado que desferiu "cassetetada" no menor quando este se encontrava deitado (fl. 28-TJ). A negativa, assim, restou só e destoante de todos os elementos probatórios carreados ao processo.

Quanto à tese recursal de que não restou comprovado o nexo de causalidade, não pode ser amparada. Suficientemente restou provado nos autos que as desnecessárias agressões sofridas pela vítima foram perpetradas pelo ora apelante; que as lesões descritas no *acd* de fl. 47-TJ foram conseqüência da atitude excessiva deste.

Lado outro, como bem asseverado pela douta Procuradoria de Justiça, a afirmação do co-réu Jorge de que o Sd Arnaldo agrediu fisicamente a vítima, sem que esta estivesse armada, desmorona a tese defensiva de que, no momento da agressão, agia o apelante em estrito cumprimento do dever legal.

Diz a jurisprudência:

"*Quem se encontra em estrito cumprimento de dever legal não comete crime, mas o agente deve manter-se dentro do estrito cumprimento do dever que lhe incumbe; poderá mesmo usar força, se tanto for preciso para que se cumpra o comando da lei, mas há de usá-la na medida do necessário; qualquer excesso penetra no domínio do ilícito punível*" (TACRIM-SP - AC 320.721 - Rel. Albano Nogueira).

Destarte, a palavra firme e harmônica da vítima, lastreada pelos depoimentos testemunhais e demais elementos de prova, encontra ressonância no elenco probatório, pelo que, *data venia*, é de se confirmar o decreto condenatório.

Todavia, quanto à pena aplicada, entendo que esteja a sentença a merecer pequeno reparo:

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal previsto e, por fim, aumentada pela agravante da reincidência. Na análise das circunstâncias do art. 59 do CP, os maus antecedentes do réu e, por conseqüência, a sua não-primariedade foram considerados, antecedentes estes que estavam incluídos no reconhecimento e aplicação da agravante da reincidência, configurando-se, assim, um inconveniente *bis in idem*.

A posição majoritária da jurisprudência de nossos pretórios é no seguinte sentido:

"*Todo reincidente é dotado de antecedentes comprometedores; portanto, a reprimenda-base estabelecida acima do mínimo legal fundada nos maus antecedentes do agente não pode prevalecer em relação à reincidência considerada na segunda fase da fixação da pena, por materializar* bis in idem" (*RT*, 741/647).

"*É inadmissível o aumento simultâneo da pena pelos maus antecedentes criminais e pela reincidência, sob pena da ocorrência de* bis in idem, *devendo a agravante da recidiva absorver aqueles para elidir a dupla valoração jurídica de uma mesma circunstância*" (*RT*, 744/614).

À vista do exposto, mantenho a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, fixada pelo Sentenciante, concretizando-a neste patamar, ante a inexistência de outras causas modificadoras.

Apesar de haver sido erroneamente substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista ter sido o crime cometido com violência a pessoa, tal decisão deverá prevalecer, tendo em vista a ocorrência da coisa julgada, ante a inércia recursal ministerial neste sentido, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

Mercê de tais considerações, rejeito as preliminares e dou provimento parcial ao recurso, para, confirmando a condenação no art. 233 da Lei nº 8.069/90, reduzir a pena, decotando-se o aumento relativo à agravante da reincidência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CRIME DE DANO - PRESO QUE DESTRÓI PAREDES E GRADES DE CELA PARA EVADIR-SE DO PRESÍDIO - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO - PROMOÇÃO E FACILITAÇÃO DE FUGA DE OUTRO PRESO - ART. 351, § 1º, DO CP - CRIME CONFIGURADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - APLICABILIDADE

- Provadas a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 351, § 1º, do CP (promover ou facilitar, por mais de uma pessoa e mediante arrombamento, a fuga de pessoa legalmente presa), a condenação é de rigor, não excluindo a culpabilidade nem justificando a atitude criminosa a alegação de que o crime fora praticado por estado de necessidade, se este não restar comprovado nos autos.

- Não há crime de dano na conduta do detento que, procurando evadir-se do presídio, provoca estragos no cárcere, porquanto nesta hipótese falta ao preso o dolo específico, a indispensável vontade de causar prejuízo ao patrimônio público, *animus nocendi*, sem o qual o crime de dano não se configura, sendo atípica a danificação de paredes e grades da cela por detentos que visam lograr a fuga.

- Se a destruição da parede e do cadeado da cela pelo preso foi dirigida finalisticamente para a consecução de fuga própria e para facilitar e promover a de outro preso, o crime de dano qualificado causado ao patrimônio público (art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP) constitui crime-meio para a efetivação e facilitação das fugas, devendo-se aplicar ao caso o princípio da consunção, restando absorvido o crime consunto (o de dano) pelo crime consuntivo, de facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança, previsto no art. 351, § 1º, do CP)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 227.131-0/00 - Comarca de Silvianópolis - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Crime de dano - Fuga de preso - Não-caracterização. - O fato de os detentos serrarem as grades da cela visando a evasão não configura o delito de dano, eis que se trata de crime-meio impunível para a consecução de meta diversa, a fuga, não constituindo um fim em si mesmo. Recurso parcialmente provido para absolver os recorrentes do delito de dano.

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, 22 de março de 2002. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Edvaldo Alves dos Santos e Cássio Bueri foram denunciados pela Justiça Pública da Comarca de Silvianópolis como incursos nas disposições dos arts. 163, parágrafo único, II, c/c 29, e 351, § 1º (segunda e terceira figura), todos do CP, tendo o MM. Juiz julgado procedente a denúncia (sentença às fls. 142/147) condenando o primeiro à pena de 08 meses de detenção e 12 dias-multa (art. 163, parágrafo único, II, do CP) e 02 anos e 04 meses de reclusão (art. 351, § 1º, do CP) e o segundo, à pena de 06 meses de detenção e 10 dias-multa (art. 163, parágrafo único, II, do CP) e 02 anos e 04 meses de reclusão (art. 351, § 1º, do CP), a serem cumpridas inicialmente no regime fechado, por haverem, no dia 09 de maio de 1999, quando presos na cadeia pública da Comarca, cavado um buraco na parede da cela, danificando-a, conseguindo, com isso, atingir o pátio do estabelecimento, oportunidade em que se apossaram de uma enxada existente no local e estouraram o cadeado de uma outra cela, favorecendo, assim, a fuga do detento Robson Luiz Vieira.

Inconformados com a condenação, através da Defensoria Pública, interpuseram os réus o presente recurso de apelação (fl. 149).

Em razões recursais acostadas às fls. 152/154, reportando-se às alegações finais, pleiteia a defesa a absolvição dos recorrentes, aduzindo, em resumo, que o réu Edvaldo Alves dos Santos agiu em evidente estado de necessidade, movido pelos sérios problemas de saúde que o afligiam, e que não recebia o devido tratamento médico quando estava preso.

Assevera, também, que ainda que se comprovasse terem os dois denunciados destruído parte da parede da cela com o objetivo de fugirem, tal fato, por si só, não caracteriza o delito de dano, porquanto ausente na conduta dos recorrentes o dolo específico de causar prejuízo a outrem, ou seja, o *animus nocendi*, elemento imprescindível para o reconhecimento do delito.

Nas contra-razões recursais o Promotor de Justiça pugna pela manutenção da decisão guerreada (fls. 156/159).

Nesta instância revisora a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A absolvição ou até mesmo a descaracterização da figura delitiva prevista no art. 351, § 1º (promover ou facilitar, por mais de uma pessoa e mediante arrombamento, a fuga de pessoa legalmente presa), do Código Penal mostra-se totalmente descabida.

A materialidade delitiva encontra-se comprovada pelo exame pericial de fls. 56/59.

A autoria também não consente dúvidas, posto que os próprios acusados confessaram a prática delituosa. Senão, vejamos:

O acusado Cássio Bueri afirmou na Polícia que:

"*... na data dos fatos, por volta das 16:00 horas, o custodiado Edvaldo começou a cavar um buraco no banheiro, sendo que todos na cela perguntaram ao mesmo se iria fugir, onde a resposta foi afirmativa; que, após a saída do Policial, Edvaldo derrubou a parede e saiu; que, o indiciado então derrubou mais alguns tijolos para passar no buraco; que, do lado de fora, foi até a cela ao lado e disse a Robson que Edvaldo sabia onde encontrar Márcio; que Robson topou em acompanhá-los até a busca de Márcio.; que Edvaldo de posse de uma enxada estourou um cadeado e o indiciado estourou outro cadeado; que abriram a cela e saíram em seguida*" (fls. 32/33).

Perante o MM. Juiz Edvaldo Alves dos Santos disse que "*... confirma os fatos narrados na denúncia, que de fato o declarante e seu colega de cela Cássio Bueri efetuaram um buraco na parede da cela visando a fuga; que procedeu desta maneira porque estava com problema de saúde...*" (fl. 95).

Tais confissões restaram corroboradas pelo contexto probatório, notadamente pelos depoimentos das testemunhas Mateus do Prado e Valdeci Pereira, colegas de cela dos acusados, que disseram às fls. 127 e 128 dos autos que ambos os acusados, munidos de um pedaço de madeira onde era colocada a televisão danificaram a parede do banheiro, utilizando-se, além do material já referido, de água, murros e pontapés; que, ao conseguirem passar pela parede, alcançaram o pátio da cadeia, onde, munidos de uma enxada, destruíram o cadeado que trancava a outra cela, de onde fugiu o preso de nome Robson.

Às fls. 36/37 Robson Luiz Vieira disse que "*Cássio gritou ao indiciado que o preso Edvaldo iria fugir e se dispôs a ajudá-lo a procurar Márcio na cidade de Machado; que então topou em fugir; que, mais ou menos às 20:00 horas, Edvaldo e Cássio ganharam o pátio da Cadeia e estouraram os cadeados da cela onde estava o indiciado*".

Ora, diante desse contexto probatório, dúvida não há de que tanto Edvaldo quanto Cássio Bueri facilitaram a fuga do detento Robson Luiz Vieira, mostrando-se correta a condenação de ambos no delito previsto no art. 351, § 1°, do CP.

A alegação do recorrente Edvaldo Alves dos Santos de que somente praticou o crime por estado de necessidade, devido aos sérios problemas de saúde que o afligiam, não exclui sua culpabilidade, nem justifica tal atitude criminosa. Ademais, ele mesmo esclareceu que a Polícia já o havia levado ao médico, mas não obteve solução.

Assim, não havendo nos autos provas do seu efetivo estado de necessidade, mostra-se de todo improcedente sua alegação.

Por outro lado, tenho que razão assiste aos recorrentes quando pleiteiam a absolvição do delito de dano (art. 163, parágrafo único, III, do CP), ao fundamento de que a destruição da parede e do cadeado das celas teve por propósito a fuga, o que, por si só, é suficiente para excluir tal figura penal.

De fato, conforme tive oportunidade de consignar na Apelação n° 029.663-2/00, Comarca de Galiléia, em que pesem às respeitáveis opiniões em contrário, entendo não haver crime de dano na conduta do detento que, procurando evadir-se do presídio, provoca estragos no cárcere.

É que, nestes casos, falta ao preso o dolo, isto é, a indispensável vontade de causar prejuízo ao patrimônio alheio, *animus nocendi*, sem o qual o crime de dano não se configura.

Inclusive, a jurisprudência dominante considera atípica a danificação de grades e vitrôs por detentos, não para causar prejuízo ao Estado, mas para lograr a fuga sem violência à pessoa (*JUTACRIM-SP*, 81/251).

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que:

"*Para a caracterização do crime de dano é essencial a presença do dolo específico, seja, o* animus nocendi, *a atuação dirigida à produção de prejuízo ao patrimônio alheio, não se configurando o delito quando a ação danosa foi realizada para a consecução de outro objetivo.*

Não comete o crime de dano qualificado o detento que, objetivando empreender fuga de cela de Delegacia de Polícia, arranca grades de ferro e produz perfuração na parede do prédio público, pois o seu objetivo centra-se na conquista da liberdade" (STJ - Recurso Especial n° 115.531/SP, Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* de 16.06.97, p. 27.427).

Na hipótese ventilada, é indiscutível que os réus abriram um buraco na parede do banheiro da cela onde se encontravam presos com o propósito exclusivo de evadirem-se e, em seguida, destruíram o cadeado da cela n° 2, promovendo e facilitando a fuga de um detento, não havendo configuração do crime de dano, porque este foi fase necessária da evasão planejada.

Destarte, diante da ação empregada pelos acusados, não resta dúvida, no caso concreto, de que o dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, do CP) causado ao patrimônio público (destruição da parede de um banheiro e destruição do cadeado da cela n° 2), foi crime-meio para a efetivação e facilitação das fugas, vale dizer, todas as ações precedentes foram dirigidas finalisticamente para a consecução de fuga, devendo-se aplicar, no presente caso, o princípio da consunção, restando absorvido o crime consunto pelo crime consuntivo de facilitação da fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança, previsto no art. 351, § 1°, do CP.

Do exposto, dou provimento parcial ao recurso para absolver os recorrentes do delito de dano, previsto no art. 163, parágrafo único, III, do CP, com base no art. 386, III, do CPP, mantendo, no mais, irretocada a r. decisão guerreada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CRIME DE RACISMO - ART. 20 DA LEI 7.716/89 - COLUNISTA DE JORNAL - TEXTO HUMORÍSTICO - AUSÊNCIA DE DOLO - DESCONFIGURAÇÃO DO DELITO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PROTEÇÃO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - AFASTAMENTO DA CENSURA - PERGUNTAS QUE NÃO GUARDAM RELAÇÃO COM O PROCESSO E QUE ENVOLVEM APRECIAÇÃO SUBJETIVA - JUÍZO DEPRECADO - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA

- O indeferimento, pelo juízo deprecado, de perguntas que não guardam relação com o processo e envolvem apreciação subjetiva não constitui cerceamento de defesa, máxime se não representarem prejuízo para a defesa.

- A conduta prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, que proclama: "*praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*", constitui tipo penal que enfrenta fortes controvérsias na sua caracterização, especialmente quando o conceito de "discriminação ou preconceito" - elementos-chaves da conduta - depara com um nebuloso subjetivismo. Por isso, não se pode concluir que o autor tenha praticado, induzido ou incitado a discriminação racial com seu texto humorístico, garimpando frases isoladas, desconectadas do texto e/ou contexto, sob pena de cometer injustiça.

- O colunista de jornal que redige texto humorístico satirizando pessoas ou fatos então em destaque, cujo objetivo é, por meio de jogos de palavras e pilhéria, fazer humor, sem o propósito de ofender, não havendo no texto incitação à discriminação ou preconceito contra a raça negra, inexistindo nas frases conotação de cunho racista, não comete o crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, pois a conduta de incitar do tipo exige que o agente tenha vontade consciente dirigida no sentido de estimular a discriminação ou preconceito racial, exigindo o dolo direto ou mesmo o eventual.

- Inegável que o racismo é prática torpe e imoral, que merece o repúdio de toda a sociedade, porque afronta os mais elevados valores da dignidade humana. Mas também é inegável que uma condenação, em tal hipótese, não pode permitir qualquer dúvida, subjetivismo ou resultar da imposição cega do chamado "politicamente correto". Se a Constituição Federal repudia o crime de racismo, retirando-lhe a prescrição e a fiança, também protege a livre manifestação do pensamento, afastando a censura. Não se pode, a pretexto de combater palavras e textos de cunho supostamente racistas impostos pela cartilha do chamado "politicamente correto", estabelecer transversa censura.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 229.590-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Crime de racismo - Lei 7.716/89 - Colunista de jornal - Condenação monocrática - Preliminar de nulidade - Indeferimento de perguntas no juízo deprecado - Politicamente correto - Texto humorístico - Dolo inexistente - Absolvição - Recurso provido.

RELATÓRIO

Walter Paraíso Ribeiro de Navarro Filho, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 20 da Lei nº 7.716/89, porque, na condição de colunista do jornal *O Tempo*, escreveu em dois textos de sua autoria, publicados nos dias 27.3.97 e 4.4.97, respectivamente, palavras consideradas racistas, nos termos da representação apresentada por entidades voltadas para a defesa do negro.

A MMa. Juíza de Direito Substituta, em cooperação na 8ª Vara da Comarca de Belo Horizonte, julgando procedente o pedido contido na denúncia, condenou-o a cumprir a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime aberto, mais o pagamento de 20 dias-multa, substituindo, a final, a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Inconformado, recorreu, pugnando, em preliminar, pela nulidade do processo, por cerceamento de defesa, e, no mérito, pela absolvição.

Contra-arrazoado o recurso, o RMP local se bate pela confirmação da sentença. A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do Procurador Ronaldo César de Faria, opina no mesmo sentido.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão do Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 06 de maio de 2001. - *Edelberto Santiago* - Relator.

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, DESPREZAR PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Ouvi, com a costumeira atenção e admiração de sempre, a sustentação oral, produzida pelo combativo e culto advogado, Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior, que falou em defesa do

apelante Walter Paraíso Ribeiro de Navarro Filho.

Caso não haja objeção, deixarei de proceder à leitura do relatório que se acha lançado nos autos.

(Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

A defesa suscitou a preliminar de nulidade do processo, sob a alegação de cerceamento da defesa, vez que foram indeferidas, pelo Juízo deprecado, importantes perguntas formuladas à testemunha Luiz Alberto de Castro Tito, diretor do jornal onde trabalham o réu e a testemunha Ricardo Aleixo. Ora, não procede a argüição, pois as perguntas indeferidas, além de não guardarem relação com o processo e envolverem apreciação subjetiva, nos termos dos arts. 212 e 213 do Código de Processo Penal, não representaram prejuízo para a defesa.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Sr^{a}. Des^{a}. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - No mérito, a meu sentir, merece ser reformada a r. sentença hostilizada.

Consta dos autos que o réu, ora apelante, era colunista do Jornal *O Tempo*, no qual escrevia, semanalmente, a coluna "Boca no Trombone", conhecida pelo tom satírico, pleno de chistes e trocadilhos. No dia 27.3.97, com o título de "*O Paciente Jamaicano*", o autor, ao relatar uma viagem à Jamaica, escreveu a seguinte frase "... *Pô Pitta, a gente tentando limpar o preconceito no Blequitude e tu provando que quando não suja na entrada, suja na saída.*", que foi considerada ofensiva e racista para as entidades envolvidas na defesa do negro, na luta contra o racismo, conforme constou da exordial acusatória. Dias depois, no dia 4.4.97, em resposta ao artigo, publicado dia 2.4.97 na página editorial, de autoria de outro colunista do jornal, o escritor negro Ricardo Aleixo, o acusado escreveu o artigo intitulado "Mulatinho, mas ordinário", também considerado ofensivo à raça negra, pelas mesmas entidades.

A Julgadora monocrática, ao apreciar a conduta do réu, segundo a ótica do art. 20 da Lei n. 7.716/89, julgou-a nitidamente dolosa e que, por se tratar de delito formal ou de mera conduta, era desnecessário verificar a ocorrência de prejuízo concreto aos valores protegidos pelo tipo penal.

A conduta prevista no referido art. 20 da Lei nº 7.716/89 proclama: "*Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*". Este tipo penal enfrenta fortes controvérsias na sua caracterização, especialmente quando o conceito de "discriminação ou preconceito" - elementos chaves da conduta - depara com um nebuloso subjetivismo. Ou seja, ocorreu de fato discriminação ou preconceito contra a raça negra, que o autor praticou, induziu ou incitou com seus textos?

Certo é que não se pode responder a tal indagação garimpando frases isoladas, desconectadas do texto e/ou contexto, sob pena de, como *in casu*, cometer injustiça.

A coluna "Boca no Trombone", de autoria do apelante, era publicada semanalmente, toda quinta-feira, no jornal *O Tempo*. Com um tom marcadamente irreverente, sempre em busca do trocadilho perdido, privilegiava o chiste onomatopaico. A exemplo de outros colunistas, conhecidos em nível nacional, como José Simão, na *Folha de São Paulo*, ou Tutty Vasquez, da Revista *Época*, e guardadas as devidas proporções de talento, o réu redigia seu texto humorístico, satirizando pessoas ou fatos então em destaque. O objetivo era, através de jogos de palavras e da pilhéria, fazer humor, ainda que o resultado fosse de duvidosas qualidades jornalísticas ou literárias, até por que o autor não tinha tais pretensões; a prioridade, como dito, era fazer rir, usando da gozação muitas vezes desrespeitosa.

Oportuno, aqui, lembrar do personagem Morel, no primeiro romance do escritor Rubem Fonseca, que exclama, reiteradamente, ao longo do livro: "*Nada temos a temer, exceto as palavras*". É isso. Essa obsessão pelo trocadilho engraçado, eventualmente infame, pode ser desastrosa, ofensiva, embora não haja tal propósito, como no presente caso.

As frases pinçadas dos textos e que embasaram a condenação se inserem nesse contexto acima descrito, e não contêm incitação à discriminação ou preconceito contra raça negra. Não se percebe, nas citadas frases, a conotação de cunho racista que a acusação e a Sentenciante enxergaram.

A conduta de incitar do tipo exige que o agente tenha vontade consciente dirigida no sentido de estimular a discriminação ou preconceito racial, exige o dolo direto ou mesmo o eventual, que inexistiram *in casu*, seja pela interpretação contextualizada, seja pelas negativas coerentes do réu.

Inegável que o racismo é uma prática torpe e imoral, que merece o repúdio de toda a sociedade, porque afronta os mais elevados valores da dignidade humana. Mas, também é inegável que uma condenação, em tal hipótese, não pode permitir qualquer dúvida, subjetivismo ou resultar da imposição cega do chamado "politicamente correto".

Se a Constituição Federal repudia o crime de racismo, retirando-lhe a prescrição e a fiança, também protege a livre manifestação do pensamento, afastando a censura. Não se pode, a pretexto de combater palavras e textos de cunho supostamente racistas impostos pela cartilha do chamado "politica-

mente correto", estabelecer transversa censura.

Oportuno lembrar da histórica frase de Voltaire: "*Não concordo com uma só palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o direito de dizê-las*".

Por todo o exposto, tenho que o ora apelante não agiu com dolo, pois não se percebe nos dois textos colacionados qualquer propósito de ofender a honra da comunidade negra. Tampouco ocorreram os delitos de injúria ou difamação, que comumente resultam da desclassificação do crime de racismo.

Mercê de tais considerações e rendendo vênia aos entendimentos ministeriais, absolvo, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP, o réu Walter Paraíso Ribeiro de Navarro Filho da imputação do crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Registro que, mais uma vez, tive o prazer de ouvir a sustentação oral do culto e talentoso Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior.

Não tenho nenhuma dificuldade em acompanhar o Des. Relator, que, com precisão, vê um desate justo à questão.

Súmula - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

JÚRI - CERCEAMENTO DE DEFESA - RÉU COM ADVOGADO CONSTITUÍDO - NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO - ATUAÇÃO DEFICIENTE - DEFESA PRÉVIA - ALEGAÇÕES FINAIS - APRESENTAÇÃO APENAS FORMALMENTE - FALTA DE DEFESA - JULGAMENTO - ANULAÇÃO *EX OFFICIO*

- Anula-se o julgamento do Júri, *ex officio*, quando a atuação do defensor público nomeado se fez de forma deficiente, máxime se o réu possui advogado regular e legitimamente constituído nos autos, que não teve seus poderes destituídos.

- No âmbito do processo penal, deve-se garantir ao réu pleno exercício do seu direito de defesa, que deve ser efetiva, real, e não apenas formal. Se o defensor, não obstante tenha apresentado defesa prévia e alegações finais, o fez apenas formalmente, fica caracterizada a falta de defesa, e não apenas a deficiência desta.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 232.869-8/00 - Comarca de Itabira - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Processo Penal - Preliminar de ausência de defesa - Caracterização - Réu com advogado constituído - Nomeação de defensor público - Anulação, *ex officio*, do Júri - Prejudicialidade do recurso defensivo.

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 ACATAR, DE OFÍCIO, PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PARA ANULAR O PROCESSO, PREJUDICADO O RECURSO DO APELANTE.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Levado a Júri, foi o apelante condenado a 28 anos e 02 meses de reclusão, pela prática, com duas qualificadoras, de um homicídio consumado e de dois homicídios tentados.

Não se protestou por novo Júri, mas o sentenciado interpôs recurso apelatório (fls. 268) sem apontar os incisos do art. 593 do CPP em que se arrima.

Nas razões recursais de fls. 271/274, pleiteia-se a anulação do julgamento, por cerceio de defesa, já que o Juiz-Presidente se teria negado a questionar os jurados a respeito da tese esposada pela defesa (crime passional), induzindo-os a erro.

Aduz o apelante, ainda, que o julgamento seria nulo pela ausência do defensor na sala secreta.

Contrariado o recurso, indeferiu-se a pretensão do recorrente, no sentido de aguardar em liberdade o desfecho recursal.

No parecer de fls. 288/298, o Procurador de Justiça Francisco Márcio Martins Miranda Chaves levanta, de ofício, a preliminar de nulidade do julgamento "*por atuação deficiente da defesa*".

Se ultrapassada tal preliminar, propõe o parecerista que se acate a do recurso, mas, se tal não ocorrer, que se confirme o veredicto do Júri.

É o relatório.

Conheço do recurso.

O Procurador de Justiça, de ofício, suscitou uma preliminar de nulidade por atuação deficiente da defesa, mencionando recente decisão deste eg. TJMG, publicada no boletim do Instituto de Ciências Penais de jan./fev. ano 2001:

"*Cerceamento de defesa - Réu revel com defensor constituído nos*

autos - Nomeação pelo juiz de defensor dativo - Irregularidade - Atuação deficiente - Anulação do feito".

De fato, não há renúncia ao mandato outorgado ao defensor regular e legitimamente constituído pelo réu, nem destituição de seus poderes. No entanto, outro defensor atuou, com visível deficiência, em sua defesa.

"*É de se anular o feito, quando a atuação do defensor público nomeado se fez de forma deficiente, com alegações finais vazias de conteúdo e inexpressivas, podendo-se afirmar que, por elas, não se exerceu direito de defesa.*" (TJMG - Apelação Criminal nº 160.798-5/00 - Comarca de Sabará - Rel. Des. Kelsen Carneiro - publicado no *MG* de 28.11.2000.)

Tal como naquele julgado, Joseovani está indefeso. Em sua própria carta, juntada aos autos (fls. 277), insiste em que seja nomeado novo defensor público, já que o que atuou em seu Júri não tinha conhecimento da causa. O próprio causídico, em suas razões recursais (fls. 263), admite que "*sua moral e estado emocional foram ao chão*", o que comprova a impossibilidade de ter realizado uma defesa plena.

"*No âmbito do processo penal há a necessidade de que se garanta ao réu o pleno exercício do seu direito de defesa, que deve ser efetivo, real, e não apenas* pro forma. *Resta caracterizada a falta de defesa do réu, e não apenas a sua deficiência, se o defensor, não obstante tenha apresentado defesa prévia e alegações finais, o fez apenas formalmente*" (*HC* 16.620/MG - 2001/0051917-2 - Quinta Turma - STJ).

A defesa apresenta três outras deficiências:

a) Falta de protesto em relação ao suposto impedimento do ingresso do defensor na sala secreta.

b) Inércia na obtenção de pena menor para o réu.

c) Por fim, após uma sentença que condenou o réu a 28 anos e 02 meses de reclusão, em momento algum a defesa feriu o mérito, sequer pleiteando a diminuição da pena, caso sua preliminar não fosse acolhida. Derradeiramente, como última possibilidade perdida, não houve protesto por novo Júri.

Diante do exposto, acato a preliminar levantada pela Procuradoria-Geral de Justiça e, de ofício, anulo o Júri, restando prejudicado o recurso da defesa.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - ACATARAM, DE OFÍCIO, PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PARA ANULAR O PROCESSO, PREJUDICADO O RECURSO DO APELANTE.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO - EXCESSO CULPOSO - NEGATIVA - EXCESSO DOLOSO - QUESTIONAMENTO - QUESITO OBRIGATÓRIO - INTELIGÊNCIA DO ART. 484, III, DO CPP

- É de se anular o julgamento quando houve ausência do quesito obrigatório sobre o excesso doloso, em face da expressa previsão legal, que obriga o questionamento da matéria.

- Negado o excesso culposo, não se poderia presumir o reconhecimento implícito do excesso doloso, pois, caso fosse esse quesito também negado pelo Júri, daria ensejo ao excesso escusável e conseqüente absolvição em função da ausência de culpabilidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 236.465-1/00 - Comarca de Mantena - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Júri - Homicídio - Excesso culposo - Negativa pelo Júri - Questionamento sobre o excesso doloso - Quesito obrigatório - Inteligência do art. 484, III, do CPP. - É de se anular o julgamento quando houve ausência do quesito obrigatório sobre o excesso doloso, em face da expressa previsão legal, que obriga o questionamento da matéria. - Negado o excesso culposo, não se poderia presumir o reconhecimento implícito do excesso doloso, pois, caso fosse esse quesito também negado pelo Júri, daria ensejo ao excesso escusável, e conseqüente absolvição em função da ausência de culpabilidade.

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 PARA ANULAR O JULGAMENTO PELO JÚRI.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - José Ribeiro da Costa foi submetido a julgamento perante o egrégio Tribunal do Júri da Comarca de Mantena, incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do CP, e, ao final, condenado a uma pena de 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime semi-aberto.

Inconformado, o acusado recorreu, com fulcro no art. 593, III, *a*, do CPP, postulando a nulidade do julgamento. Alega que houve erro na ordem legal de formulação dos quesitos relativos ao excesso punível, indagando-se primeiro o excesso culposo, bem como por não ter sido submetido à apreciação do Júri o quesito referente ao

excesso doloso, de formulação obrigatória.

O Ministério Público de primeiro e segundo graus opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório do essencial.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como se vê do termo de votação de quesitos, o Júri negou, por unanimidade, o 5° e o 6° quesitos, relativos ao uso moderado dos meios necessários. Submeteu, então, a douta Juíza-Presidente do Tribunal do Júri aos Srs. Jurados o 7° quesito, concernente ao excesso culposo em relação aos limites da legítima defesa, tendo esse quesito sido respondido, por unanimidade, negativamente. Logo após a MMª. Juíza julgou prejudicado o 8° quesito, atinente ao excesso doloso.

Como bem acentuou a douta Procuradoria de Justiça, a simples inversão na ordem de formulação dos quesitos, a princípio, não gera qualquer nulidade, por evidente ausência de prejuízo.

Quanto à supressão de quesito obrigatório, a mesma fulmina de nulidade o julgamento.

Conforme determinação contida no artigo 484, III, do Código de Processo Penal:

"*Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o Juiz formulará os quesitos correspondentes imediatamente depois dos relativos ao fato principal,* inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude".

Esse também o entendimento doutrinário, como, por exemplo, se vê de ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO:

"*Negado o 7° quesito, vota-se o 8°, que diz respeito ao 'uso moderado' dos meios de repulsa. Vale notar que não se pode deixar de indagar acerca do 'uso moderado dos meios de repulsa' somente por ter sido negado o quesito relativo à 'necessidade dos meios empregados'.*

Negados ambos (o 7° e o 8°) ou somente um deles, indiferentemente, sempre se vota o quesito relativo ao excesso punível, cuidando-se, em primeiro lugar, 'do excesso doloso' (9° quesito da série) - vide *item 69.4.*

Por haverem os jurados afirmado a desnecessidade dos meios empregados em caso de legítima defesa, não se deve considerar prejudicados os quesitos subseqüentes, relativos à moderação no uso dos meios e ao caráter doloso ou culposo do excesso porventura havido.

Vacilante - a esse propósito - era a jurisprudência do STF. Tornou-se, contudo, pacífico o entendimento acima indicado, desde o julgamento pelo Plenário do RECrim 79.530, concluído a 7.11.74, sendo Relator o Min. Rodrigues de Alckmin. Ficou então assentado, finalmente, que 'a negativa da necessidade dos meios não exclui a indagação sucessiva da moderação stricto sensu *e do elemento subjetivo caracterizador do excesso'*" (*Teoria e Prática do Júri*, RT, 5a. ed., p. 396).

Nesse sentido também já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça, como se vê do julgado abaixo transcrito:

"*Júri - Excesso culposo - Negativa pelo Júri - Questionamento sobre o excesso doloso - Quesito obrigatório - Lei 7.209/84 - Anulação do julgamento. - É de se anular o julgamento quando houve ausência do quesito obrigatório sobre o excesso doloso, pois a própria Lei 7.209/84 obriga o questionamento da matéria, quando determina que o agente, em qualquer das hipóteses do art. 23, parágrafo único, do CP, responderá pelo excesso culposo ou doloso*" (*in* "*Jurisprudência Mineira*", 131/499).

Com efeito, não se podia presumir que, negado o excesso culposo, estaria implicitamente reconhecido o excesso doloso, pois, caso negado também esse quesito, ter-se-ia o excesso escusável, que garantiria ao réu a absolvição em função da ausência de culpabilidade.

Sendo assim, evidente é a nulidade absoluta do julgamento, lamentavelmente pela segunda vez.

Nessas condições, acolhendo o parecer da d. Procuradoria, dou provimento ao recurso para anular o julgamento do Tribunal do Júri, determinando que a outro seja procedido, com a observância das formalidades legais.

Custas, a final.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Observo, apenas para orientação do MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri de Mantena, que, negado o quesito referente ao uso moderado dos meios necessários por parte do réu, vota-se, em seguida, o excesso punível, devendo vir, em primeiro lugar, de acordo com a lei, o doloso.

Estou de acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARA ANULAR O JULGAMENTO PELO JÚRI.

-:::-

CUSTAS PROCESSUAIS - PROCESSO PENAL - RÉU POBRE NO SENTIDO LEGAL - ISENÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PREJUÍZO DO SUSTENTO PRÓPRIO OU DA FAMÍLIA - PAGAMENTO - INEXIGIBILIDADE - PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS CONTADOS DA SENTENÇA FINAL - PRESCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI Nº 1.060/50 - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA

- A teor do art. 12 da Lei nº 1.060/50, o réu juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento não será exigido na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando prescrita a obrigação, se, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, contados da sentença final, o sentenciado não puder satisfazê-la.

- Não há que se falar em preclusão do direito do condenado de questionar as custas, pelo fato de ter transitado em julgado a sentença que o condenou no pagamento das mesmas, eis que a exeqüibilidade ou não da cobrança das custas é matéria de execução e só nesta deve ser considerada, não na sentença condenatória.

RECURSO DE AGRAVO Nº 242.774-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Recurso de agravo - Isenção do pagamento de custas processuais - Impossibilidade - Réu pobre no sentido legal - Situação que não o isenta da quitação - Pagamento que deve ficar sobrestado pelo prazo de 05 anos, prescrevendo-se, se dentro desse período o sentenciado não puder satisfazer a obrigação - Inteligência do art. 12 da Lei 1.060/50 - Recurso ministerial conhecido e provido.

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.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - O representante do Ministério Público em exercício perante a Vara de Execuções Criminais desta Capital, com fulcro no art. 197 da LEP, interpôs o presente recurso de agravo em execução, contra a r. sentença vista em cópia à fl. 09-TJ, que acolheu pedido de isenção de custas processuais da sentenciada Regina Arcanjo Gomes, condenada a 04 anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 12 da Lei 6.368/76.

Em suas razões recursais de fls. 03/05-TJ, sustenta o agravante, em síntese, que o argumento de que a sentenciada deve ser isenta das custas processuais, por ser reconhecida sua carência de recursos, não procede, pois pode haver requerimento de suspensão do pagamento das mesmas, que seria o correto, já que impediria a execução da dívida. E, trazendo à colação decisões a respeito da matéria deste Tribunal, bem como do STJ, lembra que o juridicamente miserável não fica imune da condenação das custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazos estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50. Sustenta, ademais, que a sentença que condenou a agravada ao pagamento das custas transitou em julgado, pelo que precluiu o direito da mesma de questionar o referido pagamento.

O recurso foi contra-arrazoado às fls. 14/18-TJ.

Nesta instância revisora, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do agravo, sendo de se registrar que mantida foi no juízo de retratação a r. decisão recorrida.

É o relatório sucinto.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Cumpre antes de mais nada ressaltar que, ao contrário do entendimento do combativo Órgão recorrente, não há se falar em preclusão do direito da condenada, ora agravada, de questionar as custas, pelo fato de ter transitado em julgado a sentença que a condenou no pagamento das mesmas, eis que, de acordo com a orientação dos nossos pretórios, "*a exeqüibilidade ou não da cobrança das custas é matéria de execução e só nesta deve ser considerada, não na sentença condenatória*". Neste sentido *RT*, 541/336.

Todavia, procede o seu inconformismo contra a decisão agravada, eis que, conforme reiteradamente temos decidido, dispõe o art. 12 da Lei nº 1.060/50 que "*a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita*".

Vê-se, portanto, de forma clara, que o pagamento das custas apenas não será exigido quando importar em prejuízo do próprio sustento ou da família, ficando prescrita a obrigação se, no prazo de cinco anos, contados da sentença, não puder o sentenciado satisfazê-la.

Nos termos do enunciado da Súmula nº 58, editada pelo Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal:

"*O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50*".

A orientação do STJ não discrepa disso. Inclusive assim já decidiu aquele egrégio Sodalício:

"*Constitucional. Processual Penal. Condenação, CPP, art. 804. Custas. Réu miserável. Assistência jurídica gratuita. Alcance da isenção. Lei 1.060/50. Art. 12. - No processo penal, assim como no processo civil impera o princípio que proclama a obrigação do vencido de arcar com as despesas do processo, com destaque para as custas processuais (CPP, art. 804).*

- Em se tratando de réu miserável, beneficiário da garantia constitucional da assistência jurídica integral gratuita, não há exoneração do pagamento da obrigação, que, todavia, não se exigirá na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando a mesma prescrita se, no prazo de cinco anos, contados da sentença, não puder satisfazê-la (Lei 1.060/50).

- Recurso especial conhecido e provido" (STJ - 6ª Turma - REsp nº 108.267/DF - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* de 01.09.97).

No caso em julgamento, por tudo que se viu acima, verifica-se que o MM. Juiz de primeiro grau, ao conceder agora à isenção das custas à ré, agiu de forma equivocada, contrariando a lei, bem como a jurisprudência a respeito da matéria, pelo que merece reforma a sua decisão.

Isto posto, dou provimento ao recurso ministerial para que seja reformada a decisão que isentou a sentenciada das custas processuais, adotando-se o procedimento estabelecido na Lei 1.060/50.

Sem custas.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - PRESCRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS - ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - MENOR - CONFISSÃO DE AUTORIA DOS FATOS NO INQUÉRITO E EM JUÍZO

- Por não possuírem as medidas socioeducativas caráter retributivo, vez que visam simplesmente à educação do adolescente infrator, a elas não se aplica o instituto da prescrição.

- Incensurável a decisão que impôs ao apelante a medida educativa de liberdade assistida, quando a confissão extrajudicial do apelante, além de ratificada em Juízo, encontra total apoio nos demais elementos de convicção carreados aos autos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 244.539-3/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Impossibilidade de prescrição de medida socioeducativa - Ato infracional análogo ao crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas - Alegação de insuficiência de provas - Improcedência - Menor que confessa no inquérito e em Juízo a autoria dos fatos - Confissões corroboradas pela prova testemunhal - Menor que reitera o cometimento de atos infracionais graves - Medida socioeducativa concernente à liberdade assistida adequada.

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, 22 de março de 2002. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Ministério Público ofereceu representação contra o menor L.M.S., qualificado nos autos, pela prática de ato infracional análogo à figura típica descrita no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal porque, no dia 19 de fevereiro de 1996, em companhia de B.F.M. e E.S, arrombaram a porta da residência situada na Av. Sizenando Dutra Siqueira, nº 242, Bairro Popular, Comarca de Cataguases, e dela subtraíram dois toca-fitas e um ventilador.

A sentença de fls. 62/64-TJ, julgando procedente a representação oferecida, aplicou ao adolescente a medida socioeducativa da liberdade assistida, pelo prazo de um ano.

Irresignado, o adolescente recorreu, argüindo, em preliminar, a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo prescricional. No mérito, sustenta ser a prova controversa a respeito do ato infracional a ele imputado, razão pela qual requer a sua absolvição.

Houve apresentação de contra-razões, e a douta Procuradoria de Justiça manifesta-se, em preliminar, pela extinção da pretensão educativa e, no mérito, opina pelo desprovimento do recurso.

Em que pese à ausência do juízo de retratação, trata-se de mera irregularidade, que não acarreta qualquer prejuízo.

Como bem ressaltou a douta Procuradoria de Justiça, a diligência para suprir sua falta é meramente protelatória, pois, tendo aludida providência por finalidade o adiantamento da prestação jurisdicional, quando os autos já se encontram em segundo grau, não mais se justifica seu retorno à comarca de origem.

Suscita o apelante prefacial de prescrição da pretensão educativa.

Como é sabido, a prescrição consiste na perda por parte do Estado do poder-dever de punir, pelo não-exercício da pretensão punitiva ou executória, em face do decurso do tempo.

Data venia, por não possuírem as medidas socioeducativas caráter retributivo, vez que visam simplesmente à educação do adolescente infrator, a elas não se aplica o instituto da prescrição.

Ora, em se tratando de menor, não há que se falar em pretensão punitiva, pois o Estado tem apenas em relação aos inimputáveis pretensão educativa.

Deve-se anotar que a pretensão educativa tem natureza distinta da pretensão punitiva. A pretensão educativa, como o próprio nome diz, visa à educação do menor e cumpre função relevante na prevenção do crime. Portanto, tal pretensão, a bem do menor, não prescreve, pois, até que o mesmo complete 21 anos, é possível obter-se o fim educativo colimado.

Ademais, o Código Penal, no art. 109, ao tratar da prescrição antes de transitar em julgado a sentença, refere-se textualmente à pena privativa de liberdade cominada ao crime, hipótese que certamente não pode ser trasladada para os atos infracionais que têm apenas como "sanção" medidas socioeducativas (TJSP - C. Esp. - Ap. 18.839-0 - Rel. Dirceu Mello).

Fica, assim, rejeitada a preliminar.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A materialidade e a autoria do ato infracional restaram satisfatoriamente comprovadas; a primeira pelo auto de apreensão de fl. 46-TJ e termo de restituição de fl. 47-TJ, e a segunda pela confissão de L., e prova oral colhida, notadamente os depoimentos do policial Winglison Tavares Ribeiro (fls. 03 e 39/TJ) e do co-réu B.F.M. (fls. 05 e 31-TJ).

O réu, na Delegacia e em Juízo, confessou o crime. Disse que o co-réu E. arrombou a porta da residência, lá entrando e subtraindo dois toca-fitas e um ventilador, e que ele e B. ficaram fora da residência, dando cobertura ao assalto.

O menor B., por seu turno, disse que L. acompanhou E., adentrando na residência e de lá subtraindo um toca-fitas, que escondeu nas imediações, enquanto ele ficou do lado de fora, para certificar-se de que não havia ninguém chegando.

O policial Winglison esclareceu que foi acionado para atender a ocorrência e que, chegando ao local, avistou os acusados saindo do beco onde se situa a casa arrombada. Disse que os perseguiu até alcançá-los e que eles confessaram o crime.

O civil Luiz Carlos de Oliveira afirmou ter visto o policial correndo atrás de E. Disse que o policial lhe informou ter E., juntamente com os dois menores infratores, praticado o furto na citada residência.

Como se vê, a confissão extrajudicial do apelante, além de ratificada em Juízo, encontra total apoio nos demais elementos de convicção carreados aos autos. Não se pode querer melhor prova da autoria.

Assim, incesurável a decisão que impôs ao apelante a medida educativa da liberdade assistida.

Importa, ainda, salientar, que o adolescente já foi bastante beneficiado com a medida imposta, em face da gravidade dos antecedentes que ostenta, como se vê da certidão de fl. 53-TJ, onde se constata que o mesmo vem reiterando o cometimento de infrações graves, o que demonstra sua personalidade desestruturada e voltada para a delinqüência, e justificaria plenamente a adoção de uma medida mais drástica.

Com tais considerações e acolhendo, ainda, o parecer da Procuradoria de Justiça, nego provimento à apelação.

Custas, a final.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ART. 1°, II, DA LEI 8.137/90 - CRÉDITOS DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - AUSÊNCIA DO DEVIDO ESTORNO - FRAUDE PARA REDUÇÃO OU SUPRESSÃO ILÍCITA DO IMPOSTO DEVIDO - RESPONSABILIDADE PENAL - CONJUNTO PROBATÓRIO - DOLO EVIDENCIADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 2°, I, DA CITADA LEI - INADMISSIBILIDADE - EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - BENEFÍCIO CONCEDIDO

- Aumentar crédito do ICMS por uma nota fiscal, cujo valor expresso não corresponda a uma venda real, ou seja, superior ao desta, significa suprimir ou reduzir tributo. A reprovabilidade dessa conduta fundamenta-se no fato de o agente haver descontado um tributo devido, mediante utilização de crédito fictício, e ter ficado com o valor pertencente ao erário.

- Sabendo os apelantes da falsidade material dos documentos fiscais, tendo em vista a não-comprovação do recebimento das mercadorias correspondentes às operações comerciais, não há dúvida de que agiram com dolo, não vingando, assim, a tese de que não sabiam da inidoneidade das empresas com as quais estariam negociando.

- Se os recorrentes são primários, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis são inerentes à espécie do delito por eles praticado, não há razão para se indeferir o pedido de aplicação de sanções alternativas aos recorrentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 245.620-0/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Crime contra a ordem tributária - Art. 1º, II, da Lei 8.137/90 - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS sobre notas fiscais declaradas inidôneas - Ausência do devido estorno - Fraude realizada para suprimir ou reduzir ilicitamente o imposto devido - Responsabilidade penal dos administradores da empresa - Dolo evidenciado pelo conjunto probatório - Pretendida desclassificação para o tipo previsto no art. 2º, I, da citada lei - Inadmissibilidade - Conduta relacionada com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e não somente com o pagamento do tributo - Efetivo prejuízo ao erário - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Requisitos do art. 44 do CP preenchidos - Benefício concedido. 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, À UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

Belo Horizonte, 06 de agosto de 2002. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Marcelo Leonardo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Sr. Presidente. Estive atento à sustentação oral proferida pelo Dr. Marcelo Leonardo em nome dos apelantes, agradeço o memorial que, por gentileza de S. Exa., me foi enviado e tenho voto escrito, deixando de ler o relatório que já se encontra nos autos.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Antônio Carvalho das Neves e Sebastião Gonçalves de Queiroz, qualificados, foram condenados como incursos nas sanções do art. 1º, II, da Lei 8.137/90, c/c art. 71 do CP, a 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, e multa, porque, na qualidade de sócio administrador e gerente administrativo, respectivamente, da empresa Embrafor-Empresa Brasileira de Fornecimento Ltda., teriam suprimido ou reduzido imposto devido (ICMS), no período de janeiro a junho e dezembro de 1992 e junho de 1993, aproveitando-se indevidamente de créditos de ICMS sobre notas fiscais declaradas inidôneas.

Inconformados com a sentença condenatória de fls. 559/564, apelaram os acusados, requerendo a absolvição, por ausência de dolo e de consciência da ilicitude, vez que a declaração de inidoneidade das notas fiscais pela Receita estadual é posterior à sua emissão e aos lançamentos contábeis decorrentes, tanto que o STJ anulou o débito fiscal, conforme acórdão juntado aos autos. Alternativamente, pleiteiam a desclassificação do delito para o do art. 2º, I, da citada lei, ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP (fls. 598/611).

O recurso foi respondido, pugnando o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo seu desprovimento (fls. 614/619 e 621/626).

O caso dos autos versa sobre redução ou supressão de ICMS devido. Trata-se de imposto não cumulativo, em que se compensa o valor devido em cada operação com o montante do ICMS cobrado nas operações anteriores. O art. 23 da LC 87/96 condiciona o direito desse crédito à idoneidade da documentação.

Aumentar o crédito do ICMS por uma nota fiscal, cujo valor expresso não corresponda a uma venda real, ou seja, superior ao desta, significa suprimir ou reduzir tributo. A reprovabilidade dessa conduta fundamenta-se no fato de o agente haver descontado um tributo devido, mediante utilização de crédito fictício, e ter ficado com o valor pertencente ao erário.

In casu, os recorrentes inseriram elementos inexatos correspondentes a créditos de ICMS em livro contábil da empresa administrada por eles, utilizando-se de cinco notas fiscais emitidas pelas empresas Comercial Mag Ltda., Distribuidora Sema Ltda.e Minas Lagoa Comércio Indústria Ltda., que encerraram suas atividades irregularmente e que, em razão disso, foram declaradas inidôneas (fls. 35/40). O crédito tributário restou apurado na via administrativa, apesar de contestado pelos réus, que sequer fizeram prova da realidade das operações comerciais. Os indícios apontam no

sentido de que estas não tenham existido. Cumpre salientar que os documentos fiscais inidôneos fazem prova contra o contribuinte que os usa. A falsidade neles inserida e nos livros fiscais cria uma situação que, se fosse verdadeira, teria o condão de elidir o imposto.

Quando da apuração dos fatos, as citadas empresas fornecedoras de mercadorias não possuíam estabelecimento nos endereços constantes das notas fiscais e provavelmente sequer existiram de fato, conforme se depreende dos depoimentos das testemunhas de fls. 127, 128, 130/131 e 160/161.

A materialidade delitiva está devidamente comprovada pelas aludidas notas fiscais, pelo ato declaratório de inidoneidade das mesmas (fls. 109), pelo auto de infração (fls. 16), pela cópia do Livro de Registro de Entradas (fls. 41/50), pela perícia contábil (fls. 345/359) e pelo depoimento da fiscal de tributos estaduais (fls. 52 e 298).

Cumpre ressaltar, contrariamente ao alegado pelo nobre defensor dos acusados, que o débito fiscal objeto dos presentes autos não foi anulado no STJ, referindo-se o acórdão juntado às fls. 485/491 a outro auto de infração. Aliás, na esfera cível, já houve o trânsito em julgado da decisão, estando o feito em fase de execução (certidão de fls. 525 e ofício de fls. 527).

Os recorrentes negam que tivessem a intenção de fraudar o Fisco (fls. 53, 63, 277/280, 332 e 390/391).

Conforme se depreende das alterações contratuais da empresa (fls. 20/24, 87/102 e 104/108) e do instrumento de procuração de fls. 29, eles eram os responsáveis pela administração e gerência da empresa Embrafor Ltda.

O fato de a data da publicação da declaração de inidoneidade das notas fiscais (fls. 111/112) ser posterior à data de sua respectiva emissão não implica ausência de dolo na conduta dos acusados. É claro que um ato declaratório só pode referir-se a fatos anteriores a ele. E, uma vez declarada a inidoneidade de uma empresa, devem ser estornados os créditos aproveitados indevidamente.

A indicação de transporte particular, sem especificação dos dados dos motoristas, das respectivas carteiras e dos endereços, conforme exige a legislação fiscal, vem ainda mais reforçar que as vendas constantes dos aludidos documentos fiscais não foram reais, pela ausência de prova da entrega das mercadorias nelas especificadas e do respectivo pagamento, através de cheques, duplicatas ou outro título de crédito, bem como pela não-demonstração da existência fática dos estabelecimentos fornecedores e de que estes tenham efetuado recolhimento do imposto ou feito a escrituração nos seus livros e registros.

Ora, não há dúvida de que os apelantes agiram com dolo, pois sabiam da falsidade material dos documentos fiscais, tendo em vista a

não-comprovação do recebimento das mercadorias correspondentes às operações comerciais. Assim, não vinga a tese de que não sabiam da inidoneidade das empresas com as quais estariam negociando.

Restou suficientemente provado que inseriram elementos inexatos em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, mediante utilização de notas fiscais que sabiam ou deviam saber ser inidôneas, nos termos do inciso II do art. 1º da Lei 8.137/90.

Não há como desclassificar o delito para o tipo penal do art. 2º, I, da citada lei, vez que a conduta dos agentes está relacionada com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, e não somente com o pagamento do tributo. Houve efetivo prejuízo ao erário, que sequer foi ressarcido, num montante superior a duzentos mil reais (fls. 498/501 e 527), não podendo, assim, ser considerada tal conduta como meramente formal.

A condenação deve ser mantida.

Entretanto, não há razão para se indeferir o pleito de aplicação de sanções alternativas aos recorrentes. São primários, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis são inerentes à espécie de delito por eles praticado.

Destarte, presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP, dou parcial provimento ao recurso, para substituir a pena privativa de liberdade aplicada aos apelantes por duas restritivas de direitos, consistentes em prestações pecuniárias de três salários mínimos mensais a uma entidade pública de assistência social e prestação de serviços à comunidade, para cada um, ambas por igual período da pena aplicada e nas condições a serem estipuladas no Juízo *a quo*.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Sr. Presidente. Acompanho o bem-lançado voto do eminente Relator e nada tenho a acrescentar ao mesmo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Desejo registrar que ouvi com atenção a sustentação oral produzida pelo brilhante advogado.

Recebi o memorial, que me foi enviado, tive acesso aos autos e estou acompanhando os votos que me antecederam.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

-:::-

PRESO - CUSTÓDIA PROVISÓRIA - RECOLHIMENTO NAS DEPENDÊNCIAS DE UNIDADE MILITAR - TRABALHO INTERNO - POSSIBILIDADE

- O preso provisório recolhido nas dependências de unidade militar pode exercitar atividades laborais *intra muros*, por constituir o trabalho do preso medida fundamental para sua recuperação, além de ser um direito do indivíduo que se encontra privado de sua liberdade.

RECURSO DE AGRAVO Nº 247.935-0/00 - Comarca de Ouro Branco - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Processual Penal - Preso provisoriamente recolhido nas dependências de unidade militar -. Possibilidade de trabalho *intra muros* - Recurso a que se dá 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2001. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. José M. Mayrink Chaves.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Provisoriamente preso, em flagrante delito, nas dependências do 5º BPM, rebela-se o agravante contra a decisão indeferitória de seu trabalho nas dependências daquela unidade militar.

Contraminutado o recurso, manteve o Juiz, na fase de retratação, o seu *decisum*, opinando a douta PGJ pelo provimento recursal.

Consta dos autos, às fls. 08/09-TJ, fotocópia da pronúncia do agravante, por homicídio duplamente qualificado, oportunidade em que lhe foi negado o direito de aguardar o Júri em liberdade.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Numa oportunidade anterior, o agravante requereu, sem êxito, autorização para o trabalho interno nas dependências do 5º BPM, onde aguarda julgamento pelo Tribunal do Júri.

Inexiste notícia de inconformismo recursal contra aquele primeiro indeferimento.

Desta feita, o pedido foi reiterado e novamente indeferido, ensejando

o segundo indeferimento a interposição de recurso de agravo, já que se trata de incidente na execução da custódia provisória, hipótese recursal albergada pelo art. 197 da LEP.

O recolhimento do agravante nas dependências de um batalhão não implica, necessariamente, o seu trancafiamento, durante todo o dia, nas acanhadas dependências de uma cela.

Nada impede que, encontrando-se *intra muros*, possa o agravante exercitar pequenas atividades laborais, recomendáveis à sua própria recuperação, já que, no dizer de vetustos brocardos, "*o trabalho dignifica o homem*" e "*mente vazia é oficina de Satanás*".

Por sua adequação à espécie, merece integral transcrição o parecer de fls. 33/35-TJ, da lavra do culto Procurador de Justiça Júlio Cézar Gutierres Vieira Baptista:

"*O trabalho do preso é medida fundamental para a sua recuperação, além de ser um dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.*

A lei de execução prevê vários benefícios aos presos, que, preenchendo os requisitos objetivos e subjetivos exigidos, não podem ser privados das referidas benesses, em decorrência de estarem submetidos à prisão provisória.

O preso provisório deve receber, no que for cabível à sua condição, absolutamente o mesmo tratamento dado, pela já mencionada lei, aos presos sentenciados.

Nesse sentido dispõem os artigos 2º e 41, c/c artigo 42 da Lei de Execução Penal, e ainda consagram a doutrina e a jurisprudência:

'Preso provisório - Decisão que transitou em julgado para o Ministério Público, pendendo de julgamento o recurso interposto para o réu. Pretensão a progredir do regime fechado para o semi-aberto. HC *deferido em parte para que o paciente possa gozar do benefício da progressão para o regime semi-aberto* (STF - 2ª Turma - *HC* nº 68.572-130/DF, em 04.05.1991)'.

O parágrafo único do artigo 31 da Lei de Execução dispõe que o trabalho não é obrigatório ao preso provisório, porém, isso não significa que deixa de constituir-se como um direito do indivíduo que se encontra privado de sua liberdade.

A afirmação anterior encontra respaldo a partir do que discorre o já citado autor, JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

'O trabalho, porém, é um direito do preso provisório, já que está ele privado da possibilidade de exercê-lo em decorrência da medida processual, cabendo à Administração oferecê-lo ao detido' (*Execução Penal*, 9ª ed., p. 94)".

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para ensejar ao recorrente o desempenho de atividades laborais,

das 08 às 18 horas, nas dependências internas do batalhão em que se encontra provisoriamente custodiado, até que, no juízo da execução, seja estabelecido, após a condenação, se for o caso, regime definitivo de cumprimento de pena.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. MERCÊDO MOREIRA (1° VOGAL), APÓS VOTAR O RELATOR, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo recorrente, os Drs. Marcelo Vieira Chaves e José Maria Mayrink Chaves.

O Sr. Presidente (Des. Kelsen Carneiro) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 30.10.2001, a pedido do Des. Mercêdo Moreira, após votar o Relator, dando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Mercêdo Moreira.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Após o exame dos autos, não tenho dúvidas em subscrever, pelos seus próprios fundamentos, o voto do douto Relator.

O Sr. Des. Gomes Lima - Com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

TÓXICO - REGIME PRISIONAL - PROGRESSÃO - CRIME HEDIONDO - INADMISSIBILIDADE - PENA - REVISÃO

- Em se tratando de crime considerado hediondo pela Lei n° 8.072/90, não há que se falar em progressão de regime prisional.

- O concurso de pessoas e a prática do delito de tráfico no interior da cadeia pública ensejam os aumentos de pena previstos nos incisos III e IV do art. 18 da Lei Especial 6.368/76.

- Não demonstrando o requerente circunstância que autorize a diminuição da pena que lhe foi fixada e tendo já sido a matéria apreciada pelo Tribunal em recurso de apelação, não sendo o caso de erro técnico, não há como ser deferido o pedido revisional.

- V.v.: - Cabe a progressão de regime mesmo nos crimes hediondos, não só porque a possibilidade de alcançar a progressão é direito constitucional de todo condenado, que pode efetivamente conquistá-la, desde que passe a reunir os requisitos legais, de natureza objetiva e subjetiva, como porque está evidente que o legislador da Lei 9.034/95, mesmo com as modificações contidas na Lei 10.217/2001, derrogou a proibição contida na Lei 8.072/90. (*Des^{a}. Jane Silva*)

REVISÃO CRIMINAL N° 249.420-1/00 - Comarca de Timóteo - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Tóxico - Pena - Revisão. - Em se tratando de crime considerado hediondo pela Lei n° 8.072/90, não há que se falar em progressão de regime prisional. O concurso de pessoas e a prática do delito de tráfico no interior de cadeia pública ensejam os aumentos de pena previstos nos incisos III e IV do art. 18 da Lei Especial. Não demonstrando o requerente circunstância que autorize a diminuição da pena que lhe foi fixada e tendo já sido a matéria apreciada pelo Tribunal em recurso de apelação, não sendo o caso de erro técnico, não há como ser deferido o pedido revisional.

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 REVISIONAL, POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDA PARCIALMENTE A DES^{a} JANE SILVA. AUSENTE JUSTIFICADAMENTE O DES. LUIZ CARLOS BIASUTTI.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2002 - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Robson Alves de Oliveira, de próprio punho, requer revisão criminal de processo em que foi condenado, na Comarca de Timóteo, à pena de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 90 (noventa) dias-multa, em regime integralmente fechado, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n° 6.368/76.

Sustenta o requerente que a pena que lhe foi fixada não é justa, pretendendo, por essa razão, obter a redução da mesma através da presente revisão.

Alega ser inconstitucional a Lei n° 8.072/90, já que a vedação à progressão de regime desrespeita o princípio da individualização da pena.

Afirma que o aumento da pena proveniente dos incisos III e IV do art. 18 da Lei n° 6.368/76 foi excessivo, além de não haver prova da associação. Diz que também não está provada a circunstância do inc. IV, de vez que cadeia pública não é o estabelecimento penal a que se refere o mencionado dispositivo legal.

Sustenta que, sendo primário, de boa conduta social e não sendo intensa a sua culpabilidade, o que inclusive foi reconhecido pela v. sentença, a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 46/53, opina pelo indeferimento do pedido.

A petição inicial está subscrita pelo próprio sentenciado, e o acórdão que confirmou a sentença proferida em primeira instância transitou em julgado, conforme se vê da certidão de fls. 337 dos autos em apenso.

Assim, porque presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

O requerente, através da presente revisão, pleiteia tão-só o direito à progressão de regime prisional bem como a redução do *quantum* da pena que lhe foi aplicada.

Data venia, não lhe assiste razão.

O peticionário, quando da interposição de sua apelação nos autos principais, pleiteou, além da desclassificação do crime, a redução da pena imposta, alegando favoráveis as circunstâncias judiciais e inexistência das hipóteses de aumento de pena previstas nos incisos III e IV do art. 18 da Lei Especial, tendo sido desprovido o seu recurso e mantida *in totum* a v. sentença hostilizada.

Vê-se, pois, que a matéria suscitada na presente revisão, no tocante à redução da pena, já foi amplamente apreciada pela Primeira Câmara Criminal deste Tribunal, no julgamento da Apelação nº 177.049/4 (acórdão às fls. 330/334 dos autos principais), não sendo o caso de incidência de qualquer das situações previstas no art. 621 do CPP, em especial a hipótese do inc. III, não tendo o requerente trazido prova ou argumento que pudesse desconstituir o acórdão proferido.

Mesmo porque as circunstâncias judiciais foram muito bem analisadas pelo MM. Juiz *a quo*, não sendo, em sua totalidade, favoráveis ao requerente, não havendo mesmo como ser fixada no mínimo legal a pena-base.

Por outro lado, o aumento de pena procedido em razão do que dispõe o art. 18, inciso III, também se justifica em razão da co-autoria instaurada para o cometimento do delito.

A associação aqui mencionada diz respeito ao concurso de pessoas, e não àquela associação prevista no art. 14 da mesma lei. E esse concurso restou cabalmente demonstrado no fato de ter o requerente Robson se valido do co-réu Rodrigo para tentar fazer chegar às mãos dos presos a droga apreendida.

Da mesma forma, há de prevalecer o aumento procedido em razão do dispositivo previsto no inc. IV do mesmo artigo.

Ora, dizer que cadeia pública não se trata de estabelecimento penal

ali mencionado é totalmente absurdo. Não apenas penitenciárias, mas também cadeias públicas são estabelecimentos penais considerados na referida lei.

Por outro lado, a pretensão do requerente em ver reconhecido o seu direito à progressão da pena também não procede.

Essa matéria já foi diversas vezes apreciada por esta Câmara, firmando-se o entendimento de que ao delito de tráfico de entorpecente não se permite a progressão de regime prisional.

Isso porque o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabelece que a pena decorrente de condenação por crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, deve ser cumprida em regime integralmente fechado.

A questão encontra-se pacificada na jurisprudência dos Tribunais Superiores:

"*A pena para o crime considerado hediondo pela Lei 8.072/90 deve ser cumprida em regime fechado, por força de expressa determinação legal, não se aplicando o art. 33, § 2º, b, do CP*" (*HC* 70.044-6 - Rel. Min. Paulo Brossard - *DJU* de 7.5.93, p. 330).

Data venia, não me parece que, pelo simples fato de se estabelecer o regime integralmente fechado para os condenados pelos citados crimes, tenha sido aniquilado o princípio da individualização da pena. A própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso XLVI, atribuiu ao legislador ordinário o poder de regulá-la, obedecidos, é claro, os limites ali estabelecidos, dentre os quais não se incluiu, implícita ou explicitamente, qualquer referência aos regimes de cumprimento de pena.

Mesmo porque o princípio da individualização da pena não se restringe a uma fase da sua execução, sendo muito mais amplo, abrangendo também a cominação, a aplicação e a execução até o integral cumprimento da pena. Alcança, inclusive, a fase do livramento condicional, não eliminada pelo regime fechado, não se podendo, portanto, afirmar que esse princípio tenha sido aniquilado ou mesmo ferido pela mera fixação do regime integralmente fechado.

Assim, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da Lei 8.072/90 e não tendo o requerente demonstrado erro na fixação da pena, não há como ser acolhido o seu pedido revisional.

A revisão criminal não pode ser utilizada como meio processual para acobertar pedido de redução de pena, salvo quando ocorrer erro técnico ou injustiça flagrante, o que, conforme visto, não é o caso.

Nesse sentido é também o entendimento de DAMÁSIO DE JESUS:

"*A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado caracterizada*

sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei" (TACrimSP, RvCrim 186.650, 5º Grupo Câms., Rel. Juiz Marrey Neto, *RJDTACrimSP*, 6/250) (in *Código de Processo Penal*, Saraiva, 11ª ed., 1994, p. 431).

Assim sendo, não demonstrando o requerente razão para obter a redução da pena e tendo sido essa pena já revista pelo Tribunal quando do julgamento do recurso de apelação por ele interposto contra a sentença condenatória e não sendo inconstitucional a Lei dos Crimes Hediondos, não há como ser acolhido o presente pedido.

Nessas condições, indefiro o pedido de revisão criminal interposto.

Custas, pelo peticionário.

Os Srs. Desembargadores Gomes Lima, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baía Borges, Márcia Milanez, Tibagy Salles - Com o Relator.

O Sr. Des. José Carlos Abud - Sr. Presidente. Quando militava no egrégio Tribunal de Alçada, entendia, de acordo com a eminente Desª Jane Silva, que havia a possibilidade de progressão do regime prisional nos casos dos crimes hediondos. Todavia, diante dos fundamentos expendidos pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, convenci-me de que, realmente, não há como se dar a progressão do regime prisional nos casos de crimes hediondos, razão pela qual acompanho o eminente Relator.

A Srª. Desª. Jane Silva - Acompanho o Relator em quase todo seu brilhante voto, exceto no que diz respeito ao regime.

Tenho voto escrito.

Examinei com cuidado os autos, o pedido revisional, o parecer do culto Procurador de Justiça, o lúcido voto do eminente Relator para a revisão criminal e dos eminentes Pares que o acompanharam, comparando-os com a sentença atacada e nada tenho a acrescentar, exceto no que diz respeito à pleiteada progressão de regime.

Consoante reiteradamente venho entendendo, devo discordar do regime integralmente fechado, mesmo conhecendo o posicionamento deste Grupo de Câmaras e consciente da necessidade de medidas mais severas para repressão da alta criminalidade que assola o nosso País, assim como dos justos reclamos da sociedade, ansiosa por sua segurança, ainda que tenha certeza de que a sua satisfação não se dará através da supressão da progressão do regime de cumprimento da pena, mas de uma complexa e conjunta atuação dos três Poderes do Estado e da colaboração do próprio povo, uma vez que os condenados a tal regime acabam conseguindo fugir das prisões ou sair mais tarde pelo livramento condicional e continuar a sua vida de crimes, sem que tenham sido testados quanto à sua gradual recuperação, adquirido novos valores, nem capacitados para exercer honestamente a cidadania, continuando a gerar a indesejável insegurança social.

A Carta de 1988, no seu artigo 5º, XLIII, tratou como crimes "*inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos*", vindo a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, definir tais crimes, colocando entre eles o que ora se examina.

A chamada Lei dos Crimes Hediondos ultrapassou a consideração do legislador constituinte, pois, além de proibir a concessão da fiança, da graça e da anistia, ainda estabeleceu outras restrições, ou seja: o indulto; a liberdade provisória; a progressão de regime de cumprimento da pena, estabelecendo o fechado, integralmente; exigiu que o direito de apelar fosse imposto em decisão fundamentada; dilatou o prazo da prisão temporária; dispôs que o livramento condicional só fosse concedido depois do cumprimento de dois terços da pena; previu a criação, pela União, de presídios federais e ainda duplicou alguns prazos, no que se refere à Lei de Tóxicos.

A Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, ainda foi mais além, pois previu outros crimes tidos como hediondos, aumentou-lhes as penas e criou uma hipótese de causa especial de diminuição de pena para o delator, no caso de extorsão mediante seqüestro, distanciando-se ainda mais da previsão constitucional.

O juiz, ao interpretar a norma, deve fazê-lo como um homem da sua época, não só atento ao sistema penal, aos princípios e valores que o informam como atento à política criminal então imprimida e, sobretudo, voltado na sua aplicação para a eqüidade, sem jamais se esquecer de que a recuperação do criminoso é o fim último da pena.

Dirão os opositores da interpretação que ora se esposa que os crimes hediondos lesam terrivelmente a vítima, de modo imediato, e a sociedade como um todo, logo não se lhes deve ser permitido o retorno gradual à liberdade, mas refuto tal argumento com a constatação de que, um dia, os seus autores terão de retornar a essa mesma sociedade, depois de cumpridos os dois terços da pena, pelo livramento condicional, ou ao final da punição, e o farão sem que os executores da reprimenda tenham podido observá-los progressivamente, testando-os através das vantagens concedidas e do lento retorno ao meio social, até que possam ser ali definitivamente reinseridos e, assim, despreparados para o convívio, fatalmente voltarão a delinqüir, e é a mesma sociedade que será novamente lesada, dessa vez por ter desrespeitado o sistema progressivo instituído pela reforma penal brasileira de 1984, e que não foi desprezado na Carta Política de 1988, uma experiência que, tenho certeza, continuaria produzindo bons frutos e poderia cada vez mais ser aprimorada, não fosse a edição da *hedionda* Lei dos Crimes Hediondos.

Permitir a progressão não é assegurar que, ao final de um determinado período, o condenado dela se beneficiará, inderrogavelmente, mas sim

lhe permitir que a conquiste a cada dia. Não fará jus à progressão aquele que não reunir os requisitos subjetivos e objetivos, podendo inclusive permanecer todo o tempo da pena no regime fechado e até mesmo nem usufruir do livramento condicional. Cada caso deverá ser separadamente analisado, pois a progressão é uma conquista pessoal do condenado, e não uma imposição de ordem geral, sem requisitos, a não ser o decurso do tempo de cumprimento da punição. Melhor teria sido que se determinassem normas mais adequadas para a análise do comportamento dos presos, que lhes tivesse sido dada mais amplamente a assistência psicológica e psiquiátrica, maior auxílio de pedagogos e médicos, condicionando a progressão a laudos cuidadosos, estendendo o exame criminológico a todo cumprimento da pena e, especialmente, tivesse sido ampliado o prazo para concessão da progressão de um sexto para um terço da pena.

A questão toma novo enfoque agora que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, publicado em agosto do ano passado, entendeu, confirmando decisão do Superior Tribunal de Justiça, que a progressão é perfeitamente constitucional, mesmo nos crimes hediondos, não conhecendo do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público, que ali levou sua irresignação quanto à concessão do *habeas corpus* para o fim em questão.

Diz a aludida decisão:

"*Pena - Regime de cumprimento - Crimes hediondos. - A progressividade no regime de cumprimento da pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal. Impertinência do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público como fiscal da lei, no que concedido o* habeas corpus *pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a referida progressão. Recurso Extraordinário nº 261.766-1, Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Ezequiel Novato de Carvalho e Celisa Nunes da Silva. Decisão: Por unanimidade a Turma não conheceu do recurso extraordinário nos termos do voto do Relator*". (Publicado no *DJU* de 17.08.2001.)

Modestamente, já vinha esposando o entendimento de que *a progressão de regime nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional*, entendendo que não o é a malsinada Lei dos Crimes Hediondos, no que diz respeito à sua aplicabilidade, pois se distancia do princípio inserido na Magna Carta que consagra o direito à individualização da pena, compreendendo-a a individualização do regime, nos termos do artigo 59, III, do Código Penal, integralmente recepcionado, ou seja, agentes de um mesmo delito quase nunca devem receber a mesma pena e regime, mas os compatíveis com as circunstâncias subjetivas e objetivas devidamente analisadas em relação a cada um deles.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei nº 8.072, a qual não se deve dar interpretação extensiva, pois se trata de questão penal material, aplicável apenas em relação ao crime de tortura, mas sim de ser respeitada a Constituição Federal.

Não se pode, outrossim, olvidar que a Lei nº 7.210, de 1984, além de dispor que a execução penal tem como meta efetivar as disposições da sentença e proporcionar a harmônica integração do condenado, ainda diz que eles serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, tudo para orientar a individualização da execução penal. Noutras palavras, quis o legislador, mais uma vez, acentuar que nem todos os autores de um mesmo crime têm os mesmos antecedentes criminais, mesma personalidade e merecem igualmente a mesma pena e o mesmo regime de seu cumprimento. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição, mas deve ser renovada durante o cumprimento da pena, estendendo benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram por merecê-los, o que nos afigura impossível se determinado, definitivamente, o regime fechado.

Mas o argumento que entendo decisivo é que a Constituição consagrou a individualização da pena, e a Lei nº 8.072, ao prescrever um único regime de cumprimento da pena para todos os agentes dos crimes hediondos, está a impedi-la. 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, sempre lembrando que a individualização se faz tanto na sentença, como durante a execução da reprimenda imposta.

Recentemente, lendo parecer do culto Procurador de Justiça, Cláudio Fleury Barcellos, que tanto enriquece a atuação do Ministério Público junto a esta Casa, convenci-me de que também seus argumentos para a concessão da progressão e regime aos condenados por crimes hediondos devem ser considerados.

Entende o culto Procurador que, da nova redação do artigo 1º da Lei 9.034/95, dada pela Lei 10.217, de 12 de abril de 2001, extrai-se uma solução, fundamentada no princípio da proporcionalidade, que nos leva a admitir a progressão no caso de condenação por crime hediondo, qualquer que seja a sua espécie.

Passemos a examinar seu raciocínio.

O art. 1º da referida Lei 9.034/95 (com a redação dada pela Lei 10.217/2001) dispõe:

"*Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre* ilícitos decorrentes *de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações de qualquer tipo*".

Não excepciona o legislador qualquer tipo de crime, e, não o fazendo,

não pode o intérprete fazê-lo; assim, toda e qualquer infração penal praticada por quadrilha ou bando estará sujeita ao referido texto legal, mesmo aquelas tidas como hediondas.

A mesma lei em seu art. 10, cuja redação não foi modificada pela Lei 10.217/2001, diz:

"*Os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado*".

Como a Lei 9.034/95 é posterior à Lei 8.072/90, ela a revoga naquilo em que são incompatíveis, ou seja, no que diz respeito à impossibilidade de progressão de regime para os autores de crimes hediondos ou equiparados, concluindo-se que o legislador quis aperfeiçoar a Lei dos Crimes Hediondos através da Lei de Organizações Criminosas, derrogando através de seu artigo 10 a proibição contida na Lei 8.072/90.

Aplicando o princípio da proporcionalidade, mencionado inicialmente, exemplifica o culto Representante do Ministério Público que o tráfico de drogas, tido como hediondo, se praticado por organização criminosa, em que aflora maior periculosidade dos agentes ativos, pode levar co-autores a cumprirem pena em regime inicialmente fechado, logo possível a progressão. Assim, como não se admitir que o autor solitário do mesmo delito também não possa valer-se de tal progressão?

Tais argumentos, ligados ao pensamento do legislador constitucional, são convincentes e reforçam o entendimento que sempre esposamos de que cabe a progressão de regime mesmo nos crimes hediondos, não só porque a possibilidade de alcançar a progressão é direito constitucional de todo condenado, que pode efetivamente conquistá-la, desde que passe a reunir os requisitos legais, de natureza objetiva e subjetiva, como porque está evidente que o legislador da Lei 9.034/95, mesmo com as modificações contidas na Lei 10.217/2001, derrogou a proibição contida na Lei 8.072/90.

Há quem entenda que a discussão sobre o regime, hoje, é inócua, entretanto tenho que não o é, lembrando que a súmula que considerava a arma de brinquedo como majorante específica prevaleceu durante muitos anos e só recentemente, através das decisões e votos contrários, que constantemente chegavam aos Tribunais Superiores, houve sua supressão, razão pela qual confio que haverá mudança em relação à matéria ora tratada neste voto, que nem mesmo foi sumulada, principalmente ante os novos argumentos agora expendidos pelos pensadores do Direito Penal.

Assim, pedindo vênia aos eminentes Pares que decidiram de modo diverso, defiro parcialmente o presente pedido para substituir o regime integralmente fechado por inicialmente fechado, acompanhando, no restante o voto do eminente e culto Relator.

Os Srs. Desembargadores Edelberto Santiago, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende e Zulman Galdino - Com o Relator.

Súmula - POR MAIORIA DE VOTOS, INDEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª JANE SILVA. AUSENTE JUSTIFICADAMENTE O DES. LUIZ CARLOS BIASUTTI.

-:::-

HOMICÍDIO QUALIFICADO - DUAS QUALIFICADORAS - CONSIDERAÇÃO DE UMA COMO CAUSA DE AUMENTO E A OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - CRIME HEDIONDO - REGIME PRISIONAL - PROGRESSÃO - IMPOSSIBILIDADE - LEI Nº 8.072/90 - ART. 2º, § 1º - CONSTITUCIONALIDADE - JÚRI - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA

- Sendo as provas no sentido de ter o acusado praticado o delito que lhe foi imputado, não há como considerar como manifestamente contrária ao caderno probatório a decisão popular.

- Havendo duas qualificadoras que integram o crime de homicídio, uma delas funciona como causa de aumento, devendo a outra incidir como circunstância agravante.

- A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime integralmente fechado, não sendo possível a progressão. A iterativa e dominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no sentido de que, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execução Penal, os quais estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberdade, não há inconstitucionalidade alguma na referida lei na parte em que preconiza o regime fechado integral para o cumprimento de pena por crime hediondo, já que o texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII) estabelece princípios rigorosos no trato de tais crimes. O Supremo Tribunal Federal também já deixou consignado que a determinação contida no mencionado art. 2º, § 1º, da mesma Lei nº 8.072/90 é constitucional e não ofende o disposto nos incisos XLVI e XLVIII do art. 5º da CF, sobre individualização e execuções de pena.

-V.v.: - Na hipótese de incidência de duas qualificadoras integrantes do crime de homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ante expressa proibição do legislador contida no art. 61 do Código Penal.

- A Lei dos Crimes Hediondos, ao estabelecer o regime integralmente fechado, dentre outras restrições, ultrapassou a consideração do legislador constituinte feita no art. 5º, inc. XLIII. A progressão do regime prisional, nos crimes hediondos, é perfeitamente constitucional, mas não o é a malsinada Lei nº 8.072/90, quando estabelece regime único de cumprimento de pena para todos os agentes dos crimes hediondos, porquanto viola o princípio da individualização da pena. 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. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição. Deve ser renovada durante o cumprimento da reprimenda, estendendo os benefícios aos que os consquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram para merecê-los, o que é impossível, se determinado definitivamente o regime integralmente fechado. A referida lei retirou do preso a esperança de progressão que favorece a ressocialização; não resolveu o problema da criminalidade; e desencadeou avalanche de fugas e rebeliões. *(Desª. Jane Silva)*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 249.672-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Nega-se provimento ao recurso.

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 NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. REVISORA.

Belo Horizonte, 09 de abril de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri por ter participado do homicídio de que foi vítima Otoniel Lacerda de Oliveira, crime praticado com onze (11) disparos de revólveres, foi Wellington Henrique Monteiro da Costa, vulgo "Babão", condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 65, inciso I, ambos do Código Penal, sendo apenado com catorze (14) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Inconformado, apelou Wellington, buscando a cassação da decisão condenatória por entendê-la contrária à prova dos autos. Dizem as razões recursais serem falazes e contraditórias as testemunhas Paulo Geovane e Beatriz Maria, testemunhas responsáveis pelo convencimento dos senhores jurados.

Contra-razões, às fls. 191 e 192-TJ.

Emitindo parecer às fls. 196 e 197-TJ, 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.

Todo o esforço defensivo do apelante se concentrou na tese de negativa de autoria, tese que foi rejeitada por cinco (5) votos a dois (2) - *vide* fl. 177-TJ.

Em todas as vezes em que foi ouvido, o apelante negou, sistematicamente, sua participação no crime (fl. 09-10, 82, 174 e 175-TJ); entretanto, o crime foi testemunhado, e a conduta que lhe foi imputada restou comprovada pelas testemunhas Paulo Geovane, no auto de prisão em flagrante, e por sua mãe, Beatriz Maria, às fl. 94 e 95-TJ. Observe-se que Paulo e sua mãe se encontravam no interior do bar, no Morro do Papagaio, palco da tragédia, quando viram a chegada do apelante e de Flávio Lúcio da Rocha Penido, o co-réu. Observe-se que, ao avistar a vítima que se aproximava numa bicicleta, o apelante gritou que ela havia mexido com ambos "lá, no campo", urgia matá-la e, efetivamente, disparou a arma que portava contra o ciclista.

Conta Beatriz que, atingida pelos dois (2) primeiros disparos, a vítima foi obrigada a se ajoelhar, momento em que recebeu a carga final de disparos, onze (11) ao todo.

O apelante é mau elemento, com várias ações criminosas no Morro do Papagaio e na Barragem Santa Lúcia, locais que ele costuma freqüentar - é o que dizem as testemunhas, e nem mesmo ele conseguiu esconder seus péssimos antecedentes policiais.

A esta altura, é de se ver que o apelante não produziu qualquer prova contrária à da qual os jurados tiraram os elementos de convicção para confirmar sua responsabilidade.

Os policiais que participaram da cobertura da ocorrência, em seus primeiros minutos, informaram à fl. 44-TJ que Wellington não se houve com muita convicção ao tentar negar sua participação no crime.

Inaceitável é a alegação de imprestabilidade das declarações de Paulo Geovane e sua mãe. Observe-se que a condição de testemunhas presenciais não foi contrariada; observe-se que é de nenhuma importância o conflito entre a suspeita da perícia, constante de fl. 135-TJ, de que a vítima recebera os disparos de pé, e a visão das testemunhas, segundo as quais a vítima recebeu dois (2) disparos de pé e os demais, quando já caída ao chão. Esta suspeita não torna menos valiosas suas informações, pois, afinal, foi o apelante quem atirou contra a vítima, e isso é o que interessa ao princípio da responsabilidade solidária (art. 29 do Código Penal).

Enfim, a condenação do apelante é decorrência natural da prova, nada havendo que a contrarie, devendo, pois, subsistir.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Inicialmente, cumpre-nos apontar que o MM. Juiz sentenciante deixou de assinar a r. sentença. Entretanto, supero tal questão já que a decisão se encontra devidamente autenticada pelo escrivão e ainda por ter sido a mesma proferida em audiência, devendo o MM. Juiz do I Tribunal do Júri regularizar a questão, assim que os autos forem devolvidos por este Tribunal.

No que se refere ao mérito recursal, após detalhada análise do voto do culto Relator, concordo com o mesmo na maioria de suas conclusões, entretanto peço-lhe vênia para discordar do entendimento de que uma das qualificadoras possa ser utilizada como agravante genérica, e ainda, no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, equívocos constantes da sentença e que devem ser corrigidos por este Tribunal.

Alguns julgados passaram a entender ser possível tal prática, entretanto basta a leitura do artigo 61 do Código Penal para que vejamos a sua impossibilidade:

"*Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena,* quando não constituem ou qualificam o crime".

Ora, se determinada circunstância já qualifica o crime, não pode funcionar como agravante, pois, neste caso, o legislador não o permitiu. Se for qualificadora, não pode ser ao mesmo tempo agravante.

A presença de duas qualificadoras deve ser analisada na fase de fixação da pena-base, e não significa, necessariamente, que a pena deverá ser bastante elevada, devendo ser examinadas as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, aumentando, apenas, a reprimenda porque o juízo de reprovabilidade passa a ser maior, além de as "circunstâncias" militarem, com maior gravidade, contra o réu.

Vejamos o que diz a jurisprudência dominante:

"*Penal - Concurso de duas qualificadoras - Motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima.*

- I - No caso de incidência de duas qualificadoras, integrantes do tipo homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no artigo 61 do Código Penal. A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (artigo 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o caput *do artigo 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante genérica, quando diz: são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime.*

- II - Recurso de habeas corpus *provido para excluir o acréscimo de pena resultante da aplicação da qualificadora como agravante*". (STJ - R*HC* nº 7.176-MS - Rel. Min. Fernando Gonçalves - julgado em 19.03.98 - *LEX*, 108/327.)

"*Pena - Causa de aumento - Qualificadora - Agravante.*

*- 'Por ser o Direito uma ciência, os institutos, expressões e vocábulos possuem sentido próprio. Os Tribunais e Juízes arcam com grande responsabilidade didática, o que lhes cria o dever de compor os julgados com mãos de artífice, esmerando na linguagem (*Dinamarco*). Implica ato de constrangimento, em face da contrariedade ao princípio do* non bis in idem, *confundir qualificadora com agravante, valendo notar que a primeira ganha contornos de verdadeiro tipo penal, dito qualificado, no que estabelecidos os limites mínimo e máximo da pena*". (STF - *HC* 71.509-5 - Rel. Marco Aurélio - *DJU* de 27.10.94, p. 29.163.)

"*Se as circunstâncias para o aumento da pena decorrem do próprio crime, não podem ser consideradas para agravá-las*". (TRF 1ª Região - apel., Rel. Tourinho Neto - j. em 26.08.1997 - *RJTE*, 166/344.)

"*Ao analisar os elementos norteadores da fixação da pena, não pode o juiz, ao fixar o* quantum *da reprimenda, valorizar como agravante, circunstância que integra o tipo, seja como qualificadora, seja como privilegiadora, por importar em* bis in idem". (TJSE - apel, j. 31.10.1996 - Rel. Manoel Pascoal Nabuco D'Ávila - *RT*, 738/689.)

Assim, entendo que não poderia ter sido aumentada a pena do réu em um ano por circunstância que já qualifica o crime, não podendo ser utilizada como agravante, ante expressa proibição do legislador no art. 61 do Código Penal.

Deveria a sentença ter fixado pena-base maior, mas, como não houve recurso da acusação, não se admitindo *reformatio in pejus* em exclusivo recurso da defesa, ela acabará sendo beneficiada.

Quanto ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, por uma questão de obediência aos princípios constitucionais, devo discordar do integralmente fechado, mesmo conhecendo o posicionamento desta Câmara e consciente da necessidade de medidas mais severas para repressão da alta criminalidade que assola o nosso País, assim como dos justos reclamos da sociedade, ansiosa por sua segurança, ainda que tenha certeza de que a sua satisfação não se dará através da supressão da progressão do regime de cumprimento da pena, mas de uma complexa e conjunta atuação dos três Poderes do Estado e da colaboração do próprio povo, uma vez que os condenados a tal regime acabam conseguindo fugir das prisões ou sair mais tarde pelo livramento condicional e continuar a sua vida de crimes, sem que tenham sido testados quanto à sua gradual recuperação, adquirido novos valores, nem capacitados para exercer honestamente a cidadania, continuando a gerar a indesejável insegurança social.

A Carta de 1988, no seu artigo 5º, XLIII, tratou como crimes "*inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito*

de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos", vindo a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, definir tais crimes, colocando entre eles o que ora se examina.

A chamada *Lei dos Crimes Hediondos* ultrapassou a consideração do legislador constituinte, pois, além de proibir a concessão da fiança, da graça e da anistia, ainda estabeleceu outras restrições, ou seja: o indulto; a liberdade provisória; a progressão de regime de cumprimento da pena, estabelecendo o fechado, integralmente; exigiu que o direito de apelar fosse imposto em decisão fundamentada; dilatou o prazo da prisão temporária; dispôs que o livramento condicional só fosse concedido depois do cumprimento de dois terços da pena; previu a criação, pela União, de presídios federais e ainda duplicou alguns prazos, no que se refere à Lei de Tóxicos.

A Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, ainda foi mais além, pois previu outros crimes tidos como hediondos, aumentou-lhes as penas e criou uma hipótese de causa especial de diminuição de pena para o delator, no caso de extorsão mediante seqüestro, distanciando-se ainda mais da previsão constitucional.

LUIZ FLÁVIO GOMES acentua que:

"*A introdução no sistema penal brasileiro do regime integral fechado (Lei dos Crimes Hediondos) foi um dos maiores equívocos legislativos já ocorrido: primeiro porque não havia autorização constitucional para isso (resultando violado o princípio da individualização da pena); e em segundo lugar porque não resolveu em nada o problema da criminalidade violenta; em terceiro lugar porque retirou do preso a esperança de uma progressão, que favorece a ressocialização e o bom comportamento; por último porque acabou desencadeando a maior avalanche de fugas e rebeliões, jamais vistas no sistema penitenciário brasileiro. Está correta, nesse ponto, a Lei da Tortura, ao prever a progressividade. Mas o melhor caminho,* de lege ferenda, *será permitir a progressividade em todos os delitos, exigindo-se, no entanto, para crimes violentos, o cumprimento de uma parcela maior da pena em cada regime. O atual patamar de um sexto, para crimes que realmente perturbam o convívio social, é demasiadamente inferior ao que se imagina ser o equilibrado e político-criminalmente correto*". (*Estudos de Direito Penal e Processo Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.)

O juiz, ao interpretar a norma, deve fazê-lo como um homem da sua época, não só atento ao sistema penal, aos princípios e valores que o informam, como atento à política criminal então imprimida e, sobretudo, voltado na sua aplicação para a eqüidade, sem jamais se esquecer de que a recuperação do criminoso é o fim último da pena.

Devo ainda, com constrangimento, lembrar a falência da aplicação da Lei 8.072/90, com as constantes revoltas nos presídios, acentuando, como já tantas vezes o fizemos, que o regime progressivo estimula o condenado a melhorar o seu comportamento, fazendo com que adquira novos princípios de vida, pois lhe restitui a esperança de conquistar progressivamente a liberdade. O regime fechado, integralmente, ao contrário, suprime-lhe tal perspectiva, atrofiando-lhe a vontade de melhorar o comportamento, de aprimorar o caráter, de incorporar em sua vida novos princípios e valores, pois nenhuma recompensa lhe advirá de tal atitude.

Importante, ainda, é lembrar dois pronunciamentos do Ministro Francisco de Assis Toledo, citados pelo Professor Ney Moura Teles (*Revista Consulex.* Ano 1. v. 5. f. 24, 1997), o primeiro, em conferência proferida no I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária de 1981, comentando o novo sistema que seria instituído com a reforma penal de 1984, quando enfatizou a propriedade contida na progressão do regime de cumprimento da pena:

"*Com isso, abre-se uma concreta esperança, para a Justiça e do próprio condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo ser humano. Essa esperança na liberdade que, para o preso deve significar uma conquista é o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-la em mero castigo, dentro de um retributivismo kantiano, formal e desalmado*".

O segundo, na oportunidade em que lamentou a atitude do legislador da Lei 8.072/90:

"*É lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga*".

Tive o privilégio de ouvi-lo repetir tal entendimento em conferência proferida na Associação do Ministério Público, em Minas Gerais.

Dirão os opositores da interpretação que ora se esposa que os crimes hediondos lesam terrivelmente a vítima, de modo imediato, e a sociedade como um todo, logo não se lhes deve ser permitido o retorno gradual à liberdade, mas refuto tal argumento com a constatação de que, um dia, os seus autores terão de retornar a essa mesma sociedade, depois de cumpridos os dois terços da pena, pelo livramento condicional, ou ao final da punição, e o farão sem que os executores da reprimenda tenham podido observá-lo progressivamente, testando-o através das vantagens concedidas e do lento retorno ao meio social, até que possam ser ali definitivamente reinseridos e, assim, despreparados para o convívio, fatalmente voltarão a delinqüir, e é a mesma sociedade que será novamente lesada, dessa vez por ter desrespeitado o sistema progressivo instituído pela reforma

penal brasileira de 1984, e que não foi desprezado na Carta Política de 1988, uma experiência que, tenho certeza, continuaria produzindo bons frutos e poderia cada vez mais ser aprimorada, não fosse a edição da *hedionda* Lei dos Crimes Hediondos.

Permitir a progressão não é assegurar que, ao final de um determinado período, o condenado dela se beneficiará, inderrogavelmente, mas sim lhe permitir que a conquiste a cada dia. Não fará jus à progressão aquele que não reunir os requisitos subjetivos e objetivos, podendo inclusive permanecer todo o tempo da pena no regime fechado e até mesmo nem usufruir do livramento condicional. Cada caso deverá ser separadamente analisado, pois a progressão é uma conquista pessoal do condenado, e não uma imposição de ordem geral, sem requisitos, a não ser o decurso do tempo de cumprimento da punição. Melhor teria sido que se determinassem normas mais adequadas para a análise do comportamento dos presos, que lhes tivesse sido dada mais amplamente a assistência psicológica e psiquiátrica, maior auxílio de pedagogos e médicos, condicionando a progressão a laudos cuidadosos, estendendo o exame criminológico a todo cumprimento da pena e, especialmente, tivesse sido ampliado o prazo para concessão da progressão de um sexto para um terço da pena.

A questão toma novo enfoque agora que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, publicado em agosto do ano passado, entendeu, confirmando decisão do Superior Tribunal de Justiça, que a progressão é perfeitamente constitucional, mesmo nos crimes hediondos, deixando de conhecer do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público, que ali levou sua irresignação quanto à concessão de *habeas corpus* para o fim em questão.

Diz a aludida decisão:

"*Pena - Regime de cumprimento - Crimes hediondos.*

- A progressividade no regime de cumprimento da pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal. Impertinência do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público como fiscal da lei, no que concedido o habeas corpus *pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a referida progressão.*

- Recurso Extraordinário 261.766-1, Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Ezequiel Novato de Carvalho e Celisa Nunes da Silva.

- Decisão: Por unanimidade a Turma não conheceu do recurso extraordinário nos termos do voto do Relator". (Publicado no *DJU* de 17.08.2001.)

Modestamente, já vinha esposando o entendimento de que a progressão de regime nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, entendendo que não o é a malsinada Lei dos Crimes Hediondos, no que diz respeito à sua impossibilidade, pois se distancia do princípio inserido na Magna Carta que consagra o direito à individualização da pena, compreendendo-a a individualização do regime, nos termos do artigo 59, III, do Código Penal, integralmente recepcionado, ou seja, agentes de um mesmo delito quase nunca devem receber a mesma pena e regime, mas os compatíveis com as circunstâncias subjetivas e objetivas devidamente analisadas em relação a cada um deles.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei 8.072, mas sim de ser respeitada a Constituição Federal.

Não se pode, outrossim, olvidar que a Lei 7.210, de 1984, além de dispor que a execução penal tem como meta efetivar as disposições da sentença e proporcionar a harmônica integração do condenado, ainda diz que eles serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, tudo para orientar a individualização da execução penal.

Noutras palavras, quis o legislador, mais uma vez, acentuar que nem todos os autores de um mesmo crime têm os mesmos antecedentes criminais, mesma personalidade e merecem igualmente a mesma pena e o mesmo regime de seu cumprimento. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição, mas deve ser renovada durante o cumprimento da pena, estendendo benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram por merecê-los, o que se nos afigura impossível se determinado, definitivamente, o regime fechado.

Mas o argumento que entendo decisivo é que a Constituição consagrou a individualização da pena, e a Lei 8.072, ao prescrever um único regime de cumprimento da pena para todos os agentes dos crimes hediondos, está a impedi-la. 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, sempre lembrando que a individualização se faz tanto na sentença, como durante a execução da reprimenda imposta.

Os crimes narrados nos autos são daqueles que estarrecem a sociedade e para isso o legislador já lhes cominou pena elevada, e o juiz, no caso, aplicou-as, corretamente, um pouco acima do mínimo; todavia, não se pode tirar do condenado, ainda que altamente reprovável sua conduta, a esperança de que com o seu próprio esforço se vá reabilitando e retornando paulatinamente à sociedade da qual ficará alijado por muitos anos.

Assim, pedindo vênia ao eminente Relator, dou parcial provimento ao apelo para decotar da pena o aumento de um ano a título de agravante, passando a reestruturar a pena imposta e substituir o regime integralmente

fechado por inicialmente fechado, mantendo as demais disposições da excelente decisão.

Mantenho a pena-base fixada, quatorze anos de reclusão, ante a impossibilidade de aumentá-la em recurso da defesa.

Reduzo a pena em um ano, em face da atenuante da menoridade, fixando a pena final em treze anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, ante os argumentos já expostos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Peço vista.

Súmula - O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO. A REVISORA DAVA PROVIMENTO PARCIAL. PEDIU VISTA O DES. VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 12.03.02, a meu pedido. O Relator negava provimento e a Revisora dava provimento parcial.

Meu voto é o seguinte:

Pedi vista deste autos na sessão anterior, após votarem os eminentes Desembargadores Gomes Lima e Jane Silva, respectivamente Relator e Revisora, o primeiro negando provimento ao recurso e a segunda dando provimento parcial, para decotar da pena o aumento de um ano a título de agravante, ao argumento de que tal circunstância já qualifica o crime, e para substituir o regime integralmente fechado estabelecido na sentença por inicialmente fechado.

Após detido exame dos autos, estou a concordar integralmente com o voto do eminente Relator, já que as provas são no sentido de ter o acusado, ora apelante, praticado o delito que lhe foi imputado, não havendo como considerar como manifestamente contrária ao caderno probatório a decisão popular. Com relação à pena fixada pelo MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, também estou a concordar integralmente com o voto do eminente Relator, já que a mesma está correta e não comporta qualquer alteração.

Por mais de uma vez já me manifestei, fazendo-o em consonância com orientação majoritária da jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, no sentido de que, havendo duas qualificadoras, uma delas funciona como causa de aumento, devendo a outra incidir como agravante.

A respeito do tema, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a seguinte orientação:

"*Concorrendo várias qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra ou as demais apenas devem servir como circunstância agravante - e mesmo assim - quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP*" (STF - *HC* - Rel. Celso de Mello - *RT*, 726/555).

Na mesma esteira, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Habeas corpus - *Homicídio duplamente qualificado - Sentença que considerou uma das qualificadoras como agravante genérica - Possibilidade - Crime continuado - Critérios para a exacerbação da pena. - I - Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do CP, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea* c, *da* Lex Fundamentalis*), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (precedentes do STJ e do STF).*

- II - Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único do art. 71 do CP, considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo (precedentes do STJ). Ordem denegada" (STJ - Ac. 199901074754 - *HC* 11337 - MS - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - *DJU* de 27.03.2000 - p. 00119).

"*Recurso especial - Homicídio duplamente qualificado - Pena reduzida ao patamar mínimo - Recurso que pretende restabelecer a decisão de primeiro grau, considerando uma das circunstâncias como qualificadora e outra, como agravante genérica - Precedentes.*

- 1. Incidindo sobre a ação delituosa, duas qualificadoras, uma servirá como tal e a outra como agravante genérica, se prevista na norma específica, como ocorre no caso presente (art. 61, II, a *e* c, *do CP).*

- 2. Recurso provido" (STJ - REsp 151.963 - DF - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago - *DJU* de 03.08.1998 - p. 339).

"*Dosimetria da pena. - Ocorrendo o reconhecimento de mais de uma qualificadora do delito, uma só deve forrar a fixação da pena-base, remetendo-se as demais ao campo das agravantes consideradas para encontro da pena definitiva*" (STJ - REsp 139.908 - DF - 5ª T. - Rel. Min. José Dantas - *DJU* de 18.05.1998 - p. 126).

Quanto ao regime imposto para o cumprimento da reprimenda aplicada, o mesmo deve ser o integralmente fechado.

Conforme já afirmei por reiteradas vezes, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, no qual se viu o réu condenado, devem ser punidos sob o rigor do regime integralmente fechado.

E a iterativa e dominante jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça já se pacificou no sentido de que, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execuções Penais, os quais estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberdade, não há inconstitucionalidade alguma na referida lei, que dispõe sobre os crimes hediondos, na parte em que preconiza o regime fechado integral, já que o texto constitucional (art. 5°, inc. XLIII) estabelece princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal também já deixou consignado que:

"*Não ofende o disposto nos incisos XLVI e XLVIII do art. 5° da CF, sobre individualização e execuções de penas, a determinação contida na norma impugnada, sobre o cumprimento de pena integralmente, em regime fechado*" (*RT*, 722/583).

Inclusive, em julgamento do Pleno, assim decidiu:

"Habeas corpus. *Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2°, § 1°, da Lei 8.072. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação onde o artigo 2°, § 1°, da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. - Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.*

- Habeas corpus. *Indeferido por maioria*" (*Habeas Corpus* n° 69.657-SP - Rel. Min. Francisco Rezek - *in RTJ*, 147/598). Nesse sentido: *RTJ*, 146/611.

Em decisão mais recente deixou consignado o STJ que:

"*Processual Penal. Progressão de regime prisional. Impossibilidade. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Lei n° 8.072/90. Constitucionalidade. Subsistência em face da Lei n° 9.455/97. Revogação. Pacto de São José da Costa Rica. Inocorrência. - 1- A Lei n° 8.072/90, art. 2°, § 1°, impõe nos denominados crimes hediondos o regime fechado, vedada a progressão. A norma foi declarada compatível com a Constituição Federal no julgamento do* HC *n° 69.603*" (REsp 341.189-SP - Recurso especial - Rel. Min. Fernando Gonçalves - j. em 04.12.2001 - publicado no *DJ* de 18.02.2002).

Isto posto, acompanhando integralmente o eminente Des. Relator, nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA PARCIALMENTE A DES^a^. REVISORA.

-:::-

PREFEITO - APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS - CRIME PREVISTO NO ART. 1°, INCISO I, DO DECRETO-LEI N° 201/67 - PROCESSO E JULGAMENTO PELO JUDICIÁRIO - AUTORIZAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL - DESNECESSIDADE - DESPESAS DE VIAGEM - IRREGULARIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 62 E 63 DA LEI FEDERAL N° 4.320/64 E DA SÚMULA N° 82 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DENÚNCIA - SUBSCRIÇÃO POR PROCURADOR DE JUSTIÇA - DELEGAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL - RESPALDO LEGAL - PRESENÇA DOS INDÍCIOS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE - ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 41 DO CPP - RECEBIMENTO

- Não há que se falar em imprestabilidade ou invalidade da denúncia oferecida contra prefeito municipal, por não haver sido subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça, se a mesma está assinada pelo Promotor de Justiça e subscrita também pelo Procurador, cuja atribuição para denunciar prefeitos foi delegada pelo Procurador-Geral de Justiça por intermédio de resolução, providência que encontra respaldo na Constituição Federal, em seu art. 128, § 5°; na Lei Complementar n° 34/94, em seu art. 69, inciso XIII; e na Lei n° 8.625/93, art. 29, inciso IX.

- O Decreto-lei n° 201/67 prevê a possibilidade de os prefeitos municipais serem desde logo processados e julgados criminalmente pelo Poder Judiciário, sem a necessidade de autorização da câmara municipal.

- A conduta do prefeito municipal consistente na apropriação de verbas públicas destinadas ao pagamento de diárias de viagem e a repasse à câmara municipal se amolda, em tese, ao tipo previsto no art. 1°, inciso I, do Dec.-lei n° 201/67.

- Para que as despesas de viagem do chefe do Executivo possam ser consideradas regulares, devem estar acompanhadas de documentos comprobatórios hábeis a justificá-las, conforme exigido pelos arts. 62 e 63 da Lei Federal n° 4.320/64, ou mesmo de um relatório dos gastos feitos, consoante Súmula n° 82 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

- Presentes os indícios suficientes da autoria e da materialidade do delito, é de se receber a denúncia oferecida contra o prefeito municipal, se a mesma atende aos pressupostos do art. 41 do CPP, mostrando-se formalmente correta, encontrando os fatos ali articulados, que se amoldam aos tipos propostos, ressonância na documentação que a acompanha.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 252.118-5/00 - Comarca de Januária - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Preliminares - Denúncia subscrita por Procurador de Justiça através de delegação da Procuradoria-Geral - Respaldo legal - Autorização da Câmara Municipal para julgamento de Prefeito em ações criminais - Desnecessidade - Atipicidade das condutas - Improcedência do argumento - Peça de ingresso que encontra ressonância no procedimento administrativo instaurado - Recebimento.

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, 14 de março de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontravam-se presentes, pelo Ministério Público, o Dr. Gilvan Alves Franco, que proferiu sustentação oral pelo denunciante, e o Dr. João Batista de Oliveira Filho, pelo denunciado.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Trago voto escrito, mas sinto a necessidade de rever os autos, diante das manifestações geradas da tribuna. Assim, retiro o processo de pauta e peço a V. Exª a inclusão do mesmo na sessão do dia 14, pois estarei ausente na próxima sessão, ficando desde já intimadas as partes.

Súmula - RETIRADO DE PAUTA, A PEDIDO DO DESEMBARGADOR RELATOR, PARA INCLUSÃO NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO DIA 14.03.2002.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo denunciante, o Dr. Gilvan Alves Franco e, pelo denunciado, o Dr. Henrique K. Andrade.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.02.2002, a pedido do Relator, após sustentação oral produzida.

Com a palavra o Des. Herculano Rodrigues.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - O Ministério Público Estadual, por um dos integrantes de Grupo Especial, oferece denúncia contra Josefino Lopes Viana, já qualificado, Prefeito do Município de Januária, incursando-o nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/67, c/c o art. 71 do Código Penal, e art. 1º, inciso I, do mesmo decreto, em concurso material (art. 69 do Código Penal), porque se teria

apropriado indevidamente de verbas públicas relativas a despesas de viagens nos anos de 1998, 1999 e 2000, bem como de quantia que deveria ter sido repassada à Câmara Municipal.

Com a denúncia, requereu-se a quebra do sigilo fiscal e bancário do denunciado, pretensão esta que foi indeferida pela decisão de fls. 139/141.

Em cumprimento ao disposto no art. 4º da Lei 8.038/90, o denunciado apresentou resposta escrita, sustentando, em preliminar, a ausência de condição de procedibilidade, qual seja, a autorização da Câmara Municipal para que fosse processado, e ainda a imprestabilidade, ou invalidade, da peça inaugural para a instauração da ação penal, por não haver sido subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça, único legitimado a oferecê-la em casos que tais, não sendo jurídicamente válida, para este fim, a delegação de poderes a Promotor de Justiça, que não pode oficiar em feitos de competência originária, ou a membros da Procuradoria integrantes de "Grupo Especial", por falta de previsão legal. Quanto ao mérito, sustenta que as condutas descritas na denúncia, tidas como delituosas, seriam atípicas. Com relação às despesas de viagens, a par da ausência de dolo, imprescindível à caracterização do crime, não teria a denúncia afirmado que seriam elas fictícias ou não realizadas, aduzindo apenas que não foram comprovadas através de notas fiscais, o que não configuraria ilícito penal, eis que não estaria o Prefeito Municipal obrigado a apresentá-las, consoante entendimento consolidado no Tribunal de Contas com a edição da Súmula 82. Demais, as verbas relativas às diárias foram efetivamente por ele utilizadas para o fim próprio a que eram destinadas, tendo a Câmara Municipal, acolhendo o parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado, aprovado as contas da Administração referentes ao exercício de 1998. E, no tocante ao repasse de verba à Câmara Municipal de Januária, teria ocorrido um simples erro na emissão de uma das notas de empenho, não havendo que se falar em crime, até porque não seria possível descontar duas vezes o mesmo cheque.

A resposta veio acompanhada dos documentos de fls. 173/218, tendo a douta Procuradoria de Justiça sobre eles se manifestado, insistindo no recebimento da denúncia (fls. 222/229).

As preliminares suscitadas na defesa prévia não merecem acolhimento.

A exordial, além de assinada pelo douto Promotor de Justiça Cristóvan Joaquim F. Ramos Filho, está subscrita também pelo ilustre Procurador Gilvan Alves Franco, cuja atribuição para denunciar prefeitos foi delegada pelo Procurador-Geral de Justiça através de resolução, providência que encontra respaldo na Constituição Federal, em seu art. 128, § 5º; na Lei Complementar nº 34/94, em seu art. 69, inciso XIII; e na Lei 8.625/93, art. 29, inciso IX.

A distribuição de atribuições entre os membros do Ministério Público,

como se sabe, não encerra questão relativa à competência, mas sim matéria de organização interna da instituição no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Demais, conforme registrado pela Procuradoria, "... *tal questão já foi objeto de análise deste Tribunal de Justiça quando do julgamento do PCO nº 160.420-6.00, julgado em 29.11.01, cuja denúncia foi recebida, onde se reconheceu por 4 votos contra 1 a legitimidade de Promotor de Justiça, por delegação, subscrever a denúncia contra Prefeito Municipal*" (fl. 226).

Entretanto, no caso em apreço, como já assinalado, a denúncia está subscrita também por Procurador de Justiça.

A outra prefacial, que sustenta a necessidade de autorização da Câmara Municipal, para que seja processado o Prefeito, afigura-se igualmente improcedente.

Como cediço, em relação aos prefeitos municipais houve por bem o legislador estabelecer tratamento diverso daquele reservado ao presidente da República e aos governadores, que são julgados por crimes de responsabilidade, antes, pelas casas legislativas respectivas, com a conseqüência do afastamento do cargo, se considerados culpados (*impeachment*), e somente depois, pelo Judiciário, para a apuração dos delitos correspondentes. No caso dos prefeitos, prevê o Decreto-lei 201/67 a possibilidade de que sejam desde logo processados criminalmente, independentemente de manifestação da Câmara de Vereadores.

Na verdade, "*o Dec.-lei 201/67, nesta parte, não eliminou, e sim acentuou, a distinção entre responsabilidade política e responsabilidade criminal. Mas permitiu a aplicação de pena, pelo Judiciário, ao agente político, sem necessidade de ser ele desvestido de seu múnus, o que, em outros tempos, competia à Câmara Municipal como condição prévia e indispensável para o procedimento criminal*" (ALBERTO SILVA FRANCO e outros, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 2, 6ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 2.013).

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a matéria:

"*São crimes comuns os chamados crimes de responsabilidade tipificados no Dec.-lei 201/67, art. 1º. O processo e julgamento é do Poder Judiciário, sem necessidade de autorização da Câmara Municipal*" (*HC* 3.261-CE, Quinta Turma; *DJ* de 12.06.1995, Rel. Min. Edson Vidigal).

Rejeito, pois, a preliminar.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Estou de acordo com o voto do Des. Herculano Rodrigues e esclareço o porquê. Venho votando no sentido de que não pode a denúncia ser subscrita somente por Promotor de Justiça, mas no caso está subscrita por Procurador de Justiça, este indicado para a atividade desse grupo encarregado de examinar os crimes envolvendo agentes administrativos. Assim, ainda que não seja o Procurador-Geral, tenho para mim que o Procurador de Justiça tem a autorização legal para a denúncia.

Acompanho, então, o voto do Des. Herculano Rodrigues.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Quanto ao mérito, não há que se falar em atipicidade das condutas descritas na denúncia.

Ao contrário do que sustenta o denunciado, a denúncia está a imputar-lhe de forma clara a apropriação de verbas públicas destinadas ao pagamento de diárias de viagens e a repasse à Câmara Municipal de Januária (fls. 3), condutas estas que se amoldam, em tese, ao tipo previsto no art. 1º, inciso I, do Dec.-lei 201/67.

Segundo o órgão do Ministério Público, teria o denunciado, nos anos de 1998, 1999 e 2000, recebido dos cofres do Município vultosas quantias, discriminadas na denúncia, "*a título de ressarcimento das* supostas *despesas gastas com viagens*" (grifei), sem, contudo, apresentar documentos comprobatórios hábeis a justificá-las, conforme exigido pelos arts. 62 e 63 da Lei Federal 4.320/64.

Pelo que se depreende da análise perfunctória dos documentos que instruem a inicial, as aludidas diárias somaram a expressiva quantia de R$294.904,60 (duzentos e noventa e quatro mil, novecentos e quatro reais e sessenta centavos), sendo de se observar que, além de ausentes os comprovantes das despesas, algumas das notas de empenho estão acompanhadas de recibos sem assinatura.

Em sua defesa escrita não apresentou o denunciado qualquer comprovante ou mesmo um relato dos gastos, alegando estar desobrigado de exibi-los, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 82 do Tribunal de Contas do Estado.

Ora, não é bem assim.

Segundo a orientação contida na mencionada súmula do TCE/MG, "*as despesas de viagem do Chefe do Executivo Municipal são regulares se acompanhadas do relatório dos gastos feitos*".

Demais, "*a aprovação de contas somente convalesce irregularidades administrativas verificadas na execução do orçamento; as infrações penais permanecem intactas, competindo à Justiça Criminal comum dizer de responsabilidade ou não de seu autor*" (TAMG - Rec. - Rel. Sebastião Maciel - *RT*, 575/423).

No que tange à verba destinada à Câmara de Vereadores, a exordial é igualmente clara ao atribuir ao denunciado a apropriação da importância de R$51.000,00 (cinqüenta e um mil reais).

Para tanto, em data de 11 de setembro de 2000, teria ele emitido a nota de empenho de nº 6314 (fl. 42), constando de seu histórico destinar-se a quantia a repasse financeiro para a Câmara Municipal, pago com o cheque de nº 819.625, do Banco do Brasil. Esta importância, entretanto, não teria entrado nos cofres da Câmara, estando em branco o recibo respectivo, sendo que o cheque referido naquela nota de empenho teria sido utilizado anteriormente para pagamento do repasse da mesma importância à Câmara de Januária no dia 12 de junho de 2000, este sim recebido pelo Legislativo Municipal, conforme recibo devidamente assinado à época, relativo a outra nota de empenho, de nº 4183.

O fato, sem dúvida, causa espécie.

Sustenta o denunciado que tudo não passou de um erro técnico, conforme declaração do responsável pela contabilidade do Município, que juntou. É possível. Contudo, a questão não restou suficientemente esclarecida. As justificativas apresentadas carecem de efetiva demonstração, o que só poderá ter lugar no curso de regular instrução.

A denúncia atende aos pressupostos do art. 41 do CPP, mostrando-se formalmente correta, encontrando os fatos ali articulados, que se amoldam aos tipos propostos, ressonância na documentação que a acompanha.

Destarte, presentes indícios suficientes da autoria e da materialidade, *recebo a denúncia,* determinando a conclusão dos autos para os atos posteriores do processo, se os demais componentes da Câmara endossarem o recebimento.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E RECEBERAM A DENÚNCIA.

-:::-

HOMICÍDIO - PLURALIDADE DE DISPAROS - QUALIFICADORA - MEIO CRUEL - DESCARACTERIZAÇÃO - JÚRI - APELAÇÃO - FALTA DE INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL - IRREGULARIDADE SANADA NAS RAZÕES RECURSAIS - CONHECIMENTO DO RECURSO

- Não obstante a apelação manejada contra a decisão do Júri não tenha indicado o dispositivo legal em que se funda, resta sanada a irregularidade se o recorrente, em suas razões recursais, delineia os motivos e fundamentos para a reforma do julgado, sendo de se conhecer do recurso.

- Para que fique configurada a qualificadora do meio cruel, é mister que o homicídio seja praticado com o propósito de aumentar, sadicamente, o sofrimento da vítima, infligindo-lhe padecimento mais grave que o necessário para produzir sua morte. O fato de ter o acusado desferido vários disparos contra a vítima não basta, isoladamente, para caracterizar o emprego de meio cruel.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 253.674-6/00 - Comarca de Malacacheta - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Júri - Qualificadora - Meio cruel. - A pluralidade de disparos, por si só, não caracteriza a crueldade do meio de execução. O fato de ter o acusado desferido vários disparos contra a vítima não basta, isoladamente, para qualificar o delito. Necessidade do propósito de aumentar, sadicamente, o sofrimento daquela. Decisão manifestamente contrária à prova. Recurso provido.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - José Aparecido Soares de Araújo foi denunciado e pronunciado por infração do art. 121, § 2º, inciso III, c/c art. 29, todos do CPB.

Levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, foi condenado a treze anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Preso, interpõe o sentenciado o apelo arrazoado às fls. 176/178, sustentando que a decisão teria sido manifestamente contrária à prova e a exacerbação da pena.

Contrariado o recurso (fls. 180/188), manifesta-se a PGJ por seu conhecimento e provimento, com a cassação do veredicto popular.

É o relatório.

Conheço do recurso.

A defesa manifestou em plenário seu inconformismo com a decisão, sem indicar, entretanto, em qual dispositivo legal se fundava seu apelo.

Em razão disso, entende o RMP que o apelo deva ser conhecido apenas pela letra *d* do art. 593, III, do CPP.

Como bem asseverou o culto Procurador de Justiça, "*o entendimento jurisprudencial atual e dominante já superou a posição defendida pelo nobre Promotor de Justiça, não sendo mais necessário apontar o dispositivo legal em que se baseia sua apelação*".

Nesse diapasão:

"*Processual Penal - Apelação contra decisão do Júri - Falta de indicação do fundamento legal - Suprimento da falha nas razões recursais - Conhecimento do recurso* - Habeas corpus - *Matéria não decidida na instância* a quo - *Não-conhecimento. - 1. Não obstante a falta de indicação expressa do fundamento legal do apelo, manejado contra decisão de Tribunal do Júri, resta sanada a falha se, nas razões recursais, o recorrente bem delineia os motivos e fundamentos para a reforma do julgado. Precedentes desta corte e do STF. - 2. Não se conhece de matéria suscitada na impetração, se não foi ela decidida pelo acórdão do tribunal atacado, em sede de apelação criminal, sob pena de supressão de instância. - 3. Ordem concedida em parte, apenas para que o tribunal conheça da apelação e julgue-a como entender de direito*" (STJ - *HC* 8.462-RS - 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves - *DJU* de 23.08.1999, p. 148).

Assim, a despeito da apontada irregularidade, o recurso há que ser examinado pelos motivos e argumentos lançados em suas razões.

Argumenta a defesa que a qualificadora do meio cruel, inserida no libelo e sustentada pelo RMP em plenário, e que consistiria no "*fato do apelante ter efetuado vários disparos contra a vítima*", não restou configurada.

Aduz que "*os vários tiros disparados pelo apelante contra a vítima, em companhia de terceiro, por si só, não caracterizam o emprego de meio cruel*".

Em apoio à sua tese colaciona excertos doutrinários e julgados, concluindo que, ausente a qualificadora do emprego do meio cruel, resta contrária à prova a decisão do Tribunal Popular.

Meio cruel, conforme a doutrina e a jurisprudência, é aquele que sujeita a vítima a graves e inúteis vexames ou sofrimentos físicos ou morais, que causa padecimento mais grave que o necessário para produzir a morte.

A pluralidade de disparos de arma de fogo contra a vítima não consitui, em si mesma, meio cruel.

Nesse sentido:

"*Recurso em sentido estrito - Inclusão da qualificadora do meio cruel, excluída na pronúncia - Impossibilidade.* - Para a configuração do meio cruel, é mister que o delito seja praticado mediante requintes de tortura e sofrimento dispensáveis à sua consumação, hipóteses não verificadas nos autos. *Recurso ministerial desprovido. Afastamento das qualificadoras reconhecidas na pronúncia. Impossibilidade. - Havendo indícios de que o delito foi praticado nas condições previstas em determinadas qualificadoras referidas na denúncia, recomenda a jurisprudência não excluí-las da sentença de pronúncia, deixando tal oportunidade ao Tribunal do Júri, que como juiz natural do processo dirá sobre a incidência ou não de cada uma delas. Recurso do réu conhecido e desprovido*" (TJMG - RSE 000.166.837-5/00 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Odilon Ferreira, j. em 18.04.2000).

"*Júri - Homicídio duplamente qualificado* - Meio cruel - Reiteração de golpes que por si só não autoriza a afirmação de crueldade - Necessidade do propósito de aumentar desnecessariamente o sofrimento da vítima - *Motivo fútil - Crime precedido de discussão - Vítima que teria tentado matar o irmão de um dos réus - Qualificadoras improcedentes - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Submissão a novo julgamento - Recurso provido*" (TJMG - ACr 000.172.503-5/00 - 1ª C. Crim. - Rel. Des. Zulman Galdino, j. em 15.02.2000).

"*Homicídio - Qualificadoras. - Estando evidenciado pelos autos que o réu agiu por motivo de somenos importância, deve a qualificadora do motivo fútil ser submetida a apreciação pelo Tribunal do Júri.* O fato de ter o acusado desferido vários golpes contra a vítima e a gravidade das lesões, por si sós, não são circunstâncias que qualificam o delito. *Provimento parcial ao recurso, apenas para decotar a qualificadora do meio cruel*" (TJMG - RSE 144.643/4 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Mercêdo Moreira, j. em 18.05.1999).

Em sendo assim, indemonstrado nos autos o propósito do apelante de infligir à vítima tortura ou sofrimento desnecessário, que configuraria o uso de meio cruel, entendo caracterizada a decisão contrária à prova.

Diante do exposto, *dou provimento ao recurso*, para cassar o veredicto popular, devendo ser o apelante submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

ESTUPRO - TENTATIVA - PALAVRA DA VÍTIMA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - VALOR PROBANTE - LAUDO PERICIAL - VALIDADE - PERDA DE UM DENTE - LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE

- Em crimes contra o costume, à palavra da vítima se deve emprestar especial relevo, mormente quando corroborada por outros elementos de prova.

- Deve-se tomar por verdadeira a confissão policial validamente colhida, se é ela que guarda sintonia com o conjunto probatório.

- É válido o *acd* elaborado por dois peritos devidamente compromissados e que, de forma clara e precisa, respondem aos quesitos formulados.

- A perda de um dente, comprometedora da função mastigatória, devidamente atestada pelos peritos e cabalmente comprovada no processo, importa no reconhecimento da presença de lesão corporal de natureza grave, ainda que seja possível a implantação de uma prótese, pois ninguém está obrigado a se submeter a procedimentos médicos, muitas vezes dolorosos e de risco, bem como a usar próteses para substituir a função natural de um elemento dental.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 254.147-2/00 - Comarca de Ibiraci - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Estupro - Tentativa - Palavra da vítima - Confissão extrajudicial - Valor probante - Laudo pericial - Validade - Perda de um dente - Lesão corporal de natureza grave. - Em crimes contra o costume, à palavra da vítima se deve emprestar especial relevo, mormente quando corroborada por outros elementos de prova. - Deve-se tomar por verdadeira a confissão policial validamente colhida, se é ela que guarda sintonia com o conjunto probatório. - É válido o *acd* elaborado por dois peritos devidamente compromissados e que, de forma clara e precisa, respondem aos quesitos formulados. - A perda de um dente, comprometedora da função mastigatória, devidamente atestada pelos peritos e cabalmente comprovada no processo, importa no reconhecimento da presença de lesão corporal de natureza grave, ainda que seja possível a implantação de uma prótese, pois ninguém está obrigado a se submeter a procedimentos médicos, muitas vezes dolorosos e de risco, bem como a usar próteses para substituir a função natural de um elemento dental.

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 1º RECORRENTE E NEGAR PROVIMENTO AO 2º RECORRENTE.

Belo Horizonte, 21 de março de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de fls. 124/134 julgou parcialmente procedente a denúncia de fls. 02/03 e condenou Luciano Lucas dos Santos, como incurso nas sanções do art. 213 c/c art. 14, II, ambos do CP, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, no regime aberto.

Inconformado, interpôs o MP recurso de apelação, pleiteando o reconhecimento da lesão corporal de natureza grave, o que configura a forma qualificada do delito, de natureza hedionda (fls. 143/145).

Da mesma forma, apelou da sentença o réu, pleiteando sua absolvição, ao fundamento de que a palavra da vítima é frágil e de que a perícia realizada é imprestável como prova (fls. 146/147).

Contra-razões foram apresentadas às fls. 148/149 e 152/153.

A d. Procuradoria opinou pelo não-provimento do recurso da defesa e pelo provimento do apelo da acusação.

Conheço de ambos os recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Recurso aviado pela defesa.

Passo, primeiramente, ao exame do recurso interposto pela defesa.

Em seu apelo, alega o denunciado que a vítima mentiu em seus depoimentos, motivo por que sua palavra não é confiável, e que o laudo pericial realizado é imprestável, uma vez que não é fundamentado e que as lesões ali descritas não estão casualmente relacionadas com os elementos do tipo do art. 213 do Código Penal, já que inexistem sinais de violência sexual ou de tentativa.

Com a devida vênia, não há nos autos nenhuma evidência de que a vítima tenha mentido.

Ao contrário, seus depoimentos, prestados tanto na Polícia quanto em Juízo (fls. 6 e 55/57), são consistentes e firmes e estão corroborados pelos demais elementos de prova.

Com efeito, as testemunhas Laurice e Humberto disseram que o recorrente, após ser reconhecido pela ofendida, confessou tê-la agredido, sem para tanto ter sofrido qualquer tipo de coação (fls. 05/06 e 60/61).

Nesse mesmo sentido é o depoimento do policial-condutor (fls. 05 e 58/59).

Não bastasse isso, há, ainda, o *acd* de fls. 15/16, que revela as agressões brutais que a vítima sofreu, exatamente como por ela alegado.

E, por fim, a própria confissão extrajudicial do acusado, no sentido de que com ela tentou manter relações sexuais, à força (fls. 07), valendo notar que, em Juízo, o acusado não ratifica sua confissão, mas também não nega; apenas alega que não se recorda do que aconteceu (fls. 28/31).

Como seu depoimento prestado na fase administrativa é o que guarda sintonia com as demais provas produzidas, é a ele que se deve considerar como verdadeiro, até mesmo porque a retratação em juízo, quando divorciada de outros elementos probatórios, não basta para elidir a confissão policial validamente colhida.

Assim, diante de tantos elementos que lhe dão sustentação, à palavra da ofendida, no caso, é de se emprestar todo o crédito, sobretudo por tratar a espécie de crime contra a liberdade sexual, casos em que à palavra da vítima se confere especial relevo e consideração, em razão de que os crimes de tal natureza, via de regra, são praticados a coberto de testemunhas.

Vale notar, ainda, que a acareação de fl. 92 em nada comprometeu a consistência do relatado pela vítima.

De outro lado, o *acd* de fls. 15/16 é claro e consistente e revela, como já dito, que a ofendida realmente foi vítima de covardes agressões, como ela alegou.

A par disso, dito *acd* foi elaborado e está devidamente assinado por dois peritos, devidamente compromissados.

Atende, assim, ao disposto no art. 159 do CPP.

No que se refere à alegação da defesa de que as lesões descritas no *acd* não se ajustam à tentativa de estupro, é certo dizer, primeiramente, que tal tentativa pode restar configurada mesmo sem que tenha havido o contato sexual entre a vítima e o agente e, em segundo lugar, que as lesões descritas no aludido laudo são perfeitamente compatíveis com o relato da ofendida, que revelou a forma extremamente violenta com que foi atacada pelo réu, que com ela visava manter relações sexuais, o que resultou em hematomas e escoriações pelo corpo e na perda de um dente (elemento central superior esquerdo - fl. 99).

Assim sendo, a razão não assiste ao acusado, motivo por que nego provimento ao recurso por ele interposto.

Custas, na forma da lei.

Recurso aviado pelo MP.

Passo ao exame do recurso interposto pela acusação.

Alega o Ministério Público que a prova pericial aponta para a ocorrência de lesão corporal de natureza grave, a qual deve ser reconhecida, condenando-se o denunciado na forma qualificada do art. 223, *caput*, do Código Penal.

Com efeito, do *acd* de fls. 15/16 consta que a ofendida perdeu o elemento dental 21, comprometendo a função mastigatória e a estética.

Isso é corroborado pela manifestação de fl. 66, onde a médica, que funcionou como perita no *acd* de fls. 15/16, afirma que a lesão é permanente.

Vale notar que à fl. 67 o periodontista que também subscreveu o laudo de fls. 15/16 confirma a perda do elemento dental 21.

Ao meu modesto aviso, a perda de um dente, atestada por peritos, com o conseqüente comprometimento permanente da função mastigatória, constitui lesão de natureza grave (CP, art. 129, § 1º, III), valendo notar que é de todo irrelevante a viabilidade de, no futuro, se proceder à implantação de outro dente, até mesmo porque ninguém está obrigado a se submeter a procedimentos médicos, muitas vezes dolorosos e de risco, bem como a usar próteses para substituir a função natural de um membro ou órgão.

A propósito:

"*É irrelevante que a debilidade permanente seja passível de correção por via cirúrgica (a que não está a vítima obrigada a se submeter e cujo resultado é aleatório). Para reconhecimento da permanência da debilidade não é preciso que ela seja perpétua ou impassível de tratamento*" (TJSP, *RJTJESP*, 94/456, anotado por JULIO FABBRINI MIRABETE *in CP Interpretado*, Atlas, 2001, p. 718).

Ademais, é certo dizer que "*ninguém está obrigado a usar postiços ou disfarces para favorecer a sorte de seu ofensor*" (TJSP, *RT*, 593/339, anotado por JULIO FABBRINI MIRABETE *in* ob. cit., p. 718).

Nessa mesma linha de entendimento:

"*A perda de um dente, com a constatação expressa dos peritos de que houve debilidade permanente da função mastigatória, caracteriza a gravidade da lesão, orientação doutrinária e jurisprudencial*" (TJRS, *RJTJERGS*, 159/185, anotado por JULIO FABBRINI MIRABETE *in* ob. cit., p. 718).

Assim sendo, dou provimento ao recurso interposto pela acusação para condenar o denunciado como incurso nas sanções do art. 213 c/c art. 223, *caput*, todos do CP.

Passo à fixação da pena.

Com base nas circunstâncias judiciais analisadas na r. sentença, fixo a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão.

Inexistem atenuantes, agravantes e causas de aumento de pena.

Em face da causa de diminuição de pena do art. 14, II, do CP (tentativa), e por considerar, assim como o MM. Juiz sentenciante o fez, que o *iter criminis* restou abortado logo em seu início, reduzo a pena-base em seu grau máximo (2/3), fixando-a, assim, em

definitivo, em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

O regime de cumprimento é o integralmente fechado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º).

Deixo de conceder o benefício do art. 44 do CP por se tratar de crime cometido com violência contra a pessoa.

Em razão do *quantum* da pena imposta, incabível, também, a concessão do *sursis* (CP, art. 77).

Resumindo: dou provimento à primeira apelação e nego provimento à segunda apelação.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO 1º RECORRENTE. NEGARAM PROVIMENTO AO 2º RECORRENTE.

-:::-

CRIME DE ALTERAÇÃO DE SUBSTÂNCIA MEDICINAL - CONDENAÇÃO - PROVAS ILÍCITAS - FASE INQUISITIVA - CONTRADITÓRIO - OBSERVAÇÃO - LAUDO PERICIAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - VALIDADE DA PROVA TÉCNICA - CARTAS PRECATÓRIAS APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - SIMPLES IRREGULARIDADE - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - NULIDADES - REJEIÇÃO - AUTORIAS INDUVIDOSAS - MATERIALIDADE COMPROVADA - DELITOS CARACTERIZADOS

- Na fase indiciária, hão que ser observados, igualmente, os direitos humanos dos indiciados e o poder discricionário da autoridade que preside a investigação, preservando-se, desta forma, a sua feição inquisitiva, devendo eventuais abusos ocorridos nesta fase ser coibidos oportunamente, mediante condutas administrativas e/ou penais, *a posteriori* ao arbítrio eventualmente perpetrado.

- A generalidade das provas extrajudiciais só produz efeito quando é confirmada, ao menos *quantum satis*, pela prova colhida no ambiente judicial, sob o crivo do contraditório.

- Não se vislumbra qualquer nulidade no laudo pericial pelo fato de a análise ter sido realizada em alguns frascos já abertos, apreendidos com consumidores, se, conforme consta dos autos, químicos e técnicos da Fundação Ezequiel Dias periciaram uma amostra *única e inviolada* do medicamento apreendido, constatando a sua falsificação.

- A juntada de cartas precatórias após a prolação da sentença em nada nulifica o decreto condenatório, se nenhuma influência teve na decisão.

- Ausente a alegada nulidade da sentença, por falta de apreciação de suas alegações finais, argüida pelo defensor do apelante, quando se observa que o juiz de primeiro grau, criteriosamente, bem examinou as questões suscitadas pelo acusado, fundamentando suficientemente a sua decisão, apoiando-se em dados objetivos relevantes e indicando com clareza os motivos de fato e de direito em que se fundamentou.

- Configurado está o crime previsto no art. 273 do Código Penal, quando, além da alteração do produto farmacêutico com modificação de sua composição química, reduzindo-lhe o valor terapêutico pela supressão parcial de elementos químicos que deviam integrá-lo, foi este produzido fora dos padrões técnicos estabelecidos, em laboratório clandestino, desprovido de maquinários, tanto que reconhecido por um dos apelantes.

- Comprovado *quantum satis* nos autos que os apelantes entregaram a consumo medicamento que sabiam falsificado, caracterizada está a conduta descrita no art. 273, § 1º, e não a do art. 275 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 254.444-3/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de alteração de substância medicinal - Preliminares de nulidade - Condenação fundamentada em provas ilícitas, obtidas na fase inquisitiva - Improcedência - Confissão dos acusados, na Polícia, confirmadas *quantum satis* na fase judicial, sob o crivo do contraditório - Nulidade do laudo pericial - Inexistência - Validade da prova técnica - Nulidade processual pela juntada de cartas precatórias após a prolação da sentença - Provas que não influenciaram a decisão - Simples irregularidade - Conflito de competência - Não-caracterização - Nulidades - Rejeição - Mérito - Autorias induvidosas - Materialidade comprovada - Delitos caracterizados - Co-réu que, mediante solicitação, em seu laboratório clandestino, falsificou o medicamento "Keflex", alterando a sua qualidade pela inferiorização de seu princípio ativo e adulterando outras substâncias de sua composição normal, tornando-o impróprio ao consumo - Demais co-réus que, tendo pleno conhecimento da falsificação, entregam o medicamento a consumo - Condenações mantidas - Recursos desprovidos.

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 PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 04 de abril de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo primeiro apelante, os Drs. Cláudio Henrique Rodrigues Daldegan e Fernando Sérgio de Oliveira.

Assistiu ao julgamento, pelo segundo apelante, o Dr. Fernando Sérgio de Oliveira.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Juiz de Fora, após regular instrução criminal, foram os acusados José Vicente Castellano, Dário Francisco da Silva e Jalmar Antônio Plessim condenados à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, como incursos nas sanções do art. 273, *caput*, o primeiro, e os outros dois nas sanções do art. 273, § 1°, ambos do Código Penal, pelo fato de, no início do ano de 2000, associarem-se para o fim de fabricar, falsificadamente, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, além de ter em depósito e distribuir, entregando a consumo o produto adulterado.

Inconformados com a condenação, interpõem os acusados, por seus respectivos defensores, recurso de apelação, argüindo, em preliminar, a nulidade da sentença, porque fundamentada em provas ilícitas.

Argumentam, de forma uníssona, que o decreto condenatório se lastreou, unicamente, em provas colhidas na fase extrajudicial, em procedimento administrativo viciado.

A defesa do apelante Jalmar Antônio Plessim alega, em síntese, a violação do art. 5°, LXIII, da Constituição Federal, pela não-informação, ao acusado, nesta fase indiciária, de seu direito de permanecer em silêncio durante o interrogatório, da assistência de um advogado isento neste ato e da assistência de sua família, no inquérito policial.

Alega, mais, violação do art. 5°, LV, da Carta Constitucional, pela utilização de prova testemunhal viciada (declaração de fl. 60), não submetida ao contraditório, e pela não-isenção da única testemunha que presenciou o seu interrogatório na Polícia, pelo interesse demonstrado em favorecer o seu cliente (o mesmo que delatou o apelante).

Alega, ainda, a nulidade da sentença, por falta de apreciação das alegações finais do apelante.

Em razões de mérito, busca sua absolvição, por insuficiência de provas a sustentar o decreto condenatório.

Argumenta, em síntese, que apenas agenciava a venda dos medicamentos para José Vicente Castellano, desconhecendo a sua real origem, atuando como uma *longa manus* deste último. E, inexistindo a vontade consciente e livre, o liame de ordem subjetiva, inexiste o instituto da participação criminosa.

Argumenta, por derradeiro, que as provas colhidas na instrução criminal não o incriminam e que, mesmo tomando as devidas cautelas, foi iludido pelo elevado grau de falsificação do medicamento, que surpreendeu até o Exmo. Ministro da Saúde, Dr. José Serra, pela quase perfeição da falsificação, e que, ao agenciar as vendas, não teve qualquer contato com os medicamentos que estavam na "Transportadora 1001", embalados em caixas de papelão, aguardando serem retirados por José Vicente Castellano, por estarem consignados em seu nome, conforme ressai insofismável do contexto probatório.

Por sua vez, o apelante José Vicente Castellano alega, em preliminar, que a prova colhida nestes autos é nitidamente construída; que o seu interrogatório na fase policial foi colhido de madrugada, em situação adversa, acompanhado apenas por policiais, sob ameaça de armas de fogo, e que tais provas deveriam ser desentranhadas dos autos, e não usadas como alicerce para a condenação.

Alega, ainda, liminarmente, nulidade processual por cerceamento de defesa, pela juntada de documentos aos autos depois da apresentação da sentença. Sustenta que cartas precatórias oriundas de outras comarcas foram anexadas aos autos, sem ciência das partes, após a prolação da sentença.

Em razões de mérito, pleiteia a sua absolvição, porquanto o decreto condenatório não reflete a realidade dos fatos, ou, alternativamente, a desclassificação do crime para o previsto no art. 276, CP.

Argumenta, em síntese, que restou devidamente comprovado nos autos que o apelante jamais falsificou, adulterou ou modificou produtos destinados a fins medicinais, apenas vendeu produtos que, na verdade, desconhecia ser de procedência duvidosa.

Argumenta, mais, que a própria perícia realizada nos medicamentos, peça fundamental para a condenação, concluiu apenas que a quantidade de matéria-prima utilizada em sua fabricação era inferior ao necessário. Ademais, foi feita em frascos já violados por consumidores, o que põe em dúvida a confiabilidade e veracidade dos medicamentos periciados.

Por este motivo, alega que, se algum crime foi praticado, seria o previsto no art. 276 do Código Penal, porquanto o apelante não falsificou ou adulterou produto algum destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

O apelante Dário Francisco da Silva argúi, em preliminar, nulidades acorridas na fase inquisitorial, dizendo-se lesado em seus direitos constitucionais, porquanto insistentemente retirado em horários noturnos diversos para prestar depoimento, sob coação e espancamento, sem nenhuma prova a incriminá-lo, em auto de flagrante eivado de nulidade.

Argúi, ainda, conflito positivo de competência, sustentando que, após ter sido condenado pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora (autos em questão), vem sendo julgado, pelo mesmo fato, também na 12ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

Em razões de mérito, alega que a conclusão da perícia é que a quantidade de matéria química encontrada no medicamento "Keflex" foi reduzida e, por este motivo, não atende às exigências do Conselho Regional de Medicina. Diante disso, a melhor adequação do fato é o previsto no art. 275 do Estatuto Penal.

Alega, mais, que pairam dúvidas em relação ao laudo pericial, porquanto realizada a perícia em frascos de medicamentos já violados pelos consumidores.

Por derradeiro, argumenta ser atípica a conduta perpetrada pelo apelante, que desconhece os mais rudimentares elementos da química orgânica, e em momento algum tinha conhecimento da ilicitude do empreendimento do qual fazia parte, conforme ressai do contexto probatório, embasando-se o decreto condenatório apenas em sua confissão extrajudicial, colhida sob coação policial.

Acrescenta que, estando com seus produtos devidamente registrados para seu próprio laboratório, iniciou a fabricação dos mesmos, acreditando ser iminente o fornecimento da licença do órgão competente e que a simples ação de fabricar para testes não se amolda ao tipo previsto no § 1º do art. 273, CP.

Alternativamente, pleiteia a desclassificação do crime para o do art. 275, CP, com a aplicação do art. 44 da Lei 9.714/98.

Os recursos foram contrariados, manifestando-se a Dra. Promotora de Justiça pela rejeição das preliminares e confirmação, *in totum*, da sentença combatida.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos.

Ab initio, hão que se analisar as questões preliminares argüidas pelos apelantes.

Argúem os três apelantes a nulidade da sentença, porque lastreada unicamente na confissão dos acusados, obtida sob coação, na fase indiciária, não preservados, naquele ato, os seus direitos constitucionais, estando aquele ato eivado de vícios e irregularidades.

Na verdade, na fase indiciária, hão que ser observados, igualmente, os direitos humanos dos indiciados e o poder discricionário da autoridade que preside a investigação, preservando-se, desta forma, a sua feição inquisitiva.

In casu, eventuais abusos ocorridos nesta fase devem ser coibidos oportunamente, mediante condutas administrativas e/ou penais, a posteriori ao arbítrio eventualmente perpetrado.

Não obstante, porque se apresenta no inquérito ausente a possibilidade de defesa, qualquer irregularidade formal que nele se perpetre não terá forças para nulificar a relação processual que com base nele se instaure.

Ademais, como é cediço, a generalidade das provas extrajudiciais só produz efeito quando é confirmada, ao menos *quantum satis*, pela prova colhida no ambiente judicial, sob o crivo do contraditório, como no caso destes autos, o que será analisado, a seguir, nas razões de mérito.

Quanto ao fato alegado pelo apelante Jalmar de que o ordenamento jurídico não permite a nomeação de um só defensor para réus que apresentam defesas colidentes, e que o advogado de José Vicente Castellano, pessoa que o delatou, é a pessoa que assinou o seu termo de interrogatório na Delegacia de Polícia, verifica-se que tal questão já foi debatida nestes autos, conforme se vê do acórdão de fls. 811/814, por mim relatado, que, em sede de *habeas corpus*, decidiu que o advogado que acompanhou o acusado Jalmar na fase policial assinou os depoimentos dos demais co-réus apenas como testemunha, sendo que, no decorrer do processo, foram eles defendidos por advogados distintos.

Também não há falar em litispendência ou conflito positivo de competência entre os Juízes da 12ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo e o da 3ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora.

Da análise dos autos verifica-se que, no curso das investigações, foi concedido pelo Juiz da Comarca de Juiz de Fora mandado de busca e apreensão na residência do apelante Dário, na Cidade de São Paulo, visando à apreensão de substâncias e demais provas relativas à falsificação do remédio "Keflex", objeto destes autos. A diligência foi acompanhada por policiais da Cidade de São Paulo, sendo que, neste ato, foi o acusado autuado em flagrante pelo fabrico clandestino de outros produtos medicinais e cosméticos que eram colocados à venda através de sacoleiros (documentos de fls. 275/284).

Por este motivo, foi autuado em flagrante na Comarca de São Paulo. Assim, não se trata do mesmo fato, mas de fatos criminosos diversos, ainda que da mesma espécie.

Também não se vislumbra qualquer nulidade no laudo pericial pelo fato de a análise ter sido realizada em alguns frascos já abertos, apreendidos com consumidores.

Conforme consta dos autos, químicos e técnicos da Fundação Ezequiel Dias periciaram uma amostra *única e inviolada* do medicamento "Keflex" apreendido, constatando a sua falsificação (doc. de fls. 410 e 509/511). Ademais, a perícia realizada em frascos abertos, apreendidos em termo lavrado por técnicos da vigilância sanitária, demonstra o mesmo resultado dos exames efetuados em frascos inviolados, conforme se observa às fls. 411/420 dos autos.

A testemunha José Geraldo de Castro, técnico da vigilância sanitária local, relata que, diante das denúncias dos consumidores em relação a um lote do remédio "Keflex", foi feita a apreensão de frascos deste medicamento e sua remessa, através da Coordenadoria de Vigilância Sanitária, para exame técnico em Belo Horizonte (fls. 615/617); portanto, foram os medicamentos apreendidos por pessoas idôneas, lacrados e enviados para análise, sem nenhuma irregularidade no seu procedimento.

A juntada de cartas precatórias após a prolação da sentença em nada nulifica o decreto condenatório, porquanto nenhuma influência teve na decisão.

Quanto à nulidade da sentença por falta de apreciação das suas alegações finais, argüida pelo defensor do apelante Jalmar Antônio Plessim, observa-se que o MM. Juiz de primeiro grau, criteriosamente, bem examinou as questões suscitadas pelo acusado, fundamentando suficientemente a sua decisão, apoiando-se em dados objetivos relevantes e indicando, com clareza, os motivos de fato e de direito em que se fundamentou, ausente, pois, a alegada nulidade.

Assim, não se vislumbrando nos autos nenhuma das nulidades alegadas pelos apelantes, rejeito-as, passando ao exame do *meritum causae.*

Consta dos autos que, no mês de abril do ano 2000, surgiram notícias de que circulava no mercado farmacêutico o antibiótico conhecido como "Keflex", lote 244 944 K, falsificado. Este medicamento é fabricado originariamente pelo laboratório Eli Lilly do Brasil Ltda., com sede na Av. Morumbi, 82 64, Cidade de São Paulo, constatando-se a sua venda falsificada na Cidade do Rio de Janeiro e em Juiz de Fora/MG.

A partir de denúncia de consumidores lesados, foi possível a identificação dos vendedores do remédio falso e, posteriormente, do responsável pela "fabricação" deste produto.

Presos e autuados em flagrante, em seu interrogatório na fase extrajudicial, na presença de seu advogado, confessou o apelante José Vicente Castellano, de forma detalhada, a sua participação na empreitada criminosa, nesta oportunidade incriminando os dois outros apelantes.

Afirma, em seu interrogatório, que adquiriu o medicamento do

Sr. Dário, químico que trabalhou durante 14 anos no laboratório Aché e que atualmente possui um pequeno laboratório na Cidade de São Paulo, que, a seu pedido, fabricou 1.650 unidades de "Keflex", sendo que 490 unidades foram vendidas juntamente com Jalmar e 1200 foram destruídas pelo interrogado "quando a coisa estourou". Relata, ainda, que os medicamentos foram transportados em caixas da "Nestlé", porque não havia condições de mandar fazer também as caixas da "Lilly", e que as embalagens do remédio foram feitas em uma gráfica situada próximo ao laboratório do Sr. Dário, pertencente ao Sr. Eustáquio, amigo de Dário (interrogatório de fls. 63/65).

Por sua vez, em seu interrogatório na fase inquisitiva, o apelante Jalmar Antônio Plessim confessa que em princípio de abril de 2000 fez uma transação de medicamento com José Vicente, que despachou pela "Transportadora 1001" 24 caixas, contendo cerca de 72 unidades de "Keflex" suspensão: que a mercadoria foi retirada da transportadora e levada para a casa do declarante, onde permaneceu por cerca de 05 dias, e que todas as vendas efetuadas no Rio de Janeiro foram feitas pelo declarante. Afirma, ainda, que sabia que o medicamento "Keflex" falsificado era do mesmo lote vendido pelo declarante porque ele anotou em um papel por "*achar estranho uma pessoa ter tanta quantidade de um mesmo produto*" (interrogatório de fls. 69/70).

Por derradeiro, o apelante Dário Francisco da Silva, em seu interrogatório no inquérito policial, confirma que em São Paulo foi procurado diversas vezes por José Vicente, que queria revender os produtos fabricados pelo declarante; que, no mês de fevereiro de 2000, propôs-lhe este acusado a fabricação do remédio "Keflex"; que José Vicente lhe entregou as caixas, os frascos, os rótulos e as bulas, tudo em número de 1.600 unidades cada, e depois de tudo embalado foi entregue a este último. Afirma, ainda, que *"quando José Vicente foi buscar o produto o declarante alertou que a mistura não havia ficado boa e que não serviria para o comércio e nem para consumo" (interrogatório de fls. 114/119).*

Na verdade, em Juízo, como é natural acontecer, não confirmam os acusados a sua confissão extrajudicial, alegando coação policial na sua obtenção.

Não obstante, a par de não demonstrar a alegada violência policial, tanto que o interrogatório do acusado José Vicente foi assistido por seu advogado, a retratação não encontra respaldo na prova dos autos, ainda que a instrução criminal não tenha obtido o mesmo êxito do denso e profícuo trabalho policial.

Em seu lacônico interrogatório na fase judicial, confirma José Vicente ter vendido 120 unidades do medicamento "Keflex" em suspensão, mas "de remédio bom" (fls. 528/529).

Também Jalmar admite ter sido procurado por José Vicente para colocar no mercado "determinada mercadoria", que dizia ser de "boa procedência" (fls. 526/527).

Assim, não negam o seu envolvimento nos fatos, apenas afirmando desconhecer a origem ilícita de tais medicamentos e sua falsificação.

Não obstante, não conseguiram demonstrar a sua procedência lícita.

In casu, devidamente comprovado que José Vicente Castellano, além de "encomendar" a fabricação do remédio ao co-réu Dário, também foi o responsável pela confecção das embalagens, rótulos, bulas, frascos e caixas para o seu acondicionamento e transporte, além de comercializá-lo.

Comprovado, ainda, que Jalmar Antônio Plessim tinha pleno conhecimento de estar colocando em circulação medicamento falsificado. Era um veterano e experiente vendedor de remédio, já tendo trabalhado em conceituados laboratórios; tanto que achou estranho que José Vicente tivesse tanto remédio para vender. Ademais, as embalagens, caixas de papelão da "Nestlé", revelam a sua procedência ilícita e, mesmo assim, se propôs a comerciá-lo, juntamente com seu filho.

Dário Francisco da Silva nega ter fabricado o medicamento a pedido de José Vicente, e que apenas fabricava, em seu laboratório, *"cosméticos que não necessitavam de licença para serem colocados no mercado"* (fls. 530/531).

Todavia, em diligência policial, logrou-se descobrir um laboratório clandestino e inúmeros produtos prontos, além de 04 sacos de pó branco escrito "Dipirona", dentre outros, e, ainda, um pedido de compra de 02 quilos de "Cefalexina", substância ativa do antibiótico "Keflex", adquirida junto à firma Decisão Comércio Importação e Representação de Produtos Químicos Ltda., e uma bula deste medicamento (documentos de fls. 307, 308 e 309 dos autos).

A testemunha Marco Antônio Froes Ramognoli, em seu depoimento na fase judicial, confirma que esteve presente no "laboratório" do acusado Dário, que mais parecia "um depósito", e, no prosseguimento das diligências, encontraram na Distribuidora de Produtos Químicos uma nota relativa à venda do princípio ativo "Cefalexina", que teria sido comprado pelo laboratório do Sr. Dário para fabricação do "Keflex" (doc. de fl. 309); informa ainda ter presenciado, na Delegacia, a confissão deste acusado.

Assim, a retratação dos apelantes resta isolada no contexto probatório, não havendo nenhuma dúvida quanto à participação desses três apelantes na empreitada criminosa.

A materialidade do crime está comprovada nos laudos de fls. 416 a 474 e 509 a 511.

Também perfeitamente caracterizado o tipo penal descrito no art. 273 do Código Penal. Proíbe o citado dispositivo penal, em seu *caput*:

"Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais".

E em seu § 1º: importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou de qualquer forma distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

In casu, revela a prova pericial que o medicamento periciado era impróprio ao consumo, registrando baixo teor do princípio ativo "Cefalexina", ou seja, 4,16 mg/ml, quando o remédio original contém de 45 a 55 mg/ml (laudo de fl. 179), além da ausência de componentes que dão estabilidade ao produto, o que justifica o mau cheiro das amostras periciadas (laudo de fls. 462 a 474). Constataram-se, ainda, outras falsificações na caixa e na bula (fls. 440 a 443).

Argumentam os apelantes que o remédio não foi falsificado, adulterado, corrompido ou alterado, apenas fabricado com quantidade diminuída da sua fórmula original, razão pela qual não se configura o crime previsto no art. 273 do Código Penal, mas o do art. 276 do mesmo diploma legal.

Não obstante, a perícia técnica constatou que, além de falso, era o medicamento impróprio para o consumo, conforme se verifica dos laudos periciais já mencionados.

No caso, além da alteração do produto farmacêutico com modificação da sua composição química, reduzindo- lhe o valor terapêutico pela supressão parcial de elementos químicos que deviam integrá-lo, foi este produzido fora dos padrões técnicos estabelecidos, em laboratório clandestino, desprovido de maquinários, tanto que o próprio apelante Dário reconheceu que *"a mistura não havia ficado boa e que não serviria para o comércio"* (fl. 117) e "que fez porcaria" (fl. 118), enquanto o co-réu José Vicente confirma que conhece o "laboratório" de Dário e achou que tais instalações não eram adequadas para a produção do "Keflex" (fl. 111).

De resto, a testemunha Evandro dos Santos Moreira, inquirida em Juízo, relata que sua filha tomou por 08 dias o remédio falsificado adquirido na "Droga Mattos", sem apresentar nenhuma melhora, e ainda teve problemas de cólicas e alguns efeitos mais agravados (fls. 610/612).

Assim, além da redução de seu valor terapêutico, comprovada ainda a supressão de elementos da composição normal do medicamento, que lhe conferem estabilidade, provocando danos à saúde dos consumidores.

Já decidiu o colendo STF que:

"O art. 273 do CP trata de uma só figura criminosa que pode verificar-se sob modalidades diferentes. Heleno Fragoso observa a respeito desse artigo que nele se prevê a nocividade negativa, ou seja, alteração que, sem tornar a substância nociva à saúde, prejudica o seu valor nutritivo ou terapêutico; ao contrário da nocividade, que é a introdução, no remédio, de substância alimentícia ou medicinal

nociva" (STF - HC. Rel. Min. Hermes Lima - *RTJ*, 36/672).

Assim, impossível a sua desclassificação para o tipo penal previsto no art. 272 do Estatuto Penal.

Quanto aos demais apelantes, também perfeitamente caracterizada a conduta criminosa do art. 273, § 1°, do diploma penal.

Comprovado *quantum satis* nos autos que José Vicente e Jalmar entregaram a consumo medicamento que sabiam falsificado, praticando, desta forma, a conduta descrita no art. 273, § 1°, e não a do art. 275, CP.

Em relação à dosimetria da pena, foram os apelantes condenados à pena mínima, ou seja, 10 anos de reclusão, em regime fechado, o que dispensa outras considerações.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos, para manter, em sua íntegra, a sentença de primeiro grau, ora hostilizada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

- Precedência da tese desclassificatória de homicídio doloso para culposo em relação àquela relativa à legítima defesa putativa - Inversão desta ordem - Impossibilidade. - Por questão de lógica processual, o quesito sobre desclassificação do crime deve preceder aos demais quesitos, já que, sendo aceita a tese de desclassificação pelo Conselho de Sentença, a competência não mais será do Tribunal do Júri, mas sim do Juiz singular. - Mérito - Homicídios tentados duplamente qualificados e homicídio consumado duplamente qualificado (art. 121, § 2°, II e IV, e art. 121, § 2°, II e IV, c/c art. 14, II, do CP) - Cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos - Inadmissibilidade - Versão apresentada pelo réu que não possui o mínimo lastro probatório - Inteligência da Súmula 28 do TJMG - Regime prisional - Retificação - Crimes hediondos - Lei 8.072/90 - Regime integralmente fechado estabelecido ao autor de homicídio qualificado na forma tentada ou consumada - Apelação criminal - Recurso ministerial provido, desprovido aquele aviado pela defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 256.337-7/00 - Comarca de Ferros - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Apelação criminal - Júri - Nulidade - Inocorrência - Precedência da tese desclassificatória de homicídio doloso para culposo em relação àquela relativa à legítima defesa putativa - Inversão desta ordem - Impossibilidade. - Por questão de lógica processual, o quesito sobre desclassificação do crime deve preceder aos demais quesitos, já que, sendo aceita a tese de desclassificação pelo Conselho de Sentença, a competência não mais será do Tribunal do Júri, mas sim do Juiz singular. Mérito - Homicídios tentados duplamente qualificados e homicídio consumado duplamente qualificado (art. 121, § 2°, II e IV, e art. 121, § 2°, II e IV, c/c art. 14, II, do CP) - Cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos - Inadmissibilidade - Versão apresentada pelo réu que não possui o mínimo lastro probatório - Inteligência da Súmula 28 do TJMG - Regime prisional - Retificação - Crimes hediondos - Lei 8.072/90 - Regime integralmente fechado estabelecido ao autor de homicídio qualificado na forma tentada ou consumada - Recurso ministerial provido, desprovido aquele aviado pela defesa.

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 A PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGAR PROVIMENTO AO DA DEFESA.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 466/470, o MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Ferros, dando acolhimento ao soberano veredicto popular, condenou Paulo Sérgio da Silva como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, II e IV, do Código Penal, por três vezes, uma na forma consumada e duas na forma tentada, impondo-lhe a pena privativa de liberdade (total) de vinte e sete anos de reclusão, em regime fechado.

Inconformadas, apelam as partes a esta Instância Revisora:

A defesa suscita, preliminarmente, a nulidade do julgamento popular por inversão na ordem de quesitação e afronta ao art. 484, III, do CPP, pois, a seu ver, não poderia a tese desclassificatória de homicídio doloso para culposo preceder à da legítima defesa putativa, como decidiu o Juiz de primeiro grau. No mérito, pugna pela cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos, pelo "decote" das qualificadoras admitidas pelo Júri e, alternativamente, pela redução das reprimendas por considerá-las exacerbadas para a espécie.

Contra-razões ministeriais às fls. 521/529, batendo-se pela manutenção do decisório recorrido.

Por seu turno o *Parquet* requer a retificação do *decisum* hostilizado tão-somente em relação ao regime prisional, modificando-o para integralmente fechado, nos termos do art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90.

Contra-razões defensivas às fls. 491/492.

Devidamente processados os apelos, a ilustrada Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às fls. 531/539, manifestou-se pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento daquele interposto pelo Órgão Ministerial.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

I - *Do recurso aviado pela defesa*:

Insurge-se, inicialmente, a defesa, contra a ordem de quesitação das teses defensivas, consistentes em legítima defesa putativa e homicídio culposo, pois, a seu ver, aquela deveria preceder este, obedecendo-se a lógica inscrita no art. 484, III, do CPP. Assevera, enfim, que os jurados ficaram perplexos quando a primeira pergunta foi no sentido de que deveriam reconhecer ou não o homicídio culposo, levando-os a pensar que o apelante já era culpado, não sendo possível sua absolvição.

Em que pese ao esforço do douto patrono do réu, desassiste-lhe razão.

Conforme a melhor doutrina (ADRIANO MARREY e outros, *Júri - Teoria e Prática*, 5 ed., Ed. RT, p. 381; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Código de Processo Penal Interpretado*, 8ª ed., Ed. Atlas, p. 1.046), os quesitos relativos à desclassificação de crime doloso para culposo devem anteceder os referentes às causas de exclusão da antijuridicidade ou de defesa absoluta (que visam absolver o agente), pois a inversão impossibilitaria a definição da competência para o julgamento, já que a afirmativa daqueles implica declinatória do Júri.

A razão disso, frise-se, é bem simples: se o Júri se considera incompetente (ao acolher a tese de homicídio culposo), não pode enfrentar o mérito da acusação, afirmando ou negando a existência de alguma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade (legítima defesa putativa - como *in casu*).

Também o colendo STJ deixou assentado que, "*por questão de lógica processual, o quesito sobre desclassificação do crime deve preceder aos demais quesitos, já que, sendo aceita a tese de desclassificação pelo Conselho de Sentença, a competência não mais será do Tribunal do Júri, mas sim do Juiz Singular*" (*RSTJ*, 111/358).

Rejeita-se, pois, a preliminar.

No mérito, melhor sorte não ampara o apelante.

Consta dos autos, em síntese, que, em data de 18.07.99, o réu desentendeu-se com a vítima Ivo Lima de Souza, por motivos de somenos importância, tendo, então, quando a mesma se encontrava distraída em companhia de Hélcio Lucas de Carvalho, Romildo Campos Vieira e de terceiras pessoas, retornado ao local do entrevero e, de inopino, efetuado vários disparos de arma de fogo contra as pessoas que ali se encontravam, causando a morte do infeliz Romildo Campos Vieira (que nem sequer conhecia o réu) e ferindo gravemente Ivo Lima de Souza e Hélcio Lucas de Carvalho.

Ouvido em plenário (fls. 449/451), o recorrente ensaiou uma legítima defesa putativa que, contudo, não possui o mínimo lastro probatório, conforme se dessume dos depoimentos de fls. 452/453, 454/455, 456 e 457, não havendo que se falar, assim, em cassação do *decisum* popular, porquanto plenamente embasado nos elementos de convicção constantes dos autos.

Como cediço, a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório (Súmula 28 deste TJMG), o que inocorreu no caso vertente.

Destarte, vale esclarecer que é vedado ao tribunal *ad quem* afastar qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, como pretende a defesa, sob pena de malferir o princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5°, XXXVIII, *c*, da CR/88).

Quanto às reprimendas, desmerecem qualquer reparo, porquanto, como bem asseverou o culto Promotor de Justiça que subscreveu as contra-razões de fls. 521/529, "*o recorrente contou com a brandura monocrática, porquanto a pena-base acabou sofrendo indevida redução*". Com efeito, embora os senhores jurados não tenham reconhecido a favor do apelante nenhuma circunstância atenuante, o Prolator da sentença acabou por admiti-las, beneficiando indevidamente o réu. A matéria, contudo, não foi devolvida a este Tribunal, tendo a acusação se quedado silente a respeito.

II - *Do recurso aviado pelo Ministério Público:*

Pleiteia o Órgão Ministerial seja retificado o regime prisional estabelecido erroneamente na decisão hostilizada em "fechado" para "integralmente fechado", considerando-se que os crimes *sub examine* são considerados hediondos, por força do art. 1° da Lei 8.072/90.

De fato, a teor do art. 2°, § 1°, do referido diploma legal, a pena fixada à prática dos crimes ali elencados deve ser cumprida em regime integralmente fechado, tendo os tribunais superiores reiteradamente se pronunciado pela constitucionalidade de tal dispositivo.

Merece guarida, portanto, a pretensão ministerial, razão pela qual se modifica o regime carcerário para integralmente fechado, em obediência aos ditames legais pertinentes.

III - *Conclusão*:

Por tais fundamentos, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso defensivo, provendo-se aquele interposto pelo Ministério Público.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO DA DEFESA.

-:::-

POLICIAL MILITAR - CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO CONTRA CIVIL - AUSÊNCIA DE NATUREZA MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 9º DO CPM ALTERADO PELA LEI Nº 9.299/96 - QUALIFICADORA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA - DECOTAÇÃO - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA INCABÍVEL - EXCLUDENTES DA LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO E DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - AUSÊNCIA DE PROVA ESTREME DE DÚVIDAS - PRISÃO PREVENTIVA - PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS AUTORIZADORES - MANUTENÇÃO

- Sendo a competência da Justiça Militar determinada pelos critérios *ratione materiae* e *ratione personae*, cabe a ela processar e julgar os policiais e bombeiros militares da ativa nos crimes militares definidos em lei.

- Apesar da defeituosa redação do parágrafo único introduzido pela Lei nº 9.299/96 ao art. 9º do CPM, excluindo do âmbito de atuação da Justiça Castrense as causas relativas a crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, não se trata de mera regra de competência, o que levaria à declaração de sua inconstitucionalidade, por violação ao art. 124 da CF/88, mas, sim, da retirada da natureza militar daqueles delitos pelo legislador ordinário. A alteração foi de conteúdo material, não sendo inconstitucional, vez que cabe à lei ordinária definir quais são os delitos militares. Não se pode confundir crime militar com crime praticado por militar.

- O fato de determinada circunstância qualificadora não ter sido descrita na exordial acusatória, explícita ou implicitamente, não conduz à sua inépcia, mas, sim, à decotação daquela, quando de eventual pronúncia, sem qualquer prejuízo ao acusado.

- Impossibilitada fica a absolvição sumária do reclamante quando as teses relativas às excludentes de ilicitude da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal não restaram comprovadas estremes de dúvidas.

- Não se deve examinar profundamente a prova em grau de recurso em sentido estrito, sob pena de haver prejulgamento da ação penal.

- Deve ser acolhido o pleito defensivo no tocante à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, se tal circunstância, além de não se encontrar descrita, explícita ou implicitamente, na denúncia, é improcedente, de forma manifesta.

- A menção do art. 69 do CP, por dizer respeito à eventual aplicação da pena, cuja incumbência é do juiz-presidente, e não dos jurados, deve ser decotada de ofício.

- Se os motivos ensejadores da prisão preventiva do acusado ainda persistem, deve a mesma ser mantida.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 257.210-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processual Penal - Competência - Crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civil - Ausência da natureza militar - Julgamento afeto à Justiça comum - Art. 9º, parágrafo único, do CPM, alterado pela Lei 9.299/96 - Inépcia da denúncia - Requisitos do art. 41 do CPP preenchidos - Nulidades inexistentes - Preliminares rejeitadas - Pronúncia - Tentativa de homicídio e homicídio qualificado - Materialidade comprovada e indícios suficientes de autoria - Confissão do agente - Delação de co-réu - Depoimentos testemunhais - Excludentes da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal - Ausência de prova estreme de dúvidas - Absolvição sumária incabível - Necessidade de apreciação pelo Tribunal do Júri - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Qualificadora não descrita na denúncia e de manifesta improcedência - Decotação - Concurso material de crimes - Menção na pronúncia - Inadmissibilidade - Circunstância afeta à eventual aplicação de pena - Decotação de ofício - Prisão preventiva - Persistência dos motivos autorizadores - Justa causa - Manutenção - 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, À UNANIMIDADE, REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2002. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo recorrente, o Dr. Marden Drumond Viana.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Moisés Gomes Tavares, qualificado, foi pronunciado como incurso nas sanções dos arts. 121, *caput*, c/c 14, II, e 121, § 2º, IV, na forma do art. 69, todos do CP, porquanto, em 17.3.01, juntamente com outro militar, na esquina das Ruas Pedreira com Estrada Nova, efetuou disparos de arma de fogo contra Marcelo de Araújo Braga, sem, contudo, atingi-lo. A vítima conduzia uma moto e havia abalroado a viatura policial de placa GTM-7485, fugindo, em seguida, do local. Horas depois, por volta de 1h00 do dia 18.3.01, os acusados avistaram o ofendido sentado sobre sua moto e, diante de sua tentativa de empreender nova fuga, atiraram contra o mesmo, provocando-lhe a morte.

Inconformado com a sentença de fls. 273/278, Moisés recorreu em sentido estrito, argüindo, preliminarmente, nulidade processual, *ex radice*, por incompetência absoluta da Justiça comum para processar e julgar crimes militares, dada a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96, que acrescentou o parágrafo único do art. 9º do CPM. Argúi, também, inépcia da denúncia, por não ter sido individualizada a conduta de cada acusado, bem como por não conter os requisitos do art. 41 do CPP. No mérito, requer sua absolvição sumária, tendo em vista que agiu amparado pelas excludentes da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal. Alternativamente, pleiteia a decotação da qualificadora, que não se encontra descrita explícita ou implicitamente na denúncia, e a revogação da prisão preventiva, por não persistirem os seus motivos (fls. 297/306).

Em contra-razões recursais, o Órgão Ministerial colima a confirmação da decisão objurgada (fls. 322/326).

O *decisum* foi mantido às fls. 328/329.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é para que, rejeitadas as preliminares, seja dado parcial provimento ao recurso, decotando-se a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima (fls. 335/347).

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a competência da Justiça Militar é determinada pelos critérios *ratione materiae* e *ratione personae* (art. 125, § 4º, da CF). Assim, cabe a ela processar e julgar os policiais e bombeiros militares da ativa nos crimes militares definidos em lei. Ocorre que a Lei 9.299/96 introduziu parágrafo único ao art. 9º do CPM, excluindo do âmbito de atuação da Justiça Castrense as causas relativas a crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil. Em que pese à defeituosa redação do dispositivo, não se trata de mera regra de competência, o que levaria à declaração de sua inconstitucionalidade, por violação ao art. 124 da CF/88, mas sim da retirada da natureza militar daqueles delitos pelo legislador ordinário. A alteração foi de conteúdo material, não sendo inconstitucional, vez que cabe à lei ordinária definir quais são os delitos militares. Não se pode confundir crime militar com crime praticado por militar.

Lado outro, ao contrário do que alega o recorrente, a exordial acusatória preencheu os requisitos do art. 41 do CPP, individualizando a conduta de cada réu e possibilitando-lhes o exercício da ampla defesa. O fato de determinada circunstância qualificadora não ter sido nela descrita, explícita ou implicitamente, não conduz à sua inépcia, mas sim à decotação daquela, quando de eventual pronúncia, sem qualquer prejuízo ao acusado.

Rejeito as preliminares.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - No mérito, assiste parcial razão ao recorrente.

A materialidade delitiva está comprovada pelo relatório de necropsia de fls. 48/49.

Há indícios suficientes de autoria. Inicialmente, o recorrente negou os fatos (fls. 115/117), mas, em Juízo, confessou haver efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima, nas duas oportunidades, porque ela desobedeceu à ordem de parar sua motocicleta, após haver abalroado a viatura policial, e porque iria atropelar o Cadete Sócrates (fls. 170/173). Nesse sentido é a delação do co-réu Márcio Lana da Costa, que diz ter sido pressionado a mentir quando do inquérito policial (fls. 167/169).

Rosa Lúcia Pereira presenciou o acidente entre os veículos e a tentativa de homicídio (fls. 134). William Manoel da Silva presenciou tanto o delito tentado como o consumado (fls. 25/28 e 198/200). Este crime também foi testemunhado por Cleoni Pereira (fls. 32/34 e 203/204), Elisângela da Silva Brito (fls. 89/90) e Maria Geralda Oliveira (fls. 103/104).

As teses relativas às excludentes de ilicitude da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal não restaram comprovadas estremes de dúvidas, impossibilitando-se, assim, a absolvição sumária do

recorrente. O próprio policial que iria ser "atropelado" não relatou tal fato quando de seu primeiro depoimento (fls. 130/131) e há notícias de que tenha aberto a porta da viatura de encontro à moto da vítima, intencionalmente.

As questões devem ser submetidas à analise dos jurados. A dúvida resolve-se em favor da sociedade, nesta fase procedimental.

Não se deve examinar profundamente a prova em grau de recurso em sentido estrito, sob pena de haver prejulgamento da ação penal.

Todavia, no tocante à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, entendo deva ser acolhido o pleito defensivo. É que tal circunstância, além de não se encontrar descrita, explícita ou implicitamente, na denúncia, é improcedente, de forma manifesta, conforme bem elucidou o culto Procurador de Justiça. Se o ofendido não foi surpreendido quando do delito tentado, por maior razão não o foi quando do consumado, praticado poucas horas depois.

Demais disso, também deve ser decotada, de ofício, a menção ao art. 69 do CP, por dizer respeito à eventual aplicação de pena, cuja incumbência é do juiz-presidente, e não dos jurados.

Por fim, deve ser mantida a prisão preventiva do acusado, tendo em vista persistirem, ainda, os seus motivos ensejadores. Há indícios de que esteja ameaçando algumas das testemunhas presenciais, conforme relato das mesmas em seus depoimentos, sendo, assim, necessária a manutenção de sua custódia cautelar por conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao recurso, para decotar da pronúncia a qualificadora prevista no inciso IV do art. 121, § 2º, do CP, bem como, de ofício, a menção ao art. 69 do mesmo diploma legal.

Custas, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

DESACATO - AGENTE QUE ATIRA OBJETO CONTRA POLICIAL - CRIME CARACTERIZADO - AMEAÇA - ESTADO EMOCIONAL DE EXALTAÇÃO DO AGENTE - AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO - CRIME DO ART. 147 DO CP - APURAÇÃO - AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - FALSA IDENTIDADE - RÉU QUE VISA OCULTAR PASSADO CRIMINOSO - CRIME NÃO CARACTERIZADO

- Comete o crime do art. 331 do Código Penal quem, depois de ser submetido à revista pessoal por policial, atira-lhe um objeto, atingindo-o no rosto, ficando caracterizada a ofensa constitutiva do desacato, que é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário.

- Para a caracterização do crime de ameaça, é indispensável a presença do dolo específico, consubstanciado na intenção de intimidar, de infundir medo. Ameaças proferidas em estado emocional de exaltação não caracterizam o delito do art. 147 do Código Penal, pois ausente o propósito específico e refletido de causar sobressalto, temor ou inquietação de ânimo à vítima.

- O delito do art. 147 do Código Penal se apura mediante ação pública condicionada, exigindo-se, portanto, a representação da vítima.

- Não comete a infração de falsa identidade o agente que, visando a ocultar o seu passado criminoso, identifica-se falsamente para a autoridade policial, pois tal atitude consiste no instinto de autodefesa, inerente ao ser humano, incompatível com o dolo específico exigível para a caracterização do delito previsto no art. 307 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 258.935-6/00 - Comarca de Ponte Nova - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Desacato - Crime caracterizado - Agente que atira objeto contra policial após ser revistado - Ameaça - Inocorrência - Ausência de dolo - Falsa identidade - Crime não caracterizado - Réu que visava simplesmente ocultar o passado criminoso. - A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. Assim, comete o crime do art. 331 do Código Penal aquele que, depois de ser submetido à revista pessoal por policial militar, atira um objeto (livro) contra o mesmo, atingindo-o no rosto. As ameaças proferidas em estado emocional de exaltação não caracterizam o delito do art. 147 do Código Penal, pois ausente o

propósito específico e refletido de causar sobressalto, temor ou inquietação de ânimo à vítima. Não comete o crime de falsa identidade o agente que, visando a ocultar o seu passado criminoso, identifica-se falsamente para a autoridade policial, por caracterizar a atitude instinto de autodefesa, inerente ao ser humano, e incompatível com o dolo específico exigível para a caracterização do delito previsto no art. 307 do Código Penal.

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, 30 de abril de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A respeitável sentença de fls. 72/76-TJ condenou Antônio Rosa da Silva, vulgo "Tatu", como incurso nos artigos 147, 307 e 331, todos do Código Penal, impondo-lhe a pena total de 02 anos e 09 meses de detenção, no regime aberto, sendo 06 meses pelo primeiro delito, 09 meses pelo segundo e 01 ano e 06 meses pelo terceiro, porque, no dia 03 de janeiro de 2001, por volta das 13h, na Rua Nossa Senhora da Conceição, s/nº, em Amparo do Serra, Comarca de Ponte Nova, após ser submetido a uma busca pessoal, desacatou o policial militar Francisco de Assis Mamédio, atirando nele um livro e dirigindo-lhe palavras ofensivas; ameaçou-o de causar-lhe mal injusto e grave, tendo, ainda, na Delegacia de Polícia, se identificado falsamente como Carlos Alberto Balbino e Antônio Carlos de Souza, visando esconder os seus antecedentes criminais.

Inconformado, apelou o réu, pretendendo a absolvição. Sustenta, em resumo, que nenhum dos crimes pelos quais se viu condenado ficou caracterizado.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório resumido e no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

A absolvição plena do acusado não é possível.

Não existe a menor dúvida de que realmente desacatou o policial militar Francisco de Assis Mamédio.

Pelo que ficou demonstrado nos autos, o acusado, inconformado com o fato de ter sido submetido a uma revista pessoal pelo referido militar, contra o mesmo atirou um livro, atingindo-o no rosto e, ao receber voz de prisão, xingou-o de "ladrão e desgraçado".

Ainda que o réu negue que tenha xingado o militar, admite que atirou nele um livro, o que é confirmado por sua namorada Cláudia Helena da Silva, que, no auto de prisão em flagrante (fls. 06/06-v.), esclareceu o seguinte:

"*Que a depoente observou que o policial efetuou uma busca pessoal em Antônio, sendo que nada encontrou com este; Que a pessoa de Antônio Rosa da Silva atirou diversos livros no rosto do policial militar*".

Mesmo que o acusado não tenha xingado o policial, vítima neste processo, o certo é que, ao atirar nele um livro, cometeu o crime do art. 331 do Código Penal, já que, com este gesto agressivo, sem dúvida alguma, procurou humilhá-lo e desprestigiá-lo na sua função.

Segundo insuperável lição do Mestre NELSON HUNGRIA, "*a ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.*" (*Comentários*, v. IX, p. 421).

Sendo assim, não resta dúvida de que o crime do art. 331 do Código Penal realmente se caracterizou.

Não vejo, no entanto, configurados os demais delitos.

Entendo, *data venia*, que aquelas ameaças proferidas em estado emocional de exaltação, como ocorreu, na espécie, em que o acusado ameaçou a vítima, no momento em que estava sendo por ela detido, não caracterizam o delito do art. 147 do Código Penal, pois ausente o propósito específico e refletido de causar sobressalto, temor ou inquietação de ânimo à vítima.

A respeito já se decidiu:

"*Para a caracterização do crime de ameaça, indispensável é a presença do dolo específico, consubstanciado na intenção de intimidar, de infundir medo. Mas a aferição da sensibilidade do sujeito passivo deve ser feita não através de critério subjetivo, e sim objetivo, ou seja, há de se ter em vista não a pessoa do ameaçado, mas a generalidade dos homens. E a ameaça deve ser grave, isto é, promessa de um mal de certa gravidade objetiva. Não basta à configuração do crime a simples incontinência verbal, quando as expressões ameaçadoras são proferidas em momento de irritação, em meio a discussão e a uma fieira de injúrias*" (*RT*, 698/355).

Na realidade, pelo que pude perceber dos autos, as ameaças proferidas inseriram-se no contexto do crime de desacato, devendo ser tomadas como tal, não caracterizando, assim, a infração autônoma prevista no art. 147 do Código Penal.

Não fosse isso, haveria de ser considerado que o delito em discussão

se apura mediante ação pública condicionada, exigindo-se, portanto, representação da vítima, que, no caso, não foi apresentada.

Também não concordo, *data venia*, com a condenação do réu pelo crime previsto no art. 307 do Código Penal.

Para mim, não comete a infração de falsa identidade o agente que, visando ocultar o seu passado criminoso, identifica-se falsamente para a autoridade policial. Vejo nessa atitude o instinto de autodefesa, inerente ao ser humano, incompatível com o dolo específico exigível para a caracterização do delito em discussão.

No mais, sabe-se que, aos acusados em geral, não é exigido dizer a verdade sobre qualquer aspecto da causa.

Da jurisprudência colhe-se a seguinte orientação:

"*Não tipifica o crime previsto no art. 307 do CP atribuir-se falsa identidade ao ser preso em flagrante delito, por se tratar de um expediente de autodefesa*" (*RT*, 766/723).

Impõe-se, portanto, a absolvição do réu pela imputação pertinente aos crimes definidos nos arts. 147 e 307, do Código Penal, ficando condenado apenas no delito do art. 331 do mesmo diploma, à pena de 01 ano e 06 meses de detenção.

Deixo de substituir-lhe a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou conceder-lhe o benefício do *sursis*, pelos mesmos motivos assinalados na sentença.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para os fins consignados neste voto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

PROSTITUIÇÃO - CASA - ART. 229 DO CP - PROPRIETÁRIO E/OU GERENTE - DESNECESSIDADE DE LUCRO OU MEDIAÇÃO - CARACTERIZACÃO DO DELITO - ART. 29 DO CP - PENA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - SENTENÇA - AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DO SERVIÇO - PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEIÇÃO - CUSTAS PROCESSUAIS - SÚMULA Nº 58 DO TJMG

- O serviço a ser prestado à comunidade, sua natureza, condições e local devem ser determinados pelo juízo da execução, pelo que há de se rejeitar a preliminar relativa à nulidade da sentença por não ter o juiz especificado o referido serviço, quando da substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. É que, muitas vezes, o sentenciante não consegue descobrir e avaliar adequadamente a capacidade, a disponibilidade e o melhor modo de aproveitar o potencial do sentenciado de modo a transformar a prestação de serviços em fator efetivo de regeneração, de recuperação do mesmo, provocando e facilitando sua reinserção na comunidade.

- Nos termos do art. 29 do Código Penal, quem concorrer para o crime se sujeita às penas a ele cominadas.

- O proprietário e/ou gerente de casa de prostituição responde pelo crime do art. 229 do Código Penal, não havendo necessidade de lucro ou mediação para que fique configurado o delito.

- A teor da Súmula nº 58 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o juridicamente miserável não fica imune à condenação às custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento sujeita-se a condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº1.060/50.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 259.919-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Apelação - Art. 229 do Código Penal - Descabimento - Preliminar de nulidade argüida pela PGJ - Ausência de especificação do serviço a ser prestado à comunidade - Não-acolhimento - Casa de prostituição - Desnecessidade de auferir lucros - Autoria, materialidade e tipicidade comprovadas - Custas processuais - Súmula nº 58 do TJMG - Negado provimento ao recurso.

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 AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Belo Horizonte, Lúcio Tadeu de Abreu foi condenado como incurso nas sanções do art. 229 do Código Penal, sendo apenado com dois (2) anos de reclusão, em regime aberto, e dez (10) dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e proibição de freqüentar determinados lugares, tudo porque mantinha casa de prostituição na Av. Bias Fortes nº 722, no Bairro de Lourdes.

Por sua vez, José Mateus Ribeiro foi excluído do processo (fl. 197 e v.-TJ).

Inconformado, apelou Lúcio alegando não haver prova de que tenha obtido lucro com o estabelecimento, pois, na verdade, era apenas gerente do mesmo. Ademais, acrescentou o apelante, por todos os lugares proliferam *drive in*, motéis e casas de massagem, todos com propaganda nos jornais. Enfim, citou o apelante jurisprudência no sentido de que não se dá a tipicidade do delito com firmas devidamente constituídas, ainda que não especificados os serviços que prestarão à comunidade.

Contra-razões, às fls. 228/232-TJ, nas quais se sustenta que era o apelante quem, de fato, dirigia o local.

Emitindo parecer às fls. 237/243-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça, preliminarmente, opinou pela nulidade da sentença por não ter especificado qualquer serviço a ser prestado à sociedade pelo sentenciado e, quanto ao mérito, disse que há nos autos confissão do apelante e os fatos restaram provados, acrescentando que o problema da isenção de custas deverá ser decidido na execução, donde esperar o não-provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

O serviço a ser prestado à comunidade, sua natureza, condições e local devem ser determinados pelo Juízo da execução - é que muitas vezes não consegue o sentenciante descobrir e avaliar adequadamente a capacidade, a disponibilidade e o melhor modo de aproveitar o potencial do sentenciado de modo a transformar a prestação de serviços em fator efetivo de regeneração, de recuperação do mesmo, provocando e facilitando sua reinserção na comunidade.

Rejeito esta preliminar.

O exame de mérito mostra que Tereziano Pereira Filho, à fl. 152-TJ, informou que o local se destinava a casa de prostituição e que era o

apelante quem assumiu o arrendamento da casa.

Maria das Graças dos Santos, à fl. 161-TJ, disse que, após a prisão de Lúcio, José Mateus voltou a ser dono do local, deixando entender que, quando da prisão de Lúcio, era ele quem mantinha o local.

Givaldo Lacerda da Cunha, às fls. 163 e 164-TJ, disse que, à ocasião do fato, era Lúcio quem dirigia a casa.

Ainda que na qualidade de gerente apenas, a despeito da prova no sentido de que era o apelante quem dirigia os negócios, nos termos do art. 29 do Código Penal, quem concorre para o crime se sujeita às penas a ele cominadas.

Provadas a autoria, a materialidade e a tipicidade, inda mais que o art. 229 do Código Penal diz que não há necessidade de lucro ou mediação e se refere expressamente a proprietário ou gerente, não há como fugir da condenação

A questão da condenação no pagamento das custas processuais é facilmente, compreendida e solucionada pela Súmula nº 58 de nosso Grupo de Câmaras Criminais, que diz:

"*O juridicamente miserável não fica imune da condenação às custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento fica sujeito a condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50*".

Com o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

A *Srª. Desª. Jane Silva* - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TÓXICO - PROVA ILÍCITA - CONFISSÃO - ALEGAÇÃO DE QUE FORA OBTIDA MEDIANTE ESPANCAMENTOS E TORTURAS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - INVALIDAÇÃO DO FLAGRANTE - IMPOSSIBILDADE - INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DA PERSONALIDADE DO RÉU - PENA - EXCESSO - REVISÃO EM GRAU DE RECURSO - POSSIBILIDADE - ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS - CRIME DO ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 - CONCURSO MATERIAL COM O ART. 14 DA MESMA LEI - IMPOSSIBILIDADE - ART. 18, III, DA LEI ANTITÓXICOS - APLICABILIDADE - DEFINIÇÃO JURÍDICA DA INFRAÇÃO - ALTERAÇÃO - *EMENDATIO LIBELLI* - POSSIBILIDADE - CONFISSÃO - ATENUANTE DO ART. 65, III, *D*, DO CP - CONFISCO DE VEÍCULO - INADMISSIBILIDADE - CRIME HEDIONDO - REGIME PRISIONAL - LEI Nº 8.072/90

- A falta de comprovação de que as lesões encontradas no réu foram feitas por policiais impede que a confissão seja tomada como prova ilícita, ao argumento de que fora obtida mediante espancamentos e torturas, não sendo capaz de invalidar o flagrante, máxime quando a sentença não está baseada apenas nas declarações do réu feitas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas em suas próprias declarações em juízo e por todas as provas ali colhidas.

- A errônea interpretação da personalidade do réu pode ser revista em grau de recurso.

- Não há que se falar em nulidade da sentença pela ocorrência do *bis in idem* na aplicação da pena, porque o Tribunal de Justiça pode e deve rever a pena imposta sempre que ela apresentar excessos, não havendo nada que o impeça, eis que já houve a apreciação da matéria no primeiro grau de jurisdição.

- Se duas pessoas se unem para traficar drogas e vêm a fazê-lo, devem responder pelo crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, com a majorante específica do art. 18, III, da mesma lei, e não pelo crime do art. 12 em concurso material com o do art. 14, todos da Lei nº 6.368/76. Só haverá cúmulo material do delito de tráfico com o previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, se, mesmo existindo a associação para a prática de tal delito, o agente vier a praticá-lo isoladamente, sem o conhecimento e contribuição das pessoas que participam da referida associação. Nesta hipótese, ele será punido pela associação criminosa e pelo crime de tráfico que isoladamente cometeu, aplicando-se a regra do art. 69 do Código Penal.

- A alteração da definição jurídica da infração deve ser feita como simples *emendatio libelli*, o que é permitido no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no art. 617, c/c o art. 383, ambos do Código de Processo Penal. A *emendatio libelli* é precedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia, pois a hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal não a exige. Neste caso não ocorre qualquer cerceamento à acusação, nem fere direito de ampla defesa, que é feita em relação aos fatos narrados na denúncia, e não quanto à capitulação jurídica.

- A atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, é aplicável na condenação com base na confissão do réu.

- A utilização eventual de veículo para o tráfico de drogas não autoriza o seu confisco. O art. 34 da Lei nº 6.368/76, que deve ser interpretado restritivamente, só tem aplicação quando o veículo é utilizado de forma permanente para o transporte da droga.

- A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, § 1º, que a pena por crimes nela arrolados, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, não sendo possível a progressão. A referida lei, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberdade, não é inconstitucional, já que o art. 5º, XLIII, da CF, estabelece princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos.

- V.v.: - A Lei dos Crimes Hediondos, ao estabelecer o regime integralmente fechado, dentre outras restrições, ultrapassou a consideração do legislador constituinte feita no art. 5º, XLIII. A progressão do regime prisional nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, mas não o é a malsinada Lei nº 8.072/90, quando prescreve regime único de cumprimento de pena para todos os agentes dos crimes hediondos, porquanto viola o princípio da individualização da pena. 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. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição. Deve ser renovada durante o cumprimento da reprimenda, estendendo benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram para merecê-los, o que é impossível, se determinado, definitivamente, o regime fechado. A referida lei retirou do preso a esperança de progressão que favorece a ressocialização; não resolveu o problema da criminalidade; e desencadeou avalanche de fugas e rebeliões. (*Desª. Jane Silva*)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 260.826-3/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Prova ilícita - Violência policial - Ausência de comprovação - Interpretação errônea da personalidade - Possibilidade de corrigenda em segundo grau - Tráfico de entorpecentes - Concurso material com o artigo 14 da Lei 6.368/76 - Impossibilidade - Aplicabilidade do artigo 18, III, mesma lei - Condenação baseada na confissão - Atenuante aplicável - Regime integralmente fechado - Inconstitucionalidade - Confisco de veículo - Utilização eventual - Impossibilidade. 1 - Falta de comprovação de que as lesões encontradas no réu foram feitas por policiais impede que a confissão seja tomada como prova ilícita. Nulidade rejeitada. 2 - A errônea interpretação da personalidade do réu pode ser revista em grau de recurso. Nulidade rejeitada. 3 - Delito do artigo 12 da Lei 6.368/76 em concurso material com o do artigo 14 da mesma lei. Inaplicabilidade. Aplicação do art. 18, III, da Lei Antitóxicos. 4 - É aplicável a atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, na condenação com base na confissão do réu. 5 - É inconstitucional o regime integralmente fechado nos crimes hediondos. Estende-se o efeito do julgado ao co-réu. 6 - A utilização eventual de veículo no tráfico de drogas não autoriza o seu confisco. Recurso parcialmente provido.

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 AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. RELATORA.

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Apolidório Vieira Aquino Neto.

A Srª. Desª. Jane Silva - Juvenal Gonçalves dos Santos, devidamente qualificado nos autos, inconformado com a decisão do Juiz monocrático que o considerou incurso nas penas dos artigos 12 e 14 da Lei 6.368/76, c/c o artigo 69 do Código Penal, condenando-o a dez anos de reclusão e cento e cinqüenta dias-multa, apela, pretendendo a reforma da decisão.

Argúi que a prova foi colhida irregularmente, vez que foi espancado pelos policiais, tendo requerido a feitura de exame de corpo de delito, mas o Juiz não se importou com o pedido, tendo inclusive uma testemunha dito que o réu se encontrava ferido quando entrou na prisão.

Afirma que a prova foi colhida ilicitamente, contaminando o flagrante e o processo.

Sustenta a nulidade da sentença, ao argumento de que na análise das circunstâncias judiciais o Magistrado disse inicialmente que os antecedentes do réu são imaculados e que sua conduta social não contém registro nos autos, mas, contraditoriamente, afirma que sua personalidade é de pessoa envolvida no crime, ainda, posteriormente, punindo-o pela associação criminosa, o que constitui verdadeiro *bis in idem*.

Diz que é primário, mas recebeu pena muito alta, tendo inclusive sido tratado nos autos crime anterior, possivelmente cometido em 1997, para que ficasse configurado o concurso material.

Insurge-se também contra o reconhecimento de associação criminosa, alegando que, mesmo que ela estivesse comprovada, deveria ser aplicado não o artigo 14, mas sim o inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76.

Finalmente, alega ter sido irregular o perdimento de um automóvel, que é de propriedade do Banco Mercantil, estando o apelante com atraso nos pagamentos.

Pretende a reforma total da decisão, com redução da pena ao mínimo legal, absolvição quanto ao vínculo associativo, por total falta de provas, e restituição do veículo aludido.

Contra-razões em que são repelidas as pretensões do apelante e se pretende a manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, na Cidade e Comarca de Juiz de Fora, os agentes policiais federais teriam recebido informações sobre a chegada de uma partida de drogas destinada ao réu Marcelo José, passando a vigiá-lo. No dia 03 de junho de 2001, o referido acusado chegou, por volta das 20 horas, do Posto Chalé, no Bairro Bom Pastor, passando a travar diálogo com o apelante Juvenal Gonçalves. Logo em seguida chegou ao local, num veículo VW/Golf, cor azul, com placa de Vitória, Espírito Santo, pessoa não identificada, que desceu do automóvel. Marcelo assumiu a direção, enquanto Juvenal e a aludida pessoa passaram para outro veículo VW Gol, placa de Porto Velho, que se encontrava estacionado na Avenida Rio Branco, pouco acima do trevo em questão.

Os agentes passaram a perseguir o segundo veículo, mas seus ocupantes perceberam que estavam sendo observados e empreenderam espetacular fuga, inclusive conduzindo o carro em alta velocidade, quase atropelando um policial.

O indivíduo desconhecido conseguiu descer do carro, não mais sendo encontrado, tendo assumido a direção o acusado Juvenal, que conseguiu ser alcançado já perto do quartel da Polícia Florestal. No interior do veículo, pertencente a Juvenal, foram encontrados cerca de dez tabletes de cocaína, que Juvenal afirmou, peremptoriamente, serem de propriedade de Marcelo Gonçalves.

Juvenal disse, na oportunidade, que estava a transportar a substância para Marcelo José, que o contratara

para tal fim, em troca da importância de R$5.000,00, dos quais houve um adiantamento de R$800,00.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença que ora adoto, sendo que o réu Marcelo, também condenado, chegou a apelar da sentença, mas desistiu do apelo, ainda tendo fugido após a sua interposição.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, para que seja reduzida a pena-base e que no lugar do concurso material seja o recorrente apenado pelo tráfico de drogas, majorado pela causa de aumento constante do artigo 18, III, da Lei 6.368/76.

Conheço do recurso, pois vejo presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Quanto às preliminares.

Quanto à nulidade do processo.

Diz o recorrente que o processo está nulo desde o início, por contaminação da prova, colhida ilicitamente, ferindo preceito constitucional, vez que ela foi obtida mediante espancamentos e torturas.

Examinei com cuidado as provas dos autos e não vejo indícios de que as lesões leves que o réu apresentou, quando da feitura do laudo de fl., tenham sido resultantes de torturas e espancamentos.

Importante é ressaltar que foram ouvidas duas testemunhas: Jonas Ramos de Souza (fls. 33, 34 e 144) e Adeilton da Silva Souza (fls. 34, 35 e 145-TJ), que afirmam que na data do flagrante o recorrente não sofreu qualquer violência.

Assim, consoante já explicitou o culto Promotor de Justiça, só se pode concluir que, se agressão houve, esta foi posterior à prisão, podendo levar outras causas, dentre outras hipóteses a auto-lesão, agressão dentro do próprio estabelecimento prisional, até mesmo por outros detentos, principalmente ante a delação feita.

Não se vê no conjunto probatório qualquer indício sério de tortura ou espancamento, sendo que as testemunhas ouvidas a negam peremptoriamente.

Não se pode invalidar um flagrante apenas porque posteriormente o réu apresentou lesões corporais leves, sem que sejam apresentadas provas de que tais lesões foram praticadas pelos policiais, sob pena de recusarmos quase sempre a prova colhida por ocasião da lavratura do flagrante, pois tal alegação está presente em quase todos os processos, na maioria das vezes sem qualquer prova, como no caso que se examina.

Por outro lado, a sentença não está baseada apenas nas declarações do réu feitas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas em suas próprias declarações em juízo e por todas as provas ali colhidas.

Não se pode, portanto, falar em prova obtida ilicitamente e que teria contaminado todos os elementos dos autos.

Rejeito a preliminar invocada.

Nulidade da sentença por ter a associação criminosa sido considerada duas vezes, uma na pena-base e outra na associação criminosa.

Examinei a decisão hostilizada e não vi o alegado *bis in idem*, pois não se pode considerar a constatação de que o réu apresenta ligação do crime com a associação criminosa. Entendi que o Juiz quis dizer que sua personalidade foge do padrão social exigido, pois o réu está ligado ao mundo do crime.

Entretanto, mesmo que assim fosse, não há que se falar em nulidade, porque este Tribunal pode e deve rever a pena imposta sempre que ela apresentar excessos, não havendo nada que o impeça, vez que já houve apreciação da matéria no primeiro grau de jurisdição.

Rejeito a preliminar invocada.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo com a Relatora.

A Sr^{a}. Des^{a}. Jane Silva - Quanto à existência do crime, não tenho qualquer dúvida, pois o laudo pericial demonstra que a substância apreendida, em quantidade considerável, já em tabletes, prontos para a venda, é daquelas cujo uso e comercialização são proibidos.

Ressalte-se que o réu, ouvido quando da lavratura do flagrante, confessou o crime, dizendo que transportava a droga para Marcelo, o que está corroborado pelas demais provas dos autos, pois ele foi observado no trevo quando conversava com o apelante, sendo que posteriormente Juvenal entrou em outro veículo em que foi encontrada a droga maldita, sendo que, sentindo-se observado, encetou fuga pelas ruas da cidade, colocando em risco inclusive a vida dos pedestres, quase atropelando um policial.

Adeilton da Silva Souza, ouvido, à fl. 34-TJ, negou ter havido qualquer violência contra o réu, quando do flagrante, dizendo que o ouviu dizer aos policiais que a droga era de Rondônia e que seria entregue a Marcelo e que ganharia R$5.000,00 para transportá-la.

Durante a acareação o apelante não negou que transportasse a droga, apenas negou que ela pertencesse a Marcelo, dizendo que era de um tal de Valdir, mas afirmando que receberia R$5.000,00 para transportá-la e que já havia recebido R$800,00 como adiantamento, que haviam sido depositados em sua conta poupança.

Interrogado em Juízo, confirmou a segunda versão, mas jamais negou que trouxe a droga de Rondônia para entregá-la a outrem e que o fizera para ganhar a importância de R$5.000,00.

Está evidente que o acusado tentou, de todo modo, rever a delação feita contra Marcelo, mas a sua versão inicial está corroborada, como já se disse, pelos fatos anteriores, estando evidente que ele conhecia Marcelo e com ele esteve quando passou de um carro para outro.

Ressalte-se que a perícia técnica efetuada nos dois aparelhos celulares apreendidos constatou as ligações entre os dois acusados, além de o próprio réu ter indicado com exatidão o número do telefone celular de Marcelo por ocasião de sua prisão.

A prova foi bem analisada pelo douto Sentenciante, e o desfecho só poderia ser o condenatório, embora entendamos que se deva, em parte, dar aos fatos narrados na denúncia nova capitulação, no que pertine ao crime do artigo 14 da Lei de Tóxicos, considerado na sentença em concurso material com o do artigo 12 do mesmo diploma legal.

Para verificarmos se está ou não configurado o concurso material do delito de tráfico com o de associação para a sua prática, devemos considerar, além dos artigos 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, também o inciso III do artigo 18 da mesma lei. O dispositivo em questão dispõe que as penas dos crimes referidos na aludida lei serão aumentadas de um terço a dois terços se qualquer deles for fruto de associação para sua prática, o que nos leva a concluir que, se duas pessoas se unem para traficar drogas e vêm a fazê-lo, devem responder pelo crime do referido artigo 12 com a majorante específica do artigo 18, III, e não pelo crime do artigo 12 em cúmulo material com o do artigo 14, todos da Lei 6.368/76.

Só haverá cúmulo material do delito de tráfico com o previsto no artigo 14 da Lei 6.368/76, embora exista a associação para a prática de tal delito, se o agente praticá-lo isoladamente, sem o conhecimento e contribuição das pessoas que participam da referida associação. Na hipótese, ele será punido pela associação criminosa e pelo crime de tráfico que isoladamente praticou, aplicando-se a regra do artigo 69 do Código Penal.

Se o crime de tráfico, como na hipótese, é praticado em razão da associação, o agente deve ser punido por tal infração com a majorante do inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76.

A jurisprudência é ampla neste sentido:

"*Lei 6.368/76 (arts. 12 e 14) - Inocorrência de concurso material. 1) O delito de associação somente é punível quando configurar delito único; cometido o crime do art. 12 da Lei 6.368/76, é de aplicar-se a exasperadora do art. 18, III, da mesma lei, dispositivo que se justifica por si mesmo, pois, sendo outra a interpretação, não haveria razão para o preceito e, muito menos, para sua aplicação. 2) Apelo parcialmente provido, para excluir a incidência do art. 14 da Lei 6.368/76, dado que o delito do art. 12 foi praticado nas especiais circunstâncias previstas nos nºs I e III do art. 18 da mesma lei, sujeitando o réu aos acréscimos ali previstos*" (TFR - AC 6.621 - Rel. Washington Bolivar - *DJU* de 03.10.1985, p. 17.077).

"*Sendo autônomo o delito do art. 14 da Lei 6.368/76, só pode ser punido isoladamente, excluindo-se o concurso material entre ele e outro qualquer ilícito previsto na lei especial, em face da presença do art. 18, III, do mesmo diploma*" (TJMS - AC 376/81 - Rel. Sérgio Martins Sobrinho - *RT*, 570/386).

A alteração da definição jurídica da infração deve ser feita como simples *emendatio libelli*, o que é permitido no Juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no artigo 617, c/c o artigo 383, ambos do Código de Processo Penal, pois os fatos narrados na peça vestibular são iguais aos apurados no processo, apenas ocorreu equívoco na sua capitulação, tanto na denúncia como na sentença.

O art. 617 do CPP diz:

"*O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença*".

O artigo 383 do Código de Processo Penal dispõe:

"*O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave*".

Inspirou-se o nosso legislador no Codice de Procedura Penale da Itália, de 1930, que dispunha em seu artigo 477:

"*Na sentença o juiz pode dar ao fato definição jurídica diversa da enunciada na pronúncia, na denúncia ou no decreto de citação, e impor a pena correspondente, ainda que mais grave, bem como aplicar medida de segurança, desde que a competência para conhecer do crime não seja de juiz superior ou especial*".

Como se vê, prende-se a sentença ao fato descrito na peça vestibular, mas não se vincula à classificação do fato.

O novo Código Italiano, em seu artigo 521, manteve tal orientação, já incorporada ao nosso estatuto processual penal.

Entende-se que agiu certo o legislador brasileiro, pois a defesa não é feita em relação à definição jurídica, mas sim quanto aos fatos. Por outro lado, não cabe àquele que acusa, quer se trate do representante do Ministério Público ou do querelante, dizer, definitivamente, em que dispositivo legal o réu incidiu, vez que isso consiste num julgamento e, conseqüentemente, só pode ser feito por aquele que tem competência para julgar, o juiz.

Não se pode confundir iniciativa da ação penal com o poder de julgar; a primeira é impulsionadora da ação penal, o segundo é quem a soluciona.

Primeiramente, para bem entender a primeira hipótese, é mister que se recordem alguns princípios que regem o processo penal, no que diz respeito às decisões judiciais de primeiro e segundo graus.

Um dos princípios que deve informar a regularidade da sentença é o princípio da correlação entre o fato descrito na denúncia ou na queixa e aquele fato pelo qual o acusado é condenado, sendo tal princípio uma das maiores garantias do direito de ampla defesa outorgado, constitucionalmente, a todo e qualquer réu.

Assim, não pode o juiz, em princípio, condenar um réu por um fato pelo qual ele não foi acusado, pois teríamos uma condenação *extra petita* ou *ultra petita*, ou ainda condená-lo por um fato mais grave (*in pejus*), assim como não pode o juiz, sob pena de ferir o direito inderrogável da acusação, deixar de examinar qualquer infração penal descrita na peça acusatória, sob pena de proferir decisão *citra petita*, acarretando, em qualquer dos casos, a nulidade da própria sentença.

Entretanto, tal princípio deve coexistir com o da livre dicção do direito, *jura novit curia*, isto é, o juiz conhece o direito, é ele quem cuida do direito, expresso na regra *narra mihi factum, dabo tibi jus* (narra-me o fato e dar-te-ei o direito).

O art. 383 do Código de Processo Penal resultou, em grande parte, da conjugação de tais princípios.

Segundo EDUARDO SPÍNOLA FILHO:

"*Tanto faz não influa a nova definição do fato para aumento ou diminuição da pena, ou importe em exasperação ou abrandamento da situação do réu; nenhuma surpresa resulta para ele, pois o fato, pelo qual é punido, é o mesmo narrado na denúncia, sem ter havido referência nova de qualquer circunstância elementar, essencial, que naquela peça não estivesse contida já, explícita ou implicitamente*".

Assim, no presente caso, impõe-se mera *emendatio libelli*, ou seja, uma simples corrigenda da peça acusatória.

A hipótese do artigo 383 do Código de Processo Penal não exige qualquer formalidade prévia, não cerceando a acusação, nem ferindo o direito de ampla defesa, que é feita através dos fatos narrados na peça exordial, e não da capitulação jurídica, sendo que, no caso *sub judice*, a própria defesa defende a aplicabilidade da majorante específica.

Tal dispositivo também tem aplicação durante o julgamento do recurso, em segunda instância, consoante dispõe expressamente o art. 617 do Código de Processo Penal, devendo ser ressaltado que a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal não é aplicável à hipótese em questão. Só não poderá o Tribunal agravar a pena do réu quando

somente ele houver apelado da sentença, por não se permitir a *reformatio in pejus* em exclusivo recurso da defesa, bem como também é inadmissível que se acolha nulidade não argüida pela acusação em seu recurso, desde que ela venha a prejudicar o réu (Súmula 160 do STF).

A *emendatio libelli* é procedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia.

O segundo aspecto que entendemos deva ser considerado diz respeito à fixação da pena-base, que entendemos exacerbada, pois o próprio Juiz reconheceu o réu como primário, de bons antecedentes, dizendo que nada existe nos autos contra sua conduta social, assim como não se pode dizer que um homem tem sua personalidade ligada ao mundo do crime quando comprovada está apenas a prática de um único crime, ainda que grave.

As conseqüências do delito que se examina são sempre graves, porque afetam os adquirentes das drogas individualmente e a sociedade como um todo, pois os usuários tornam-se prontos para a criminalidade, trazendo insegurança para a sociedade, embora, na presente situação, como a droga não chegou a ser comercializada, tais perigos ficassem um pouco afastados.

Entendo também que lhe é aplicável a atenuante genérica da confissão espontânea, porque, mesmo tendo refeito o seu depoimento em juízo, excluindo o comparsa, não negou que a droga era por ele conduzida e que o fazia para terceiro, evidenciando a sua participação no tráfico e revelando que o fazia mediante associação com outrem, sendo que a condenação está baseada, com ênfase, em tal confissão.

O terceiro ponto em que discordamos da decisão hostilizada diz respeito ao regime de cumprimento da pena.

Cumpre-nos dizer, mais uma vez, por uma questão de obediência aos princípios constitucionais, que discordo do regime integralmente fechado, mesmo conhecendo o posicionamento desta Câmara e consciente da necessidade de medidas mais severas para repressão da alta criminalidade que assola o nosso País, assim como dos justos reclamos da sociedade, ansiosa por sua segurança, ainda que tenha certeza de que a sua satisfação não se dará através da supressão da progressão do regime de cumprimento da pena, mas de uma complexa e conjunta atuação dos três Poderes do Estado e da colaboração do próprio povo, vez que os condenados a tal regime acabam conseguindo fugir das prisões ou sair mais tarde pelo livramento condicional e continuar a sua vida de crimes, sem que tenham sido testados quanto à sua gradual recuperação, adquirido novos valores, nem capacitados para exercer honestamente a cidadania, continuando a gerar a indesejável insegurança social.

A Carta de 1988, no seu artigo 5º, XLIII, tratou como crimes "*inafiançáveis*

e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos", vindo a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, definir tais crimes, colocando entre eles o que ora se examina.

A chamada Lei dos Crimes Hediondos ultrapassou a consideração do legislador constituinte, pois, além de proibir a concessão da fiança, da graça e da anistia, ainda estabeleceu outras restrições, ou seja: o indulto; a liberdade provisória; a progressão de regime de cumprimento da pena, estabelecendo o fechado, integralmente; exigiu que o direito de apelar fosse imposto em decisão fundamentada; dilatou o prazo da prisão temporária; dispôs que o livramento condicional só fosse concedido depois do cumprimento de dois terços da pena; previu a criação, pela União, de presídios federais e ainda duplicou alguns prazos, no que se refere à Lei de Tóxicos.

A Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, ainda foi mais além, pois previu outros crimes tidos como hediondos, aumentou-lhes as penas e criou uma hipótese de causa especial de diminuição de pena para o delator, no caso de extorsão mediante seqüestro, distanciando-se ainda mais da previsão constitucional.

LUIZ FLÁVIO GOMES acentua que:

"*A introdução no sistema penal brasileiro do regime integral fechado (Lei dos Crimes Hediondos) foi um dos maiores equívocos legislativos já ocorridos: primeiro porque não havia autorização constitucional para isso (resultando violado o princípio da individualização da pena); e em segundo lugar porque não resolveu em nada o problema da criminalidade violenta; em terceiro lugar porque retirou do preso a esperança de uma progressão, que favorece a ressocialização e o bom comportamento; por último porque acabou desencadeando a maior avalanche de fugas e rebeliões, jamais vistas no sistema penitenciário brasileiro. Está correta, nesse ponto, a Lei da Tortura, ao prever a progressividade. Mas o melhor caminho,* de lege ferenda, *será permitir a progressividade em todos os delitos, exigindo-se, no entanto, para crimes violentos, o cumprimento de uma parcela maior da pena em cada regime. O atual patamar de um sexto, para crimes que realmente perturbam o convívio social, é demasiadamente inferior ao que se imagina ser o equilibrado e político-criminalmente correto*" (*Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 129).

O juiz, ao interpretar a norma, deve fazê-lo como um homem da sua época, não só atento ao sistema penal, aos princípios e valores que o informam, como atento à política criminal então imprimida e, sobretudo, voltado na sua aplicação para a eqüidade, sem jamais se esquecer de que a recuperação do criminoso é o fim último da pena.

Devo ainda, com constrangimento, lembrar a falência da aplicação da Lei 8.072/90, com as constantes revoltas nos presídios, acentuando, como já tantas vezes o fizemos, que o regime progressivo estimula o condenado a melhorar o seu comportamento, fazendo com que adquira novos princípios de vida, pois lhe restitui a esperança de conquistar progressivamente a liberdade. O regime fechado, integralmente, ao contrário, suprime-lhe tal perspectiva, atrofiando-lhe a vontade de melhorar o comportamento, de aprimorar o caráter, de incorporar em sua vida novos princípios e valores, pois nenhuma recompensa lhe advirá de tal atitude.

Importante, ainda, é lembrar dois pronunciamentos do Ministro Francisco de Assis Toledo, citados pelo Professor Ney Moura Teles; o primeiro, em conferência proferida no I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária de 1981, comentando o novo sistema que seria instituído com a reforma penal de 1984, quando enfatizou a propriedade contida na progressão do regime de cumprimento da pena:

"*Com isso, abre-se uma concreta esperança, para a Justiça e do próprio condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo ser humano. Essa esperança na liberdade, que para o preso deve significar uma conquista, é o único ingrediente de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-la em mero castigo, dentro de um retributivismo kantiano, formal e desalmado*".

O segundo, na oportunidade em que lamentou a atitude do legislador da Lei 8.072/90:

"*É lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da administração da Justiça esse precioso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga*".

Tive o privilégio de ouvi-lo repetir tal entendimento em conferência proferida na Associação do Ministério Público, em Minas Gerais.

Dirão os opositores da interpretação que ora se esposa que os crimes hediondos lesam terrivelmente a vítima, de modo imediato, e a sociedade como um todo, logo, não se lhes deve ser permitido o retorno gradual à liberdade, mas refuto tal argumento com a constatação de que, um dia, os seus autores terão de retornar a essa mesma sociedade, depois de cumpridos os dois terços da pena, pelo livramento condicional, ou ao final da punição, e o farão sem que os executores da reprimenda tenham podido observá-lo progressivamente, testando-o através das vantagens concedidas e do lento retorno ao meio social, até que possam ser ali definitivamente reinseridos e, assim,

despreparados para o convívio, fatalmente voltarão a delinqüir, e é a mesma sociedade que será novamente lesada, dessa vez por ter desrespeitado o sistema progressivo instituído pela reforma penal brasileira de 1984, e que não foi desprezado na Carta Política de 1988, uma experiência que, tenho certeza, continuaria produzindo bons frutos e poderia cada vez mais ser aprimorada, não fosse a edição da hedionda Lei dos Crimes Hediondos.

Permitir a progressão não é assegurar que, ao final de um determinado período, o condenado dela se beneficiará, inderrogavelmente, mas sim lhe permitir que a conquiste a cada dia. Não fará jus à progressão aquele que não reunir os requisitos subjetivos e objetivos, podendo inclusive permanecer todo o tempo da pena no regime fechado e até mesmo nem usufruir do livramento condicional. Cada caso deverá ser separadamente analisado, pois a progressão é uma conquista pessoal do condenado, e não uma imposição de ordem geral, sem requisitos, a não ser o decurso do tempo de cumprimento da punição. Melhor teria sido que se determinassem normas mais adequadas para a análise do comportamento dos presos, que lhes tivesse sido dada mais amplamente a assistência psicológica e psiquiátrica, maior auxílio de pedagogos e médicos, condicionando a progressão a laudos cuidadosos, estendendo o exame criminológico a todo cumprimento da pena e, especialmente, tivesse sido ampliado o prazo para concessão da progressão de um sexto para um terço da pena.

A questão toma novo enfoque agora que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, publicado em agosto do ano passado, entendeu, confirmando decisão do Superior Tribunal de Justiça, que a progressão é perfeitamente constitucional, mesmo nos crimes hediondos, não conheceu do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público, que ali levou sua irresignação quanto à concessão de *habeas corpus* para o fim em questão.

Diz a aludida decisão:

"*Pena - Regime de cumprimento - Crimes hediondos.*

- A progressividade no regime de cumprimento da pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal. Impertinência do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público como fiscal da lei, no que concedido o habeas corpus *pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a referida progressão.*

- Recurso Extraordinário 261.766-1 - Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Ezequiel Novato de Carvalho e Celisa Nunes da Silva.

- Decisão: Por unanimidade a Turma não conheceu do recurso extraordinário nos termos do voto do Relator" (publicado no *DJU* de 17.08.2001).

Modestamente, já vinha esposando o entendimento de que a progressão de regime nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, entendendo que não o é a malsinada Lei dos Crimes Hediondos, no que diz respeito à sua impossibilidade, pois se distancia do princípio inserido na Magna Carta que consagra o direito à individualização da pena, compreendendo-a a individualização do regime, nos termos do artigo 59, III, do Código Penal, integralmente recepcionado, ou seja, agentes de um mesmo delito quase nunca devem receber a mesma pena e regime, mas os compatíveis com as circunstâncias subjetivas e objetivas devidamente analisadas em relação a cada um deles.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei 8.072, mas sim de ser respeitada a Constituição Federal.

Não se pode, outrossim, olvidar que a Lei 7.210, de 1984, além de dispor que a execução penal tem como meta efetivar as disposições da sentença e proporcionar a harmônica integração do condenado, ainda diz que eles serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, tudo para orientar a individualização da execução penal. Noutras palavras, quis o legislador, mais uma vez, acentuar que nem todos os autores de um mesmo crime têm os mesmos antecedentes criminais, mesma personalidade e merecem igualmente a mesma pena e o mesmo regime de seu cumprimento. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição, mas deve ser renovada durante o cumprimento da pena, estendendo benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram por merecê-los, o que nos afigura impossível se determinado, definitivamente, o regime fechado.

Mas o argumento que entendo decisivo é que a Constituição consagrou a individualização da pena, e a Lei 8.072, ao prescrever um único regime de cumprimento da pena para todos os agentes dos crimes hediondos, está a impedi-la. 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, sempre lembrando que a individualização se faz tanto na sentença, como durante a execução da reprimenda imposta.

O crime narrado nos autos é daqueles que estarrecem a sociedade, e para isso o legislador já lhe cominou pena elevada; todavia, não se pode tirar do condenado, ainda que altamente reprovável sua conduta, a esperança de que com o seu próprio esforço vá se reabilitando e retornando paulatinamente à sociedade da qual ficará alijado por muitos anos.

Finalmente, no que diz respeito ao confisco do veículo no qual o réu conduzia a droga, entendo não ser possível fazê-lo nos termos da sentença, vez que, além de ele ser seu mero

possuidor, pois a aquisição foi feita mediante alienação fiduciária, não vejo demonstrado na prova dos autos que o carro tinha como destinação sistemática a utilização no transporte da droga.

Os autos não revelam qual a parte do veículo já foi quitada, alegando o réu que está em mora com os pagamentos, tendo o Juiz adequadamente ressalvado direitos de terceiros de boa-fé, embora equivocadamente tenha determinado o confisco.

Vale lembrar o entendimento reiterado de que a condução eventual da droga num determinado veículo não é suficiente para determinar sua apreensão.

A jurisprudência desta Casa é abundante neste sentido:

"*Acrescente-se a isso a impropriedade da medida no presente feito. O confisco somente deve ser determinado para evitar abusos e excessos. Se o objeto é utilizado ocasionalmente no cometimento do crime, não é apenas por ter sido encontrada substância entorpecente no seu interior que se deverá confiscá-lo. A demonstração do exclusivo fim ilícito a que se destinava o veículo precisa ser feita. A interpretação restritiva melhor aplica-se às disposições do art. 34 da Lei 6.368/76 e, em virtude desta exegese, o confisco do veículo conduzido pelo réu é inadequado*" (Ap. 145.669-8 - Relator Des. Guido de Andrade - decisão unânime).

"*Tráfico de entorpecentes - Confisco. - O art. 34 da Lei 6.368/76 só tem aplicação quando o veículo é utilizado de forma permanente para o transporte da droga. Interpretação restritiva do dispositivo que prevê o confisco. Substituição da pena*" (Ap. 218.344-0 - Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - decisão unânime - ementa parcial).

"*Veículo - Apreensão - Transporte de entorpecentes - Hipótese em que não ficou demonstrado que o veículo era usado costumeiramente para este fim. - A expressão 'utilizados' do artigo 34 da Lei Antitóxicos deve ser interpretada restritivamente. Restituição do veículo à legítima proprietária*" (Ap. 182.321-0 - Relator Des. Sérgio Resende - decisão unânime - ementa parcial).

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo para dar aos fatos narrados na peça vestibular nova classificação, submetendo o réu às disposições do artigo 12, c/c art. 18, III, da Lei 6.368/76 e artigo 65, III, *d*, do Código Penal, assim como para revogar o confisco determinado e modificar o regime prisional, passando-o para inicialmente fechado.

Passo a reestruturar-lhe a pena.

Mantenho parte da interpretação das circunstâncias judiciais já feita na decisão hostilizada, entendendo, apenas, que não se pode entender a personalidade do réu como ligada ao mundo do crime considerando tão-somente o delito narrado nos autos; que as circunstâncias militam em seu desfavor, principalmente ante a espetacular fuga

realizada, com risco para as pessoas da cidade; ante a motivação já considerada na sentença, que se mostra altamente desfavorável ao réu, fixo-lhe as penas-base em quatro anos e seis meses de reclusão e setenta e cinco dias-multa, a unidade fixada em seu mínimo legal, em face da ausência de comprovação nos autos da boa situação econômica do acusado.

Milita em seu favor a atenuante da confissão espontânea, e assim reduzo as penas em seis meses e quinze dias-multa, passando-as, provisoriamente para quatro anos de reclusão e sessenta dias-multa.

Não existem agravantes, nem causas gerais ou especiais de diminuição.

Considerando a causa especial de aumento prevista no artigo 18, III, da Lei 6.368/76, não estando provado que houve associação criminosa para mais de um delito, mas sem esquecer que as circunstâncias analisadas militam contra o apelante, aumento-lhe as penas pela metade, fixando-as, finalmente, em seis anos de reclusão e noventa dias-multa, mantido o valor da unidade em seu mínimo legal, pelas razões já expostas.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o inicialmente fechado.

Estendo os efeitos do julgado ao co-réu Marcelo, no que se refere ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, que entendo deva ser o inicialmente fechado pelos fundamentos já expostos, deixando de fazê-lo em relação à associação criminosa, pois o aumento da metade sobre a pena que lhe foi fixada para o delito de tráfico, doze anos, levaria a pena privativa de liberdade para dezoito anos e a de multa para trezentos dias, o que consistiria *reformatio in pejus*, porque a sentença a concretizou em dezesseis anos e duzentos e cinqüenta dias-multa, sem recurso da acusação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Peço vista.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, A RELATORA DÁ PROVIMENTO PARCIAL. PEDIU VISTA O DES. REVISOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Apolidório V. de Aquino Neto.

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento desse feito foi adiado na sessão do dia 05.03.2002, a meu pedido, após as preliminares serem rejeitadas e, no mérito, a Relatora dar provimento parcial.

Meu voto é o seguinte:

Após rejeitarmos as preliminares argüidas pelo recorrente, pedi vista dos autos, para reexaminar a matéria,

tendo em vista, principalmente, a questão da progressão de regime concedida pela eminente Relatora, Desª. Jane Silva.

A condenação do réu, ora recorrente, conforme bem analisado pela eminente Desª. Relatora, fez-se de forma acertada, pois os elementos de provas constantes dos autos são contundentes e harmônicos, levando-nos à certeza da ocorrência do crime de tráfico que lhe foi imputado.

Também estou a acompanhar S. Exa. no que tange ao afastamento do delito autônomo previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, vez que, na hipótese, não se comprovou o *animus* associativo dos acusados, mas antes uma eventual co-autoria, impondo-se, por isso mesmo, a desclassificação do delito para o art. 18, III, da Lei de Tóxicos, conforme entendeu S. Exa. no judicioso voto.

Igualmente, também concordo com S. Exa., no que diz respeito à redução da pena-base e ao reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, porquanto se trata de réu primário, de bons antecedentes e, sempre que ouvido, não negou que a droga era por ele conduzida e que o fazia por conta de terceiro.

Todavia, estou a discordar apenas no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, o qual entendo deva ser o integralmente fechado.

Conforme já afirmei por reiteradas vezes, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, no qual se viu o réu condenado, devem ser punidos sob o rigor do regime integralmente fechado.

E a iterativa e dominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no sentido de que, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execuções Penais, os quais estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberdade, não há inconstitucionalidade alguma na referida lei, que dispõe sobre os crimes hediondos, na parte em que preconiza o regime *fechado integral*, já que o texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII) estabelece princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal também já deixou consignado que:

"*Não ofende o disposto nos incisos XLVI e XLVIII do art. 5º da CF, sobre individualização e execuções de penas, a determinação contida na norma impugnada, sobre o cumprimento de pena integralmente, em regime fechado*" (*RT*, 722/583).

Inclusive, em julgamento do Pleno, assim se decidiu:

"Habeas corpus. *Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação onde o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. - Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.* Habeas corpus. *Indeferido por maioria*" (Habeas Corpus nº 69.657-SP - Rel. Min. Francisco Rezek - *in RTJ*, 147/598). Neste sentido *RTJ*, 146/611.

Em decisão mais recente deixou consignado o STJ que:

"*Processual Penal. Progressão de regime prisional. Impossibilidade. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Lei nº 8.072/90. Constitucionalidade. Subsistência em face da Lei nº 9.455/97. Revogação. Pacto de São José da Costa Rica. Inocorrência - 1- A Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, impõe nos denominados crimes hediondos o regime fechado, vedada a progressão. A norma foi declarada compatível com a Constituição Federal no julgamento do HC nº 69.603*" (REsp 341.189-SP - Recurso especial - Rel. Min. Fernando Gonçalves - julgado em 04.12.2001 - publicado no *DJ* de 18.02.2002).

Sendo assim, caracterizada está a impossibilidade da progressão de regime *in casu*, uma vez que o recorrente foi condenado a cumprir pena por crime elencado no art. 1º da Lei 8.072/90, hediondo, portanto, e em virtude disso, o regime fechado (integralmente) é a modalidade singular ao cumprimento da pena em tela.

Isto posto, acompanho o pronunciamento da eminente Relatora e, como S. Exa., também dou provimento parcial à apelação, exceto no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, que entendo deva ser o integralmente fechado.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A discussão a respeito da constitucionalidade, ou não, da Lei 8.072/90, já se encontra superada e, *data venia*, não faz mais sentido.

À exceção de um ou outro julgado isolado, a jurisprudência de todos os tribunais do País, inclusive os superiores, é no sentido de que a condenação por crime hediondo impõe o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, não havendo na referida disposição legal qualquer inconstitucionalidade, conforme bem ilustram as diversas ementas trazidas à colação pelo em. Revisor em seu judicioso voto, depois do seu pedido de vista.

Não conheço o inteiro teor e fundamentos do acórdão do Supremo Tribunal Federal, retratado pela ementa colacionada pela em. Relatora, mas, pelo que me é dado saber, não houve, sobre a matéria, qualquer mudança de posicionamento daquele Sodalício, que, reafirmando a constitucionalidade

da Lei 8.072/90, continua entendendo não ser possível a progressão de regime nos crimes hediondos, exceto o de tortura.

Pelo exposto, pedindo vênia, em parte, à ilustre Relatora, acompanho o ilustre Revisor na integralidade de seu voto pelo provimento parcial do recurso, rejeitadas as preliminares.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDA PARCIALMENTE A DESª. RELATORA.

-:::-

PROSTITUIÇÃO - CASA - ART. 229 DO CÓDIGO PENAL - RUFIANISMO

- Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal) - Absolvição - Impossibilidade - Réus que alegam não ser de sua propriedade o bordel - Elementos de convicção que apontam em sentido contrário, sendo certo que os mesmos, ao menos, gerenciavam o "negócio" - Co-autoria comprovada - Condenação mantida. - São co-autores do crime de casa de prostituição todos os que auxiliam a sua manutenção, tais como gerente e empregados, desde que ajam com conhecimento de causa. - Rufianismo - Delito não caracterizado - Donos de bordel que tiram vantagem indiretamente do meretrício alheio, pela venda de bebidas e aluguel de quartos - Ausência de participação direta nos lucros de prostituta - Inteligência do art. 230, CP - Apelação criminal - Recursos defensivo e ministerial desprovidos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 261.634-0/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE.

Ementa oficial: Apelação criminal - Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal) - Absolvição - Impossibilidade - Réus que alegam não ser de sua propriedade o bordel - Elementos de convicção que apontam em sentido contrário, sendo certo que os mesmos, ao menos, gerenciavam o "negócio" - Co-autoria comprovada - Condenação mantida. - São co-autores do crime de casa de prostituição todos os que auxiliam a sua manutenção, tais como gerente e empregados, desde que ajam com conhecimento de causa. - Rufianismo - Delito não caracterizado - Donos de bordel que tiram vantagem indiretamente do meretrício alheio, pela venda de bebidas e aluguel de quartos - Ausência de participação direta nos lucros de prostituta - Inteligência do art. 230, CP - Recursos defensivo e ministerial desprovidos.

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, 21 de março de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 154/162, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sete Lagoas, julgando parcialmente a pretensão punitiva estatal formulada na denúncia, condenou Eurivaldo Alexandre da Silva como incurso nas sanções do art. 10, § 3º, IV, da Lei 9.437/97, e art. 229 c/c art. 61, I, na forma do art. 69, todos do Código Penal, bem como Sirlene Catarina da Silva e Alexsandro Souza França nas iras do art. 229 do citado Estatuto Repressivo e Cleuza Alves de Souza nas penas do art. 16 da Lei 6.368/76, impondo-lhes as seguintes reprimendas: ao primeiro apelante, a pena privativa de liberdade (total) de seis anos e seis meses de reclusão, em regime fechado (art. 33, § 3º, do CP) e pecuniária de noventa e cinco dias-multa; à segunda apelante, a pena privativa de liberdade de dois anos de reclusão, em regime aberto, e dez dias-multa; ao terceiro apelante, a pena privativa de liberdade de dois anos e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto e pecuniária de vinte dias-multa; e, finalmente, à quarta ré a pena privativa de liberdade de um ano de detenção, em regime semi-aberto (art. 33, § 3º, do CP) e pecuniária de trinta dias-multa. O valor unitário do dia-multa foi fixado no mínimo legal.

Irresignado, o Órgão Ministerial aviou o presente apelo, requerendo a condenação dos réus também pela prática do delito de rufianismo qualificado (art. 230, § 1º, do CP), por estar o mesmo, a seu ver, sobejamente caracterizado.

Contra-razões da defesa à fl. 218.

Por seu turno, a defesa visa à absolvição dos réus por insuficiência de provas.

Contra-razões do *Parquet* às fls. 222/231.

Manifestação do douto Magistrado monocrático à fl. 232, ratificando a deserção do recurso interposto por Cleuza Alves de Souza (fls. 190 e 194-v.).

Devidamente processados os apelos, a ilustrada Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às fls. 236/240, manifestou-se pelo conhecimento de ambos, mas para que seja dado provimento apenas àquele aviado pelo Ministério Público.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

I - *Do recurso interposto pelos réus Eurivaldo Alexandre da Silva,*

Sirlene Catarina da Silva e Alexsandro Souza França:

Alega, em síntese, a douta defesa que o decreto condenatório não possui respaldo nos elementos de convicção carreados, que não apontam os ora apelantes como proprietários da casa de prostituição, e sim Darci Alexandre da Silva (fls. 102/103), irmã de Eurivaldo Alexandre da Silva.

Compulsando os autos, contudo, inclusive pelo cotejo das provas produzidas em Juízo com aquelas obtidas na fase inquisitiva, dessume-se que a conduta prevista no art. 229 do CP restou devidamente comprovada, seja em relação ao casal Eurivaldo Alexandre da Silva e Sirlene Catarina da Silva, quanto ao terceiro apelante, Alexsandro Souza França, sendo, na verdade, indiferente a quem pertenceria a casa de prostituição, já que os recorrentes a gerenciavam e dela retiravam o seu sustento, conforme se depreende dos inúmeros depoimentos colhidos, cuja transcrição se revela despicienda.

Como cediço, são co-autores do crime de casa de prostituição todos os que auxiliam a sua manutenção, tais como gerente e empregados, desde que ajam com conhecimento de causa.

É da jurisprudência:

"*São co-autores do crime de casa de prostituição, previsto no art. 229 do CP, o proprietário do edifício que tenha participação ativa nos correspondentes empreendimentos, assim como o gerente da casa noturna, se ali promoviam, habitualmente, encontros para fins libidinosos, mantidos, inclusive em suítes do referido estabelecimento*" (*RT*, 746/651).

Vale ressaltar que, ao contrário do que sustenta a defesa, o testemunho policial goza de presunção de idoneidade, ou seja, estando em harmonia com o conjunto probatório, merece total credibilidade. Veja-se, a propósito, o seguinte aresto:

"*O depoimento de policial obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, não havendo que se falar em suspeição ou inidoneidade considerando-se somente a sua condição funcional*" (TJSP) (*RT*, 752/859).

Assim é que, diante de toda a prova coligida, conclui-se que a condenação dos ora apelantes era mesmo de rigor, devendo permanecer incólume o ato judicial impugnado, inclusive no que tange às reprimendas, porquanto observados os parâmetros legais para sua fixação (*vide* certidão de antecedentes criminais de fls. 112/115, comprovando a reincidência do apelante Eurivaldo Alexandre da Silva).

II - *Do recurso interposto pelo Ministério Público*:

Visa o Órgão Ministerial à condenação dos apelados também nas iras do art. 230, § 1º, do CP, trazendo à colação vários depoimentos que asseguram o fato de que a quantia de R$ 6,00 (seis reais) cobrada pelo "programa" das prostitutas era destinada aos mesmos, a título de aluguel dos quartos nos quais ocorriam as relações sexuais.

Reza o art. 230 do Código Penal pátrio:

"*Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:*

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º. Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa.

§ 2º. (omissis)" (grifo nosso).

Como se vê, a lei exige a participação direta do rufião ou rufiã no lucro decorrente da prostituição alheia (circunstância elementar), sob pena de descaraterização do delito (atipia).

Ora, conforme já se manifestou este Tribunal, o recebimento de aluguel de quartos e o lucro de bebidas vendidas aos "fregueses" das meretrizes não configuram o rufianismo, porquanto tais condutas não podem ser tidas como a "participação direta" mencionada pelo art. 230 do CP:

"*Rufianismo - Delito não caracterizado - Donos de bordel que tiram vantagem indiretamente do meretrício alheio, pela venda de bebidas e aluguel de quarto - Ausência de participação direta nos lucros de prostituta - Inteligência do art. 230, CP - Reprimendas exacerbadas para a espécie - Diminuição - Cabimento - Inteligência da Súmula nº 43 deste TJMG - Recurso parcialmente provido*" (Apel. Crim. nº 233.594-1; Rel. Des. Sérgio Resende, data do acordão: 22.11.2001; data da publicação: 06.12.2001) (grifo nosso).

Por tais fundamentos, desassiste razão também ao Órgão Ministerial ao pleitear a reforma do *decisum* exarado em primeiro grau.

III - *Conclusão*:

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - CALÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS - SÓCIO-GERENTE - ALEGAÇÃO DE IGNORÂNCIA E DESCONHECIMENTO DO PROCEDIMENTO - NÃO-ACOLHIMENTO - CONDENAÇÃO - CRIME CONTINUADO - OCORRÊNCIA - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - FIXAÇÃO EM VALOR ELEVADO - INVIABILIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA ALTERNATIVA - REDUÇÃO

- O sócio-gerente responsável pela empresa não se exime da responsabilidade penal pelo "calçamento" de notas fiscais, com a conseqüente sonegação do imposto devido, ao argumento de que possui poucos conhecimentos contábeis e de administração e de que seus empregados adotaram tal procedimento sem seu conhecimento.

- O "calçamento" de notas fiscais por dois anos seguidos, com a conseqüente sonegação do imposto devido, constitui crime continuado, que deve ser reconhecido, vez que descrito na denúncia.

- A prestação pecuniária, quando fixada em valor elevado, que possa inviabilizar a execução da pena alternativa, deve ser revista, podendo ser reduzido o seu *quantum*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 261.692-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Crime contra a ordem tributária - Calçamento de notas fiscais - Alegação de ignorância e desconhecimento do procedimento - Não-acolhimento - Condenação - Crime continuado - Ocorrência - Prestação pecuniária - Pedido de redução - Procedência. - O sócio-gerente responsável pela empresa não se exime da responsabilidade penal pelo "calçamento" de notas fiscais, com a conseqüente sonegação do imposto devido, ao argumento de que possui poucos conhecimentos contábeis e de administração e de que seus empregados adotaram tal procedimento sem seu conhecimento. - O "calçamento" de notas fiscais por dois anos seguidos, com a conseqüente sonegação do imposto devido, constitui crime continuado, que deve ser reconhecido, vez que descrito na denúncia. - A prestação pecuniária, quando fixada em valor elevado, que possa inviabilizar a execução da pena alternativa, deve ser revista.

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 PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA, DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de fls. 1.539/1.541 julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Waldir de Almeida Lapa como incurso nas sanções do art. 1º, III, da Lei nº 8.137/90, à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, mais 10 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por uma pena pecuniária de 100 salários mínimos e uma prestação de serviços à comunidade, na forma a ser estipulada no juízo da execução.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, alegando, em suma, que não tinha ciência do que estava ocorrendo em sua empresa, vez que foram os balconistas que preencheram as notas fiscais que a acusação alega terem sido "calçadas" e que a contadora de sua confiança não o alertou para o problema. Pede a absolvição. Alega, ainda, que a prestação pecuniária foi fixada em valor extremamente elevado, com o qual não tem condições de arcar. Junta documentos à alegação de que fazem eles prova de que recolheu o ISS no período a que se refere a denúncia (fls. 1.547/1.555).

Da mesma forma, recorreu da sentença o Ministério Público, requerendo seja reconhecida a continuidade delitiva, conforme pedido na denúncia, aumentando-se a pena na forma prevista no art. 71 do Código Penal (fls. 1.558/1.561).

Contra-razões às fls. 1.562/1.565 e 1.572/1.574.

A d. Procuradoria manifestou-se pelo não-provimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da acusação (fls. 1.583/1.587).

Conheço de ambos os recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Recurso interposto pelo réu.

Examino, primeiramente, o recurso aviado pela defesa, por ser prejudicial ao recurso interposto pela acusação.

Em seu depoimento, visto às fls. 1.488/1.490, o réu confirmou que, ao tempo dos fatos narrados na denúncia, era ele o sócio-gerente responsável pela Casa dos Rotores Ltda., possuindo, então, 99% das cotas da empresa, enquanto sua esposa, à época, detinha o 1% restante.

Disse, ainda, que todos os atos gerenciais e administrativos da empresa eram praticados por ele.

De outro lado, afirmou que nunca emitiu notas fiscais, pois quem o fazia eram os balconistas Milka e João

Bonifácio. E aduz que possui parcos conhecimentos de administração e contabilidade, motivo por que confiou em sua contadora, que não o alertou quanto a qualquer problema.

No recurso, insiste a defesa nessa tese: não tinha o acusado conhecimento do que se passava, não foi orientado por sua contadora e quem preencheu as notas fiscais foram os balconistas.

Primeiramente, não se pode desconsiderar que, conforme o próprio denunciado confirmou, era ele o sócio-gerente responsável pela Casa dos Rotores Ltda., praticando todos os atos administrativos e gerenciais.

Era, portanto, o responsável pelo andamento dos negócios e, é óbvio, pela orientação de seus empregados, no tocante aos procedimentos a serem adotados quando do preenchimento das notas fiscais.

De outro lado, é evidente que o sócio-gerente não emite notas fiscais.

Quem o faz são os vendedores.

Todavia, é certo que os vendedores-balconistas seguem a orientação do empregador, sobretudo quando se trata de se adotar procedimento escuso visando à sonegação de tributos, o que, à evidência, só traz benefício para o proprietário da empresa.

É certo, ainda, que pode até ocorrer de um contador não orientar adequadamente um comerciante.

Por outro lado, porém, é elementar que o chamado "calçamento" de notas fiscais constitui procedimento fraudulento, não sendo crível que um negociante, por menos esclarecido que seja, não saiba para que serve tal procedimento e o porquê de sua ilegalidade.

Aliás, tal procedimento, ao que se sabe, é muitas vezes utilizado, como forma de se diminuir a carga tributária, que, não se pode negar, é, em nosso País, extremamente pesada, sufocando, muitas vezes, a iniciativa privada, que, em meio à luta para a sobrevivência no mercado, encontra no Estado, as mais das vezes, um verdadeiro sócio, que, em certos casos, chega até mesmo a inviabilizar o negócio.

Esse fato, contudo, não justifica o procedimento, que não pode encontrar respaldo no Judiciário.

De outra parte, as guias de arrecadação, que acompanharam a apelação, em nada contribuem para melhorar a situação do denunciado, pois, conforme bem salientado pela acusação em suas contra-razões, "*não se discute na presente ação eventuais pagamentos, mas a redução da carga tributária mediante as fraudes noticiadas*".

Por fim, diante da farta prova carreada para os autos, que não deixa margem a dúvidas quanto à adoção, pela empresa de que o acusado era o sócio-gerente, do chamado "calçamento" das notas fiscais, e, considerando que não socorre ao acusado a alegação de ignorância e desconhecimento do

que se passava em sua empresa, outro caminho não resta senão o de concluir pela procedência da acusação.

De outro lado, tenho que a razão assiste ao apelante no que se refere ao valor da prestação pecuniária fixada pelo Juiz.

É que o valor arbitrado na sentença - 100 salários mínimos - parece-me, realmente, um tanto quanto elevado, estando acima das possibilidades econômico-financeiras do recorrente, o que pode inviabilizar a aplicação da pena alternativa.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso interposto pela defesa, para reduzir a prestação pecuniária para 25 (vinte e cinco) salários mínimos.

Custas, na forma da lei.

Recurso interposto pelo Ministério Público.

Passo ao exame do recurso aviado pelo MP.

Como visto na exposição, requer a acusação apenas que seja reconhecida a continuidade delitiva, conforme pedido na denúncia, aumentando-se a pena na forma prevista no art. 71 do Código Penal.

Ao meu modesto aviso, a razão lhe assiste.

Afinal, da denúncia consta que o acusado, que estava na administração da empresa Casa dos Rotores Ltda., no período de novembro de 1992 a novembro de 1994, "*continuadamente*" sonegou o ISS, mediante o calçamento de notas fiscais.

A peça acusatória inicial descreve, portanto, que o acusado praticou crime contra a ordem tributária *de forma continuada.*

E é certo que o fez, estando a reiteração da prática de "calçamento"das notas fiscais, com a conseqüente sonegação do imposto devido, no período de novembro de 1992 a novembro de 1994, a constituir a continuidade delitiva.

Assim sendo, dou provimento ao recurso interposto pela acusação para reconhecer a continuidade delitiva, na forma prevista no art. 71 do CP.

E, em virtude disso, aumento a pena fixada em 1/6, passando-a para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime aberto, mais 11 (onze) dias-multa.

Fica preservada a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, na forma fixada na sentença, com a alteração do *quantum* da prestação pecuniária, resultante do provimento parcial do recurso interposto pela defesa.

Custas, na forma da lei.

Em resumo:

- Dou provimento parcial ao recurso interposto pela defesa.

- Dou provimento ao recurso interposto pela acusação.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA; DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

-:::-

LATROCÍNIO - CONFIGURAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO - IMPOSSIBILIDADE - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - ALEGAÇÃO DE QUE FORA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO - LEGÍTIMA DEFESA - ÔNUS DA PROVA

- A confissão extrajudicial não pode ser desprezada, notadamente quando guardar coerência e compatibilidade com os demais elementos dos autos.

- Cabe ao réu demonstrar que a confissão perante a autoridade policial fora obtida por meio ilícito, porque a presunção há de ser em favor da autoridade policial, que age no estrito cumprimento do dever legal.

- Argüida a tese de legítima defesa em prol do réu, a ele cabe a sua comprovação.

- O latrocínio é crime complexo, decomposto em crime-meio e crime-fim, no qual a lei penal imprimiu caráter de unidade às duas infrações (homicídio e subtração patrimonial). Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde por latrocínio consumado (art. 157, § 3º, *in fine*, do CP) e não por homicídio qualificado consumado em concurso material com a subtração patrimonial (furto ou roubo). Se o agente, após matar a vítima, apreende para si os pertences desta, fica caracterizado o crime de latrocínio, sendo irrelevante, para a configuração do delito, o fato de a lesão ao patrimônio não ser o motivo inicial da conduta criminosa, sendo impossível, portanto, a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 262.550-7/00 - Comarca de Sabará - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Latrocínio - Configuração - Desclassificação - Impossibilidade. - Praticados homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde o agente por latrocínio consumado (CP, art. 157, § 3º, *in fine*), crime complexo no qual a lei penal imprimiu caráter de unidade às duas infrações (homicídio e subtração patrimonial).

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, 09 de abril de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Sulimar de Oliveira Benedito foi denunciado por infração do art. 157, § 3º, art. 211, art. 171, I, na forma do art. 69 e art. 155, *caput*, c/c o art. 71, todos do CPB.

A sentença de fls. 123/128, acolhendo parcialmente a denúncia, condenou-o a 20 (vinte) anos de reclusão, como incurso no art. 157, § 3º, segunda parte, a 01 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 171, *caput*, a 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 211, na forma do art. 69, todos do Código Penal, a serem cumpridos no regime inicialmente fechado, além de 180 (cento e oitenta) dias-multa, fixada a unidade no mínimo.

Irresignado, apela o sentenciado unicamente da condenação pelo crime do art. 157, § 3º, segunda parte, pretendendo, nas razões de fls. 136/138, seja desclassificado o delito de latrocínio para o de homicídio, com sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Contra-razões às fls. 140/142, gizando o acerto da decisão atacada.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no mês de março de 2001, em dia não precisado, no Bairro Roças Grandes, Município de Sabará, Sulimar de Oliveira Benedito subtraiu para si, mediante violência da qual resultou morte, um cartão bancário magnético juntamente com a senha e documentos de Pacífico Gomes Ferreira. Em seguida, ocultou o cadáver, enterrando-o no quintal de sua residência, cimentando o local e construindo sobre o mesmo um centro espírita. Além de efetuar saques na conta da vítima, até o mês de junho/2001, o apelante apossou-se da casa daquela, cedendo a posse do imóvel a Manoel Alves da Silva, mediante a falsificação da assinatura da vítima em um instrumento particular de mandato, outorgando poderes à sua amásia para a venda da casa.

Recebida a denúncia em 03.10.01, transcorreu o feito nos termos do relatório da sentença prolatada em 12.11.01, e que ora adoto, tendo sido o réu intimado da mesma em 16.11.01.

Opina a Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 147/156,

pelo conhecimento e não-provimento do apelo.

Conheço do recurso, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas preliminares e não existem nulidades a serem declaradas de ofício por este Tribunal.

A materialidade do delito encontra-se satisfatoriamente demonstrada pelo auto de apreensão de fl. 30, que demonstra estarem na posse do apelante diversas coisas móveis de propriedade da vítima, entre elas o cartão bancário e a respectiva senha, utilizados para subtração de valores da conta da vítima, conforme documento de fl. 94, bem como pelo instrumento de mandato de fls. 31/32 e pelo laudo de necropsia de fls. 60/62.

A autoria é incontroversa, eis que o apelante confessou, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo. Aliás, a defesa sequer discute a condenação pelos delitos de estelionato e ocultação de cadáver.

Cinge-se sua irresignação à condenação pelo delito de latrocínio, sob o argumento de inexistirem provas "*de que Sulimar tenha praticado o crime capitulado na denúncia, ou seja, artigo 157, § 3º, do Código Penal*". Entende que as "*provas foram clarissimas para mostrar que ocorreu homicídio, e não latrocínio*".

Examinei cuidadosamente a prova dos autos e vejo que a douta sentença não merece reformas, no que diz respeito ao desfecho condenatório.

Conquanto não existam testemunhas, na fase judicial o réu confirmou sua confissão extrajudicial, e existe uma prova que não precisa ser repetida em juízo, ou seja, a apreensão da *res furtiva*, pois ela é obrigatoriamente levada para a fase judicial, não prevalecendo, em relação a ela, o princípio do contraditório, salvo se o réu alegar que não houve a apreensão, deslocando o ônus da prova para sua pessoa, e comprovar tal alegação, o que não foi feito nestes autos.

O conjunto probatório aponta, sem dúvida alguma, para sua pessoa, sendo evidente que o apelante praticou a conduta descrita na denúncia.

Não merece acolhida a alegação de que somente muitos dias depois do homicídio o apelante se teria aproveitado da situação para usufruir dos bens da vítima e receber seus proventos.

Durante a fase inquisitorial, o próprio apelante admite que, imediatamente após ocultar o cadáver da vítima, retornou até a casa daquela "*e encontrou seus documentos, e seu cartão bancário com a senha e guardou*".

Ouvido em juízo, mudou seu depoimento, fazendo menção a uma pretensa agressão por parte de um policial, sem apresentar, entretanto, qualquer prova de sua alegação ou qualquer elemento que corroborasse sua nova versão.

A orientação predominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência é no sentido de que não pode ser desprezada a confissão extrajudicial, notadamente quando guardar coerência e compatibilidade com os demais elementos dos autos.

Assevera MAGALHÃES NORONHA:

"*(...) a regra no procedimento penal, entre nós, é o acusado confessar o delito na Polícia e retratar-se no interrogatório judicial, alegando sempre ter sido vítima de violências daquela. Entretanto, essa retratação, desacompanhada de elementos que a corroborem, não desfará os efeitos da confissão extrajudicial, se harmônica e coincidente com os outros elementos probatórios:* v.g., *apreensão da res furtiva, depoimentos de testemunhas visuais idôneas, etc.*" (*Curso de Direito Processual Penal*, 2ª ed. p. 147).

Cabia ao apelante demonstrar que a confissão perante a autoridade policial fora obtida por meio ilícito, porque a presunção há de ser em favor da autoridade policial, que age no estrito cumprimento do dever legal.

A versão inicial do apelante, não infirmada por outra prova, há que prevalacer, posto que harmônica com os demais elementos de prova colhidos.

Tampouco a versão trazida pelo apelante na fase judicial, de que teria agido em legítima defesa, merece prosperar.

Não há nos autos a menor prova que demonstre a possibilidade de ter agido o réu acobertado pela excludente alegada.

Na lição de TOURINHO FILHO:

"*Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte* objecti, *quer a parte* subjecti, *deve ficar a cargo da acusação. Se, por acaso, a defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima* actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor..." (*Processo Penal*, v. 3, Saraiva, 13ª ed., 1992, p. 212/213).

Conforme visto, a prova da autoria e materialidade do fato está satisfatoriamente produzida nos autos.

Argüida a tese da legítima defesa em prol do recorrente, a ele cabia a sua comprovação, ônus de que não se desincumbiu.

Por conseguinte, no caso em apreço há de prevalecer a confissão extrajudicial do apelante, por estar ela em perfeita consonância com o acervo probatório, não havendo, pois, que se falar na sua absolvição.

A pretendida desclassificação é de todo impossível. A conduta, ao contrário do alegado, está submissa ao tipo da condenação.

Os autos, à saciedade, demonstram que o apelante, após matar a vítima, subtraiu seus bens, sacando os proventos daquela, chegando a apossar-se do seu imóvel.

O latrocínio é crime complexo, decomposto em crime-meio e crime-fim, no qual a lei penal imprimiu caráter de unidade às duas infrações (homicídio e subtração patrimonial).

A doutrina é firme no sentido de que, quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde por latrocínio consumado (CP, art. 157, § 3°, *in fine*), e não por homicídio qualificado consumado em concurso material com a subtração patrimonial (furto ou roubo), orientação, aliás, contida na Exposição de Motivos do Estatuto Penal de 1940.

A jurisprudência segue no mesmo sentido:

"*Mesmo que se admita como verdadeira a afirmação do réu de que não tinha a intenção de roubar, se após matar a vítima e ainda com o cadáver a sua mercê, despoja-a de seus haveres, caracterizou-se o delito de latrocínio porque, não se podendo invadir o subconsciente de alguém para aferir suas verdadeiras e reais intenções, pela ação é que se verifica a conformidade desta com aquela*" (TJSC - *JCAT*, 77/670-1).

"*Para a configuração do latrocínio é irrelevante o fato de não ser a lesão ao patrimônio o motivo inicial da conduta criminosa, porquanto se caracteriza perfeito o delito se o agente, após matar a vítima, apreende, para si, pertences desta*" (Ap. Crim. n° 107.677-1, Ituiutaba, Juiz Odilon Ferreira, 2ª C. Crim., *RJTAMG*, v. 44/292).

No mesmo sentido, julgados publicados *in RJTAMG*, v. 38-39/284 e 304, 31/381 e 33/255, entre outros.

Presentes elementos seguros e idôneos, aptos a ensejar o decreto condenatório, descabe a pretendida desclassificação.

O Sentenciante fixou as penas-base no mínimo para os três delitos, após análise das circunstâncias judiciais, concretizando-as em vinte e dois anos de reclusão, em razão do concurso material de crimes, revelando-se a condenação a necessária e suficiente à prevenção e reprovação dos delitos.

Quanto à pena de multa, observo que a fixação desta não obedeceu ao critério preconizado pelo Código Penal, mas entendo que, em face das circunstâncias e gravidade do crime, o resultado final mostra-se adequado.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso, confirmando a decisão atacada, por seus próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA CRIMINAL - CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO

- Concurso material de crimes - Máximo de pena cominada a um deles que excede a 2 anos - Utilização da nova definição de delito de menor potencial ofensivo dada pela Lei n° 10.259/01 - Impossibilidade de julgamento do feito pela Justiça especializada - Determinação da competência ao Juízo suscitado.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N° 263.352-7/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Conflito negativo de jurisdição - Concurso material de crimes - Máximo de pena cominada a um deles que excede a 2 anos - Utilização da nova definição de delito de menor potencial ofensivo dada pela Lei 10.259/01 - Impossibilidade de julgamento do feito pela Justiça especializada - Determinação da competência ao Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda 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 DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela MMª Juíza do Juizado Especial da Comarca de Pouso Alegre, em que alega não ser da competência daquele Juízo o julgamento de crimes cuja pena máxima cominada exceda a 1 ano, por não se enquadrarem na definição de delito de menor potencial ofensivo dada pelo art. 61 da Lei 9.099/95.

O digno Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pouso Alegre declinou da competência para o Juizado Especial, ao fundamento de que os delitos atribuídos aos denunciados, que não registram antecedentes com trânsito em julgado, são reprimidos com pena de detenção.

Devidamente processado o conflito, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às fls. 128/131, opinou pela competência do Juízo suscitado.

É, em síntese, o relatório.

Nota-se que os acusados foram denunciados pelos crimes de dano qualificado, resistência e desacato, que cominam penas que variam de dois meses a três anos de detenção.

Como cediço, compete aos Juizados Especiais o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, definidas no art. 61 da Lei 9.099/95 como os crimes e contravenções cuja pena máxima prevista não exceda a 1 ano.

Ocorre que, com o advento da Lei 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, esse conceito foi alterado.

O art. 2°, parágrafo único, da referida lei, revogou o art. 61 da Lei 9.099/95, ao assim definir as infrações de menor potencial ofensivo: "*Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*".

Sobre o assunto, o jurista FÁBIO RAMAZZI BECHARA teceu os seguintes comentários: "*Com essa inovação, passam a existir dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo - um para a Justiça Estadual, previsto na Lei 9.099/95, e outro para a Justiça Federal, previsto na Lei 10.259/01 -, o que é totalmente inadmissível. Em primeiro lugar porque ambas as Leis, nesse particular, regulamentam a mesma norma constitucional, qual seja, o art. 98, I, em que pese a Lei 10.259/01 ter sido editada com o propósito de disciplinar o parágrafo único daquele artigo. Em segundo lugar, ambas as Leis possuem a mesma hierarquia. Logo, se versam sobre a mesma matéria e disciplinam o mesmo dispositivo constitucional, resolve-se a questão pelo critério cronológico ou temporal, de tal sorte que a lei posterior revoga a lei anterior naquilo que forem incompatíveis (*lex posterior derogat lex anterior*) (...). Em suma, considerando os fundamentos acima expostos, tem-se que o art. 61 da Lei 9.099/95 foi revogado pelo art. 2.° da Lei 10.259/01*". BECHARA, Fábio Ramazzini. *Breves Notas Acerca do Conceito de Infração Penal de Menor Potencial Ofensivo Frente à Lei 10.259, de 12.1.2001*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2002).

Assim, a Lei 10.259/01 ampliou o rol das infrações de menor potencial ofensivo, abrangendo os crimes reprimidos com pena igual ou inferior a 2 anos.

Tomando por base a nova definição, verifica-se que, *in casu*, a competência para o julgamento dos crimes contidos na denúncia não pode ser da Justiça especializada.

Ora, apura-se, dentre outros, o cometimento do crime de dano qualificado (art. 163, III, do Código Penal), que prevê pena de detenção de 6 meses a 3 anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Somente por esta razão, ou seja, pelo fato de tal crime não ser considerado infração de menor potencial ofensivo, deve- se atribuir à Justiça comum a competência para o julgamento do feito.

Por fim, vale ressaltar que, como se trata de concurso material de crimes, os delitos de resistência e desacato, embora recebam pena máxima igual a 2 anos, serão julgados pelo mesmo Juízo, em face da conexão.

Diante do exposto, dá-se pela competência do Juízo suscitado.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

-:::-

CO-AUTORIA - SIMPLES PRESENÇA À CENA DO CRIME - AUSÊNCIA DE COOPERAÇÃO VOLUNTÁRIA E CONSCIENTE - NEXO PSICOLÓGICO COM A AÇÃO TÍPICA DO EXECUTOR MATERIAL DO DELITO - INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES - *JUS ACCUSATIONIS* - IMPOSSIBILIDADE - INDÍCIOS DUVIDOSOS, VAGOS OU INCERTOS - PRONÚNCIA - INADMISSIBILIDADE

- O simples fato de alguém presenciar a cena do crime, na qualidade de irmão de criação do agente, sem que tenha subjetivamente aderido ou premeditado a conduta delitiva, não basta para caracterizar a co-autoria, que exige a cooperação voluntária e consciente, bem como um nexo psicológico com a ação típica do delinqüente principal. Inexistindo indícios suficientes à comprovação do nexo psicológico entre a conduta do executor material do delito e daquele que presenciou a cena do crime, não se autoriza o *jus accusationis*.

- Indícios duvidosos, vagos ou incertos, sem conexão com o fato e a sua autoria, não são suficientes para a pronúncia.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 264.004-3/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Penal - Processual Penal - Homicídio qualificado - Indícios - Nexo psicológico - Inexistência - *Jus accusationis* - Impossibilidade. -

Não se autoriza o *jus accusationis* quando inexistem indícios suficientes à comprovação do nexo psicológico entre a conduta do executor material do delito e daquele que presenciou a cena do crime.

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, 25 de abril de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a sentença de fls. 161/166, em razão da qual fora pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, inciso I, do CP, o réu Romero de Oliveira Ambrósio e impronunciado o réu Luiz Guedes Roque, ante a inexistência de indícios.

O i. representante do *Parquet* estadual argumentou, em suma, que o decreto de impronúncia não deveria prevalecer, porquanto restou fartamente demonstrado que, no dia, hora e local do crime, os réus Romero e Luiz, que são irmãos de criação, encontravam-se em companhia da vítima e das testemunhas Luiz Fernando, Vilmar e Paulo, fazendo uso de bebidas alcoólicas no interior de um bar; quando já fora do referido estabelecimento, o denunciado Romero, agindo em concurso com Weder, passou a ofender a integridade física de André, ocasião em que Luiz, ora recorrido, sacou uma faca de cabo branco que trazia consigo, ameaçando Juliano de causar-lhe mal injusto e grave, fugindo logo em seguida.

Asseverou, outrossim, que, logo após o entrevero, Weder e Romero passaram a discutir, oportunidade em que Romero, portando uma faca de cabo preto, acabou por desferir sete facadas em Weder, provocando-lhe a morte. Sustentou que, durante a execução do crime, Romero estava na companhia de Luiz, que, por sua vez, também portava uma faca.

Ainda restou apurado, segundo o Ministério Público, que os acusados estavam previamente armados, já com a disposição de atacar Weder, por vingança, em virtude de ter sido este amásio da irmã de Romero, tendo sido, por outro lado, desprezado pelo Juiz o depoimento desta.

A acusação assinalou, também, que o próprio recorrido admitiu, sob o crivo do contraditório, que teria presenciado seu irmão de criação, Romero, desferir os golpes mortais de faca na vítima, bem como que teria sido a pessoa quem levara as facas até a casa da mãe de Romero, restando, por óbvio, externado o *animus necandi* com que se houve no episódio.

Argumentou, noutro vértice, que a divergência verificada entre os depoimentos de Romero e Luiz se deveu exclusivamente à intenção daquele de exculpar o ora recorrido, porque sabia que o mesmo teve relevante participação no crime, ainda que não tivesse cometido atos propriamente executórios.

Finalmente, o órgão acusatório bateu-se no depoimento prestado pela irmã de Romero, o qual seria esclarecedor acerca da participação de Luiz no homicídio, somando-se aos prestados por outras testemunhas, que também elucidariam que Luiz contribuiu para a eclosão do evento criminoso, em razão do que seria imperioso o provimento do recurso, com o conseqüente decreto de pronúncia de Luiz Guedes Roque.

Às fls. 187/193 foi apresentada pela defesa impugnação ao recurso, ocasião em que se pleiteou a manutenção da decisão que deu pela impronúncia.

Despacho de sustentação da sentença de impronúncia, nos termos do art. 589 do CPP (fl. 195).

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a manifestar-se, pronunciou-se pelo provimento do recurso, para que fosse o recorrido pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, I, do CP (fls. 202/208-TJ).

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Com efeito, estou a entender que razão não está a socorrer a acusação ao pleitear a reforma da decisão que impronunciou Luiz Guedes Roque pelo crime previsto no art. 121, § 2°, inciso I, do CP, porquanto inexistem nos autos, diversamente do alegado, elementos que autorizem a submissão do réu, ora recorrido, a julgamento perante o Tribunal Popular, mais especificamente pela própria ausência de indícios de sua participação na empreitada criminosa.

As únicas circunstâncias concretas, relativas ao réu em questão, que exsurgem claramente da prova, são que este estava junto com Romero, o executor do homicídio, quando Weder, a vítima, adentrou no bar em que estavam a beber cerveja, bem como que juntos saíram do referido estabelecimento, e que, também, em momento anterior ao fatídico desfecho, atritaram-se com terceiros. Evidenciou-se, outrossim, que Luiz portava uma faca de cabo branco, bem como que teria levado esta e a utilizada por Romero na consecução do crime até a casa da mãe deste último.

Por outro lado, é certo que, ainda que o recorrido realmente estivesse portando uma faca de cabo branco, na esteira do que argumentou a acusação, não significa que tivesse participado do crime, mesmo na condição de partícipe, haja vista que restou induvidoso que o único a desferir as facadas que foram a causa eficiente da morte da vítima fora o réu Romero, não havendo, outrossim, qualquer elemento que indicasse a intenção prévia do recorrido neste sentido, a não ser o depoimento prestado pela testemunha descompromissada Suzilei Oliveira Ambrósio.

Aliás, quanto ao depoimento da referida testemunha, impõe-se fazer uma pequena digressão sobre o seu conteúdo, a fim de se concluir que a pronúncia do réu de modo algum poderia ser declarada tendo aquelas declarações como único embasamento,

porquanto se infere que aquela tão-somente fez suposições acerca do desencadear dos fatos, não se podendo admiti-las como indício de prova, mormente porque a testemunha em questão seria, de certo ponto, suspeita, não só por ser irmã de Romero, mas também por ter sido amásia da vítima.

Calha, por oportuno, a transcrição do seguinte trecho:

"*... a depoente deixou entender naquelas declarações que tanto Romero quanto Luis teriam matado a vítima porque Luis não andava com Weder e também não era de sair com Romero e se Luis e Romero estavam juntos 'então só pode ser os dois', e o fato de que Luis não tinha manchas na roupa de sangue, para a depoente significa que então 'um deve ter segurado e outro feito o serviço'*" (fl. 125).

Ora, percebe-se claramente que as palavras da testemunha descompromissada Suzilei repousam no campo das conjecturas, não se podendo por via delas concluir que, somente porque alguém tenha presenciado a cena do crime na qualidade de "*irmão de criação*" do agente, tenha subjetivamente aderido ou premeditado a conduta delitiva.

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

TACRSP: "*Para a caracterização da co-autoria, não basta a simples presença física do agente, sendo imprescindível que, subjetivamente, tenha ele plena consciência de que está auxiliando o comparsa na prática do crime, pois não basta que uma conduta seja condição* sine qua non *do fato delituoso para surgir sua punibilidade, exigindo-se, ainda, a cooperação voluntária e consciente, e um nexo psicológico com a ação típica do delinqüente principal*" (*RJTACRIM*, 28/66).

Noutra quadra, há que se dizer que, se fosse viável a pronúncia do recorrido, afigurar-se-ia, do mesmo modo, imperativa a pronúncia de duas outras pessoas que também estavam no cenário do crime, Vilmar e Paulo, porque também estavam bastante próximas, tendo-se evadido do local.

Enfim, todos os elementos de prova, diante de um exame preliminar, indicam a impossibilidade de que o réu tenha realmente cometido o crime que lhe é imputado, em co-autoria, inviabilizando, assim, a declaração do direito de acusar, segundo a remansosa jurisprudência de nossos tribunais:

"*Para a pronúncia não são suficientes indícios duvidosos, vagos ou incertos sem conexão com o fato e a sua autoria*" (*RT*, 534/416).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO PROFISSIONAL - DEFESA DO MUNICÍPIO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 89, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES) NÃO CONFIGURADA - PROCURADOR DA MUNICIPALIDADE - DEFESA DO ALCAIDE POR CRIME FUNCIONAL OU DE RESPONSABILIDADE - PECULATO DE USO - ART. 1º, II, DO DEC.-LEI Nº 201/67 - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO

- Nos termos da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), para que se configure hipótese de inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no seu art. 13, a par da notória especialização do contratado, há de se tratar de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração. Se o serviço for singelo, corriqueiro e, portanto, executável por qualquer profissional, não há razão para que seja afastada a realização do certame. A atuação de um advogado como procurador de um município em uma ação civil pública não se enquadra nesta última situação. Ao contrário. Exige-se, para tanto, profissional especializado, experimentado, capaz de defender em toda a sua plenitude os interesses da Administração Pública.

- Demonstrada a notória especialização do advogado contratado sem licitação pela prefeitura para patrocinar a defesa da Administração municipal em causa complexa, qual seja, em ação civil pública promovida contra o município, resta configurada a hipótese legal de inexigibilidade do certame, não havendo que se falar em infração do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

- Provado que a defesa do prefeito - que fora pessoalmente denunciado, juntamente com o município, na ação civil pública - não se procedeu pelo profissional contratado pela prefeitura, afigura-se improcedente a denúncia no tocante à imputação da prática do delito previsto no art. 1º, II, do Dec.-lei nº 201/67.

- Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não caracteriza, em tese, o delito previsto no art. 1º, II, do Dec.-lei nº 201/67 o fato de utilizar-se o prefeito dos serviços jurídicos da municipalidade, para sua defesa em processo no qual é acusado por crime funcional ou de responsabilidade, não constituindo *prima facie* uso indevido de serviços públicos, em face das peculiaridades do exercício da profissão de advogado e a magnitude do direito de defesa.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 264.311-2/00 - Comarca de Baependi - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Prefeito - Contratação de advogado com inexigibilidade de licitação - Tipo previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 - Infração não caracterizada - Crime funcional - Peculato de uso - Art. 1º, II, do Dec.-lei 201/67 - Delito não configurado - Denúncia improcedente. - Demonstrada a notória especialização do advogado contratado sem licitação pela Prefeitura para patrocinar a defesa da Administração em causa complexa, qual seja, em ação civil pública promovida contra o Município, configurada, pois, hipótese legal de inexigibilidade do certame, não há que se falar em infração aos tipos penais previstos na Lei 8.666/93. - Se a defesa do Prefeito - que fora pessoalmente denunciado, juntamente com o Município, na referida ação civil pública - não foi procedida pelo profissional contratado pela Prefeitura, como comprovado na defesa preliminar apresentada, afigura-se improcedente a denúncia também no tocante à imputação da prática do delito previsto no art. 1º, II, do Dec.-lei 201/67. Denúncia rejeitada, por improcedente.

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.

Belo Horizonte, 06 de junho de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontravam-se presentes a Dra. Gláucia Alvarenga Soares, que assistiu ao julgamento pelo denunciado, e a Dra. Elba Rondino, Procuradora de Justiça, que proferiu sustentação oral pelo denunciante.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - O Procurador-Geral de Justiça, através de integrante da Procuradoria de Justiça Especializada em Crimes de Prefeitos, ofereceu a presente denúncia contra Marcelino Alves Ferreira, Prefeito Municipal de Baependi, dando-o como incurso nos arts. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, e 1º, inciso II, do Decreto-lei 201/67, c/c o art. 69 do Código Penal.

De acordo com a peça acusatória, teria o denunciado firmado ilegalmente, sem prévio procedimento licitatório, contrato administrativo de prestação de serviços profissionais com o advogado Antônio Lopes Neto, a fim de que procedesse o referido causídico à defesa do Município e dele próprio em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, invocando, para tanto, inexigibilidade de licitação em razão de "notória especialização" do contratado. Tal hipótese, contudo, não se verificaria na espécie, ausentes os requisitos exigidos pelos arts. 13 e 25, II, da Lei 8.666/93, eis que não possuiria o serviço objeto do aludido contrato característica particular que o distinguisse dos demais, não estando revestido de caráter excepcional que impossibilitasse a sua execução através de uma prestação-padrão. Seria perfeitamente viável, no caso, a instauração de competição para contratação do profissional diante da existência no mercado de várias empresas e advogados aptos à realização do serviço. Por outro lado, ao contratar o mencionado advogado para patrocinar a sua própria defesa na citada ação civil pública, às expensas do Município de Baependi, teria o denunciado se utilizado indevidamente, em benefício particular, de serviço público municipal, uma vez que sua responsabilidade era pessoal, por atos de improbidade praticados contra a Administração, sendo inaceitável do ponto de vista jurídico, econômico e moral que um profissional do Direito receba dinheiro público para atendimento de interesses notoriamente privados e até antagônicos aos interesses do próprio ente público lesado, configurando absurdo lógico que a vítima venha a custear a defesa do acusado.

Regularmente notificado, ofertou o denunciado a defesa preliminar de fls. 241/259, instruída com os documentos de fls. 260/374.

Após manifestar a sua estranheza pelo modo como foi instaurado o procedimento administrativo que deu origem à presente ação penal - em decorrência de notícia verbal, não reduzida a termo, ausente na portaria inaugural menção à eventual irregularidade existente no ato administrativo em análise, e sem que se procedesse à oitiva do acusado -, sustenta o denunciado a natureza singular do serviço objeto do contrato e a notória especialização do advogado contratado, alegando que a hipótese sequer seria de discricionariedade, pois a lei determina a contratação de profissional detentor de notória especialização para tal mister, não competindo ao Ministério Público dizer se determinada ação se reveste da excepcionalidade capaz de justificar a inexigibilidade de licitação. Demais, a necessidade de especialização, no que pertine à atuação em ações civis públicas, teria sido reconhecida pela própria Procuradoria de Justiça, ao criar grupo especializado de procuradores para funcionar nestas ações, assinalando, também, que teria aquele Órgão, em parecer do Procurador Jacson Campomizzi, hoje Procurador-Geral de Justiça Adjunto, se posicionado pela regularidade da inexigibilidade de licitação em caso semelhante. Por outro lado, ao contrário do que afirma a inicial acusatória, o Doutor Antônio Lopes Neto não teria patrocinado a sua defesa pessoal na referida ação civil pública, mas tão-somente a do Município de Baependi, ressaltando o fato de haver sido condenado naquele processo, enquanto, em relação ao Município, foi o pedido julgado improcedente. Por fim, argumenta que a publicação do ato administrativo atacado no Órgão Oficial à época de sua edição é mais um elemento de convicção a reforçar o acerto de sua conduta.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se, às fls. 377/387, sobre os documentos apresentados com a resposta preliminar, e, à fl. 427-v., sobre aqueles apresentados posteriormente, em complementação.

Novos documentos foram exibidos pelo denunciado após a manifestação da Procuradoria de Justiça, sendo autuados, por determinação deste Relator, em apenso.

No essencial, é o relatório.

Manifesta, a meu ver, a improcedência da denúncia.

A conduta descrita na inicial, no tocante à contratação com inexigibilidade de licitação do advogado Antônio Lopes Neto para o patrocínio de causa promovida contra o Município de Baependi, não se amolda a qualquer dos tipos penais previstos na Lei 8.666/93, inclusive ao do art. 89, *caput*, da referida lei, expressamente capitulado na denúncia.

Uma breve e necessária incursão no terreno do Direito Administrativo está a demonstrar tal assertiva.

Consoante o disposto no art. 25 da referida lei especial, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, como - dentre outras hipóteses ali relacionadas, sem exclusão de outros casos não catalogados expressamente - na situação prevista em seu inciso II, de "*contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação*" (*verbis*).

Prevê, por sua vez, o mencionado art. 13 da Lei 8.666/93:

"*Para os fins desta Lei, consideram-se serviços profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas".

O conceito de notória especialização nos dá o § 1º do art. 25 da citada lei (*verbis*):

"*considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudo, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*".

Portanto, nos termos da Lei de Licitações, para que se configure hipótese de inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, a par da notória especialização do contratado, há de se tratar de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração.

Obviamente, se o serviço for singelo, corriqueiro, e, portanto, executável por qualquer profissional, não há razão para que seja afastada a realização do certame.

Ora, é evidente que a atuação de um advogado como procurador de um município em uma ação civil pública, hipótese da qual decorreu a presente denúncia, não se enquadra nesta última situação. Ao contrário. Exige-se, para tanto, profissional especializado, experimentado, capaz de defender em toda a sua plenitude os interesses da Administração Pública - situação diversa, por exemplo, da que se verificaria no caso de ajuizamento de uma simples execução fiscal.

Ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"*A singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes para a satisfação do interesse público em causa.*

Embora outros, talvez muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito 'A' ou pelos sujeitos 'B' ou 'C', ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria - recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.

Foi, aliás, o que Lúcia Valle Figueiredo, eminente Desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região, apontou com propriedade: 'Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos.

Com efeito, o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto,

opção por algum deles'" (*in Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 478/479).

Na verdade, no que concerne a noções como "singularidade" e "notória especialização", há que se considerar que, a despeito do esforço do legislador para precisá-las, estamos no campo do que em Direito Administrativo se convencionou denominar de "conceitos fluidos", em que, muitas vezes, é "*impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis*" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Judicial*, 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23).

Por estas razões, conforme assinalado na resposta preliminar apresentada, a doutrina e a jurisprudência, inclusive julgados do Tribunal de Contas (como aquele citado no voto do eminente Desembargador Almeida Melo, condutor do acórdão que julgou a Apelação Cível nº 139.485-7, de Governador Valadares, colacionado às fls. 417/419), têm entendido, em casos como o dos autos, como incensurável a contratação de advogados com inexigibilidade de licitação.

Oportuna, aqui, a lição de EDMUR FERREIRA DE FARIA, em comentário ao art. 13 da Lei 8.666/93:

"*Infere-se da norma que somente nos casos de singularidade a licitação é inexigível, ou seja, quando o trabalho ou o objeto a ser prestado ou executado contiver elemento que o diferencie de outro da mesma natureza.*

No caso de parecer jurídico, por exemplo, não basta que o profissional seja formado em direito. A colação de grau e a inscrição na Ordem dos Advogados são condições elementares para o exercício da profissão. Já a notoriedade caracteriza-se pela qualidade especial do profissional em relação à sua atividade, que o distingue do apenas formado, profissional.

Dessa forma, se a Administração quer contratar um advogado, o procedimento inarredável é o concurso, nos termos do § 1º do art. 13, citado antes. Já, se a Administração necessita contratar um profissional do direito, com reconhecida especialização em licitação, por exemplo, para emitir parecer em caso concreto nessa mesma área, a inexigibilidade se impõe" (*in Curso de Direito Administrativo Positivo*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 267).

Na espécie, a par do bom conceito profissional de que desfruta nos meios jurídicos o Doutor Antônio Lopes Neto, advogado contratado para patrocinar os interesses do Município de Baependi, a sua "notória especialização", considerados os critérios que a própria lei elegeu, encontra-se plenamente demonstrada nos autos através da documentação que acompanhou a própria inicial (fls. 36/819 e 196), que dá conta das relevantes funções que desempenhou como representante do

Ministério Público, com atuação em diversas Comarcas do Estado, dos trabalhos por ele anteriormente desenvolvidos na área e também de publicações de sua autoria sobre questões relacionadas com o objeto da demanda instaurada contra a Administração.

Já por ocasião de sua edição, após regular exame da questão pela Comissão de Licitação do Município, o ato administrativo em tela restou devidamente justificado, como consta da cópia da publicação de sua ratificação no Órgão Oficial, anexada aos autos (fls. 28/284), invocando a qualificação profissional do contratado.

Verificando-se, pois, que a conduta do denunciado, no que tange à contratação do profissional sem licitação para promover a defesa do Município, além de amparada em lei, se conteve dentro dos limites da razoabilidade e da boa-fé, não há como censurá-la, sobretudo na esfera penal, em que se exige, para a configuração do tipo, não só a ocorrência do fato, objetivamente considerado, mas a demonstração do elemento subjetivo do ilícito, inexistente na espécie, diante das circunstâncias acima mencionadas.

Apreciando caso semelhante, não vislumbrou o Pretório Excelso qualquer ilícito na contratação de advogado pela Administração, para a defesa de seus interesses, sem licitação:

"*Penal. Processual Penal. Ação penal. Trancamento. Advogado. Contratação. Dispensa de licitação.*

- I. - Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público.

- II. - Concessão de habeas corpus *de ofício para o fim de ser trancada a ação penal*" (STF - RO*HC* nº 72.830-8-RO, Rel. Min. Carlos Velloso - *DJ* de 16.02.96).

Lado outro, no tocante ao crime previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei 201/67, afigura-se igualmente improcedente a denúncia ofertada.

De se ver, em primeiro lugar, que em momento algum comprovou o órgão do Ministério Público a veracidade da alegação contida na inicial acusatória, no sentido de que tivesse a defesa pessoal do denunciado, Prefeito de Baependi, na ação civil pública promovida contra ele e contra o referido Município, sido exercida pelo advogado Antônio Lopes Neto, contratado pela Administração Municipal.

Em sua resposta preliminar logrou demonstrar o denunciado que, diversamente do que afirmou a acusação, apenas o Município foi defendido na aludida ação pelo referido causídico. A sua defesa pessoal, em primeiro grau, foi patrocinada pela advogada Jaciara Guimarães Rosa Hemétrio, inscrita na OAB/MG sob o nº 66.522 (fls. 302/319), que subscreveu, também, a apelação interposta contra a sentença

condenatória. Em segunda instância, sua defesa ficou a cargo da advogada Michelle Maciel Neves, OAB/MG 83.931 (fl. 364) e do Doutor José Rubens Costa, OAB/MG 21.581 (fls. 372/374).

As duas únicas peças subscritas pelo Doutor Antônio Lopes Neto, constantes dos autos e relativas à ação civil pública, são a contestação (fls. 320/336) e os embargos de declaração (fls. 357/361), ambas como procurador, exclusivamente, do Município de Baependi.

Mas, ainda que efetivamente tivesse ocorrido a hipótese descrita na denúncia - o que, como visto, não restou demonstrado na espécie -, não estaria caracterizado, em princípio, o delito em questão, previsto no art. 1º, II, do Decreto-lei 201/67, segundo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de caso análogo:

"*Penal. Prefeito municipal. Defesa em crime funcional. Uso de procuradores municipais. Atipicidade penal.*

- A realização de defesa por procurador do município em processo no qual o Prefeito é acusado de crime funcional não constitui prima facie *uso indevido de serviços públicos, não configurando o crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-lei nº 201, de 1967, face as peculiaridades do exercício da profissão de advogado e a magnitude do direito de defesa.*

- Recurso especial não conhecido" (REsp 119.942-RS, Rel. Ministro Vicente Leal, *DJ* de 27.04.1998).

Naquela oportunidade, ao confirmar decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que afastara semelhante imputação formulada contra prefeito de município daquele Estado da Federação, entendeu o Superior Tribunal de Justiça como incensurável o entendimento esposado no voto condutor do acórdão recorrido, da lavra do Desembargador Vladimir Giacomuzzi, do qual se destacou o seguinte trecho:

"*Entendo, no entanto, que nada impedia que o Prefeito se utilizasse dos serviços jurídicos da municipalidade para sua defesa no processo em que ele era acusado da prática de ilícito penal realizado em função do mandato.*

Pelos reflexos civis que a condenação penal do Prefeito pode determinar ao Município, é compreensível, e talvez até recomendável, que o serviço jurídico permanente da municipalidade se encarregue da defesa do acusado, em tais circunstâncias. A então Consultoria-Geral do Estado tinha, a seu encargo, a defesa do servidor estadual acusado da prática de crime funcional. Penso que não pratica o crime descrito no art. 1º, II, do Dec.-lei 201/67, o Prefeito que, acusado de crime funcional ou de responsabilidade, se utiliza, em sua defesa, do serviço jurídico permanente do Município.

Utilizar-se o Prefeito, em proveito próprio, de serviços públicos da municipalidade não é crime. Crime haverá se a utilização for 'indevida'. No caso não é.

Indevida seria a utilização do serviço jurídico da municipalidade para proceder à defesa do Prefeito acusado da prática de crime comum, alheio à sua atividade funcional".

Com estes fundamentos, rejeito a denúncia oferecida contra Marcelino Alves Ferreira Filho, Prefeito Municipal de Baependi, declarando insubsistentes as imputações de prática dos delitos previstos no art. 89, *caput*, da lei 8.666/93, e art. 1º, II, do Dec.-lei 201/67.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Senhor Presidente. O voto do Relator, exaustivamente, examinou as questões, de modo que nada me resta senão segui-lo, nada tendo a acrescentar.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Acompanho o Relator, salientando que estive atento às palavras da Dra. Elba Rondino e, nesta oportunidade, como dito da tribuna, rejeito as preliminares levantadas na defesa posta, no que concerne à eventual irregularidade existente no ato administrativo e no tocante à não-oitiva do denunciado na fase do mesmo procedimento, como constou à fl. 244.

Na verdade, nada disso ocasionou o alegado cerceamento de defesa, motivo por que, acompanhando o eminente Relator, rejeito as preliminares.

Julgo improcedente a denúncia.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Senhor Presidente. Com os adminículos que V. Exa. colocou agora, sobre as preliminares, também as rejeito e ponho-me de acordo com o voto do eminente Relator, com pedido de publicação.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo com os votos precedentes.

Súmula - JULGARAM IMPROCEDENTE A DENÚNCIA.

-:::-

REGIME PRISIONAL - PROGRESSÃO - INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO APROPRIADO NA COMARCA - SENTENCIADA QUE SE AMOLDA À HIPÓTESE DO ART. 117, III, DA LEI Nº 7.210/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL) - PRISÃO DOMICILIAR

- Tendo a agravada sido internada na Santa Casa de Misericórdia, onde deu à luz, conforme seu atestado de conduta carcerária, enquadra-se ela, hoje, no inciso III do taxativo rol do art. 117 da LEP, qual seja, "*condenada com filho menor*".

- O benefício da prisão domiciliar não significa dispensa das normas de conduta do regime. Assim, as restrições, obrigações e horários a serem impostos pelo juiz da execução deverão ser observados pela condenada, sob pena de revogação do regime.

- V.v.: - Conforme comando do art. 117 da LEP, a prisão domiciliar só pode ser deferida aos réus que cumprem pena no regime aberto e nas situações ali elencadas. (*Des. Herculano Rodrigues*)

RECURSO DE AGRAVO Nº 264.327-8/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Recurso de agravo - Condenada que obteve progressão para o regime semi-aberto - Inexistência de estabelecimento apropriado na Comarca - Sentenciada que se amolda à hipótese do art. 117, III, da LEP - Concessão de prisão domiciliar - Possibilidade - Recurso ministerial provido.

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, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O DES. SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do agravo, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Juiz de Fora, foi Siomara Aparecida de Oliveira condenada a uma pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, por infração aos arts. 155, § 4º (duas vezes), e 312, CP.

No curso do processo, obteve progressão de regime para o semi-aberto, tendo permanecido, contudo, no mesmo estabelecimento em que já se encontrava - o Ceresp -, cumprindo a sua pena em condições idênticas às anteriores à progressão.

Inconformado, o ilustre representante do *Parquet* requereu lhe fosse deferida a prisão domiciliar, asseverando inexistir, na região, estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, não sendo justo que continuasse a cumprir a pena nas mesmas condições do regime anterior.

O MM. Juiz, entretanto, indeferiu o pedido, ao argumento de que a prisão domiciliar só é possível aos condenados a cumprimento de pena em regime aberto.

O RMP, irresignado, apresentou, então, o presente recurso de agravo,

pleiteando a reforma da sentença de 1º grau, com a conseqüente concessão do benefício requerido.

No juízo de retratação a decisão foi mantida.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo.

Ora, conforme cediço, o colendo STF já decidiu que a inexistência, na Comarca, de casa de albergado, não justifica a concessão de prisão domiciliar fora dos casos taxativos enumerados no art. 117 da LEP. *In casu*, confira-se a ementa:

"Habeas corpus. *Regime prisional. Casa de albergado. Inexistência. Pena.* Execução em regime inicial semi- aberto. Cumprimento em prisão-albergue domiciliar. Impossibilidade fora das hipóteses estritas do art. 117 da Lei de Execução Penal. *Ausência de constrangimento ilegal. Precedente do Plenário. - Não se justifica, fora das hipóteses legais, a concessão de prisão-albergue domiciliar ao fundamento de inexistência, no local de execução da pena, da Casa do Albergado ou estabelecimento similar. Ordem denegada*" (*JSTF*, 184/317) (grifei).

Verifico, porém, às fls. 07 e 11, no Atestado de Conduta Carcerária da agravada, que em 14.11.99 foi internada na Santa Casa de Misericórdia, onde deu à luz.

Nessas condições, enquadra-se ela, hoje, no inciso III do taxativo rol do art. 117 da LEP, qual seja, "condenada com filho menor".

Outrossim, e com fundamento no corolário do entendimento acima colacionado, estando a sentenciada incursa em uma das restritas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal, reformo a decisão de 1º grau e dou provimento ao recurso ministerial, para conceder a Siomara Aparecida de Oliveira o benefício da prisão domiciliar, atentando-se para o fato de que o recolhimento em residência particular não significa dispensa das normas de conduta do regime. Assim, as restrições, obrigações e horários, a serem impostos pelo juiz da execução, deverão ser observados pela condenada, sob pena de revogação do regime.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Senhor Presidente.

Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O DES. RELATOR E O DES. PRIMEIRO VOGAL, DANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Resende) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 16.05.02 , a pedido do Des. 2° Vogal, após votarem o Des. Relator e o Des. 1° Vogal, dando provimento.

Com a palavra o Des. Herculano Rodrigues.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Cuida-se de agravo agilizado pelo Órgão Ministerial, em exercício na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora, em favor da sentenciada Siomara Aparecida de Oliveira, que teve indeferida a sua pretensão de cumprir a sua pena de quatro anos de reclusão, em regime domiciliar, atentando-se que o regime fixado na sentença (fechado) foi progredido para o semi-aberto.

Sustenta o recurso que na Comarca inexiste estabelecimento apropriado para o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Ao meu aviso, a decisão hostilizada não merece reparos.

Conforme comando do art. 117 da LEP, a prisão domiciliar só pode ser deferida aos réus que cumprem pena no regime aberto e nas situações ali elencadas.

Assim, *data venia* dos votos precedentes, nego provimento ao recurso.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O DES. SEGUNDO VOGAL.

-:::-

FUGA DE PRESO - PROMOÇÃO OU FACILITAÇÃO - FUNCIONÁRIO INCUMBIDO DA GUARDA OU CUSTÓDIA DE PRESOS - ART. 351, § 4°, DO CP - MOMENTO CONSUMATIVO - DELITO NÃO CONFIGURADO - SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - GUARDA EXTERNA DO PRESÍDIO - RESPONSABILIDADE PELA SERRAÇÃO DAS GRADES INTERNAS DA PRISÃO - INADMISSIBILIDADE

- Se o agente incumbido da guarda ou custódia de presos não mais estava no exercício da função quando houve a fuga, não se configura o delito previsto no art. 351, § 4°, do CP, uma vez que o seu momento consumativo, em se tratando de modalidade culposa, dá-se quando a evasão efetivamente se concretiza sob a égide da responsabilidade do funcionário então designado, pois, a se entender de forma contrária, seria de rigor a responsabilização de todos aqueles que fazem a guarda do presídio no período em que os presos realizavam os atos preparatórios de fuga.

- Ao soldado da Polícia Militar incumbe somente efetuar a guarda externa do presídio, pelo que inviável responsabilizá-lo pela serração das grades internas da cela onde se deu a fuga do preso, cuja custódia, em tese, cabe à Polícia Civil, por intermédio de seu carcereiro.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 264.519-0/00 - Comarca de Pompéu - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Penal - Promoção ou facilitação de fuga de pessoa presa - Art. 351, § 4°, do CP - Momento consumativo - Delito não configurado. - Se o agente incumbido da guarda ou custódia de presos não mais estava no exercício da função quando houve a fuga, não se configura o delito previsto no art. 351, § 4°, do CP, pois que o seu momento consumativo, em se tratando de delito culposo, dá-se quando a evasão efetivamente se concretiza sob a égide da responsabilidade do funcionário então designado, pois, a se entender de forma contrária, seria de rigor a responsabilização de todos aqueles que fazem a guarda do presídio no período em que os presos realizavam os atos preparatórios de fuga.

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.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de Thalinson Vieira dos Santos ou Thalisson Vieira dos Santos, em face da decisão de fls. 124/132, em razão da qual foi condenado como incurso nas sanções do art. 351, § 4°, do CP, à pena de 05 (cinco) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, a qual fora substituída por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, cujas condições de cumprimento seriam definidas pelo Juízo da Execução Penal.

A defesa sustentou, em resumo, que o réu não teria praticado o crime em razão do qual restou condenado, posto que à hora da fuga este já não mais estava em serviço, pois o turno já se havia encerrado às 12 horas, tendo a evasão ocorrido por volta das 15 horas, estando no posto o soldado Clério Antônio do Couto, o qual, todavia, não fora sequer indiciado, nem mesmo o carcereiro; que, em verdade, prevaleceu o espírito corporativista, já que o referido soldado Clério, bem como o carcereiro não foram indiciados, ao passo que fora exclusivamente denunciado o réu, que já não mais pertencia aos quadros da Polícia Militar; que não seria verídica a afirmação contida na denúncia de que o acusado esteve fora

do posto de vigília durante todo o expediente, vez que o referido posto nem mesmo existe, devendo o policial vigiar a cadeia pública como um todo; que seria ilógico incriminar o réu, pois, ao passar o serviço para o soldado substituto, no caso, o soldado PM Clério, este, ao assumi-lo, deveria ter vistoriado, e se não o fez omitiu-se, todo o sistema externo do presídio, sendo que o interno era de responsabilidade do carcereiro, o que afastaria a responsabilidade do acusado, à vista da inexistência de elementos de prova concretos que autorizassem a prolação de um decreto condenatório, pleiteando, pois, a absolvição.

Contra-razões ministeriais às fls. 152/159, pugnando-se pelo improvimento da apelação interposta, com a conseqüente manutenção do decreto condenatório.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do conhecimento e do desprovimento do recurso aviado (fls. 163/166-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com efeito, o recurso interposto deverá ser provido, porquanto emerge dos autos que o réu, no momento em que ocorreu a fuga de dois detentos da Cadeia Pública de Pompéu, não mais estava no exercício de suas funções, já que seu turno de serviço se havia expirado, com o realce de não haver provas robustas da incúria do acusado no exercício de sua função.

É que, segundo a informação unânime de todos os presos que faziam parte da cela nº 01, a fuga dos perigosos traficantes Antônio Marcos de Souza e Gilberto Saraiva Martins se deu entre o período de 14h30m e 15 horas, ao passo que o turno de serviço do réu, naquele dia, ia de 06 às 12 horas.

Não é outro o depoimento de Juvenal Wagner Pereira, prestado na esfera administrativa:

"*que o depoente é integrante da cela nº 01 que hoje por volta das 15:00 horas os detentos Antônio Marcos de Souza, vulgo 'Tonho da Coca' e Gilberto Saraiva Martins, também ocupantes da cela nº 01, empreenderam fuga, tendo para isto serrado as grades da cela, que dá para os fundos da quadra de areia; que Antônio Marcos, Gilberto Saraiva Martins deram início à serragem das grades há três dias...*".

No mesmo sentido, o depoimento prestado por Alexandre Alves Resende dos Reis, vulgo "Alex", naquela mesma oportunidade:

"*... que Antônio Marcos e Gilberto fugiram por volta das 14:30 horas, sendo que levaram algumas mudas de roupas, debaixo do braço*".

De fato, o momento consumativo do delito previsto no art. 351, § 4º, do CP, tratando-se de modalidade culposa, assume capital importância quanto à elucidação da autoria delitiva, haja vista que, se considerados todos os demais atos que levaram os presos a lograrem êxito na empreitada de fuga, a outra conclusão não se poderia chegar senão à de que todos aqueles que fizeram a guarda das celas no período anterior a três dias da fuga, espaço de tempo em que os fugitivos teriam iniciado a serração das grades, deveriam ser necessariamente responsabilizados pela evasão.

A respeito do momento consumativo do crime de promoção ou facilitação da fuga de preso, na modalidade culposa, confiram-se os comentários de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in Código Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 1999, p. 1.909:

"*Nessa modalidade, a consumação somente ocorre com a fuga efetiva do preso; a mera tentativa frustrada é irrelevante no crime culposo*".

Assim, o único entendimento plausível para o caso ora examinado é o de que o delito somente se caracterizaria em relação ao acusado se a negligência, a imprudência ou a imperícia se dessem no período de tempo em que coadjuvados o momento consumativo do crime, qual seja, quando da concretização da fuga, com o seu respectivo turno de serviço.

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, trecho do aresto a seguir transcrito:

TJSC: "*... O agente do delito de fuga, em sua modalidade culposa, só pode ser o funcionário encarregado, ainda que temporariamente, da custódia ou guarda do preso*" (*RT*, 441/462).

Ademais, impõe-se assinalar que à Polícia Militar somente incumbe efetuar a guarda externa do presídio, pelo que inviável se responsabilizar o réu, na qualidade de soldado daquela corporação, pela serração das grades internas da cela nº 01, local em que se deu a fuga, cuja custódia, em tese, caberia à Polícia Civil, através de seu carcereiro.

Quanto a este aspecto, calha a transcrição do seguinte julgado:

TJSP: "*Fuga de preso. Indivíduo que gozava de relativa liberdade no presídio. Situação aceita pelas autoridades locais, face às circunstâncias. Evasão do detento. Descuido imputado do acusado, soldado que estaria de guarda na ocasião. Fato, porém, não comprovado. Absolvição mantida. Inteligência do art. 351, § 4º, do Código Penal.* - Não cabe aos policiais militares a função de carcereiro, restringindo-se seu serviço à guarda externa, segundo o regulamento policial" (grifei).

Por derradeiro, frise-se não se poder olvidar da qualidade sofrível da estrutura e dos serviços penitenciários brasileiros, onde reina a insegurança e o mau funcionamento da carceragem, com o que não se mostra razoável e tampouco justo imputar-se exclusivamente a responsabilidade a um soldado da Polícia Militar, cuja atribuição de guarda se restringia à guarda externa

da prisão e que, no momento em que se deu a fuga dos presos nem mais estava em seu turno de serviço, pontificando-se, por outro lado, serem frágeis as provas de que o réu em questão realmente não se ateve aos procedimentos de vistoria das grades, caso fosse realmente de sua incumbência fazê-lo.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para absolver o réu Thalisson Vieira dos Santos do crime capitulado no art. 351, § 4º, do CP.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PROSTITUIÇÃO - CASA - APELANTE QUE NÃO POSSUÍA SEQUER POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE - OCORRÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO - ABSOLVIÇÃO

- Aplica-se o art. 21 do Código Penal, que trata do erro sobre a ilicitude do fato, quando a acusada é pessoa simples, que se prostituiu durante parte de sua vida e, no momento, aluga quartos de sua residência para encontros entre prostitutas e clientes, em plena zona do meretrício.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 264.800-4/00 - Comarca de Guaxupé - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

RELATÓRIO

Inês Nair Mari, já qualificada nos autos, foi denunciada na Comarca de Guaxupé como incursa nas sanções dos arts. 228 e 229 do Código Penal.

De acordo com a inicial, policiais militares, em trabalho de prevenção penal, cientes de que a denunciada mantinha casa de prostituição na cidade, explorando de modo permanente essa prática nociva à sociedade, no dia 18 de janeiro de 2001, por volta das 21h30m, dirigiram-se ao local suspeito, também conhecido como casa da "Gaúcha", em cujo local flagraram o casal Paulo Roberto de Oliveira e Alessandra de Moura, garota de programa, prontos para um relacionamento sexual. O preço combinado foi de R$20,00 (vinte reais), sendo certo que Alessandra daria parte do dinheiro à denunciada.

Após regular instrução, foi a denunciada condenada à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, em regime prisional aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à

proporção de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato para o dia-multa, pela infringência do art. 229 do estatuto penal, sendo absolvida da infração prevista no art. 228 do mesmo diploma legal. A pena privativa de liberdade, nos termos dos arts. 44 e seguintes do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.714/98, foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes no pagamento de um salário mínimo ao Asilo São Vicente de Paulo e mais outro salário mínimo destinado à Casa da Criança (fls. 106/109).

Inconformada, interpôs a ré recurso de apelação para a Superior Instância, postulando em suas razões a absolvição ao argumento de insuficiência de provas, particularmente pela ausência de comprovação de um dos elementos constitutivos do crime, qual seja, a habitualidade dos atos de manutenção da casa de prostituição. Além disso, acentua a desconfiguração do delito pelo fato de a sua casa estar situada em zona do meretrício (fls. 114-117/126).

O recurso foi contra-arrazoado, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinado pelo seu conhecimento e improvimento.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Ementa oficial: Casa de prostituição - Apelante que não possuía sequer potencial consciência da ilicitude - Ocorrência de erro de proibição - Absolvição. - Aplica-se o art. 21 do Código Penal, que trata do erro sobre a ilicitude do fato, quando a acusada é pessoa simples, que se prostituiu durante parte de sua vida e, no momento, aluga quartos de sua residência para encontros entre prostitutas e clientes, em plena zona do meretrício. Recurso conhecido e 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, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de agosto de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Segundo o apurado nos autos, a Delegacia de Polícia da Cidade de Guaxupé vinha recebendo informações de que Inês Nair Mari, também

conhecida como "Gaúcha", havia transformado a sua residência em lugar destinado a encontros amorosos clandestinos.

Assim, no dia 18 de janeiro de 2001, cerca das 21h30m, policiais civis compareceram ao local indicado, Rua Agenor Alves de Araújo, 610, Cidade de Guaxupé, para confirmar ou não as reiteradas denúncias. Surpreenderam ali, dentro de um quarto, o casal Paulo Roberto de Oliveira e Alessandra de Moura, já preparados para um relacionamento sexual.

A testemunha Alessandra de Moura confessou no auto de prisão em flagrante sua condição de prostituta, angariando clientela nas ruas de Guaxupé e, quando marcava um encontro amoroso, dirigia-se com o parceiro, quase sempre, para a casa da acusada, pois "*é do conhecimento da declarante que 'Gaúcha' aluga quartos para encontros amorosos*" (fls. 04-TJ).

No auto de prisão em flagrante, a acusada confessou em pormenores sua conduta. Afirmou que na noite dos fatos realmente alugou um quarto para Alessandra realizar o programa amoroso com o cliente Paulo e, ainda, que "*... a declarante tem por hábito alugar quartos para moças efetivarem seus programas de sexo, sendo que cobra pela permanência por menos de uma hora a quantia de R$ 5,00 (cinco reais)*" (fls. 07-TJ).

No interrogatório judicial (fls. 48/49-TJ) ela se retratou da confissão extrajudicial, revelando que sua casa não tinha sido transformada em lugar de encontros para fim libidinoso.

Assim como o douto Juiz *a quo*, entendo que a tipicidade da conduta da apelante chega a ser inquestionável, mesmo levando-se em consideração sua retratação em Juízo. Afirmou o Magistrado sentenciante: "*... dúvidas não restam de que a acusada mantinha uma casa destinada a encontros libidinosos entre prostitutas e seus parceiros...*" (fls. 109-TJ).

Porém, a melhor doutrina entende que não basta a tipicidade para que se configure o crime. Há necessidade, ainda, da conduta ser antijurídica e culpável. Leciona o saudoso Ministro do STJ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

"*E dentre as várias definições analíticas [de crime] que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável*" (*in Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80).

TOLEDO menciona ainda alguns autores que possuem o mesmo posicionamento: Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Heleno Fragoso, Wessels e Baumann (*op. cit.*, p. 80-81).

Resta, portanto, a análise da ilicitude e da culpabilidade, para que se possa concluir se a conduta praticada pela apelante pode ou não ser tachada de criminosa.

No tocante à ilicitude, tenho que não há qualquer tipo de dúvida a respeito de sua ocorrência.

Penso que a questão deve ser melhor analisada sob o enfoque da culpabilidade.

Pode-se conceituar esse terceiro elemento do conceito analítico de crime da seguinte forma:

"*... juízo de valor (censura), feito pelo juiz, que recai sobre o autor (co-autor) ou partícipe de um injusto penal (fato típico e antijurídico), com o propósito de verificar se esse agente, no momento da conduta concreta (da ação ou omissão), tinha capacidade (intelectual e anímica) de se motivar normativamente (isto é, de entender, alcançar, saber, ter acesso ou ter conhecimento do sentido da norma proibitiva ou mandamental) e de se orientar (de se determinar, de decidir, de comportar), na situação concreta em que se encontrava, conforme esse entendimento; é dizer, conforme o Direito*" (GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 9-10, grifo nosso).

Afirmou a apelante, ao ser presa em flagrante (fls. 07/08-TJ): "*que a declarante não é a única que aluga quartos naquelas redondezas, tem a Rosa, tem a Cecília, tem a Otília, e acho que o Sr. Marcílio, dono de um bar, perto da casa da Nega, sócia dele...*".

No mesmo sentido, as razões de apelação (fls. 119-TJ): "*... a defesa, neste ato, requer de Vossas Excelências atentem para o fato de que a casa onde a ré, ora apelante, mora há longos anos, localiza-se onde, até muito pouco tempo atrás, era uma conhecida zona de meretrício. Desafiamos a acusação a afirmar o contrário*".

Tem-se ainda o argumento trazido pelo combativo subscritor das alegações finais (fls. 101-TJ): "*O que pode fazer para sobreviver uma mulher que se prostituiu praticamente toda a vida, quando chega ao ocaso, quando perdida toda a beleza e vigor físico, ao longo das sendas e veredas que encontrou em seu desafortunado destino de quase 60 anos, alquebrada e doente*".

Tenho que se está diante de um caso exemplar de erro de proibição. Diz o art. 21 do Código Penal:

"*Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena...*".

Não se está querendo dizer que a apelante desconhecia a lei, que incorreu em "erro de direito" - que é inescusável. Porém, está claro que ela não possuía sequer potencial conhecimento da ilicitude, incorrendo no chamado "erro de proibição".

Durante toda a sua vida de mulher simples e sem estudo, se prostituiu. Depois de uma certa idade e com graves problemas de saúde (fls. 73 e 77-TJ), resolveu alugar quartos de sua residência para que prostitutas mantivessem relações sexuais com seus clientes, assim como fazem alguns de seus vizinhos, já que todos vivem na "zona do meretrício". Surge então a pergunta: possuía ela conhecimento da ilicitude? Entendo que não.

Tem-se a lição de LUIZ FLÁVIO GOMES:

"... *interpretando-se o art. 21 do CPO*, a contrario sensu, *pode-se concluir que a consciência da ilicitude do fato é requisito autônomo do juízo de reprovação da culpabilidade. Em outras palavras, o agente do fato ilícito só se torna culpável quando tinha consciência da ilicitude do fato ou, ao menos, quando podia alcançar essa consciência, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CP (...).*

Pode ocorrer que o agente, no entanto, ao praticar o injusto penal, não atue com a consciência atual e inequívoca da ilicitude do fato: nesta hipótese ele está incidindo em erro, mais precisamente, em erro sobre a proibição" (*op. cit.*, p. 139).

Em obra já clássica sobre o tema, o Professor lusitano JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ensina que a discussão deve girar em torno da "*correta orientação da consciência ética do agente para o problema da ilicitude*" (*in O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 392).

In casu, a "consciência ética" da apelante sequer imaginava que a conduta por ela realizada era ilícita. Conseqüentemente, não incide qualquer tipo de juízo de reprovação, do ponto de vista do Direito Penal. Assim, não há culpabilidade; não há crime.

Em caso análogo ao *sub judice*, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

"Apelação criminal - Casa de prostituição - Delito não caracterizado - Estabelecimento que funcionava na zona do meretrício e com o conhecimento das autoridades. - *O funcionamento de casa de prostituição em local apropriado, ou seja, na zona de baixo meretrício, com a tolerância das autoridades, afasta a configuração do crime previsto no artigo 229 do CP, pela ocorrência de erro de proibição. Sentença reformada - Absolvição decretada - Recurso defensivo provido - Inteligência do artigo 580 do CPP - Extensão do julgado às co-rés não recorrentes, na mesma situação do ora apelante*" (Apelação Criminal nº 264.099-3 - Rel. Des. Odilon Ferreira - julgamento em 14.05.2002, grifo nosso).

Voltando ao conceito de culpabilidade de Luiz Flávio Gomes, já transcrito linhas acima, concluo que a apelante, no momento em que realizou a conduta descrita na peça exordial, não tinha capacidade intelectual de se motivar normativamente (isto é, de entender, alcançar, saber, ter acesso ou ter conhecimento do sentido da norma proibitiva).

Isto posto, dou provimento ao apelo defensivo, absolvendo a recorrente com fulcro no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Ressalvo o meu ponto de vista e, pessoalmente, coloco-me de acordo com a eminente Relatora.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ROUBO IMPRÓPRIO - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - DISPARO - LUGAR HABITADO - VIA PÚBLICA - DELITO PREVISTO NO ART. 10, § 1º, III, DA LEI Nº 9.437/97 - ABSORÇÃO PELO DELITO DE ROUBO COM EMPREGO DE ARMA - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - AUTOR DO CRIME - RECONHECIMENTO PELA VÍTIMA - DESNECESSIDADE PARA ELUCIDAÇÃO DO CRIME

- O reconhecimento, por parte da vítima, do autor ou autores do roubo não é essencial para a elucidação do crime, pois muitas vezes este crime é praticado às escondidas, procurando os agentes disfarçar suas características físicas, não sendo razoável adotar-se o referido critério.

- O disparo de arma de fogo para assegurar a detenção da coisa, imediatamente após a sua subtração, caracteriza roubo impróprio.

- A ausência de resíduos provenientes do disparo com a arma de fogo não exclui a possibilidade do emprego de arma para a prática do crime de roubo, se há outra prova demonstradora daquele uso.

- O tipo penal do roubo próprio ou impróprio, cometido com emprego de arma de fogo, disparada em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, descarta automaticamente o tipo penal previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97, consumindo-o ou exaurindo seu conteúdo proibitivo, em razão do princípio da consunção, claramente expresso na última parte do referido inciso III daquele mesmo parágrafo e artigo, que diz: "*desde que o fato não constitua crime mais grave*".

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 264.854-1/00 - Comarca de Betim - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Roubo impróprio - Emprego de arma - Disparo de arma de fogo. - O disparo de arma de fogo para assegurar a detenção da coisa, imediatamente após a sua subtração, caracteriza o roubo impróprio. - A ausência de resíduos provenientes de disparo com arma de fogo não exclui a possibilidade do emprego de arma, se há outra prova. - O crime de disparar arma de fogo em via pública é absorvido pelo roubo com emprego de arma. Parcial 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 09 de abril de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Marcílio Morais, inconformado com a decisão que o condenou a cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime semi-aberto, e a dez dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, e, ainda, a dois anos de reclusão, em regime aberto, e a dez dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 10, §1º, III, da Lei 9.437/97, interpôs o presente apelo, pretendendo a absolvição, ao argumento de que não há nos autos prova cabal da autoria e da materialidade do delito que lhe foi imputado, sendo que esta não é suficiente para ensejar sua condenação, aludindo não ter sido reconhecido pela vítima e, ainda, que o laudo pericial, fls. 64/65, apresentou resultado negativo quanto ao emprego de arma de fogo.

Contra-razões às fls. 108/111, em que se pretende a manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 30 de julho de 2001, por volta de 0h, na Rua Mucuri, 294, Bairro Nossa Senhora de Fátima, na Comarca de Betim, o apelante Marcílio Morais, em concurso com o menor H.J.S., subtraiu os objetos descritos no auto de apreensão de fl. 21 e termo de restituição de fl. 28, para si, mediante grave ameaça, consistente no emprego de um revólver, calibre 38, marca Taurus, contra a vítima Anderson Azevedo Campos.

Consta, ainda, que o apelante, de posse da referida arma de fogo, e o aludido menor decidiram abordar a vítimas, e, de pronto, anunciaram o assalto; ato seguinte, exigiram que esta retirasse a carteira e lhes entregasse todo o dinheiro nela existente, momento em que a vítima lhes disse que não portava carteira alguma. Nesse instante, os agentes ordenaram à vítima que retirasse toda a roupa do corpo, exceto a cueca e as meias, e, logo em seguida, corresse.

Depois de consumado o assalto, a vítima atendeu aos ordenamentos e correu, momento em que o recorrente disparou a arma que portava em via pública, vindo a expor a vida do ofendido em perigo direto e iminente, atingindo-o na região da coxa esquerda.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu intimado pessoalmente desta (fl. 101).

A denúncia foi recebida em 16 de agosto de 2001, e a sentença condenatória publicada em 2 de novembro de 2001.

A Procuradoria de Justiça opina pelo não-provimento do apelo.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas preliminares, e não existem nulidades a serem declaradas de ofício por este Tribunal.

No mérito.

A materialidade encontra-se amparada pelo auto de apreensão (fl. 21), laudo de avaliação indireta (fl. 35), laudo de eficiência em arma de fogo (fl. 36), laudo da pesquisa de resíduos provenientes de disparo de arma de fogo (fl. 64), termo de restituição (fl.28), e auto de exame de corpo de delito (fl. 69).

Quanto à autoria, entendo que o pedido de absolvição da defesa não deve prosperar.

Todos os elementos nos autos são uníssonos ao apontar o recorrente como o autor inconteste do roubo, e isto foi muito bem apontado na sentença guerreada. Inicialmente, temos as palavras do menor infrator H.J.S., companheiro de Marcílio na empreitada criminosa, que, em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou:

"*... a idéia do assalto foi de Marcílio...; a arma era de Marcílio; ... que o depoente tem certeza absoluta que o acusado atirou para o chão e não tinha intenção de atirar contra a vítima; ... que durante o assalto, Marcílio foi quem ficou apontando a arma para a vítima e disparou a arma contra o solo*".

Neste mesmo sentido, o policial militar Valdir Martins, tanto na fase inquisitória quanto em Juízo (fl. 60), confirmou a apreensão dos objetos roubados e mais tarde identificados como sendo da vítima, na casa de H., bem como do revólver utilizado pelos agentes, e do qual Marcílio quis se livrar no momento da prisão.

Tanto a referida apreensão quanto a confissão do menor infrator, que não só assumiu ter praticado o roubo, como delatou Marcílio, são provas robustas e suficientes para imputar-se a autoria do crime a Marcílio, ainda que a vítima não o tenha identificado em face das circunstâncias da hora e do

lugar, que dificultaram a visualização dos agentes.

O reconhecimento, por parte da vítima, do autor ou autores do roubo, não é essencial para a elucidação do crime, vez que muitas vezes este crime é praticado às escondidas, procurando os agentes disfarçar suas características físicas, não sendo razoável adotar-se o referido critério.

Não bastasse tudo isso, o próprio recorrente confessou ter praticado o crime, descrevendo, em minúcias, o ocorrido perante a Autoridade Judiciária (fl. 42), sob o crivo do contraditório. Disse:

"*Que a denúncia contra a si é procedente; que o declarante* estava acompanhado do menor H., *vulgo B., quando praticou o assalto e como a vítima nada tinha,* ordenaram- lhe que tirasse a roupa *e corresse; que o declarante estava bêbado e assim que a vítima correu falou alguma coisa e o declarante não gostou,* propelindo-lhe um disparo, *sendo certo que ao propelir tal disparo o declarante não teve a intenção de atingir a vítima*" (grifei).

Quanto ao laudo pericial de fl. 64, a sua conclusão afasta por completo o caráter absoluto que a defesa lhe quer dar, ao dizer, nestes termos:

"*A pesquisa de chumbo e bário realizada nas fitas enviadas resultou negativa, o que indica ausência de resíduos provenientes de disparo com arma de fogo. Entretanto, este resultado* não exclui a possibilidade do emprego desta arma, *uma vez que a experiência revela poder ocorrer a ausência de resíduos mesmo em casos indubitáveis de seu uso*" (grifei).

Portanto, é perfeitamente verossímil a declaração da vítima de que houve um disparo de arma de fogo contra ela, por parte de Marcílio, como se viu da confissão, mesmo porque o auto de corpo de delito comprovou o ferimento causado pela bala.

Assim, torno a dizer, apesar dos argumentos manejados pela combativa defesa, diante do harmonioso quadro probatório não é possível absolver-se o apelante, pelo crime de roubo triplamente qualificado. A vítima foi obrigada a se deitar e a se desfazer das roupas, sob a mira de um revólver empunhado por um dos dois agentes do crime *sub judice.*

A pena foi fixada próxima do mínimo legal, ante a bem fundamentada análise das circunstâncias judiciais, sendo que não há nenhum reparo a ser feito nas fases seguintes, que obedeceu rigorosamente ao método trifásico.

O Ministério Público denunciou o réu como incurso, também, no artigo 10 da Lei nº 9.437/97, que instituiu o Sistema Nacional de Armas - Sinarm. Esta lei estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. O artigo 10, §1º, III, descreve crime de "*disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave*".

Rigorosamente falando, poderíamos considerar que temos, no presente caso, a hipótese do roubo impróprio, pois o disparo da arma de fogo não foi um crime autônomo, mas violência contra a vítima, imediatamente após a efetiva subtração, resultando-lhe lesão corporal de natureza leve, e com o fim último de assegurar aos agentes a detenção da coisa.

O tipo penal do roubo com emprego de arma, próprio ou impróprio, descarta automaticamente o referido tipo penal previsto na Lei 9.437/97, consumindo-o ou exaurindo seu conteúdo proibitivo em razão do princípio da consunção, claramente expresso na última parte do inciso III, que diz: "*desde que o fato não constitua crime mais grave*".

Nélson Hungria assim explica a consunção:

"*Finalmente, uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada na efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio de que* major absorbet minorem".

Neste caso, a subsunção estaria mais claramente evidenciada. Contudo, nos limites impostos pelo recurso exclusivo da defesa, basta a exclusão do crime, vez que o rigor técnico e o excesso de formalismos, no caso, trariam como efeito apenas a manutenção do *decisum*, pois as penas do *caput* e do §1º do artigo 157 do Código Penal são idênticas.

Ressalte-se que tal decisão tornou desnecessária a correção do equívoco de natureza material, na sentença, que considerou o § 3º do artigo 10 da Lei 9.437/97, e não o parágrafo primeiro, induzindo uma pena-base mais alta.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo para absolver Marcílio Morais do crime do artigo 10, § 1º, III, da Lei 9.437/97, mantendo o restante da sentença.

Cancelem-se os eventuais registros cartorários referentes ao crime do qual foi absolvido.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

ESTUPRO - LESÕES CORPORAIS LEVES - AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 9.099/95 - VÍTIMA OU PAIS POBRES - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO - MÃE DA VÍTIMA - RENÚNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO - AÇÃO PENAL PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - FALTA DE LEGITIMIDADE - NULIDADE DO PROCESSO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Com o advento da Lei nº 9.099/95, a ação penal nos casos de estupro com lesões corporais leves deixou de ser pública incondicionada conforme previa a Súmula nº 608 do STF e passou a ser de iniciativa privada, sendo que, na hipótese de a vítima ou os pais não poderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, passou a ação a ser pública, mas condicionada à representação (CP, art. 225, § 1º, I, e § 2º).

- É nula a ação penal intentada pelo Ministério Público, se a mãe da vítima, que havia representado contra o acusado, retratou-se, antes da denúncia, renunciando ao direito de representar, o que causa a extinção da punibilidade, por força do disposto no art. 107, V, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 265.022-4/00 - Comarca de Cambuí - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Estupro - Tentativa - Pais pobres - Representação - Retratação - Renúncia ao direito de representar - Ação proposta pelo Ministério Público - Falta de legitimidade - Nulidade do processo - Extinção da punibilidade. - Com o advento da Lei nº 9.099/95, a ação penal nos casos de estupro com lesões corporais leves deixou de ser pública incondicionada, conforme previa a Súmula nº 608 do STF, motivo por que a ação penal intentada pelo MP, em tal hipótese, é nula, se a mãe da vítima, que havia representado contra o acusado, retratou-se, antes da denúncia, renunciando ao direito de representar. A renúncia ao direito de representar é causa de extinção da punibilidade.

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.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2002. - *José Antonino Baia Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - A r. sentença de fls. 108/117 condenou Claudemir Amaro, como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 14, II, ambos do CP, à pena de 4 anos e 4 meses de reclusão, no regime integralmente fechado.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, alegando, em preliminar, a nulidade da sentença, por falta de análise das alegações da defesa e por ter sido condenado como incurso nas sanções do art. 213, c/c o 214, enquanto que foi denunciado como incurso nas iras do art. 213, c/c o art. 14, II, todos do CP. No mérito, sustenta que a prova produzida não autoriza a condenação. Acrescenta, ainda, que não é reincidente, como entendido pelo Juiz, e que o crime não é hediondo, motivo por que incorreta a fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da sentença (fls. 119/155).

A acusação apresentou contra-razões, pugnando pelo provimento parcial do recurso, para o fim de se decotar a agravante da reincidência (fls. 156/160).

A d. Procuradoria manifestou-se pelo conhecimento do recurso, para que, acolhida a preliminar, seja decretada a extinção da punibilidade. No mérito, é pelo provimento parcial do recurso, apenas para reduzir a pena, uma vez que inexistente a reincidência (fls. 165/169).

Conheço do recurso.

Ao exame dos autos, verifico, antes de mais nada, que a mãe da vítima, uma menor de 13 anos de idade ao tempo dos fatos, após oferecer representação contra o acusado (fl. 18), dela retratou-se, renunciando do direito de representar (fls. 47/48), antes de oferecida a denúncia.

Não obstante, foi dado prosseguimento ao feito, tendo o MM. Juiz *a quo*, ao sentenciar, dito que o caso é de ação penal pública incondicionada, conforme o disposto na Súmula 608 do STF.

Com a devida vênia, estou a entender de modo diverso.

Ocorre que, segundo a referida súmula do STF, nos casos em que o estupro resulta em lesões corporais leves, a ação penal de iniciativa privada passa para pública incondicionada, na forma do art. 101 do CP, pois o aludido delito de lesões corporais leves é crime de ação penal pública incondicionada.

Todavia, a Lei 9.099/95 passou a exigir, para os casos de lesões corporais leves, a representação do ofendido.

Assim, com o advento dessa lei, nos casos de estupro com lesões corporais leves, a ação penal passou a ser de iniciativa privada, nos exatos termos do art. 225, *caput*.

E, nos casos de a vítima ou os pais não poderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos

ıdispensáveis à manutenção própria ıu da família, passou a ação a ser pú-ılica, mas condicionada à representa-ão (CP, art. 225, § 1º, I, e § 2º).

É o caso dos autos.

Dessa forma, não tinha o Minis-ério Público, *in casu*, legitimidade ıara propor a ação penal, pois, volto a epetir, a mãe da vítima retratou-se da epresentação apresentada contra o ıcusado.

E, como essa retratação possui ı caráter de verdadeira renúncia ao di-eito de representação, conforme se vê ı fl. 48, extinta está a punibilidade, por 'orça do disposto no art. 107, V, do CP.

Por fim, não é demais ressaltar ıue, no caso dos autos, sequer há prova de que tenha havido lesões corporais, pois a vítima não foi submetida a exame de corpo de delito.

Diante de todo o exposto, acolhendo a preliminar de nulidade do processo levantada pela defesa, dou provimento à apelação interposta e decreto a nulidade do processo, *ab initio*, bem como a extinção da punibilidade, na forma do disposto no art. 107, V, do CP.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REGIME PRISIONAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - IMPOSIÇÃO DE REGIME ABERTO - CASA DO ALBERGADO - INEXISTÊNCIA DE VAGAS OU DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO - CUMPRIMENTO DA PENA EM CADEIA PÚBLICA LOCAL - IMPOSSIBILIDADE - JÚRI - CONSELHO DE SENTENÇA - OPÇÃO POR UMA DAS TESES APRESENTADAS EM PLENÁRIO - RESPALDO NO CONTEÚDO PROBATÓRIO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA

- Na sentença condenatória que impõe ao réu cumprimento de pena em regime aberto, não pode o magistrado determinar que o condenado se recolha diariamente, após as 20 horas, e nos finais de semana, na cadeia pública local, sob pena de transformar o regime prisional em semi-aberto. A falta de estrutura da comarca não justifica tal procedimento, pois, se não possui estrutura para proporcionar ao condenado condições adequadas para o cumprimento de sua pena, quer por ausência de vagas na casa do albergado, quer por inexistência do próprio estabelecimento, o bom senso recomenda uma solução conciliadora que nem faça desaparecer o caráter educativo da pena nem a descaracterize por meio de imposição de gravame ao sentenciado, diante de uma situação a que ele não deu causa. Nesta hipótese, consoante entendimento já pacificado no STJ, deve-lhe ser deferido o direito ao gozo de prisão domiciliar, sem prejuízo de adotar o magistrado um efetivo controle sobre o cumprimento da pena pelo reeducando, seja pela assinatura de "livro de ponto", na cadeia pública ou no fórum, diariamente, seja pela determinação, nos finais de semana, de que compareça a atividades educativas, organizadas por entidades públicas ou paraestatais, tal como é previsto na casa do albergado.

- Só é admissível a anulação do julgamento realizado pelo Júri por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando o veredicto proferido constituir decisão teratológica, sem nenhuma sintonia com o conteúdo probatório, colocando-se, de fato, marcadamente divorciada de tudo aquilo que foi apresentado e sustentado em plenário, não quando o Conselho de Sentença opta por uma das teses apresentadas pelas partes durante o julgamento, que encontra respaldo no conteúdo probatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 268.777-0/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Penal e Processual Penal - Júri - Anulação do julgamento - Decisão contrária à prova dos autos - Hipóteses de sua ocorrência - Pena - Regime aberto - Cumprimento em casa do albergado - Impossibilidade de imposição ao sentenciado de cumpri-la em cadeia pública. - Só é admissível anulação do julgamento por decisão contrária à prova dos autos quando o Conselho de Sentença adota entendimento totalmente divorciado das teses apresentadas em plenário, não quando opta por uma delas, e que encontra respaldo no conteúdo probatório. Ao sentenciado a cumprir pena em regime aberto, não pode ser determinado, ainda que alternativamente, que deva cumpri-la na cadeia pública local, eis que estabelecimento adequado é a casa do albergado, devendo, em cada caso concreto, em hipótese de ausência deste estabelecimento na comarca, o juiz da execução indicar local similar para o cumprimento da reprimenda. Preliminar que se acolhe, negando-se provimento ao recurso.

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, ACOLHER PRELIMINAR DA DEFESA E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 07 de maio de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Perante o MM. Juiz sumariante da Comarca de Montes Claros, fora o apelante João Fernandes da Silva denunciado e processado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, sendo, ao final, pronunciado nos termos da decisão de fls. 71/72 e submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, onde, rejeitada a tese de legítima defesa, foi reconhecido o homicídio privilegiado, sendo, por conseqüência, imposta ao recorrente uma pena de 04 anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

Quanto aos fatos, consta da denúncia que, no dia 20 de dezembro de 1996, por volta das 22 horas, o filho do recorrente, que se encontrava em estado de embriaguez, desentendeu-se com a vítima, Ailton Fernando Moreira Brito, no interior de um bar localizado na Rua 45, nº 245, Bairro Cidade Nova, Distrito Industrial de Montes Claros. Após discutir com o ofendido e mais duas pessoas, o acusado teria se dirigido à sua residência e se armado de uma faca e uma "mão de pilão" , partindo em procura de seus desafetos, acompanhado de seu genitor, ora recorrente.

Narra ainda a exordial que, não logrando êxito em localizá-los no mesmo dia, ao depararem com a vítima, no dia seguinte, na Rua União, Bairro Cidade Nova, o apelante e seu filho começaram a agredi-la, atirando-lhe pedras e partindo em seu encalço, até alcançá-lo, momento em que o acusado lhe teria desfechado dois golpes de faca, causadores das lesões descritas no *acd* de fls. 16/19, que, por sua natureza e sede, foram a causa efetiva da morte do ofendido.

Inconformado com a condenação imposta, dela recorreu o réu a tempo e modo, fl. 103, pugnando em suas razões de fls. 104/105, preliminarmente, pela decotação da sentença da expressão "cadeia pública local", no que se refere aos possíveis locais onde o apelante deveria cumprir sua pena, em regime aberto. No mérito, bate-se pela anulação do julgamento, alegando que a decisão dos senhores jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos ao não reconhecer a excludente da legítima defesa.

Em contrariedade ao apelo interposto, manifestou-se o ilustre representante do Ministério Público, fls. 106/114, pugnando pela integral manutenção do decisório monocrático.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em basilar parecer de lavra do eminente Procurador de Justiça, Dr. Francisco Márcio, opina pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação oferecido pelo réu da ação penal movida pelo Ministério Público é próprio, tempestivo e regularmente processado, em razão do que dele se conhece.

A preliminar manejada pela douta defesa merece acolhida, enquanto o recurso interposto não está a merecer provimento, decisão que se adota em voto, por ocasião de seu julgamento por esta Instância Revisora Colegiada.

Quanto à preliminar suscitada.

Razão assiste ao nobre recorrente.

Com efeito, o nobre Magistrado, não obstante tenha proferido condenação, com fiel correspondência à decisão do Conselho de Sentença, e também fixado a reprimenda com total observância ao descrito nos arts. 59 e 68 do Código Penal, pecou, ao meu sentir, o nobre Sentenciante, ao dispor que o recorrente deverá cumprir sua pena, em regime aberto, recolhendo-se, após as 20 horas e nos finais de semana, à cadeia pública local.

Vislumbra-se, na prática, a imposição de uma forma de cumprimento da pena mais gravosa que a prevista para o regime fixado em sentença, nos termos dos arts. 36 do Código Penal; 93/95 e 113/117 da Lei 7.210/84 (LEP).

Se a Comarca em questão não possui condições físicas para proporcionar ao condenado as condições adequadas para o cumprimento de sua pena, quer por ausência de vagas na casa do albergado, quer por inexistência do próprio estabelecimento, o bom senso recomenda uma solução conciliadora que nem faça desaparecer o caráter educativo da pena e nem a descaracterize através da imposição de um gravame ao sentenciado, diante de uma situação a que ele próprio não deu causa.

Ao consignar que o apelante deva recolher-se diariamente e nos finais de semana a uma cadeia pública, o Magistrado está, na verdade, transformando o regime em semi-aberto, somente em razão da falta de estrutura da Comarca, fator este que, certamente, não justifica tal procedimento.

Nesta hipótese, excepcionalmente, consoante entendimento já pacificado no STJ, deverá ser deferido ao sentenciado o direito ao gozo de prisão domiciliar, sem prejuízo de adotar o Magistrado, de alguma forma, um efetivo controle sobre o cumprimento da pena pelo reeducando, seja pela assinatura de "livro de ponto" , na cadeia pública ou no fórum, diariamente, seja pela determinação, nos finais de semana, que compareça a atividades educativas, organizadas por entidades públicas ou paraestatais, tal como é previsto na casa do albergado.

Em resumo, sabe-se que as dificuldades estruturais existem e muitas vezes colocam-se como óbice à efetiva execução da pena; todavia, tal problemática não pode e não deve servir de arrimo para que o sentenciado arque com esta deficiência do Estado, o que, em última análise, desvirtuaria os princípios de prevenção geral e especial que norteiam não só a fixação como também toda etapa de execução da pena.

Isto posto, acolho a preliminar, decotando da sentença a expressão que determina que o sentenciado cumpra sua pena na cadeia pública.

Quanto ao mérito.

O recurso não está a merecer provimento.

Anote-se, primeiramente, que é muito estreita a possibilidade de anulação do julgamento por manifesta contrariedade à prova dos autos, submetendo-se o réu a outra sessão plenária perante o eg. Tribunal do Júri, ou seja, um novo julgamento, onde mais uma vez seriam sustentadas as teses da acusação e defesa, para a prolação de um novo veredicto.

Tal possibilidade decorre do fato de que somente o Júri poderá modificar decisão proferida por outro Júri, sendo que, neste caso, persistindo o inconformismo do réu, não poderá apelar novamente com fundamento no mesmo fato, isto é, só será admitida uma única vez a apelação calcada em decisão contrária à prova dos autos, tudo nos exatos termos do art. 593, § 3°, do Código de Processo Penal.

Pois bem. É matéria já pacificada na jurisprudência pátria que, para se admitir o provimento de recurso apelatório com base em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, é mister que o veredicto proferido pelo Conselho de Sentença se coloque, de fato, marcantemente divorciado de tudo aquilo que foi apresentado e sustentado em plenário, ou seja, decisões teratológicas, sem nenhuma sintonia com o conteúdo probatório, o que, *data venia*, não se observa na hipótese em testilha, onde somente se optou por uma das possíveis soluções sustentadas pelas partes durante o julgamento.

Ao entender, por maioria de votos, que a conduta do apelante foi dolosa, imbuída de *animus necandi*, desacolhendo, assim, as teses de legítima defesa (própria e de terceiros), reconhecendo, em contrapartida, a tese de homicídio privilegiado, o ilustre Conselho de Sentença escorou-se na tese apresentada, não somente pela acusação, mas também pela defesa, e que, por sua vez, tem sustentação no depoimento das testemunhas, bem como nas demais provas constantes dos autos, além da própria confissão do apelante, em juízo e em plenário.

A anulação do julgamento, como pretende o nobre defensor, implicaria contrariedade ao princípio constitucional da soberania do Júri, pois estar-se-ia, através de uma interpretação pessoal e puramente subjetiva, negando ao Conselho de Sentença a independência e autonomia que lhe são asseguradas pela Carta Política de 1988. Cumpre apontar que esta Corte, em súmula aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais, consignou que:

"*A cassação de veredicto popular manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes*" (Súmula n° 28).

No mesmo sentido:

"*Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Veredicto que encontra apoio no conjunto probatório. - A decisão do Tribunal do Júri que encontra apoio na prova é legítima, pois, julgando aquele com íntima convicção, a escolha está no âmbito de sua soberania, que reside, exatamente, na desnecessidade de fundamentação. Assim, não pode o Tribunal de Justiça substituir-se ao Tribunal do Júri para dizer se esta ou aquela é a melhor solução. Só está autorizado a tanto quando a decisão desgarrar da prova*" (TJRS: *RT*, 747/742).

Desta forma, não há que se falar que o Conselho de Sentença tenha decidido contrário à prova dos autos por não acolher a mencionada tese defensiva (legítima defesa), pois assim o fez com a segura escora dos elementos que lhe eram trazidos à apreciação, pela acusação e defesa, tanto é que, em favor do réu, foi reconhecido, pelo mesmo corpo de jurados, o privilégio constante do parágrafo 1° do art. 121 do Código Penal, conforme já frisado alhures, o que significa que todas as teses foram cuidadosamente examinadas, optando o Júri pela versão que lhe pareceu mais adequada e em consonância com as provas carreadas ao presente processo.

Ante tais fundamentos, acolho a preliminar suscitada pela defesa, determino a decotação da referida expressão sentencial impugnada e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo a condenação imposta na primeira instância.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, ACOLHERAM PRELIMINAR DA DEFESA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - ART. 186, VI, DO DL N° 7.661/45 - PRAZO EXPIRADO SEM REVOGAÇÃO - POSTERIOR REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL PARA JUNTADA DE FOLHA E CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DOS ACUSADOS - INDEFERIMENTO - PUNIBILIDADE DECLARADA EXTINTA - ART. 89, § 5°, DA LEI N° 9.099/95

- O art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95 dispõe que, "*expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade*". A lei não dispõe que se possa revogar a suspensão por descumprimento de condição ocorrido antes de terminado o período probatório, mas sim que a revogação não pode ocorrer após esgotado tal prazo.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 269.072-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Art. 186, VI, do DL nº 7.661/45 - Suspensão condicional do processo - Prazo expirado sem revogação - Posterior requerimento de diligência pelo Órgão Ministerial, para juntada de folha e certidão de antecedentes criminais dos acusados - Indeferimento - Punibilidade declarada extinta - Art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95 - Decisão mantida. Recurso desprovido.

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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2002. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - José Raimundo Menezes e Flávio Oliveira Pires, qualificados, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 186, VI, do Decreto-lei nº 7.661/45, e beneficiados com a suspensão condicional do processo, por dois anos, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95. Expirado o prazo, o representante do Ministério Público requereu diligência para juntada de folha e certidão de antecedentes criminais dos acusados. O MM. Juiz *a quo* indeferiu o pleito ministerial e declarou extinta a punibilidade dos réus (fl. 108).

Inconformado, recorreu em sentido estrito o ilustre membro do *Parquet*, requerendo a cassação da decisão guerreada e a determinação do cumprimento da diligência requerida, para verificar suposta causa de revogação do benefício (fls. 109/117).

O recurso foi respondido, pugnando os recorridos, em preliminar, pelo seu não-conhecimento, dada a intempestividade, uma vez que houve rasura nas datas constantes de fls. 108-v. No mérito, colimam a manutenção da decisão objurgada (fls. 119/122).

Em juízo de retratação, não houve alteração do *decisum* (fls. 123/124).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela rejeição da preliminar suscitada e pelo desprovimento do recurso (fls. 129/133).

Preliminarmente, não há que se falar em intempestividade do recurso. Além de inexistir prova de ter havido má-fé na rasura de fls. 108-v., consta da mesma página que os autos foram recebidos no Centro de Apoio Operacional em 12.11.01, data em que foi dada vista ao MP. Ademais, o Promotor de Justiça somente teve ciência da decisão recorrida em 13.11.01, vindo a recorrer no dia seguinte (fls. 108-v./109).

Destarte, rejeito a preliminar e conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

No mérito, *data venia* do entendimento em sentido contrário, não há como dar guarida à irresignação ministerial.

O processo foi suspenso, pelo período de dois anos, em relação a ambos os acusados, no dia 7.10.99 (fls. 86/90). Vencido o prazo, somente em 23.10.01, foi requerida a juntada de folha e certidão de antecedentes criminais dos acusados (fls. 104-v.).

Agiu com acerto o ilustre Magistrado de primeiro grau ao indeferir o pedido de diligência ministerial e declarar extinta a punibilidade dos réus.

Clara é a regra prevista no art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95: "*Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade*".

Não dispõe a lei que se possa revogar a suspensão por descumprimento de condição ocorrido antes de terminado o período probatório, mas sim que a revogação não pode ocorrer após esgotado tal prazo. Também não há qualquer menção relativa ao acúmulo de serviço na secretaria do Juízo responsável pela fiscalização do cumprimento do benefício.

Segundo JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "*mesmo que não declarada extinta a punibilidade, não se poderá prosseguir nos ulteriores termos do processo se tiver decorrido o período de prova sem revogação. É inadmissível qualquer conclusão retirada da analogia com as regras de prorrogação do prazo para a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. O direito proíbe a analogia* in mallam partem *quando se trata de matéria de caráter inclusive penal, como é o caso da suspensão condicional do processo*" (*in Juizados Especiais Criminais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 181).

A decisão deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - INADMISSIBILIDADE - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 593, III, *D*, DO CPP - VEREDICTO - CASSAÇÃO

- Impõe-se a cassação do veredicto popular quando este estiver inteiramente dissociado do contexto probatório constante dos autos, nos termos do que dispõe o art. 593, III, *d*, do CPP, constituindo tal hipótese exceção à regra ao caráter soberano atribuído constitucionalmente ao Júri, já que não lhe é dado proferir decisões arbitrárias e teratológicas, em confronto com a própria realidade fática e em desacordo com o próprio senso comum.

- Hodiernamente, afigura-se inconcebível a tese da legítima defesa da honra, eis que não se pode admitir que honra, bem em tese juridicamente protegido pela excludente da ilicitude, possa se sobrepujar à vida, bem supremo do ser humano.

- A honra constitui atributo personalíssimo e nessa qualidade é insuscetível de ser maculada pela conduta de outrem, razão pela qual o ato de infidelidade da mulher não atinge a honra de seu companheiro, sendo inadmissível o homicídio perpetrado por legítima defesa da honra, eis que não se justifica a utilização de "pena de morte" para hipótese de infidelidade conjugal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 270.179-5/00 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Homicídio - Júri - Veredicto - Contrariedade - Prova - Cassação - Tese - Legítima defesa da honra - Inadmissibilidade. - Impõe-se a cassação do veredicto popular quando este estiver inteiramente dissociado do contexto probatório constante dos autos, nos termos do que dispõe o art. 593, III, *d*, do CPP, constituindo tal hipótese exceção à regra ao caráter soberano atribuído constitucionalmente ao Júri, já que não lhe é dado proferir decisões arbitrárias, em confronto com a própria realidade fática. Hodiernamente, afigura-se inconcebível a tese da legítima defesa da honra, eis que não se pode admitir que a honra, bem em tese juridicamente protegido pela excludente de ilicitude, possa se sobrepujar à vida, bem supremo do ser humano.

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.

Belo Horizonte, 09 de maio de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público, com fulcro no art. 593, III, alínea *d*, do CPP, contra a sentença que atendeu ao veredicto exarado pelo egrégio Conselho de Sentença, o qual, reconhecendo a tese da legítima defesa da honra, absolveu o réu Marco Antônio da Costa Medeiros do crime capitulado no art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, II, todos do Código Penal.

Aduz o i. representante do *Parquet* estadual que a decisão colegiada que conduziu à absolvição do réu colidiria frontalmente com a prova constante dos autos, pois que seria inviável o acolhimento da tese de legítima defesa da honra, quando se considera que o réu se dirigiu até à casa da vítima, sabendo que esta estava em companhia de sua ex-namorada, logo lhe desferindo três facadas no momento em que abrira a porta, não lhe possibilitando, outrossim, oferecer qualquer reação defensiva, fato este amplamente comprovado por testemunhas oculares, que também estavam na casa da vítima; que o réu mantinha apenas um namoro com aquela que teria sido o pivô da agressão, não havendo, por óbvio, qualquer relação de dependência que em tese pudesse justificar a invocação da tese de legítima defesa da honra, a par de exsurgir da prova ser o mesmo pessoa violenta, que não controla com facilidade seus impulsos e, finalmente, argumentou a acusação que a honra seria um atributo pessoal e, como tal, insuscetível de ser violada por ato de terceiro, pelo que o julgamento em questão seria nulo, por contrário à prova dos autos, impondo-se a submissão do réu a outro.

Contra-razões às fls. 166/168, pleiteando-se o improvimento do recurso ministerial, com a conseqüente manutenção da sentença absolutória.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se pelo conhecimento e pelo provimento do apelo interposto (fls. 173/183-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público, em face da sentença que declarou a absolvição, em consonância com o conteúdo do veredicto popular, do réu Marco Antônio da Costa Medeiros do crime previsto no art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, ambos do CP.

Com efeito, o recurso interposto pelo i. representante do *Parquet* estadual está a merecer provimento, haja vista considerar, após uma acurada análise de todo o contexto probatório trazido à colação, notadamente dos testemunhos prestados por aqueles que, de uma forma ou de outra, protagonizaram a cena do crime ou dela tiveram

notícia, que a decisão objurgada, realmente, encontra-se divorciada da prova dos autos, pois, se de um lado é certo que ao Júri se mostra lícito aderir a uma das teses expostas em Plenário, não havendo contrariedade com a prova se por uma delas optou, por outro, não lhe é dado proferir decisões teratológicas, em desacordo com o próprio senso comum, que, neste caso, é firme no sentido de impedir o reconhecimento da tese de legítima defesa da honra, que se confronta não só com a evolução de nossos costumes, mas principalmente porque o seu acolhimento representaria o sobrepujo da honra sobre a vida.

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado:

"*Invocada a infidelidade conjugal, só há ressaltar que o direito não autoriza a pena de morte que se pretende justificar, imposta e executada pelo cônjuge traído, à revelia dos tribunais. A lei prevê para a hipótese sanções outras, de ordem civil ou criminal, e adverte que a emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade criminal*" (TJSP - AC - Rel. Acácio Rebouças - *RT*, 432/308).

Posta a questão nestes termos, de início, impõe-se assinalar ser lícito ao Tribunal considerar injusto o veredicto, por contrário à prova dos autos, na hipótese relativa ao reconhecimento da excludente de antijuridicidade invocada, sem que com isto reste malferido o princípio constitucional da soberania dos veredictos populares.

A respeito do assunto, confira-se o seguinte aresto do Excelso Pretório:

"Habeas corpus *para anular acórdão que, em face do fato apurado e das suas circunstâncias, mandou o réu a novo julgamento. Denegação. A conceituação de legítima defesa da honra, sobranceira aos critérios de ordem subjetiva é, antes de tudo, um tema de natureza jurídica. O Tribunal Superior pode, com a sua vasta experiência, mediante uma simples alteração de perspectiva, demonstrar a injustiça do veredicto, sem ofensa ao preceito constitucional que assegura a inviolabilidade dos pronunciamentos do Júri. E foi o que no caso se deu*" (STF - Tribunal Pleno - *HC* - 40.181 - Min. Antônio Villas Boas, j. em 04.0.1964).

Assim, quanto à situação fática propriamente dita, infere-se dos autos que restou incontroversa a versão de que o réu, na qualidade de namorado ou ex-namorado daquela que teria sido o pivô das agressões, teria sabidamente ido ao encontro desta e de seu amante na residência deste último, de porte de uma "arma branca", claramente imbuído do *animus necandi*.

Na oportunidade em que a vítima (o suposto "amante" de sua namorada) logrou abrir a porta, o réu, sem qualquer vacilo, desferiu-lhe três facadas, que só não lhe provocaram a morte por circunstâncias alheias à sua vontade, não tendo aquela, por outro lado, oferecido qualquer reação de defesa.

A despeito de pouco relevante, é de se ressaltar que no local do crime várias testemunhas presenciaram as agressões, a evidenciar que os "supostos amantes" nem mesmo se encontravam na clandestinidade, o que afasta definitivamente o argumento de que a honra do réu tivesse sido ofendida.

Neste contexto, revela-se inegável não se poder admitir a tese de legítima defesa da honra, eis que a situação dos autos nem mesmo estaria a revelar que aquele atributo tivesse realmente sido violado, vez que não se vislumbra que este e Maria Piedade, sua namorada ou ex-namorada, tivessem entre si uma relação que apresentasse traços de permanência.

Contudo, o que realmente torna aberrante o reconhecimento da referida excludente de ilicitude é o fato de se justificar a utilização da "pena de morte" para as hipóteses de infidelidade conjugal, sobrelevando-se a honra sobre o bem maior do ser humano, que é a vida, conquanto não se olvide dos preconceitos sociais ainda arraigados em nosso povo.

Neste diapasão, impõe-se a transcrição dos seguintes julgados:

"*A honra não se situa nos caprichos orgásmicos dos cônjuges. Reconhecer-se o contrário é o mesmo se declarar o direito de matar, de que observados os preconceitos sociais*" (TJRJ - AC - Rel. Flávio Luiz Pinaud - *EJTJRJ*, 7/312).

"*O homicídio por defesa da honra, pela infidelidade do cônjuge, é inadmissível no estado atual da civilização e não encontra respaldo no ordenamento jurídico-penal*" (TJDF - AC - Rel. Elmano Farias - *DJU* de 11.4.80, p. 2.294).

Por fim, há que se dizer, ainda em desabono à tese da legítima defesa da honra, que esta se constitui de um atributo personalíssimo e, nesta qualidade, insuscetível de ser maculada pela conduta de outrem. Por esta razão, qualquer ato desonroso que na teoria tenha Maria Piedade praticado somente nela refletirá de forma negativa, não podendo de modo algum atingir a honra de seu companheiro, a justificar a perpetração de violência.

A respeito do tema, calha a transcrição do seguinte julgado:

"*Honra é atributo pessoal, independente de ato de terceiro, donde impossível levar em consideração ser um homem desonrado porque sua mulher é infiel. A simples invocação de infidelidade não dá o direito do cônjuge traído executar a seu bel-prazer a pena de morte. A lei e a moral não permitem que a mulher prevarique. Mas negar-lhe, por isso, o direito de viver, seria um requinte de impiedade*" (TJPR - AC - Rel. Luiz Perrotti - *RT*, 473/372).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para cassar a decisão, determinando-se a submissão do réu a novo julgamento.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REMIÇÃO - FALTA GRAVE - INEXISTÊNCIA - CONCESSÃO

- Enquanto não apurada, em processo disciplinar, a falta cometida, não pode o apenado fazer jus à remição.

- Se, devidamente apurada, a fuga do presídio não foi considerada falta grave diante de suas circunstâncias, conforme decidido pelo juiz de execução, não constando, inclusive, de sua ficha funcional, inexiste a vedação legal contida na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a impor ao agravado a perda do direito ao tempo remido.

RECURSO DE AGRAVO Nº 271.670-2/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Recurso de agravo - Remição - Sentenciado que, no curso da execução penal, foge da prisão, ameaçado por seus companheiros, por se recusar a subverter as normas disciplinares do presídio - Conduta que, após apurada, não foi considerada falta grave, em face das suas circunstâncias, pelo juízo de execução - Inexistência de violação às normas dos arts. 50, II, e 127 da LEP - Decisão mantida - Agravo ministerial 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, 09 de maio de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso de agravo, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Governador Valadares, foi o agravado condenado à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (sentença de fls. 06/08, confirmada no acórdão de fls. 11/16).

No curso da execução penal, a pedido da defesa, foi concedido ao sentenciado o benefício da remição de sua pena pelo trabalho externo, considerando o MM. Juiz da Vara de Execuções que a fuga empreendida em outra unidade prisional caracterizou o estado de necessidade vivenciado pelo sentenciado na prisão, não tendo praticado nenhum crime na época em que esteve foragido. Acrescenta que a fuga foi um fato isolado na vida prisional do reeducando, que demonstra bom comportamento carcerário, e que este, inclusive, teve a oportunidade de foragir-se da penitenciária local, em fuga ocorrida em seu pavilhão, permanecendo na prisão.

Por este motivo, entendeu por justificada a falta grave, sem anotação na ficha do sentenciado, concedendo a remição.

Inconformado, interpõe o representante do Ministério Público o presente recurso de agravo, pleiteando a reforma da decisão de primeiro grau, com a conseqüente cassação da remição concedida ao agravado.

Argumenta que poucas faltas podem ser mais graves que fugir do estabelecimento prisional e que o art. 127 da LEP dispõe expressamente que o condenado punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido.

Alega, ainda, que a conclusão de que fugir não é falta grave e não merece punição contraria frontalmente o art. 50, II, da referida lei.

O agravo foi contrariado, manifestando-se o agravado, por seu defensor, pela confirmação da decisão agravada.

No exercício do juízo de retratação/sustentação, a decisão é mantida.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do agravo ministerial.

O instituto da remição foi criado como forma de política criminal, visando premiar os presos de bom comportamento, livrando-os da ociosidade do cárcere.

Não é direito adquirido do sentenciado, mas mera expectativa de direito. O comportamento disciplinar é dever do preso, e qualquer desvio em sua conduta carcerária que venha a caracterizar falta grave enseja a perda dos dias remidos, a teor do art. 127 da Lei nº 7.210/84.

In casu, conforme consta da oitiva do sentenciado (fls. 32/33), a fuga do presídio foi motivada pelo fato de sentir-se ameaçado de morte pelos demais detentos, porquanto se recusou a ajudá-los na subversão da ordem naquela unidade prisional, onde exercia, pelo seu bom comportamento, funções internas.

Em face das argumentações do sentenciado, considerando-se que a sua fuga foi um fato isolado no cumprimento de sua pena e justificando-a como "estado de necessidade", conclui o MM. Juiz da Execução como justificada a falta grave, "sem anotação em sua ficha" (fl. 33).

Ora, conforme Leciona MIRABETE em sua obra *Execução Penal*, 9ª ed., "*Não basta, porém, a prática da falta grave e a instauração do procedimento disciplinar; exige-se a punição regular do apenado para que se decrete a revogação da remição*".

Deste entendimento decorre que, enquanto não apurada, em processo disciplinar, a falta cometida, não pode o apenado fazer jus à remição.

No caso destes autos, devidamente apurada, a fuga do presídio não foi considerada falta grave diante de suas circunstâncias, conforme decidiu o Juiz de Execução, não constando, inclusive, de sua ficha prisional. Assim, inexiste a vedação legal contida na LEP, a impor ao agravado a perda do direito ao tempo remido.

Neste sentido é a orientação jurisprudencial, consubstanciada na ementa *in verbis*, que, *mutatis mutandis*, se aplica à hipótese destes autos:

"*Execução penal - Falta grave - Recusa ao trabalho - Rebeldia passiva do detento, temendo represália de seus companheiros de cárcere - Configuração - Impossibilidade. - Inocorre a configuração de falta grave por parte do condenado, que se recusa a trabalhar, em razão de temor de represália oriunda de seus companheiros de cela*" (*RJDTACRIM*, 22/28).

Nesta linha de raciocínio, posiciona-se, também, o douto Desembargador desta Casa, Dr. Célio César Paduani, incursando com o costumeiro brilhantismo, na seara penal, em sua mais recente obra *Da Remição na Lei de Execução Penal*, ao assinalar que: "*A condição imposta ao sentenciado de que este não pode, em qualquer hipótese, vir a cometer falta grave é não só desnecessária e incompatível com o propósito reabilitatório da custódia prisional como mais objetivamente, praticamente impossível de ser constatada, na pureza de sua verdade, na seara penitenciária, onde os internos, em tese, encontram-se sujeitos à prática do mal e da malícia alheias, sufocados que estão pelo regime totalitário que constitui a característica fundamental da instituição carcerária, circunstância esta que, não raras vezes, culmina em envolvê-los em incidentes que dificilmente poderiam evitar*" (ob. cit., p.80).

Disto resulta que a lei nem sempre há que ser aplicada genericamente, podendo, como , *in casu*, ser interpretada com certa razoabilidade, notadamente, quando envolve direitos fundamentais do indivíduo, como é o caso da liberdade.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso ministerial, para manter, em sua íntegra, a lúcida decisão ora agravada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALSO TESTEMUNHO - CALAR A VERDADE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DENUNCIADO PARA DEPOR COMO TESTEMUNHA - FALTA DE COMPROMISSO - MERA SINDICÂNCIA - PRESTAÇÃO DE DEPOIMENTO - RECUSA EM RESPONDER ÀS INDAGAÇÕES - OPÇÃO PELO SILÊNCIO - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZAM A IMPUTAÇÃO - ART. 342 DO CP - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO - DENÚNCIA - REJEIÇÃO

- Se a par da ausência de compromisso por parte dos denunciados - o que, para muitos autores, constitui elemento do crime de falso testemunho -, não foram eles intimados para depor como testemunhas em processo administrativo formalmente instaurado, como pretende a denúncia, mas simplesmente convidados a prestar esclarecimentos em sindicância realizada pela Corregedoria do Ministério Público, o fato de haverem optado pelo silêncio, recusando-se a responder às indagações que lhes foram formuladas, não se amolda ao tipo previsto no art. 342 do Código Penal, afigurando-se correta, portanto, a decisão que rejeitou a denúncia.

- O crime de falso testemunho, na modalidade de calar a verdade, é de difícil configuração. Na maioria das vezes, torna-se inviável a verificação de que a reticência foi dolosa.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 271.671-0/00 - Comarca de Araxá - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Denúncia - Rejeição - Falso testemunho - Calar a verdade em procedimento administrativo - Ausência de elementos que autorizem a imputação - Falta de compromisso - Mera sindicância - Atipicidade da conduta - Decisão confirmada - Recurso em sentido estrito desprovido. - Se a par da ausência de compromisso por parte dos denunciados - o que, para muitos autores, constitui elemento do crime de falso testemunho -, não foram eles intimados para depor como testemunhas em processo administrativo formalmente instaurado, como pretende a denúncia, mas simplesmente convidados para prestar esclarecimentos em sindicância realizada pela Corregedoria do Ministério Público, o fato de haverem optado pelo silêncio, recusando-se a responder às indagações que lhes foram formuladas, não se amolda ao tipo previsto no art. 342 do Código Penal, afigurando-se correta, portanto, a decisão que rejeitou a denúncia ofertada.

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 junho de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Araxá, que não recebeu a denúncia oferecida contra Ana Luiza Martins, Ângela Leitão Barreto, Guilherme Guimarães Justino, Lilian Joyce Mousinho de Moura e Rita de Cássia Palhares, membros do Conselho Tutelar daquele Município, pela prática de crime tipificado no art. 342 do Código Penal - em virtude de não haverem respondido às indagações que lhes foram formuladas pela Corregedoria do Ministério Público, calando a verdade em procedimento administrativo ali instaurado para apuração de desvio de conduta atribuído a dois Promotores de Justiça com atuação naquela Comarca -, interpôs o representante do Ministério Público o presente recurso em sentido estrito.

Pretende o *dominus litis* o recebimento da peça acusatória, alegando que, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz *a quo*, a conduta dos denunciados, ao silenciaram a respeito de fatos sobre os quais foram indagados perante a Corregedoria do Ministério Público, estaria a configurar, em tese, o delito de falso testemunho, a despeito de não haverem sido compromissados.

Mantida a decisão pelo Magistrado (fls. 24/25), subiram os autos, manifestando-se a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo desprovimento do recurso, conforme parecer exarado às fls. 30/34.

No essencial, é o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, negando-lhe, contudo, provimento.

Em data de 6 de novembro de 2001, os denunciados, integrantes do Conselho Tutelar de Araxá, atendendo a um "convite" de membros da Corregedoria-Geral do Ministério Público (fl. 5), compareceram ao Gabinete da 2ª Promotoria de Justiça daquela Comarca, a fim de serem ouvidos sobre fatos envolvendo a conduta de dois Promotores de Justiça, em procedimento administrativo instaurado pelo referido órgão correicional.

Optaram, contudo, todos eles, pelo silêncio, não respondendo às indagações que lhes foram formuladas.

Este o episódio que ensejou a denúncia contra os recorridos, por crime de falso testemunho, corretamente rejeitada pelo MM. Juiz.

De se ver, em primeiro lugar, que sequer existem elementos que justifiquem, ainda que provisoriamente, a acusação contra os denunciados. Afinal, como bem observou o culto Procurador oficiante, em seu lúcido parecer, se ainda não se apurou a veracidade

dos fatos atribuídos aos Promotores, aos quais se referiam as indagações, não se pode afirmar que se calaram sobre a verdade (fl. 33).

Por outro lado, a par da ausência de compromisso por parte dos denunciados - o que, para muitos autores, constitui elemento do delito de falso testemunho -, não foram eles, ao que se vê dos autos, intimados para depor como testemunhas em processo administrativo, como pretende a denúncia.

Na verdade, ainda não existia qualquer processo administrativo, formalmente instaurado. Quando muito, estava em curso uma sindicância, tendo eles, como integrantes do Conselho Tutelar, sido simplesmente convidados pelos membros da Corregedoria do Ministério Público a comparecer ao Gabinete da Promotoria a fim de esclarecer os fatos em apuração, que, supunha-se, seriam de conhecimento daquele Órgão.

Optaram, entretanto, pelo silêncio, com o que não infringiram qualquer preceito legal. Tampouco praticaram conduta que se amolde ao tipo do art. 342 do Código Penal.

Demais, na prática, o crime em tela, na modalidade de calar a verdade, é de difícil configuração. Na maioria das vezes, torna-se inviável a verificação de que a reticência foi dolosa.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - JURADO - VEREADOR - PARTICIPAÇÃO NO CONSELHO DE SENTENÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 436, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO CPP - IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO - INEXISTÊNCIA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - PRECLUSÃO - SEGUNDA APELAÇÃO PELO MESMO MOTIVO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 593, § 3º, *IN FINE*, DO CPP - RÉU JURIDICAMENTE POBRE - CUSTAS DO PROCESSO PENAL - PAGAMENTO - CONDIÇÕES E PRAZOS ESTABELECIDOS NA LEI Nº 1.060/50 - SÚMULA 58 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- A teor do art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP, não se admite, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

- Inocorre nulidade do julgamento realizado pelo Júri, quando há participação de vereador no Conselho de Sentença, uma vez que o art. 436, parágrafo único, III, do CPP, tão-somente isenta os vereadores do serviço do Júri, o que não implica impedimento ou suspeição dos mesmos.

- Se a defesa não fez consignar em ata o impedimento, fazendo assentar, tão-somente, que o jurado era vereador na comarca, ocorre, no mínimo, preclusão.

- A oportunidade para se discutir sobre o impedimento ou suspeição de jurados é no momento do sorteio. Após esta ocasião, os jurados convocados são os que constam do respectivo termo, sendo inadmissível que as partes silenciem sobre tal nulidade, no momento oportuno, para alegá-la após o julgamento que lhe seja desfavorável, com o fito de torná-lo inválido.

- Consoante Súmula nº 58 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 do CPP). Todavia, o pagamento sujeita-se à condição e ao prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 272.360-9/00 - Comarca de Novo Cruzeiro - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Homicídio qualificado - Surpresa - Vereador - Participação como jurado - Inocorrência de nulidade - Recurso improvido. - Inocorre nulidade do julgamento no caso de participação no Conselho de Sentença, de vereador, o que não é impedido pela legislação processual penal, que o considera apenas isento do serviço do Júri.

RELATÓRIO

Pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, c/c o art. 29, ambos do CP, por ter, no dia 20 de março de 1994, cerca das 20 horas, no Córrego do Meio, zona rural de Novo Cruzeiro-MG, participado, juntamente com Manoel Luiz de Souza, Mauro Alves Pereira e José Estanílio da Costa Barreiro, da morte de Francisco Alves Pereira, eliminado com disparos de arma de fogo e com golpes de faca; uma vez libelado, submeteu-se Edmar Leão dos Santos a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca, ocasião em que se viu condenado nas iras do art. 121, c/c o art. 29 e seu § 1º, ambos do *Codex*, recebendo a reprimenda de quatro anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

Submetido a novo julgamento, vez que o anterior foi cassado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (fls. 304/310), viu-se o acusado condenado nas iras do art. 121, § 2º, inciso IV, do CP, recebendo a reprimenda de doze anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Irresignado, a tempo e modo, com fulcro no art. 593, inciso III, letras *a, b* e *d*, do CPP, recorreu o sentenciado, objetivando, em preliminar, a nulidade do julgamento, ao argumento de ter participado do Conselho de Sentença, jurado isento, por ser vereador, para, no mérito, pretender ser submetido a novo julgamento popular, à consideração de que a decisão afrontou a prova dos autos.

Contra-arrazoado o recurso, pela rejeição da preliminar e seu improvimento opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Francisco Márcio Martins Miranda Chaves.

Em síntese, é o relatório.

À criteriosa revisão do eminente e culto Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

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, à unanimidade de votos, EM CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO, REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos). Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado, tão-somente quanto às alíneas *a* e *b* do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, vez que "não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação" (artigo 593, parágrafo 3º, *in fine*, do Código de Processo Penal).

De início, por manifesta improcedência, desprezo a preliminar de nulidade do julgamento, nos termos das contra-razões recursais e do parecer da douta Procuradoria de Justiça.

É que, como bem enfatizado pelo ilustrado Procurador de Justiça oficiante (fls. 406/407), "*O artigo 436 do Código de Processo Penal tão-somente isenta os vereadores e autoridades do serviço do Júri. Isenção não implica em impedimento ou suspeição.*

Ora, desde que requeiram dispensa, o que não é o caso. Ademais, a defesa não fez consignar em ata o impedimento, fazendo assentar, tão-somente, que o jurado era vereador de

uma cidade que pertence à Comarca de Novo Cruzeiro, ocorrendo, no mínimo, a preclusão".

Por outro lado, o ilustrado Promotor de Justiça, nas contra-razões de fls. 394/401, enfatizou que inocorreu a pretendida nulidade, vez que, "*não obstante seja o referido jurado vereador na vizinha cidade de Itaipé/MG, fato que, nos termos do artigo 436, parágrafo único, do Código de Processo Penal, constitui causa de isenção do serviço do Júri, foi este regularmente alistado como tal, aceitou o encargo e integrou o Egrégio Conselho de Sentença, sem qualquer oposição do apelante ou seu ilustre defensor, não havendo assim, fundadas razões para anulação do respectivo julgamento por conta disso, levando-se em consideração, inclusive, que mesmo se reconhecida a irregularidade argüida, afastada estaria qualquer alegação de prejuízo para o apelante, vez que a participação do referido jurado em nada influiu no resultado do julgamento, conforme se depreende do termo de votação de quesitos acostado às fls. 381/382*".

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que "*A oportunidade para se discutir sobre o impedimento ou suspeição de jurados é no momento do sorteio. Depois disso os jurados convocados são aqueles constantes do respectivo termo, não se podendo permitir que as partes silenciem no momento em que deveriam falar, conservem em segredo um trunfo para opor à validade do julgamento que não lhes seja favorável*" (AC, Relator o Des. Onei Raphael, *in RT*, 608/436).

Como o parágrafo único do artigo 436 do Código de Processo Penal considera, a exemplo dos vereadores (inciso III), isentos do serviço do Júri os ministros de confissão religiosa (inciso XI, alínea *a*), vale citar ementa do mesmo Tribunal de Justiça, no sentido de que "*A lei processual penal não impede sejam jurados até os ministros de confissão religiosa, o que não é o caso da jurada, que poderia ser incluída normalmente em qualquer relação de jurados*" (AC, Relator o Des. Djalma Lofrano, *RJTJSP*, 129/513).

No mérito, a meu sentir, a sentença do MM. Juiz-Presidente não se mostra contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, sendo de se aplicar, quanto ao mais, a Súmula 58 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no tocante à isenção de pagamento das custas: "*O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (artigo 804 do Código de Processo Penal), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no artigo 12 da Lei 1.060/50*".

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Sr^{a}. Des^{a}. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO, REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM-LHE PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA CRIMINAL - CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - TÓXICO - CRIME PREVISTO NO ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76 - PROCESSO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM - LEI Nº 10.259/2001 - LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - INAPLICABILIDADE

- A Lei nº 10.259/2001 não alterou a competência da Justiça comum para processamento do crime de porte para uso de entorpecentes, diante das Leis 6.368/76 e 10.409/2002, havendo marcante incompatibilidade entre o procedimento exigido para os crimes definidos na Lei de Tóxicos e o célere rito dos Juizados Especiais, pelo que há de se declarar competente a Justiça comum para julgar e processar agente que comete delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Nº 275.941-3/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Conflito negativo de jurisdição - Lei 10.259/2001 - Art. 16 da Lei 6.368/76 - Lei 10.409/2002 - Procedimento - Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Federais. - A Lei 10.259/2001 não alterou a competência da Justiça comum para processamento do crime de porte para uso de entorpecentes, nos termos das Leis 6.368/76 e 10.409/2002. Há marcante incompatibilidade entre o procedimento exigido para os crimes definidos na Lei de Tóxicos e o célere rito dos Juizados Especiais. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça comum, o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, CONHECER DO CONFLITO E DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, em face do declínio do Juízo do Juizado Especial Criminal daquela Comarca, do feito instaurado contra Márcio Cardoso Parreira, pelo delito do artigo 16 da Lei 6.368/76, ao argumento de que o crime em questão, nos termos do artigo 2º da Lei 10.259/2001, é infração de pequeno potencial ofensivo, logo da competência dos Juizados Especiais.

Com base na Portaria conjunta do eg. TJMG e Corregedoria-Geral de Justiça de nº 024/2001, o suscitado

determinou a remessa dos autos ao Juízo de origem.

Instaurado o conflito, que subiu nos próprios autos, determinei sua remessa à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer de lavra do Dr. Laurides Paz Nascimento Júnior, opina pela competência da Justiça comum, no caso, a 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora.

Em síntese, é o relatório.

A matéria de fundo atinente ao presente conflito negativo de jurisdição, provocado pelas diferentes interpretações dos institutos da novel Lei 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Federais, exige algumas ponderações, tendo em vista que, enquanto não pacificada a questão pelos Tribunais Superiores, mister que se unifique o entendimento na segunda instância, a fim de se evitarem decisões conflitantes e distintas, que conduzam a soluções diversas para o mesmo caso, o que, em última análise, provocaria grande insegurança jurídica, que atingiria, sobretudo, os jurisdicionados.

Pois bem. No que tange ao conceito de menor potencial ofensivo, a questão, anteriormente tratada pelo legislador da Lei 9.099/95, assim definiu:

"*Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano,* excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

Estabeleceu, portanto, o legislador que as contravenções, qualquer que fosse a pena imposta, assim como os crimes com pena privativa de liberdade *não superior a um ano* ficariam sujeitos ao procedimento dos Juizados Especiais, ressalvando, todavia, as hipóteses onde a lei específica determinasse procedimento especial, que estariam, assim, excluídas da apreciação dos Juizados Especiais, independentemente da pena imposta.

No entanto, em seu turno, a Lei 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais federais, em seu art. 2°, após estabelecer a competência para o julgamento das chamadas infrações de pequeno potencial ofensivo, ampliou seu conceito passando a defini-las da seguinte forma, *verbis*:

"*Art. 2°. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.*

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa" (grifos do voto).

Assim, com o advento do novo diploma legal, muitas controvérsias foram estabelecidas, algumas, dentre elas, não atinentes ao caso concreto, foram brilhantemente tratadas em estudos realizados pelos eminentes Desembargadores Mercêdo Moreira e Jane

Silva, que, dispensando profundo estudo sobre a matéria, discorreram, de forma simples, clara e brilhante, acerca da polêmica criada, sugerindo, ainda, soluções que melhor conciliariam o propósito do legislador ao direito positivo, a fim de se evitarem os aludidos prejuízos aos jurisdicionados e ao próprio Poder Judiciário.

No tocante ao caso presente, mister se verificar a compatibilidade do procedimento dos Juizados Especiais, agora com o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo mencionado alhures, com os delitos previstos na Lei de Tóxicos, em especial, em face do crime definido no artigo 16 da Lei 6.368/76.

Como se sabe, também a legislação brasileira relativa à prevenção e repressão ao tráfico de entorpecentes, que, conforme apontam os estudiosos sobre o assunto, se transformou, atualmente, em uma verdadeira "colcha de retalhos", sofreu profunda alteração com o advento da novel Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, logo posterior à Lei 10.259/01 e que entrou em vigor depois desta, e estabeleceu para os crimes ligados a entorpecentes procedimento que me parece incompatível com os Juizados Especiais.

A referida Lei 10.409/02, em seu capítulo IV, artigo 27, preconiza que "... *o procedimento relativo aos processos por 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*", sem que o legislador tenha feito qualquer menção às duas leis sobre os Juizados Especiais, embora sua edição seja posterior à publicação dos referidos diplomas legais, como já dito, ainda que a dos Juizados Especiais Federais só tenha entrado em vigor no dia seguinte ao da publicação da Lei 10.409/2002.

Basta a simples leitura do capítulo IV do diploma legal em testilha, que trata do procedimento penal para *todos os crimes relativos a entorpecentes*, para se constatar que o inquérito policial não foi abolido, estando evidente que o legislador atual quis manter a apuração dos crimes que ali se definiam na Justiça comum, inclusive, com o alargamento das investigações policiais, podendo o Ministério Público e a autoridade policial ter acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias e financeiras (art. 34 da Lei 10.409/2002), providências necessárias para se verificar se o crime é de uso de drogas ou do seu tráfico, sendo exigidas, ainda, a lavratura de auto de prisão em flagrante, oferta de denúncia escrita, realização de exames periciais, além de outras peculiaridades.

Ressalte-se ainda que o art. 59 da Lei 10.409/02, que impunha a revogação da Lei n° 6.368/76, foi vetado; logo, mantidas as suas disposições, no que não contrariar as atuais que não foram vetadas. Ali também se dispõe sobre o inquérito policial, inexistente em relação às infrações de pequeno potencial ofensivo, encontrando-se ainda,

neste mesmo sentido, que o pensamento que norteia a atual política criminal, que exige maior investigação no que se refere aos delitos que envolvem drogas ilícitas, está presente também no Projeto de Lei do Senado, de nº 115/2002, que dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas, e que já foi aprovado em primeiro turno, o qual dispõe expressamente em seu artigo 52:

"*Os Tribunais de Justiça dos Estados instituirão juizados especializados para o processo e julgamento dos crimes definidos nesta lei,* vedada a atribuição da competência aos juizados especiais criminais".

Ora, confrontando tais exigências com o estreito procedimento dos Juizados Especiais, que é informado, dentre outros princípios, pela celeridade, economia processual, informalidade, oralidade, verifica-se a difícil conciliação entre as exigências trazidas pela Lei 10.409/02 e o microssistema dos Juizados, podendo-se afirmar, até mesmo, que se estaria diante de situações antagônicas, pois têm-se, de um lado, a simplicidade e a informalidade e, de outro, com as atuais alterações da legislação de tóxicos, a necessidade de amplitude probatória, através da obrigatoriedade do inquérito policial, investigações detalhadas e perícias complexas, fato que, por uma questão de razoabilidade, conduz à conclusão, até mesmo intuitiva, de que aos crimes de porte para uso de entorpecentes não se estende a competência dos Juizados Especiais, não obstante a pena cominada a tal delito não exceda o novo patamar definido para infração de menor potencial ofensivo, uma vez que a adequação da regra, ao caso concreto, em se tratando de competência, há de ser material, e não somente formal.

Cumpre, finalmente, ressaltar a oportuna anotação constante do referido estudo realizado pela ilustre Desembargadora Jane Silva, onde frisa que:

"*É importante lembrar que, mesmo não estando definidas as infrações penais sujeitas ao procedimento previsto na Lei nº 10.409/2002, o uso de drogas é largamente mencionado nos dispositivos que não sofreram veto, fazendo-se menção, inclusive, ao necessário acompanhamento das internações e tratamentos a que devem ser submetidos os dependentes e usuários (art. 12, § 5º), o que não seria possível, se a apuração se exaurisse com a oferta e aceitação da transação, devidamente homologada, que faz coisa julgada, consoante entendimento dos Tribunais Superiores*".

Finalmente, cabe ressalvar que tal posicionamento, por outro lado, em nada prejudica os verdadeiros usuários, que serão mais protegidos e alcançados por medidas salutares para sua recuperação, podendo, inclusive, obter a suspensão condicional do processo, como vem ocorrendo, além dos tratamentos que lhes serão impostos, prerrogativas que poderão ser pleiteadas perante a Justiça comum, onde há inclusive maior amplitude e oportunidade para a discussão de tais questões.

Ante tais fundamentos, conheço do conflito suscitado para declarar competente para o processamento e julgamento do presente feito, em que figura como indiciado Márcio Cardoso Parreira, o Juiz da 1ª Vara Criminal de Juiz de Fora, o suscitante, para onde deverão ser os autos remetidos, comunicando-se ao suscitado a presente decisão.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Carlos Abud - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONHECERAM DO CONFLITO E DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

-:::-

HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - ORDEM CONCEDIDA

- Havendo laudos periciais conflitantes, torna-se imperioso analisá-los e confrontá-los, possibilitando, assim, o julgamento do *writ*.

- O titular da ação penal deve agir de forma prudente para que, mesmo agindo *pro societate*, não ofenda o *status dignitatis* do acusado, agindo de forma arbitrária. Portanto, a denúncia deve vir acompanhada de um mínimo de lastro probatório, para que o cidadão não seja obrigado a conviver com a situação constrangedora que é responder a uma acusação criminal.

- "*Sem que o* fumus boni juris *ampare a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção*".

- Em consonância com a melhor interpretação do art. 28 do CPP e da Súmula nº 524 do STF, havendo prova nova, o RMP de primeiro grau poderá oferecer outra denúncia.

HABEAS CORPUS Nº 277.033-7/00 - Comarca de São João Nepomuceno - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Trancamento de ação penal - Ausência de justa causa - 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, À UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Donato Alves Ferreira.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - O ilustre advogado Mauri Alves Lopes, qualificado nos autos e regularmente inscrito na OAB/RJ sob o nº 53.303, impetra ordem de *habeas corpus*, em causa própria e com pedido de liminar, alegando estar sofrendo de constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Comarca de São João Nepomuceno, que recebeu denúncia lavrada em seu desfavor.

Afirma o impetrante/paciente que está sendo acusado de praticar, em tese, crime ambiental. A denúncia narra que Mauri Alves Lopes explora um criatório de porcos e o lançamento de detritos oriundos do chiqueiro estaria contaminando um curso d'água que corta a propriedade.

Noticia, ainda, a inicial que o conflito entre o paciente e seu vizinho Francisco Protásio de Mendonça se iniciou após uma recusa de cessão de uma pena d'água. Ante a negativa do paciente, Francisco notificou a Saúde Pública e o Ministério Público, chegando mesmo a colher amostra d'água para a realização de exames.

Reclama o paciente sobre a natureza da prova em que se baseou o Ministério Público para ofertar a denúncia, afirmando ser ela ilícita, imprestável, não podendo, em vista disso, haver ação penal.

O impetrante coloca que, perante a autoridade policial, disse que as águas percorrem mais de 1000 metros desde a nascente até as terras do vizinho, não se podendo constatar quem seria o poluidor (se é que há algum poluidor). Ressalta que o mencionado confrontante também possui um chiqueiro em sua propriedade, localizado a apenas 6 metros do curso d'água e em completa irregularidade.

Aduz que compareceu espontaneamente à Delegacia e requereu que o local fosse periciado. A perícia realizada pela Secretaria de Segurança Pública/MG teria constatado a existência de uma banheira enterrada no chão, que objetiva colher os excrementos sólidos

e líquidos dos animais e que não há descarrego de dejetos no córrego, sendo que o MP teria desprezado tal perícia.

Invoca o art. 43, I, do Código de Processo Penal, além de afirmar que não há justa causa para a instauração da ação penal. Admitir a acusação, segundo o impetrante, seria admitir o abuso de poder e a vingança privada.

Isto porque, ainda segundo o paciente, o ilustre RMP da Comarca de São João Nepomuceno é seu inimigo íntimo, com graves demonstrações de suspeição. Diz que, quando foi tentada a conciliação, no gabinete da Promotoria, o douto representante do *Parquet* de primeiro grau praticamente partiu para a agressão, o que não se pode admitir.

Argumenta que, se as águas realmente estivessem poluídas, seu vizinho não continuaria irrigando sua plantação de hortaliças e sua criação de cogumelos para exportação, utilizando-se do riacho.

Questiona o descumprimento de prazo pelo RMP, afirmando que o mesmo teria cometido o delito de prevaricação, já que o retardamento do feito teria o único objetivo de lhe causar incerteza e dúvida.

Por fim, afirma que não há sequer um pequeno indício de sua desobediência a qualquer disposição legal, não havendo como embasar a denúncia, e que é evidente a ilegalidade e o abuso de poder. Coloca que a ação penal movida em seu desfavor é imoral, ilegal e, sobretudo, constrangedora e deprimente.

Pugna pela concessão da ordem, visando ao trancamento da referida ação penal.

Juntou os documentos de fls. 34/51-TJ, contendo inclusive um anexo fotográfico.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 155-TJ.

A autoridade dita coatora prestou informações à fl. 158/159-TJ, juntando ainda as peças de fls. 160/162-TJ.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 163/165-TJ).

É o relatório.

Decide-se.

A peça exordial, acostada aos autos às fls. 121/123-TJ, traz como fundamento a análise do que seria a água do córrego e do local onde se localiza a pocilga, análise essa realizada pela Cesama-Companhia de Saneamento e Pesquisa do Meio Ambiente, Juiz de Fora/MG - (fls. 78/86-TJ) e a resposta do Diretor do Depto. de Fiscalização Sanitária do Município de São João Nepomuceno ao DD. Promotor de Justiça daquela Comarca (fls. 50-TJ).

Segundo a Cesama, foi constatado que os dejetos provenientes das

pocilgas escorrem para o corpo d'água, que serve para irrigar as plantações de cogumelos do vizinho do ora impetrante/paciente. Também concluiu que a água é imprópria para o consumo humano e para irrigar plantações de qualquer natureza.

Porém, pode-se ler às fls. 81/82-TJ que o responsável pela coleta da água para exame foi o "interessado" (vizinho) e que não foi identificado o local da coleta.

Também há nos autos uma perícia realizada pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Estado da Segurança Pública (fls. 99/114-TJ) que contesta o laudo da Cesama.

Enquanto a Cia. de Saneamento de Juiz de Fora afirma que os dejetos correm para o córrego, os peritos oficiais não chegaram à mesma conclusão:

"*1º) Item IV - Solicite-se Perícia de Constatação de existência de pocilga na propriedade de Mauri Alves* e de constatação que os dejetos são lançados no córrego, *solicitando ainda informações* ...

Resposta: Com relação a primeira parte da pergunta vide *item anterior,* e com relação ao córrego não pode o Perito efetuar o levantamento devido a grande concentração de vegetação nas suas margens e leito *(vide anexo fotográfico nº 13), a qual impossibilitava determinação exata dos questionamentos solicitados*" (fls. 100-TJ, grifos nossos).

Ou seja, a perícia técnica não tinha elementos para constatar se os dejetos são ou não lançados no córrego.

O laudo da SSP/MG ainda constatou, de forma inequívoca, "*que na parte posterior da pocilga havia uma canaleta confeccionada com bambu e que a mesma servia para colher os excrementos dos animais ali existentes e que eram depositados numa banheira enterrada no solo e os mesmos serviam para adubar as plantações existentes na propriedade*" (fls. 100-TJ).

Além disso, não se conhecem as razões pelas quais o Diretor do Depto. de Fiscalização Sanitária do Município constatou "*iminente perigo de propagação de doenças infecto-contagiosas*" (fls. 50-TJ).

Também é no mínimo peculiar o fato de o vizinho, que colheu a água "*imprópria para o consumo humano e para irrigação*", continuar a proceder à irrigação das suas hortaliças e cogumelos com a água supostamente contaminada.

Cotidianamente, nossos tribunais têm decidido que o *habeas corpus* não se presta para o exame aprofundado do conteúdo probatório. A respeito, o Prof. José Barcelos de Souza comenta:

"*E há de ser feito [o exame da prova] com a profundidade necessária para o julgamento do mérito do pedido, sempre que se tratar de caso de* habeas corpus, *como, por exemplo, quando se alega falta de justa causa.*

Com efeito, a equívoca expressão 'não cabe o exame aprofundado de prova' não significa que a prova só se examina pela rama, por cima, superficialmente, a vôo de pássaro..." (*in Doutrina e Prática do* Habeas Corpus. Belo Horizonte: Sigla, 1998, p. 70).

Portanto, torna-se imperioso analisar e confrontar o laudo da Cesama com o laudo pericial do Instituto de Criminalística, possibilitando assim o julgamento do mérito do presente *writ*.

A Cesama conclui que a água está contaminada. Porém, não se sabe de onde o "interessado" (leia-se vizinho do paciente) colheu a amostra da água. Assim, tendo em vista a obscura origem da água levada a exame no mencionado laudo, não se pode afirmar que há sequer indício de que a água do *córrego* está contaminada.

A Cesama constatou que os dejetos provenientes das pocilgas escorrem para o corpo d'água. Por outro lado, os peritos da Secretaria de Segurança Pública não conseguiram verificar se realmente há contaminação do córrego pelos dejetos.

Há ainda a canaleta de bambu que recolhe os excrementos para a banheira enterrada.

É sabido que o processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado. Também é pacífico na doutrina que, na fase de denúncia, vigora o princípio do *in dubio pro societate*. O titular da ação penal deverá agir de forma prudente para que, mesmo agindo *pro societate*, não ofenda o *status dignitatis* do acusado, agindo de forma arbitrária.

Portanto, a denúncia deve vir acompanhada de um mínimo de lastro probatório, para que o cidadão não seja obrigado a conviver com a situação constrangedora que é responder a uma acusação criminal.

Todavia é mister não se olvidar que, sendo uma das condições da ação penal a existência de justa causa, e admitida que esta corresponde à existência de suporte instrutório mínimo que autorize o constrangimento a que se vê o paciente submetido, tão-somente por figurar no pólo passivo de uma relação processual penal, é perfeitamente possível e amplamente admitido o chamado *habeas corpus* processual, ou seja, a pretensão de trancamento do feito na hipótese de não se mostrar presente uma das condições necessárias ao prosseguimento da *persecutio criminis*, qual seja, no caso concreto, a justa causa.

Sabe-se que qualquer análise de conduta tida como infração penal não pode prescindir do exame do caso concreto, a fim de se aferir o juízo de tipicidade, tomada, assim, em seu conceito material, a fim de se ponderar acerca da lesividade do fato e sua contrariedade à ordem jurídica e social.

Pois bem, o exame da aludida justa causa, embora não se limite somente a tal, não foge a esta regra, haja vista que, não se verificando efetivamente lesão ao bem jurídico tutelado

pela norma penal, não há que se falar em tipicidade, pois não haverá lesão relevante a ser reprimida pela sanção estatal (*nullum crimen sine iuria*).

Ora, para se verificar a presença ou não do referido requisito essencial para a existência do processo-crime, faz-se necessária a investigação, ainda que perfunctória, se o fato narrado constitui, realmente, infração penal, e é neste aspecto que, *data venia*, não considero típica a ação praticada pelo réu, ora paciente.

Compulsando atentamente estes autos, não vejo, nos fatos narrados e atribuídos ao paciente, a prática da conduta descrita na peça vestibular.

Carnellutti, acerca de dramático paradoxo do processo penal, observou: "*para saber se se deve aplicar a pena, é necessário o processo, mas o processo, pelo estigma que acarreta e os constrangimentos que gera, já é, em si mesmo, uma pena: assim com o processo, começa-se por punir aquele de quem se pretende saber se merece ser punido*". O paradoxo, explicava o Mestre italiano, é quase sempre inevitável pela impossibilidade de reclamar-se do acusado, para a instauração do processo, a certeza do crime e da responsabilidade do acusado, que só para a sentença condenatória é dado exigir.

Victor Nunes, em acórdão célebre (*HC* 42.697, 13.10.65, *RTJ*, 35/517), alinhou casos em que o Tribunal deve avançar no exame da denúncia, não bastando, tão-somente, buscar sua aptidão formal, ou seja, a imputação ao denunciado de fato penalmente típico, é preciso mais, é preciso explorar as potencialidades da cláusula da "*falta de justa causa para a ação penal, para remediar, pelo* habeas corpus, *a indevida instauração de processos penais originários não apenas de denúncias ineptas, mas também de denúncias acobertadoras de fatos abusivos, porque despidas do mínimo necessário de suporte informativo*".

Vale ressaltar que o *habeas corpus*, por ter um caráter sumário, torna difícil demarcar o âmbito de suas possibilidades, a ausência de qualquer base empírica para a denúncia, pois não comporta ele análise de provas.

No caso presente, necessário se tornou analisar a prova, a fim de que a denúncia, totalmente divorciada da prova colhida no inquérito, recebesse o endosso deste Tribunal. Merece transcrição:

"*Prefacialmente, insta acrescer que a jurisprudência, em princípio, não admite a concessão do* writ *para trancamento de ação penal quando a matéria demanda o exame aprofundado de provas, como se depreende dos acórdãos consignados na* RT, *584/466 (STF,* RT, *617/381 e* RSTJ, *37/102, dentre outros), mas, por outro lado, tal entendimento vem sendo abrandado em decorrência de ser o* habeas corpus *uma garantia constitucional, que não pode ser atrofiada em virtude da aplicação das leis processuais ordinárias, a exemplo do seguinte acórdão, do TJSP,* verbis:

'*A assertiva de que em sede de* habeas corpus *não se admite o exame de provas mostra-se inconciliável com essa garantia constitucional, na sua inatacável dimensão (art. 5º, LXVII). A ilegalidade ou abuso de poder passíveis de serem colhidos pelo* writ *não admitem essa restrição, autêntico amesquinhamento da garantia constitucional essencial a um Estado de Direito. O que não tem pertinência no âmbito mais restrito do procedimento de* habeas corpus *é a reabertura de um contraditório de provas, a valoração, o cotejo, o balanço da prova. Não, porém, o exame destinado à apuração da inexistência de justa causa para a submissão de alguém à instância penal, sempre constrangedora*'" (*RT*, 652/282). Também nesse sentido, há entendimento da eg. Superior Corte, a exemplo do julgado inserto na *RSTJ* 26/95 (*RT*, 732/675).

In casu, concluo pela não-existência de indícios suficientes para embasar uma denúncia. A peça inicial da ação penal repousa sobre exercício meramente especulativo, conforme já decidiu o augusto Supremo Tribunal Federal:

"Habeas corpus. *Denúncia. Justa causa. - É preciso que a narrativa expressa na denúncia que pretenda apoiar-se, com exclusividade, em inquérito policial, aí* encontre lastro em elementos que façam verossímil a acusação. *Não pode ela repousar sobre exercício meramente especulativo. Recurso de* habeas corpus *provido*" (STF - 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek - julgamento em 10.10.86, *DJ* de 07.11.86, p. 21.557, grifo nosso).

Em outra oportunidade, o Min. Francisco Rezek elaborou raciocínio inteiramente aplicável ao caso *sub judice*:

"*É certo que o* habeas corpus *não constitui sede boa para análise dos fatos, com vistas a demonstrar a improcedência da denúncia. Na espécie, entretanto, o trancamento da ação penal impôs-se à Corte Paulista por força de um exame intrínseco da peça vestibular à verossimilhança dos fatos ali narrados, sobretudo quando em confronto com evidências colhidas nos autos, tidas como fortes bastante para justificar a exclusão do paciente do processo*" (STF - Recurso Extraordinário nº 104.907-3 - 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek - julgamento em 15.03.85 - trecho do voto do Ministro Relator).

Com relação às questões "políticas" apontadas pelo paciente/impetrante, no que diz respeito a favorecimentos, prevaricação por parte do ilustre RMP, etc., tais fatos escapam aos estreitos limites do *writ*, além de não dizerem respeito ao mérito da impetração.

A decisão abaixo transcrita, oriunda do eg. TJSP, que trata de rejeição de denúncia, resume tudo o que foi dito acima:

"*Sem que* fumus boni juris *ampare a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício do direito de ação*

penal é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção" (*RT*, 643/299).

Pelo exposto, sou pela inexistência de justa causa para uma ação penal por crime ambiental.

Havendo prova nova e, se for o caso, o ilustre RMP de primeiro grau poderá oferecer outra denúncia, em consonância com a melhor interpretação do art. 28 do CPP e da Súmula nº 524 do STF.

Frente a todo o exposto, não vislumbrando, *in casu*, a prática de qualquer delito praticado pelo paciente, concedo a ordem impetrada, determinando o trancamento da ação penal que tramita no Juízo apontado coator, contra o paciente Mauri Alves Lopes, por ausência de justa causa.

É como voto.

Comunique-se.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. José Carlos Abud - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - **MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - SENTENÇA - MENOR - MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA VONTADE DE RECORRER - RAZÕES RECURSAIS - FORMALIZAÇÃO DO RECURSO - INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO - AUSÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - TRATAMENTO INDIGNO DADO AO MENOR PELO ESTADO - APELAÇÃO - INADMISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - SEGUIMENTO AO RECURSO - CONCESSÃO DA ORDEM**

- Se o menor, na mesma data da decisão que lhe impôs medida socioeducativa de internação, manifestou por escrito e de forma expressa o desejo de dela recorrer, não tendo o juiz determinado a intimação pessoal do defensor público para que o mesmo formalizasse o recurso ou oferecesse as razões recursais, não pode o magistrado, alegando intempestividade, inadmitir o recurso de apelação, sob pena de inaceitável cerceamento de defesa e tratamento indigno dado ao menor, que não pode ficar desamparado e penalizado com a incúria do Estado. Em tais casos, deve-se conceder a ordem de *habeas corpus* impetrado para dar seguimento ao recurso.

HABEAS CORPUS Nº 278.817-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Não-conhecimento de apelação interposta pelo paciente - Intempestividade - Defensor dativo - Menor - Manifestação expressa do paciente - Não-intimação pessoal do defensor - Ordem concedida. - *Habeas corpus* que busca o conhecimento de apelação interposta deve ver concedida a ordem, em sendo o paciente menor e tendo manifestado nos autos de forma expressa que desejava recorrer, quanto mais que o defensor público do paciente não fora intimado pessoalmente da sentença, sob pena de inaceitável cerceamento de defesa e tratamento indigno do Estado.

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.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Marta Juliana Marques Rosado, Defensora Pública, impetrou ordem de *habeas corpus* a favor de Glaisson Marcelino de Souza, apontando como autoridade coatora a Dra. Janete Gomes Moreira, Juíza Cooperadora do Juizado da Infância e da Juventude, que não recebeu recurso de apelação do mesmo contra a decisão que lhe impôs a medida socioeducativa de internação nos Autos de nº 024.01.498.899-2, ao fundamento de intempestividade.

Entende a impetrante que deveria ter sido intimada pessoalmente para o oferecimento de razões, acrescentando que, mesmo sem razões, deveriam os autos ser remetidos à Superior Instância; e, mais, em se tratando de defensor dativo, à falta ou à ausência de razões ou contra-razões, deveria o Juiz substituir tal defensor.

A impetração foi instruída com os documentos de fls. 07-24-TJ.

Requisitadas as informações de praxe, encontram-se elas às fls. 30 e 31-TJ, instruídas com os documentos de fls. 32-44-TJ.

Emitindo parecer às fls. 46 e 47-TJ, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não-conhecimento do pedido por incabível.

Este, o relatório.

Mostram os autos que, a 21 de novembro de 2001, foi imposta ao paciente a medida socioeducativa de internação (art. 122, inciso II, do ECA), por prazo indeterminado, não excedente a três (3) anos, devendo-se diligenciar quanto à escolarização e profissionalização do mesmo, além de se dar continuidade ao tratamento iniciado no

Hospital Universitário São José, incluindo-o em programas de tratamento para toxicômanos.

À fl. 15-TJ, vê-se que o paciente, no mesmo dia 21 de novembro de 2001, manifestou, por escrito e de forma expressa, que desejava recorrer da decisão; alegando que a interposição do recurso só se deu trinta e dois (32) dias depois, a 22 de dezembro de 2001, negou a douta Juíza admissibilidade ao recurso por intempestividade.

Parece-me que há, no caso, equívoco por parte da douta informante quando não vê na manifestação de vontade do paciente a interposição de recurso e, ainda que assim não fosse, como deixar desamparado pelo Estado um menor que deseja recorrer e cuja defensora pública lhe nega assistência, lhe nega presença? Não deveria a douta Juíza determinar a intimação pessoal da defensora, para formalizar o recurso ou oferecer, pura e simplesmente, as razões recursais?

O que não se pode é permitir que o paciente seja penalizado com a incúria do Estado.

Tivesse o paciente defensor constituído, ainda assim não poderia receber o tratamento que lhe foi dispensado.

Dito isto, é de se ver que, *data venia*, também se equivocou a Procuradoria-Geral de Justiça, pois o presente *habeas corpus* não foi impetrado para substituir o recurso próprio, cabível no caso; o que se procura é exatamente dar seguimento ao recurso interposto, e, assim, o caso não é de não-conhecimento, mas de concessão da ordem.

Com estas considerações, concedo a ordem, recebo o recurso manifestado pelo paciente e determino lhe seja dado o seguimento devido.

Sem custas, *ex lege*.

A Sr^{a}. Des^{a}. Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - AUSÊNCIA DE NULIDADE - PRESENÇA DE RAZÕES DE CAUTELA - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO

- Se pouco tempo após o fato (explosão de uma bomba em um supermercado) foi acionada a Polícia, que logo foi em busca do suposto autor do delito, a circunstância de a explosão ter ocorrido durante a madrugada e a prisão na parte da tarde não implica a nulidade do *apf*, em consonância com o art. 302, III, do CPP.

- Indícios de autoria são suficientes para a manutenção da prisão provisória. O caráter cautelar da constrição não exige plena certeza da autoria. Pensar de tal forma seria transformar o que é provisório em definitivo.

- Não se pode exigir exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade do suposto crime no momento da lavratura do auto de prisão. O paciente foi detido com base no art. 302, III, do CPP, que não exige que o preso em flagrante seja encontrado com nenhum tipo de instrumento.

- O paciente não faz jus ao benefício da liberdade provisória (art. 310, parágrafo único, do CPP) quando ainda persistem razões de cautela para a manutenção da prisão provisória, em face das circunstâncias em que foi cometido o crime, reveladoras de que a liberdade do paciente ameaçaria a ordem pública.

HABEAS CORPUS N° 293.402-4/00 - Comarca de Betim - Relatora: Des^{a}. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Ausência de nulidade na prisão em flagrante - Presença de razões de cautela - Indeferimento do benefício da liberdade provisória - 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, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, a Dra. Patrícia Faria Moraes de A. Gonçalves.

A Sr^{a}. Des^{a}. Márcia Milanez - A ilustre advogada Patrícia Faria Moraes de Araújo Gonçalves, OAB/MG 88.011, impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Rodrigo César Silva de Jesus, qualificado nos autos, alegando sofrer ele constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Betim, que indeferiu pedidos de relaxamento de prisão em flagrante e de liberdade provisória.

Aduz a impetrante que o paciente foi preso em 23/04/02, sendo lavrado auto de prisão em flagrante. Porém, Rodrigo César não estaria em estado de flagrância, já que os fatos ocorreram às 3 horas da madrugada e a prisão consumou-se somente às 4 horas da tarde do mesmo dia.

Coloca ainda que não houve perseguição, já que os policiais tiveram que realizar diligências em busca do autor dos fatos. A impetrante afirma que, como se não bastasse a inexistência do

estado de flagrância, não há prova material do delito e que a lavratura do *apf* se baseou apenas nas acusações de um menor.

Pelo exposto, pugna pela concessão da ordem.

Instruiu o pedido com as cópias de fls. 08/30-TJ.

O em. Des. José Antonino Baía Borges, em plantão de férias, indeferiu o pedido de liminar e dispensou informações da autoridade apontada como coatora (fls. 35-TJ).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça da lavra do em. Procurador de Justiça, Dr. Antônio José Leal, pelo não-conhecimento do *writ*, por se tratar de mera reiteração de pedido anterior (fls. 82/83-TJ).

É o relatório dos autos.

Decide-se:

Pugna o ilustre RMP de segundo grau pelo não-conhecimento do *writ*, já que se trataria de mera reiteração de pedido anterior, já julgado.

Porém, não há como verificar se o presente *habeas corpus* é ou não reiteração de outro, tendo em vista o teor da certidão de fls. 36-TJ, dando conta de que a súmula do *Habeas Corpus* nº 288.517-6 ainda não foi publicada.

Assim, rogando vênia ao douto Procurador de Justiça, conheço do pedido. Passo à análise do mérito.

A leitura do boletim de ocorrência (fls. 19-TJ), da Comunicação de Serviço (fls. 08/10-TJ) e do auto de prisão em flagrante (fls. 11/15-TJ) revela que a prisão do paciente obedeceu ao disposto na norma processual, não havendo qualquer tipo de ilegalidade a ensejar a decretação de sua nulidade.

Pouco tempo após o fato (explosão de uma bomba em um supermercado de Betim), foi acionada a Polícia, que logo foi em busca do suposto autor do delito. O fato de a explosão ter ocorrido durante a madrugada e a prisão na parte da tarde não implica a nulidade do *apf*, em consonância com o disposto no art. 302, III, do Código de Processo Penal. Em suma: houve sim perseguição.

Neste sentido, já decidiu o augusto Superior Tribunal de Justiça:

"RHC - *Processual Penal - Prisão em flagrante. - A prisão em flagrante está disciplinada no art. 302 do Código de Processo Penal. Encerra hipóteses de flagrância e quase-flagrância. O inc. III ('é perseguindo, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa') deve ser entendido normativamente. O dado cronológico passa para plano secundário. Assim, se uma pessoa, em tempo razoável, a perseguir, por si mesma, o agente do delito, preferiu, porque mais eficaz, buscar o auxílio do policial, normativamente, está havendo a perseguição. O tempo não se mede no relógio; necessário socorrer-se do juízo de razoabilidade*" (STJ - *RHC* 5.189/SP - Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 16.9.96, p. 33.795).

"*O chamado flagrante impróprio (quase-flagrante) deixa ao judicioso alvedrio do Magistrado a interpretação do lapso de tempo entre o fato delituoso e a captura do infrator (art. 302, inc. III, do CPP)*" (STJ - *RHC* 7.695/BA - Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 13.10.98, p. 141).

Ao contrário do que afirma a impetrante, há indícios de autoria, o que é suficiente para a manutenção da prisão provisória. O caráter cautelar da constrição não exige plena certeza da autoria. Pensar de tal forma seria transformar o que é provisório em definitivo.

Coloca ainda a subscritora da peça inicial que "*a prova material do delito inexiste, pois nenhum instrumento de fabricação de bomba caseira foi encontrado em poder do paciente*" (fls. 05, destaque no original). Conforme foi afirmado linhas acima, o paciente foi detido com base no art. 302, III, do CPP, que não exige que o preso em flagrante seja encontrado com nenhum tipo de instrumento. Na verdade, tal exigência é encontrada no inc. IV do mencionado dispositivo legal, inaplicável *in casu*. Além disso, não se pode exigir exame de corpo de delito para comprovação da materialidade do suposto crime no momento da lavratura do auto de prisão. Neste momento, a materialidade é demonstrada pelos depoimentos de fls. 11/13-TJ dos presentes autos.

Tem-se ainda que o paciente não faz jus ao benefício da liberdade provisória (art. 310, parágrafo único, do CPP). Conforme foi ressaltado pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Betim (fls. 26/27-TJ), ainda persistem razões de cautela para a manutenção da prisão provisória. As circunstâncias em que foi cometido o crime em tese revelam que a liberdade do paciente ameaçaria a ordem pública. O Magistrado de primeiro grau concluiu com sabedoria sua decisão:

"... *a liberdade de um provável agente de delito praticado nas circunstâncias do presente configura séria ameaça à manutenção da ordem pública, provocando uma odiosa insegurança social que, sob todos os aspectos, deve ser combatida pelo Judiciário*".

Há mais uma razão para se indeferir a liberdade provisória ao paciente. O juiz paulista e mestrando Francisco Glauber Pessoa Alves publicou brilhante artigo na *Revista dos Tribunais* nº 793, intitulado "Subsistência da Prisão Preventiva e Prestígio à Sensibilidade do Magistrado de Primeiro Grau na sua Decretação". Leciona o Magistrado:

"*E somente o julgador de primeira instância, que convive no seio da comunidade onde o delito tenha ocorrido, tem maior conhecimento dos fatos e está melhor instruído para sentir ou não o clamor público e qualquer outro dado concreto justificador da prisão preventiva. Embora não de uma maneira sistematizada, é cada vez*

mais comum a menção expressa nos julgados à posição e ao prestigiamento do juiz de primeira instância" (p. 481/482).

Do exposto e com a devida vênia do ilustre Procurador de Justiça, denego a ordem.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

PRISÃO CIVIL - ALIMENTOS - DÉBITO PRETÉRITO - CONCEITUAÇÃO - SÚMULA 59 DO TJMG - *HABEAS CORPUS* - ÂMBITO DE COGNOSCIBILIDADE DO *WRIT* - SÚMULA 60 DO TJMG - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- A teor da Súmula nº 60 do TJMG, tratando-se de prisão civil por dívida de alimentos, o âmbito de cognoscibilidade do *habeas corpus* se restringe ao aspecto da legalidade, devendo-se verificar se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e se foi prolatada por juízo competente. Presentes tais requisitos, não se autoriza o reconhecimento da ilegalidade do ato judicial.

- Se o paciente não reúne condições de saldar o débito e se está a postular a revisão dos alimentos pactuados, tais questões não são matéria afeta ao juízo criminal.

- Dívida de alimentos antiga é, tão-somente, aquela vencida há mais de três meses antes do início da execução, a teor da Súmula nº 59 do TJMG.

HABEAS CORPUS Nº 293.580-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa: *Habeas corpus* - Inadimplemento de pensão alimentícia - Prisão civil - Âmbito de cognoscibilidade do *writ* - Débito pretérito - Conceituação - Súmulas 60 e 59 do TJMG - Ordem denegada, cassada a liminar.

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, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM, CASSADA A LIMINAR, COM COMUNICAÇÃO.

Belo Horizonte, 20 de agosto de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo ilustre advogado, Antônio da Silva Prado Júnior, em favor de F.S.P., visando à desconstituição de decreto de prisão civil editado contra o paciente por inadimplência de pensão alimentícia.

Alega o impetrante que o paciente teve sua prisão decretada, "*apesar de ter apresentado justificativa pelo não-cumprimento do todo da obrigação e de ter também feito pedido de revisão, uma vez que vem depositando mensalmente a quantia que pode suportar diante de sua atual situação financeira, bastante abalada, na verdade, completamente abalada*".

Alega, mais, que a ilegalidade da decretação da prisão civil se avulta, na medida em que se verifica tratar-se de execução de dívidas pretéritas, ou seja, relativas a março e abril de 2001, destituídas, pois, de caráter alimentar.

Deferiu-se liminar permitindo-se ao paciente permanecer em liberdade até final julgamento do presente *writ*.

Prestadas pela autoridade tida como coatora as informações que lhe foram solicitadas, pela concessão da ordem impetrada opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Antônio José Leal.

Em síntese, é o relatório.

Antes de mais nada, é de se salientar que, a teor da Súmula 60 do TJMG, "*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 se foi prolatada por juízo competente*".

In casu, infere-se dos elementos trazidos à colação que tais requisitos se acham presentes, desautorizando, por conseguinte, o reconhecimento da ilegalidade do ato judicial, como pretende o impetrante.

Se o paciente não reúne condições de saldar o débito e se está a postular a revisão dos alimentos pactuados, esta é matéria não afeta ao Juízo criminal.

No que tange à alegação de que o débito é pretérito, não assiste razão ao impetrante, vez que a execução foi ajuizada em 09.05.2001, referindo-se ao inadimplemento de pensões alimentícias relativas a março e abril daquele ano (fls. 26/27).

Se houve demora na citação e processamento da execução, nenhuma culpa cabe à exeqüente.

Saliente-se que dívida de alimentos antiga é, tão-somente, "*aquela vencida há mais de três meses antes do início da execução*" (Súmula 59 do TJMG).

Convicto, ante os elementos probatórios examinados, de que inexiste constrangimento ilegal, pedindo vênia à douta Procuradoria de Justiça, denego a ordem impetrada, cassando, pois, a liminar anteriormente concedida.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Sr^a. Des^a. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, CASSADA A LIMINAR, COM COMUNICAÇÃO.

-:::-

HABEAS CORPUS - **PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - MATÉRIA A SER DISCUTIDA EM RECURSO DE AGRAVO - SUPOSTA COAÇÃO ILEGAL NO DIREITO DE IR E VIR DO PACIENTE - CONHECIMENTO DO *MANDAMUS* - LIVRAMENTO CONDICIONAL - LIBERADO QUE COMETE OUTROS DELITOS NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO - CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO - UNIFICAÇÃO DE PENA - INTELIGÊNCIA DO ART. 111 DA LEI Nº 7.210/84 - REGIME PRISIONAL - ALTERAÇÃO - MUDANÇA DE REGIME ABERTO PARA FECHADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INOCORRÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM**

- A progressão de regime prisional deve ser discutida em sede de recurso de agravo, por se tratar de questão relativa à execução de pena, não sendo o *habeas corpus* via adequada para se decidir sobre tal matéria, por necessidade de análise de questões subjetivas, consoante entendimento já consolidado no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Súmula 50 do Grupo de Câmaras Criminais). Não obstante, é de conhecer do *mandamus*, considerando-se a suposta coação ilegal a que se diz submetido o impetrante em sua liberdade de ir e vir, especialmente no apontado direito de cumprir a pena em regime mais favorável do que aquele determinado pelo juízo da execução penal.

- Se o condenado, durante o benefício do livramento condicional, sofre outra condenação pela prática de crime contra o patrimônio e tráfico de substância entorpecente, procedendo-se à unificação das penas, sendo efetuado o somatório das penas a ele impostas, determinando-se que o regime de cumprimento de pena de reclusão seria o fechado, não é ilegal a decisão do juiz que, fundamentadamente, com o sustento legal do disposto no art. 111 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), determina seu recolhimento à prisão para fins de cumprimento da pena em regime fechado.

- O condenado que durante a vigência do livramento condicional comete outros delitos, sendo novamente condenado, operando, inclusive, o trânsito em julgado da decisão condenatória, infringindo a norma legal, perde o direito de desfrutar o benefício, nos termos do art. 86 do Código Penal, não havendo que se falar em constrangimento ilegal, quando, em tais casos, é revogado o livramento condicional.

HABEAS CORPUS Nº 294.487-4/00 - Comarca de Diamantina - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Pena - Somatório - Art. 111 da Lei de Execuções Penais - Regime prisional - Alteração - Revogação do livramento - Decisão condenatória - Trânsito em julgado - Constrangimento ilegal - Inocorrência. - A existência de várias condenações impostas ao acusado impõe o seu cumprimento no regime prisional derivado da unificação das penas, conforme preconiza o teor do art. 111 da Lei de Execuções Penais. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando revogado o livramento condicional, em face da prática de outro crime, inclusive com sentença condenatória já transitada em julgado, a ensejar a perda do acusado do benefício a que fizera jus. *Habeas corpus* que se denega.

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, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 20 de agosto de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de *habeas corpus* impetrado de próprio punho pelo paciente Eduardo Messias de Souza, sob a alegação de constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Diamantina, que determinou a revogação do livramento condicional, cujo benefício desfrutava o paciente, impondo-lhe, assim, a custódia carcerária, para fins de cumprimento da pena em regime fechado.

Relata o impetrante a alteração do regime prisional, do aberto para o fechado, conforme decisão do Juízo coator, e contra a qual se insurge, ao sustento de não ter sido observada a progressão disposta no art. 33, §§ 1º e 2º e alíneas *a, b* e *c*, do CP.

Diz-se pai de família, trabalhador e que, devidamente amparado nos

moldes legais, imperiosa é a determinação para o cumprimento de sua pena no regime semi-aberto, o que requer. Colaciona aos autos a certidão de fls. 04/05-TJ e a decisão de fls. 07/08-TJ da autoridade apontada coatora.

Não houve pedido de liminar, conforme se denota no despacho de fls. 13-TJ.

Devidamente oficiada, prestou a autoridade coatora suas informações (fls. 15-TJ), aduzidas pelo douto Juiz de Direito da Comarca de Diamantina, fazendo juntar ao autos os documentos de fls. 16/29-TJ.

Manifestando-se em parecer da lavra do Doutor Renato Martins Jacob, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem postulada, ao entender correta a progressão do regime prisional efetuada, não havendo, portanto, qualquer constrangimento ilegal.

É, em síntese, o relatório.

Preliminarmente, venho ressaltar que a pretensão ora submetida a esta colenda Turma, por versar sobre progressão de regime prisional, e contra a qual se insurge o paciente, haveria de ser discutida em sede de recurso de agravo interposto da decisão do Juízo coator - fls. 28/29-TJ, por se tratar de questão relativa à execução de pena.

Esse também o entendimento já consolidado neste egrégio Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 50 do Grupo de Câmaras Criminais, *in verbis*:

"*O* habeas corpus *não é via adequada para se decidir sobre progressão de regime prisional, pela necessidade de análise de questões subjetivas*".

Não obstante, por amor ao debate e considerando-se a suposta coação ilegal a que se diz submetido o impetrante em sua liberdade de ir e vir, especialmente no apontado direito de cumprir a pena em regime mais favorável do que aquele determinado pelo Juízo da execução penal, conheço do *mandamus*.

Assim, analisadas as alegações do impetrante, não vislumbro meios de conceder a ordem postulada.

Depreende-se das informações prestadas pela Autoridade Coatora, bem como da documentação trazida ao presente feito, que o paciente não está a sofrer qualquer constrangimento ilegal, em virtude da determinação de seu recolhimento à prisão para o cumprimento de sua pena no regime fechado.

Primeiramente, hei de ressaltar que o paciente fora inicialmente condenado ao cumprimento das penas de 28 anos, 5 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 90 dias-multa, vindo a cumprir 14 anos, 5 meses e 24 dias, quando obteve o benefício do livramento condicional.

Contudo, veio o paciente a praticar diversos delitos, dos quais se viu absolvido de quase todos eles, restando assim a condenação a que se viu incurso

pelo crime de furto, em sua forma tentada, e do qual resultou a pena de 9 meses de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Transitada livremente em julgado esta decisão condenatória, procedeu-se à unificação das penas, resultando o total de 14 anos, 8 meses e 26 dias e pagamento de 100 dias-multa, tudo conforme descrito na certidão de fls. 04-TJ.

Ora, ao teor do disposto no art. 111 da Lei de Execuções Penais, efetuado o somatório das penas impostas ao acusado, determinou-se o regime de cumprimento da pena de reclusão, *in casu*, o fechado, assim definido em face dos delitos praticados pelo impetrante - em sua maioria crimes contra o patrimônio e tráfico de substâncias entorpecentes, conforme anotações constantes na certidão de antecedentes criminais às fls. 23/24-TJ.

Assim, nenhuma irregularidade se vislumbra na decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Diamantina, que, fundamentadamente, com o sustento legal do disposto no art. 111 da LEP, impôs ao impetrante o cumprimento de sua pena em regime fechado.

Lado outro, correto também se apresenta o entendimento do Juízo coator, inclusive ressaltado no parecer ministerial do segundo grau, no tocante à revogação do benefício consistente no livramento condicional que vinha desfrutando o acusado.

Pois, tem-se que, após a concessão do referido benefício, veio o paciente a cometer delitos outros, sendo novamente condenado, operando-se, inclusive, o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Tendo infringido a normatividade legal, perdeu o beneficiário o direito de continuar a desfrutar do livramento condicional, o que se determinou.

Nestes termos, preconiza o art. 86 do CP:

"*Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:*

I - por crime cometido durante a vigência do benefício".

Trata-se de imposição legal; portanto, outra não poderia ser a decisão guerreada, senão a que determinou a revogação do benefício.

Por conseguinte, e acatando o entendimento exposto no parecer ministerial do segundo grau, entendo que a custódia do paciente está desprovida de qualquer irregularidade, a ensejar, por conseguinte, a rejeição da tese exposta neste remédio heróico - o cumprimento da pena que lhe foi imposta há de ser necessariamente cumprido no regime fechado.

Neste sentido:

"*Pena - Regime prisional - Progressão negada pelo Juízo das execuções - Ritos e cautelas legais e regulamentares observados - Revisão*

pretendida em sede de habeas corpus - *Meio inidôneo - Ordem denegada* - Habeas corpus.

Atendidos os ritos e as cautelas legais e regulamentares, o juizo do magistrado a respeito da progressão do regime prisional não comporta revisão em sede de habeas corpus. *Pedido denegado*" (STF - 2ª T. - *HC* - julg. em 23.9.1988 - v.u. - Rel. Célio Borja - *RT*, 640/3.810).

Ante os fundamentos ora esposados e não apurado o alegado constrangimento ilegal, sendo justa a causa de sua custódia, inexiste razão ao paciente a ensejar a concessão da ordem postulada, inviabilizando-se qualquer modificação em seu regime prisional como requerido.

Assim é que finalizo o voto para denegar a ordem impetrada.

É como voto.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

Superior Tribunal de Justiça

CONSTITUCIONAL - PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - DEPUTADO ESTADUAL - PARECER DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INEXISTÊNCIA DO ATO LESIVO - IMPOSSIBILIDADE

- 1. É imprópria a via mandamental para atacar parecer técnico proferido por servidor público, no caso concreto, pelo Diretor-Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, porquanto tal ato é meramente opinativo, não se revestindo, pois, de natureza decisória.

- 2. Precedentes (ROMSs nºs 2.176-GO e 1.587-GO).

- 3. Recurso conhecido, porém, desprovido.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 4.330-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Recorrente: Ajalmar José da Silva. Advogados: Edson Haeckel Magalhães e outro. T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Advogados: Márcio Heleno da Silva e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 23 de abril de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Ajalmar José da Silva, com fundamento no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra o

v. acórdão de fls. 42, prolatado pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por maioria, denegou a ordem, sob o argumento de que não se caracteriza ato ilegal da autoridade o parecer exarado pela Mesa da Assembléia Legislativa, sendo este apenas ato enunciativo, mormente quando não tenha sido aprovado por ato próprio *a posteriori*.

Alega o recorrente, nas suas razões, em síntese, que, requerendo à Presidência da Assembléia Legislativa Mineira que fosse deferida a concessão de adicional qüinqüenal em relação ao seu tempo de serviço como funcionário público estadual, do DER/MG, foi emitido um parecer de indeferimento, exarado pelo relator, um dos integrantes da Mesa. Sustenta que tal ato caracteriza-se violador do seu direito líquido e certo, posto que constitui ato *interna corporis* daquela Casa Legislativa e em cujo exame de legalidade não poderia adentrar o Poder Judiciário (fls. 59/61).

Contra-razões apresentadas às fls. 64/67, nas quais a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, devidamente representada, alega que não deve prosperar o recurso, haja vista que não se pode vislumbrar qualquer caráter vinculativo ou normativo no parecer exarado pela Mesa, inexistindo, desse modo, violação ao seu eventual direito.

Devidamente preparado o recurso (fls. 76-v.) e estando o mesmo tempestivo, subiu o presente a esta Corte, sendo inicialmente distribuído ao Exmo. Sr. Ministro José Dantas, em 20.04.1994, abrindo vista, na mesma data, ao Ministério Público Federal. Contudo, os autos somente retornaram a este Colegiado apenas em 20.03.2002, ou seja, após quase 08 (oito) anos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do recurso (fls. 80/82), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porém, desprovido.

Sustenta o recorrente a possibilidade da via mandamental eleita contra o parecer prolatado pela Mesa da Assembléia Legislativa para poder ser assegurado o seu direito à concessão de adicional qüinqüenal como funcionário público estadual, anteriormente ao exercício do mandato de deputado.

Ora, nas lições de HELY LOPES MEIRELLES, *in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc.*, RT, 13ª edição, página 17:

"*O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual e coletivo, líquido e certo, do impetrante.*

(...)

Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

(...)

Por deliberações legislativas atacáveis por mandado de segurança entendem-se as decisões do Plenário ou da Mesa ofensivas de direito individual ou coletivo de terceiros, dos membros da Corporação, das Comissões, ou da própria Mesa, no uso de suas atribuições e prerrogativas institucionais. (...) Nesses atos, resoluções ou decretos legislativos caberá a segurança quando ofensivos de direito individual público ou privado do impetrante (...)".

Ensina-nos, ainda, conceituado autor que (fls. 13):

"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 de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*" - grifamos.

É certo que a autoridade tida como coatora não praticou qualquer ato lesivo capaz de ferir direito líquido e certo do impetrante-recorrente. *In casu*, a Mesa Legislativa do Estado de Minas Gerais, representada pelo seu Diretor-Geral, apenas exarou um parecer de indeferimento ao pedido de concessão de adicional qüinqüenal, requerido pelo impetrante, não se tratando, desse modo, de "deliberações legislativas" atacáveis via mandado de segurança.

Logo, não enseja impetração de mandado de segurança contra parecer, cujo caráter é meramente opinativo, não se revestindo, pois, de natureza decisória.

Neste diapasão, vale conferir precedentes desta Corte de Uniformização, *verbis:*

"*Mandado de segurança - Cabimento. - A expressão constitucional 'quando denegatória a decisão' tem sentido amplo, compreendendo tanto as decisões que, apreciando o mérito, indeferem a segurança, como também aquelas que, sem julgamento do mérito, extinguem o processo, parecer, exarado em processo administrativo, não dá ensejo a mandado de segurança, cabível em tese contra ato concreto de autoridade. - Recurso conhecido mas*

improvido" (ROMS nº 2.176-GO, Rel. Ministro Assis Toledo, *DJU* de 04.08.1993).

"*Mandado de segurança - Parecer - Inadmissibilidade. - Não cabe mandado de segurança contra parecer da Procuradoria-Geral do Estado - exarado em processo administrativo, por não ter força vinculante e por tratar-se de ato de seu ofício, nos procedimentos administrativos que dizem respeito ao controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo. - Recurso ordinário a que se nega provimento*" (ROMS nº 1.587-GO, Rel. Ministro José de Jesus Filho, *DJU* de 23.08.1993).

Por tais fundamentos, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

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, negou provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 23 de abril de 2002. - *Júnia Oliveira C. Rosa e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 05.08.2002.)

-:::-

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUÍZO MILITAR E JUÍZO COMUM - POLICIAL MILITAR - CONTRAVENÇÃO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO - DELITO NÃO CONTEMPLADO PELA LEGISLAÇÃO MILITAR

- Compete à Justiça Comum processar e julgar a contravenção de disparo de arma de fogo, que o Código Penal Militar não define como crime, praticada por policial militar que não estava em serviço.

- Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Comum para apreciar a contravenção penal.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 33.623-MG - Relator: Ministro FELIX FISCHER

Autor: Justiça Pública. Réu: Wellington Paruca Diniz. Advogado: Ricardo Luiz Tavares Victor. Réu: Rodrigo de Oliveira Gonçalves. Suscitante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG. Suscitado: Juízo Auditor da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília-DF, 22 de maio de 2002 (data do julgamento). - *Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Presidente. - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, estabelecido entre o Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG e o Juízo Auditor da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, no qual se discute a competência para o julgamento de Wellington Paruca Diniz, policial militar, denunciado pela prática do delito inscrito no art. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97.

A questão restou delineada às fls. 285/286, *in verbis:*

"*Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, estabelecido entre o Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG e o Juízo Auditor da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, no qual se discute a competência para julgamento de Wellington Paruca Diniz, policial militar, denunciado pela prática do delito inscrito no art. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97.*

O douto Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG, à fl. 88 e 88-v., declarou-se incompetente, acatando as alegações da defesa prévia, por entender que o réu, policial militar, quando da consumação do delito, estava a caminho do serviço, portanto, em exercício funcional, o que remete a competência para uma das Auditorias Militares para julgamento e processamento do feito.

Por outro lado, o Juiz-Auditor Militar, às fls. 142/143, por entender que o crime de disparo de arma de fogo não está inserido nos incisos do art. 9º, do CPM e sim, em lei especial, declara a incompetência absoluta da Justiça Militar para atuar no feito".

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronunciou pela competência da Justiça Comum, Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Tratando-se de crime ou contravenção, no caso disparo de arma de fogo, previstos somente na legislação penal comum, competente é a Justiça Comum para processar e julgar o delito, *in casu*, praticado por policial militar que não estava em serviço.

A douta Subprocuradoria-Geral da República assim se pronunciou, *in verbis:*

"*Com efeito, o cerne da questão está em definir o Juízo competente para processar e julgar ação penal movida em desfavor de policial militar acusado de ilícito previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97.*

De fato, assiste razão aos argumentos exarados pelo Ministério Público de Minas Gerais ao suscitar o conflito negativo de jurisdição, reconhecendo a competência da 7ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte-MG.

O art. 124 da CF atribui à Justiça Militar o processamento e julgamento de crimes militares assim definidos em lei. Desta forma, embora presente a condição de policial militar do réu e a utilização de arma pertencente à corporação militar, sob a guarda, na perpetração da referida infração; estes elementos não têm o condão de por si só atribuir competência jurisdicional à Justiça castrense, eis que necessária a existência de previsão legal para definir o crime militar.

In casu, *o delito não encontra correlação com os tipos capitulados no Código Penal Militar, a teor do art. 9º e incisos deste diploma legal, inexiste a figura correspondente de crime militar.*

Destarte, estando a referida conduta delituosa tipificada somente na legislação especial, mister se faz o reconhecimento da competência da Justiça Comum. Neste sentido, verbis:

'Constitucional - Penal e Processual - Conflito de competência - Ação penal - Policial militar - Perigo de vida (art. 132, CP) - Porte não autorizado e disparo de arma da corporação militar (arts. 19 e 28 da LCP) - Vítima civil - Ausência de previsão legal - Art. 124 da CF - Crime militar não configurado - Competência da Justiça Comum.

- I. Compete à Justiça Comum a persecução de delito atribuído a policial militar que, não estando em serviço, efetua disparos com arma de fogo pertencente à corporação estando em via pública, e expõe a perigo de vida vítima civil.

- II. Afastada a aplicação da Súmula nº 47/STJ, tendo em vista que os ilícitos imputados (porte irregular e disparo de arma de fogo - arts. 19 e 28 da LCP, respectivamente, e perigo de vida - art. 132 do CP) não se encontram também capitulados no Código Penal Militar. Em face da inexistência de crime militar, que deriva de previsão legal em obediência ao preceito constitucional inscrito no art. 124 da Carta Magna, e do art 9º, e incisos, do CPM, impõe-se a competência da Justiça Comum.

- III. Conflito conhecido e dirimido em favor da Justiça Comum' (STJ, CC nº 14.305-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU *de 28.02.96, Terceira Seção).*

Pelo exposto, opina este Ministério Público Federal pela procedência do conflito, para que se declare competente o MM. Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG, para processar e julgar o feito" (fls. 286/287).

Também, nesse sentido os seguintes julgados desta Corte:

"*Penal e Processual - Conflito de competência - Inquérito - Militar - Conduta delituosa, utilizando arma de uso particular - Aquisição via corporação militar - Decreto nº 55.649/65 - Ausência de crime militar - Competência da Justiça Comum.*

- I. Compete à Justiça Comum a persecução de delito atribuído a militar que, não estando em serviço, efetua disparo com arma de fogo de uso particular e danifica caixa eletrônico de banco privado.

- II. A arma adquirida e indenizada por militar via corporação, a teor do Decreto nº 55.649/65, para uso particular, refoge do tipo previsto no art. 9º, II, f, *do CPM, que dispõe sobre a utilização de armamento militar na prática de ato ilegal.*

- III. A ausência de crime militar na hipótese impõe a competência da Justiça Comum.

- IV. Conflito conhecido e dirimido em favor da Justiça Comum" (CC nº 14.090-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 01.04.96).

"*Conflito de competência - Juízo Militar e Juízo Comum - Crime de resistência - Arts. 329, do Código Penal, e 177, do Código Penal Militar - Súmula nº 47 do STJ - Contravenção de disparo de arma de fogo - Delito não contemplado pela legislação militar.*

- I. O delito de resistência previsto no art. 329 do Código Penal, igualmente, está capitulado no art. 177 do Código Penal Militar, ou seja, é crime comum e crime militar. Entrementes, o presente delito foi cometido com a utilização de arma de brigada militar, portanto, incide na hipótese a Súmula nº 47, deste Tribunal, cujo teor é o seguinte: 'compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de

arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço'.

- II. Quanto ao juízo competente para processar e julgar a contravenção de disparo de arma de fogo, urge salientar que o Código Penal Militar não define como crime, portanto cabe à Justiça Comum a sua apreciação.

- III. Conflito conhecido para declarar o Juízo Comum para apreciar a contravenção penal e não conhecido quanto ao crime de resistência" (CC nº 4.273-RS, Rel. Min. Pedro Acioli, *DJU* de 16.08.93).

"*Processual Penal - Conflito de competência - Disparo de arma de fogo, com perigo para terceiros - Crime ou contravenção comuns, não previstos na legislação militar - Competência da Justiça Comum, não obstante o emprego de arma de corporação*" (CC nº 2.759-SP, Rel. Min. Assis Toledo, *DJU* de 09.03.92).

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Terceira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Belo Horizonte-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 22 de maio de 2002. - *Clécio Alves de França* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 24.06.2002.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS POR OBRA PÚBLICA MUNICIPAL - DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO ESTADO - ACÓRDÃO FUNDADO EM CLÁUSULA CONTRATUAL - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 05/STJ - VIOLAÇÃO AO ART. 515 DO CPC NÃO CONFIGURADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - SÚMULAS 282 E 356 DO STF

- Se o único fundamento do aresto recorrido está fincado em cláusulas de convênio firmado entre o recorrente e o Estado de Minas Gerais, não cabe reexaminá-lo em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula nº 05/STJ.

- Não tendo o tema abordado pelo art. 515 do CPC sido mencionado pelo v. aresto hostilizado, cabia à Municipalidade recorrente, antes de manifestar apelo especial, opor embargos declaratórios, suscitando a apreciação da matéria; não o fazendo, carece o recurso do requisito indispensável à sua admissibilidade, o prequestionamento.

- Recursos especiais não conhecidos.

RECURSO ESPECIAL Nº 246.786-MG - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Recorrente: Município de Belo Horizonte. Advogados: João Sebastião Ribeiro Romanelli e outros. Recorrente: Superintendência de Desenvolvimento da Capital-Sudecap. Advogado: Ademir Pezarine Ferreira. Recorrido: Posto Cabral Ltda. Advogados: Paulo Eduardo Almeida de Mello e outro.

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, não conhecer dos recursos. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília-DF, 07 de maio de 2002 (data do julgamento). - *Ministra Eliana Calmon* - Presidente. - *Ministro Francisco Peçanha Martins* - Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins - Trata-se de recursos especiais manifestados pela Superintendência de Desenvolvimento da Capital-Sudecap e pelo Município de Belo Horizonte, ambos com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, por unanimidade, deu provimento à apelação do Posto Cabral Ltda. e teve por prejudicadas as apelações do

Município e da Sudecap e a remessa necessária, nos autos da ação de indenização ajuizada pelo Posto, objetivando obter indenização pelo prejuízo causado na redução substancial das vendas de combustível e outros, em virtude de execução de obra nas proximidades de seu comércio, que impediu ou dificultou o acesso de consumidores, bem como a desvalorização de seu estabelecimento.

O v. aresto recorrido, analisando as cláusulas do Convênio nº 53/92, firmado entre a Municipalidade, a Sudecap e o Estado de Minas Gerais, rejeitou a denunciação à lide pleiteada, por entender que a responsabilidade do Estado ante o Município é apenas de custear a empreitada. No mérito, entendendo que houve desvalorização do imóvel, fixou a indenização no valor de R$363.765,43, condenando, ainda, os réus ao pagamento da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação. Ao final, julgou prejudicadas as demais matérias abordadas nas apelações da Municipalidade e da Sudecap.

Opostos embargos declaratórios pela Sudecap, estes restaram não conhecidos pela Câmara julgadora, ante a falta de assinatura do patrono.

Daí o recurso especial em que as ora recorrentes sustentam ser da inteira responsabilidade do Estado o sustentáculo financeiro, técnico e administrativo do empreendimento. Dizem contrariado o art. 70, III, do CPC. A Municipalidade alega, ainda, ter o v. aresto violado o art. 515 do CPC, ao decidir pela prejudicialidade de questões de profunda relevância suscitadas em seu recurso de apelação.

Contra-razões às fls. 913/919.

Os recursos especiais de ambos recorrentes foram admitidos no Tribunal *a quo*, subindo os autos a esta eg. Corte, onde vieram a mim conclusos.

Solicitei a ouvida do Ministério Público Federal, que manifestou pelo improvimento de ambos os recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator) - Vale referir que são dois os recorrentes especiais que se insurgem contra o acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, resumido nos termos seguintes (fls. 878):

"*Indenização - Obras - Danos comerciais e desvalorização do imóvel - Ressarcimento devido - Honorários de advogado - Proporcionalidade com o patrimônio defendido - Denunciação da lide - Descabimento - Inexistência de direito regressivo. - Deve ser indenizado o proprietário de imóvel cujo valor foi diminuído em função da realização de obras pelo Poder Público. - Os honorários de advogado nas ações em que resulta condenada a Fazenda Pública, apesar de serem determinados pelo § 4º, do art. 20, do CPC, não podem resultar em montante irrisório diante do patrimônio defendido. - Não cabe denunciação da lide do Município contra o Estado se este responsabilizou-se, via de convênio, apenas ao pagamento das empreiteiras que realizariam obra contratada por aquele*".

Alega, preliminarmente, a Municipalidade recorrente a nulidade do v. aresto por ter relegado ao esquecimento matérias de profunda relevância suscitadas em suas razões de apelação. Quanto à questão da denunciação da lide, sustenta ter o v. acórdão recorrido incorrido em equívoco, ao se prender ao conteúdo da cláusula 6.1 do Convênio nº 53/92, deixando de examinar os demais itens contratuais, onde o Estado assumia toda a responsabilidade pela execução das obras através do DEOP (Departamento Estadual de Obras Públicas).

A Sudecap, em seu recurso especial, ataca igualmente o não-acolhimento da denunciação da lide ao Estado, afirmando que o DEOP, por termo de retificação, assumiu integral e exclusiva responsabilidade pela continuação e conclusão das obras da trincheira.

Não vejo configurada qualquer violação ao art. 515 do CPC.

O referido preceito legal sequer foi mencionado pelo v. aresto hostilizado, que se limitou a declarar a prejudicialidade de outras matérias invocadas pelos ora recorrentes em suas razões de apelação, em face do acolhimento do recurso voluntário da autora. Cabia à Municipalidade opor embargos declaratórios suscitando a apreciação da matéria abordada pelo art. 515 da Lei Processual Civil; não o fazendo, carece o apelo do requisito indispensável à sua admissibilidade, o prequestionamento. Incide, ainda, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

No que toca à denunciação da lide, o v. aresto decidiu o tema fundado exclusivamente em cláusula de convênio firmado entre as partes como demonstra o trecho do voto condutor que ora destaco (fls. 883/885):

"*(...)*

O Convênio nº 053/92, firmado entre denunciantes e denunciados, estipula a responsabilidade do Estado de Minas Gerais 'em satisfazer os compromissos financeiros que assume, segundo mediações de obras...', ou seja, no pagamento da empresa de engenharia pela execução da obra.

Da leitura deste Convênio (fls. 65/71-TJ), também percebe-se que a obra foi avençada entre a Sudecap e as empreiteiras (cláusula 6.1), intervindo o Estado apenas para o pagamento destas.

Desta forma, cumpre destacar aqui duas relações jurídicas, ligadas por circunstâncias meramente fáticas.

O Município compõe uma relação com as empreiteiras, estas executando as obras e aquele pagando por isso.

Por outro lado, mediante o Convênio 053/92, responsabiliza-se o Estado ante o Município, a custear a empreitada.

Não existe vínculo jurídico entre o Estado e o autor, como tampouco obrigação de indenizar por fato decorrente da obra, mormente quando se trata de obra municipal.

A denunciação à lide pressupõe obrigação indenizatória hábil para a ação regressiva. A este respeito leciona o Ministro Moacyr Amaral dos Santos, nas suas Primeiras Linhas de Direito Processual Civil:

'É condição para a denúncia da lide ao terceiro que este, por lei ou contrato, esteja obrigado, em ação regressiva, a responder pelo prejuízo causado à parte'.

Neste sentido, em situação análoga, já decidiu o col. Supremo Tribunal Federal:

'Recurso extraordinário - Denunciação à lide - Impossibilidade.

- A denunciação à lide pressupõe direito de regresso resultante de lei ou de contrato. Mera obrigação de repasse de verbas, em convênio distinto, não autoriza semelhante fórmula processual.

- Não figurando a União na relação jurídica originária com a obrigação de ressarcir a empresa em caso de inadimplemento do Estado, incabível a figura da denunciação à lide.

- Recurso extraordinário não conhecido' (RE nº 114.332-PR, Relator: Ministro Francisco Rezek. Publicação: DJU *de 06.05.98, p. 10.634, julgamento em 05.04.98 - Segunda Turma)".*

Incabível reexaminar, em sede de recurso especial, cláusulas contratuais, em face do óbice contido no Verbete nº 05/STJ.

Do exposto, não conheço de ambos os recursos.

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, não conheceu dos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 07 de maio de 2002. - *Bárdia Tupy Vieira Fonseca* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 05.08.2002.)

-:::-

CRIMINAL - RESP - TRÁFICO DE ENTORPECENTES DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL - FORMA TENTADA - IMPOSSIBILIDADE - TIPO DE AÇÃO MÚLTIPLA DE CONTEÚDO VARIADO - DOLO GENÉRICO DE LEVAR CONSIGO A DROGA - CRIME DE TRÁFICO CONSUMADO - RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO - INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA - RECURSO PROVIDO

- I. O crime de tráfico de entorpecentes se exaure na modalidade de trazer consigo a substância entorpecente, não podendo se falar em tentativa.

- II. O tipo penal previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas.

- III. Para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes imputado à recorrida, basta o dolo genérico de levar consigo a droga, com o *animus* de traficar.

- IV. A causa de aumento de pena prevista no inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76 incide sempre que qualquer dos crimes referidos pela Lei Antitóxicos seja cometido nos lugares ali relacionados, não importando se o agente do crime é custodiado, ou não, pela instituição carcerária.

- V. Afastada a incidência da figura da tentativa, deve ser restabelecida a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes.

- VI. Dirimida a questão acerca da incidência do inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76, deve ser determinada a inclusão do respectivo aumento na dosimetria da pena imposta em primeiro grau de jurisdição.

- VII. Recurso que deve ser provido para, reformando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença monocrática quanto à condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, anulando-a tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da causa especial de aumento de pena do art. 18, inc. IV, da Lei nº 6.368/76.

- VIII. Recurso provido nos termos do voto do Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 283.679-SP - Relator: Ministro GILSON DIPP

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Alexandre Araújo Souza. Advogado: Lorette Garcia Sandeville.

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 06 de junho de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Gilson Dipp* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com base no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso da defesa, nos termos da seguinte ementa (fl. 122):

"*O Juízo de Primeiro Grau condenou o acusado da prática do crime do art. 12 da Lei Antitóxicos. Recursos contra-arrazoados da Justiça Pública buscando a condenação nos exatos termos da denúncia, ao passo que o acusado busca a absolvição, ou, quando não, alternativamente, a desclassificação ou ainda o reconhecimento da coação moral irresistível. A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo do réu e provimento daquele interposto pelo Ministério Público. O Tribunal* ad quem *negou provimento ao apelo ministerial, dando parcialmente ao do réu, para reconhecer o tráfico tentado, mitigando a reprimenda imposta, mantendo, quanto ao mais, a respeitável decisão atacada*".

Em razões, o recorrente alega negativa de vigência aos arts. 12 e 18, inc. IV, ambos da Lei nº 6.368/76, além de divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 178/191).

Admitido o recurso, às fls. 203/204, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 209/214).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso ministerial e deu provimento parcial ao recurso do réu, para desclassificar a conduta de tráfico consumado pelo qual foi condenado, para tentativa de tráfico.

Consta dos autos que o recorrido foi denunciado como incurso nos arts. 12, *caput*, e 18, inc. IV, ambos da Lei nº 6.368/76, por ter introduzido substância entorpecente, em estabelecimento prisional, com o fim de entregá-la a terceiro.

Sobreveio sentença que condenou o recorrido tão-somente como incurso no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, à pena de 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Inconformado, o Ministério Público recorreu, pretendendo o agravamento da pena em razão da incidência do inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76. O réu, por sua vez, apresentou recurso pretendendo a absolvição ou, alternativamente, a desclassificação da conduta e o reconhecimento da figura da coação moral irresistível.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao do réu, para desclassificar a conduta para mera tentativa de tráfico ilícito de entorpecentes.

O Ministério Público opôs embargos de declaração, rejeitados às fls. 142/144.

Ainda irresignado, o Órgão Ministerial interpôs o presente recurso especial, através do qual, alegando negativa de vigência aos arts. 12 e 18, inc. IV, ambos da lei nº 6.368/76, além de dissídio jurisprudencial, pretende a reforma da decisão recorrida e o conseqüente aumento da pena aplicada ao recorrido.

Conheço do recurso porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade, merecendo prosperar a sua argumentação.

Inicialmente, analiso o aspecto referente ao exaurimento do delito de tráfico de entorpecentes.

Esta Turma vem firmando o entendimento de que o crime de tráfico de entorpecentes exaure-se na modalidade de trazer consigo a substância entorpecente, não se podendo falar em tentativa.

A argumentação básica é no sentido de que o tipo penal previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, assim, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas.

A corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

"*Penal - Tráfico de entorpecentes - Lei nº 6.368/76 - Art. 12 - Consumação.*

- O crime previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76 é de ação múltipla e está consumado na modalidade 'trazer consigo', não havendo que se falar em tentativa de importação de substância entorpecente (precedentes).

- Recurso conhecido e provido" (REsp nº 113.303-PR; Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca; *DJ* de 22.11.1999).

"*REsp - Tráfico de entorpecente - Trazer consigo/e transportar - Dolo genérico - Forma tentada - Não-configuração.*

- O tipo do art. 12 da Lei 6.368/76, mormente nas formas 'trazer consigo' ou 'transportar', é congruente, bastando o dolo genérico e prescindindo de qualquer outro elemento subjetivo diverso do animus *de traficar para que se configure o delito em questão.*

- O agente que, chamado para transportar droga, coloca-a no veículo e é logo após abordado por policiais consumou o crime de tráfico de entorpecentes.

- Recurso provido para reformar parcialmente o acórdão recorrido, excluindo-se do cálculo da pena a redução decorrente do reconhecimento da forma tentada" (REsp nº 142.971-GO; Rel. Ministro Jorge Scatezzini; *DJ* de 25.10.1999).

"*Penal - Tráfico de entorpecentes - Lei 6.368/76, art. 12 - Consumação - 1. Surpreendido o réu quando portava entorpecente destinado ao tráfico ilegal, o crime previsto na Lei 6.368/76, art. 12, está consumado, não havendo que se falar em tentativa, uma vez que o referido tipo é de ação múltipla. - 2.* Habeas corpus *conhecido; pedido indeferido*" (*HC* nº 9.478-SP; Rel. Ministro Edson Vidigal; *DJ* de 06.09.1999).

Sendo assim, penso que, para o exaurimento do crime em questão, basta o dolo genérico, configurado, *in casu*, na conduta praticada pela ora recorrida de levar consigo a droga, com o *animus* de traficar.

Trago, ainda, à colação, aresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

"*Tóxico - Apreensão em posto de fronteira - Núcleo do tipo. - Tratando-se de apreensão no posto de fronteira, tem-se a configuração do núcleo 'transportar'. Exclui-se, por isso mesmo, a possibilidade de considerar outro dos dezoito mencionados no artigo 12 da Lei nº 6.368 e que desaguaria na tentativa - importar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Tóxico - Agravante - Tráfico com o exterior - Alcance. - A causa de aumento prevista no inciso I do artigo 18 da Lei nº 6.368/76 alcança o transporte da droga, sendo que a referência a 'tráfico com o exterior' conduz a pertinência na hipótese em que ocorrida a apreensão em posto da fronteira" (*HC* nº 72.658-SP; Rel. Ministro Marco Aurélio; *DJ* de 27.10.1995).

Quanto à incidência da causa de aumento prevista no inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76, considerando-se a hipótese de que o réu introduziu em estabelecimento prisional, com o fim de entregar a outrem substância entorpecente, tenho que igualmente assiste razão ao recorrente.

O dispositivo apontado como violado possui o seguinte comando:

"*Art. 18.* As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas *de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):*

(...)

IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de *estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo de* estabelecimentos penais, *ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local*" (grifamos).

No caso presente, o Tribunal *a quo* concluiu que, apesar de comprovada a entrada de substância entorpecente - crack - no estabelecimento prisional - Presídio Edgard Magalhães Noronha -, a causa de aumento de pena não incidiria, pois o fato de o preso se encontrar sob coação estatal impediria a configuração do inc. IV do art. 18 da Lei Antitóxicos, que somente se aplicaria a terceiros que não estivessem cumprindo pena restritiva ou privativa de liberdade na instituição carcerária.

Como se percebe, contudo, está claramente estabelecido, no dispositivo acima transcrito, que, no caso de serem cometidos quaisquer dos crimes referidos na Lei nº 6.368/76 - *tráfico de entorpecentes, no art. 12, posse de petrechos destinados ao tráfico, no art. 13, associação para o tráfico, no art. 14, prescrição de substância entorpecente, no art. 15, posse de substância entorpecente, no art. 16, e quebra de sigilo dos documentos relativos ao auto de prisão e ao inquérito, no art. 17 -, nos locais relacionados nos incisos do art. 18, a pena será aumentada de 1/3 a 2/3, não se fazendo nenhuma distinção entre as diferentes condutas delituosas ou ao fato de ser o agente custodiado, ou não, por alguma instituição carcerária.*

Desta forma, pertinentes os argumentos do recorrente, no sentido de que a causa de aumento de pena é incidente, *in casu*.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedente jurisprudenciais:

"*Penal - Processual Penal* - Habeas corpus - *Tráfico de entorpecentes - Crime praticado no interior de estabelecimento penal - Qualificadora do art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76.*

- I - Aplica-se ao presidiário que comete o crime de tráfico de entorpecentes no interior do estabelecimento penal a qualificadora do art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76.

- II - HC *indeferido*" (*HC* nº 72.932-SP; Rel. Ministro Carlos Velloso; *DJ* de 23.02.1996).

"*Tráfico de entorpecentes: fixação da pena.*

- 1. Causa especial de aumento: crime praticado no interior, na portaria ou nas imediações de estabelecimento penitenciário: incidência (Lei nº 6.368/76, art. 18, IV).

- 2. Agravante: crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão: sua incidência não constitui bis in idem *com a do art. 18, IV, da Lei de Entorpecentes*" (*HC* nº 71.813-SP; Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; *DJ* de 04.08.1995).

"*Penal - Tráfico de entorpecentes - Lei 6.368/76, art. 12 - Consumação - Art. 18, IV - Incidência* - Habeas corpus.

- 1. O crime previsto na Lei 6.368/76 se consuma na modalidade 'trazer consigo', vez que referido tipo é de ação múltipla.

- 2. Surpreendidos os réus, portando entorpecentes destinados ao tráfico ilegal, na portaria de estabelecimento penal, não se afasta a majorante da Lei 6.368/76, art. 18, IV.

- 3. Habeas corpus *conhecido; pedido indeferido*" (*HC* nº 9.002-SP; Rel. Ministro Edson Vidigal; *DJ* de 13.09.1999).

Destarte, afastada a incidência da figura da tentativa, deve ser restabelecida a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes.

Da mesma forma, dirimida a questão acerca da incidência do inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76, deve ser determinada a inclusão do respectivo aumento na dosimetria da pena imposta em primeiro grau de jurisdição.

Assim, o recurso deve ser provido para, reformando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença monocrática quanto à condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, anulando-a tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da causa especial de aumento de pena do art. 18, inc. IV, da Lei nº 6.368/76.

Recurso provido nos termos acima expostos.

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 06 de junho de 2002. - *Lauro Rocha Reis* (em substituição) - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 05.08.2002.)

-:::-

Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS - **HOMICÍDIO QUALIFICADO - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - PROGRESSÃO - INVIABILIDADE**

- 1. Esta Corte já firmou orientação no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual determina que a pena aplicada aos autores de crimes hediondos seja cumprida integralmente no regime fechado.

- 2. Também a Lei nº 9.455/97 não derrogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, restando inviável a progressão prisional nas hipóteses de condenação por crime hediondo.

- 3. *Habeas corpus* **indeferido.**

HABEAS CORPUS Nº 79.375/4-MG - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA

Paciente: Jenessi dos Santos Pessoa. Impetrante: Jenessi dos Santos Pessoa. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

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 maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília-DF, 14 de setembro de 1999. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Maurício Corrêa* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa - Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Jenessi dos Santos Pessoa, em causa própria, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de *habeas corpus* substitutivo de recurso originário, denegou a ordem que tinha por objetivo a progressão do regime de cumprimento da pena (fls. 22).

2. Narra a inicial que, por crime de homicídio qualificado praticado na vigência da Lei nº 8.072/90, o paciente-impetrante foi condenado a 13

(treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime integralmente fechado, já tendo cumprido mais de um sexto da pena.

3. Sustenta a impetração que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque a Lei nº 9.455/97, em seu art. 1º, § 7º, revogou a proibição contida no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, razão pela qual, mesmo em se tratando de crime hediondo, faz jus à progressão para o regime semi-aberto, não se justificando a permanência do cumprimento da pena corporal em regime fechado.

4. Por despacho proferido às fls. 15 foi indeferido o pedido de medida liminar.

5. Solicitadas as informações, prestou-as, às fls. 19 *usque* 26, o Presidente do Tribunal apontado como coator.

6. O Ministério Público Federal, conforme parecer do Subprocurador-Geral da República em exercício, Dr. Edson Oliveira de Almeida, opina pelo indeferimento do *writ* (fls. 32/33).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Condenado ao cumprimento da pena de reclusão em regime integralmente fechado, pela prática de homicídio qualificado, o paciente-impetrante pretende progressão de regime ao argumento de que a Lei nº 9.455/97 derrogou o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, já vigente à época do cometimento do delito.

2. Entendo incensurável o acórdão atacado, que traz a seguinte ementa:

"Habeas corpus *substitutivo de recurso originário. Mudança do regime fechado para o semi-aberto. Inviabilidade. Condenação por homicídio qualificado. Revisão da sentença.*

- 'Em razão de tratar a Lei nº 9.455/97 especificamente do crime de tortura, não pode seu texto servir à revogação total de dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, que regula uma gama maior de condutas defeituosas'.

*- Precedentes do c. Supremo Tribunal Federal (*HC *77.001-SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão,* in DJ *de 21.08.98).*

- A atenuante da menoridade já foi considerada quando da fixação da pena.

- Ordem denegada" (fls. 22).

3. Com efeito, esta Corte já firmou orientação no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, como exemplificam os julgados com as seguintes ementas:

"Habeas corpus. *Crime hediondo. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei nº 6.368/76 - Caracterização - Regime prisional - Crimes hediondos - Cumprimento da pena em regime fechado - Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição - Inconstitucionalidade não caracterizada - Individualização da pena - Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.*

- À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação no regime prisional.

- Ordem conhecida, mas indeferida" (*HC* nº 69.603-SP, Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 18.12.92, in *RTJ*, 146/611).

"Habeas corpus - *Lei dos Crimes Hediondos - Pena cumprida necessariamente em regime fechado - Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072.*

Tráfico ilícito de entorpecentes - Condenação, onde o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas corpus - *Indeferido por maioria*" (*HC* nº 69.657-SP, Rel. p/ o acórdão: Ministro Francisco Rezek, julgado em 18.12.92, *in RTJ*, 147/598).

4. Por outro aspecto, quanto ao cumprimento integral da pena em regime fechado, imposta aos condenados por crimes hediondos, esta Corte também fixou entendimento de que a Lei nº 9.455/97 não derrogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Precedentes: *HC* nº 76.543, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 03.03.98, *in DJ* de 17.04.98); *HC* nº 77.001, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 16.06.98, *in DJ* de 21.08.98).

5. Ante o exposto, indefiro o *habeas corpus.*

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio - Senhor Presidente, trata-se do problema da individualização da pena, da progressão do regime de cumprimento.

Peço *vênia* ao nobre Ministro Relator para divergir, porque continuo convencido sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90 e, também, em face da lei superveniente, sobre a derrogação desse diploma, no que a lei

ıue definiu os crimes de tortura veio a ›rever, em relação a esses delitos, a ›rogressão no regime de cumprimento.

Eis os fundamentos que tenho ançado:

'Pena - Regime - Descumprimento:

Da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de iulho de 1990.

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no art. 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a argüição de conflito do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena prevista no inciso XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no art. 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sociopsicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do 'mal pelo mal causado' e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal a que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior, que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia, receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa receber de volta um cidadão que enclausurou embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes específicos em crimes de tal natureza - inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no primeiro. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado pela melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas a edição sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral,

mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do Código Penal que o Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - inicial e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junge a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguaram na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, fazendo-o no preceito do § 3º do art. 33 e no inciso III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, teve-se presente, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que faltaria aos integrantes do aparelho judiciário, aos juízes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver a definição respectiva.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento das anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinqüir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei nº 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - art. 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada lei a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é dado ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de a previsão constitucional estar contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a contrario sensu, *as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição.*

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

As razões acima foram lançadas quando proferi voto no Habeas Corpus *nº 69.657/1-SP, havendo ficado vencido na companhia do Ministro Sepúlveda Pertence. O Pleno concluiu de forma diversa.*

Hoje, tem-se quadro normativo novo, considerada a Lei definidora dos parâmetros alusivos ao crime de tortura. Por isso, a matéria está a merecer reflexão.

Nota-se que a Carta de 1988 colocou, em pé de igualdade, os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como hediondos, fazendo-o mediante preceito que tem o seguinte teor:

'XLIII - a lei considerá crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem'.

À luz da repercussão social dos citados crimes e, a partir de enumeração que tem início com o mais gravoso - o crime de tortura -, obstaculizou-se a concessão de fiança, a graça e a anistia. Pois bem, desse preceito surge

a certeza de um tratamento sistemático, observada a isonomia. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, definiu como crimes hediondos o latrocínio (art. 157, § 3º, in fine*), a extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), a extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159,* caput, *e §§ 1º, 2º e 3º), o estupro (art. 213,* caput *e combinação com o art. 223,* caput, *e parágrafo único), o atentado violento ao pudor (art. 214 e combinação com o art. 223,* caput, *e parágrafo único), a epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal e, ainda, o crime de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. Em relação a eles e, também, no tocante à prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, acrescentaram-se, à impossibilidade de chegar-se à fiança, à graça e à anistia, três outras regras: a primeira, envolvida na espécie, ou seja, a do cumprimento integral da pena em regime fechado; a segunda, direcionada ao Juiz e à necessidade de vir a fundamentar hipótese de interposição de recurso - da apelação - em liberdade. E a última, referente à prisão temporária de que cuida a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, revelando-a, nos citados crimes, como passível de alcançar trinta dias, período prorrogável por idêntico espaço de tempo em caso de extrema e comprovada necessidade. Ora, está-se diante de tratamento próprio, sistemático, quanto a conseqüências do crime, considerados procedimentos glosados penalmente que encerram, para efeito de tratamento no campo da persecução criminal, um grande todo. No caso da tortura, veio à balha diploma específico, definidor do respectivo tipo, e aí, em verdadeira correção de rumo no sentido de respeitar-se a Constituição Federal, isso relativamente à individualização da pena, dispôs-se sobre o início do cumprimento da pena em regime fechado, viabilizando-se, assim, a conclusão acerca de haver sido contemplada a progressão no regime de cumprimento da pena. O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto. Logo, exsurgiu disposição contrária ao sistema a que me referi, ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol - o de tortura - contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema. Com inteira razão, consignou a Procuradoria-Geral da República, em peça subscrita pelo Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles:*

14. Ocorre que a recente Lei 9.455/97, que definiu os crimes de tortura, também fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal. Disse, então, no § 7º do art. 1º, do cumprimento inicial da pena, no regime fechado.

15. Ora, quando duas leis infraconstitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diferentemente sobre tratamento que a Constituição quer comum e indêntico às situações - infrações penais - que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico' (fls. 148).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de enfrentar a matéria e assentou, no julgamento do Recurso Especial nº 140.617-GO, que:

'REsp - Constitucional - Penal - Execução da pena - Crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) - Tortura (Lei nº 9.455/97) - Execução - Regime fechado. - A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou o regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica dispondo:

'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado' (art. 2º, § 1º).

A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º:

'O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado'.

A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes (decisão unânime, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, havendo participado do julgamento os Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Paterson - in Consu Lex, *ano I, nº 11, de 30 de novembro de 1997).*

Há de ter-se presente o que Tércio Sampaio Ferraz aponta como 'princípio hermenêutico da unidade da Constituição', no que direciona à lógica, ao afastamento de conclusões conducentes a verdadeiro paradoxo, e este é revelado com a óptica de encerrar a ordem jurídico-constitucional base para tratamento diferenciado de casos a envolver crimes que foram tidos como dotados de semelhante potencial agressivo e, o que é pior, albergando-se tratamento mais favorável, considerado o regime de cumprimento de pena, ao mais repugnante, ao mais ofensivo à dignidade do homem, à própria natureza, como é o de tortura. Neste, condenado o acusado, cumprirá a pena de forma progressiva, ou seja, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Nos demais crimes, de nocividade que não suplanta, a toda evidência, a

tortura, no que quase sempre é de autoria de quem tem o dever de preservar o direito constitucional não só do cidadão, mas também do preso, à integridade física e moral - incisos XLVII e XLIX do art. 5º da Carta de 1988, a pena será cumprida integralmente no regime fechado.

Verifica-se, na espécie, derrogação tácita do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Em face de incompatibilidade decorrente da imposição constitucional de um sistema harmônico de disciplina penal - inciso XLIII, do art. 5º - não mais subsiste, por opção político-legislativa-criminal revelada no art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97 (Lei da Tortura) a regra, aliás conflitante com o princípio constitucional da individualização da pena - inciso XLVI do mesmo art. 5º - reveladora do esdrúxulo cumprimento da pena, na integralidade, em regime fechado.

Nesse sentido é a melhor doutrina - Alberto Silva Franco:

'Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei nº 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecida na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional' (Revista Brasileira de Ciências Criminais *nº 19, página 69).*

Destarte, forçoso é concluir pela derrogação pela Lei nº 9.455/97 da Lei nº 8.072/90, ficando ultrapassada assim a visão extravagante, sob todos os títulos, do integral cumprimento da pena em regime fechado. Concedo a ordem e, portanto, assento que, já agora, a esta altura, considerado o arcabouço normativo no que norteado pela Carta da República, não temos mais a vigorar o preceito da Lei nº 8.072/90, que cogitou, no passado, para mim, do cumprimento integral da pena no regime fechado" (*Habeas Corpus* nº 76.371/0-SP, por mim relatado, perante o Pleno, e julgado em 25 de março de 1998, indeferido, por maioria, tendo sido designado Redator para o acórdão o Ministro Sydney Sanches, com veiculação ocorrida no *Diário da Justiça* de 19 de março de 1999).

Por isso, concedo a ordem para viabilizar o citado regime.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Segunda Turma, 14.09.99.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 12.04.2002.)

-:::-

HABEAS CORPUS - **PROCESSUAL PENAL - PACIENTE CONDENADO, POR INCURSO NO ART. 121, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL, À PENA DE 7 ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME SEMI-ABERTO. - 2. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSISTENTE NO FATO DE TER SIDO EXPEDIDO MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE, APESAR DE O TJPE HAVER DECIDIDO QUE A EXPEDIÇÃO DO MANDADO SE DARIA SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. - 3. LIMINAR DEFERIDA. INFORMAÇÃO DA CORTE *A QUO* DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. - 4. PARECER DA PGR NO SENTIDO DE QUE SEJA CONSIDERADO PREJUDICADO O *WRIT*. - 5. *HABEAS CORPUS* JULGADO PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA**

HABEAS CORPUS N° 1.424/7-PE - Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA

Paciente: Djalma Ribeiro da Silva. Impetrantes: Fernando José Alves de Souza e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar prejudicado o *habeas corpus* e cassar a medida liminar.

Brasília-DF, 19 de março de 2002. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Néri da Silveira (Relator) - Cuida-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de medida cautelar, impetrado pelos Drs. Fernando José Alves de Souza e Fernando Antônio Carvalho Alves de Souza, em benefício de Djalma Ribeiro da Silva, condenado, por incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, à pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto.

Indicam como coator o colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual, por sua Quinta Turma, julgando o *Habeas Corpus* n° 17.777-PE, denegou a ordem, em votação uniforme, em acórdão que expõe esta ementa (fls. 144):

"*Processual Penal - Homicídio - Réu condenado em primeiro e segundo graus - Efeito suspensivo - Recurso especial - Impossibilidade.*

- Esgotadas as instâncias ordinárias e pendente apenas a possibilidade de interposição de recursos que não possuem efeito suspensivo, nada impede a execução provisória da decisão condenatória.

- Ordem denegada, cassando-se a liminar concedida".

Alegam os impetrantes, retomando fundamento deduzido perante a Corte indicada coatora, que o constrangimento ilegal consiste no fato de ter sido expedido mandado de prisão do paciente, apesar de o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ao julgar apelação criminal interposta, ter decidido "*que somente se expediria mandado de prisão após o trânsito em julgado, assegurando deste modo ao paciente o pleno direito de interpor os recursos extraordinário e especial, sem a necessidade do recolhimento ao cárcere*" (fls. 3). Afirmam os impetrantes que a expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado, na forma do decidido pela Corte Estadual, implicou *reformatio in pejus*.

Decidindo sobre a concessão de liminar, exarei o despacho de fls. 110, deferindo o pedido, tão-só para que o paciente "*não seja preso, até o julgamento final deste* habeas corpus, *em razão da decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco*". Determinei, outrossim, fosse a decisão comunicada ao mencionado Tribunal.

Em ofício de fls. 128, a propósito de acusar o recebimento de expediente desta Corte comunicando a concessão da liminar, datado de 16 de outubro de 2001, o ilustre Presidente do Tribunal de Justiça local informou "*que transitou em julgado desde o dia 11 de setembro de 2001 - porque contra ela não foram interpostos recurso especial ou extraordinário, conforme certidão que se encontra nos autos às fls. 31 - a decisão da Segunda Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça pernambucano*".

Solicitadas as informações, prestou-as o ilustre Ministro Paulo Costa Leite, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, acompanhado do inteiro teor do acórdão impugnado (fls. 144/149).

Oficiando no feito, opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 151/152, no sentido de que o *writ* seja considerado prejudicado.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira (Relator) - Julgo prejudicado o *habeas corpus* e casso a liminar concedida.

Bem anotou o parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, às fls. 151/152:

"*2. O fundamento está em que, concluído o julgado em apelação, o Colegiado estadual condicionara a expedição do mandado de prisão, 'após o trânsito em julgado da decisão condenatória' (fls. 4).*

3. Ocorre que, à fl. 128 destes autos, tem-se a informação da Presidência do Tribunal de Pernambuco no sentido de que a decisão, assumida em apelação, transitara em julgado aos 11 de setembro de 2001.

4. Perde a razão de ser o presente pleito, que visava assegurar a liberdade ao paciente até o trânsito em julgado.

Que se o tenha por prejudicado".

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por unanimidade, a Turma julgou prejudicado o *habeas corpus* e cassou a medida liminar. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Maurício Corrêa. Segunda Turma, 19.03.2002.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Antônio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 19.04.2002.)

-:::-

ISS - SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu:

"*Constitucional - Tributário - ISS - Sociedades prestadoras de serviços profissionais - Advocacia - DL 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, CF, art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º.*

- I - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: art. 146, III, a. *Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, arts. 150, II, e 145, § 1º, CF/88.*

- II - RE não conhecido".

- E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou:

"*Constitucional - Tributário - ISS - Sociedade prestadora de serviços profissionais: base de cálculo - DL 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, CF, art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993.*

- I - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput *do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993.*

- II - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68.

- III - RE não conhecido".

- Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 220.327/9-MG - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Recorrente: Município de Belo Horizonte. Advogada: Júnia Paulino Franco. Advogados: Robinson Neves Filho e outros. Recorrida: Engeo Sociedade Civil Ltda. Advogados: Werther Bothelho Spagnol e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília-DF, 12 de março de 2002. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - É este o teor do acórdão que julgou a apelação e o reexame necessário:

"*Conheço do recurso oficial, pelo reexame necessário e obrigatório, bem como do apelo voluntário que é tempestivo e tem presentes os requisitos de sua admissibilidade.*

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Engeo Sociedade Civil Ltda. contra o Secretário da Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte e, em solidariedade, o Chefe do Departamento de Rendas Mobiliárias do Município, em razão dos atos de autuações e cobranças do ISSQN, tendo como base de cálculo o faturamento bruto e não mais o número de sócios.

O MM. Juiz a quo *concedeu a segurança, condenando as autoridades coatoras nas custas do processo, conforme r. sentença de fls. 133/151. Sentença esta, sujeita ao reexame necessário.*

Tenho que o nobre Colega de primeira instância decidiu com o seu costumeiro acerto, nenhuma censura podendo ser traçada a sua decisão, data venia.

Desprezo a alegada preliminar de não-cabimento do writ *por ocorrência da matéria duvidosa de fato e conseqüente inexistência de direito líquido e certo. Isto, pois a carta que o Departamento de Rendas Mobiliárias da Prefeitura de Belo Horizonte enviou à apelada caracteriza-a, expressamente, como beneficiária do aludido regime de tributação (fls. 25). Ou seja, o apelante deu provas suficientes do direito líquido e certo da apelada.*

Quanto ao mérito, também falece razão ao recorrente. O art. 146, inciso III, a, *da Constituição da República preceitua:*

'Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - (...)

II - (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente 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;*

b) *(...)*

c) *(...)*

Temos, pois, que cabe à lei complementar definir base de cálculo de tributos. A lei complementar em questão é o Código Tributário Nacional. Os artigos 71 a 73 do referido

diploma legal, que tratavam do ISS, foram revogados pelo Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. O referido decreto, ao revogar artigos do CTN, foi recepcionado pela Constituição da República como Lei Complementar. Em seu artigo 9º, parágrafo 1º, está definida a base de cálculo do ISS quando se trata de prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, a saber:

'Art. 9º. A base de cálculo é o preço do serviço.

§ 1º. Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 2º. (...)

§ 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável'.

O item 89 da referida lista anexa (lista de serviços do Decreto-lei 406/68) inclui os serviços de engenheiros. Trata-se, exatamente, do serviço prestado pela apelada. Logo, a base de cálculo do ISS não poderá ser o preço do serviço, mas sim o número de sócios. Não pode, portanto, a Lei Ordinária Municipal de Belo Horizonte, nº 6.810/94, definir a base de cálculo de forma contrária ao estabelecido pelo Decreto-lei nº 406, o que fere o citado art. 146 da Constituição da República.

Nesta conformidade, com a vênia da douta Procuradoria de Justiça, em reexame necessário confirmo a sentença de primeiro grau, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, ex lege.

Participaram do julgamento os Desembargadores Corrêa de Marins e Paulo Gonçalves.

Súmula - Em reexame necessário, confirmaram a sentença, prejudicado o recurso voluntário" (fls. 211/214).

Interpostos recursos especial e extraordinário, somente este foi admitido pelo seguinte despacho:

"*Cuidam os autos de recurso extraordinário onde se discute se o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 foi, ou não, revogado pelo art. 150, § 6º, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 03/93.*

Contra entendimento do acórdão hostilizado, segundo o qual a referida norma complementar foi recepcionada pela ordem instaurada com a Carta Política de 1988, o Município deduz seu inconformismo, em tempo hábil, com fincas no art. 102, inc. III, alínea a, *da CF, alegando ofensa ao já mencionado art. 150, § 6º.*

Mostra-se viável o recurso.

Em diversas ocasiões, ao exercer o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, tive como certa a tese de que a revogação de lei por texto constitucional superveniente diz respeito a questão de índole infraconstitucional, atento à orientação manifestada em julgado do STJ, anotado por Theotonio Negrão, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, *27ª ed., p. 1.209.*

Todavia, o exercício da reflexão a que se submete o Julgador, por força do ofício, levou-me a modificar o entendimento anterior, tendo em vista que o STF, em inúmeros julgados, vem enfrentando o tema relacionado com a recepção dos preceitos infraconstitucionais pela Carta de Princípios.

Demais disso, em recentíssima decisão, o próprio Superior Tribunal de Justiça, na voz do Ministro Humberto Gomes de Barros, adotou o mesmo posicionamento que agora tenho como meu, revendo, também S. Exa., orientação que anteriormente perfilhara:

'A contribuinte interpôs recurso especial ao fundamento de que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 3º do DL nº 406/68 e ao art. 97, II e III, do CTN, bem como divergiu da jurisprudência do STJ, citando como paradigma decisões do STJ. Nesta circunstância, decido:

Colaborei na formação de dois dos arestos invocados como paradigma.

No entanto, posteriormente, percebi que o tema concernente à recepção do DL nº 406/68, pela atual Constituição, transcende o alcance do recurso especial.

Como demonstrei em outras oportunidades:

'I - o reconhecimento da revogação de lei, por incompatibilidade com dispositivo constitucional novo, pressupõe a verificação da compatibilidade, entre a lei velha e a Constituição nova;

II - o Tribunal, quando verifica a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, exercita evidente controle de constitucionalidade;

III - acórdão que examina a revogação por inconstitucionalidade expõe-se, tão-somente, a recurso extraordinário. O recurso especial é instrumento impróprio para o enfrentar' (REsp 68.143/0-SP).

Daí por que o tema escapa à nossa competência, neste recurso especial' (REsp nº 109.167-SP - DJU *de 06.03.97 - p. 5.236).*

Reconhecendo, portanto, o conteúdo constitucional das gestões relativas à revogação ou não do texto menor em face da Lei Fundamental, devo concluir que a matéria se insere na competência da mais Alta Corte e encontra sede própria no recurso extraordinário.

Coerente com a posição agora adotada, penso que a espécie merece o prudente exame do STF, por envolver tema jurídico que se enquadra no modelo referido.

Pelo exposto, admito o recurso.

Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos ao e. Supremo Tribunal Federal.

Intime-se" (fls. 269/271).

Às fls. 284/289, a Procuradoria-Geral da República se manifesta pelo não-conhecimento do recurso, *verbis*:

"*Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Belo Horizonte, fundamentado no art. 102, inciso III, alínea* a, *da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*

2. Consoante se extrai dos autos, Engeo Sociedade Civil Ltda. impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, contra atos do Secretário da Fazenda do Município de Belo Horizonte e Chefe do Departamento de Rendas Mobiliárias do Município de Belo Horizonte, alegando, em síntese, que: a) 'é uma sociedade civil que tem por objeto social a prestação de serviços técnicos de engenharia de Minas, Metalurgia, Civil, estudos, projetos, assessoria e fiscalização técnica de obras, consultoria, projetos e estudos na área de engenharia ambiental; b) nessa qualidade, vinha recolhendo o ISSQN tendo como base de cálculo o número de profissionais habilitados; c) a partir da edição da Lei Municipal nº 6.810/94, a autoridade coatora passou a exigir o tributo com base na receita bruta da impetrante; d) a referida norma afronta dispositivos da legislação federal que regula a espécie, bem como da própria Carta Magna'.

3. A liminar restou deferida, conforme despacho às fls. 27/28.

4. Em informações, a autoridade coatora alega, em suma, que a natureza jurídica de norma geral relativa ao ISSQN, prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, com redação dada pelo Decreto-lei nº 834/69, não mais subsiste no novo texto constitucional, entendimento esse reforçado pela alteração havida no art. 150, § 6º. Assim, não estaria o legislador municipal vinculado àquelas normas.

5. O MM. Juiz de primeiro grau concedeu a ordem, tendo a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmado a sentença monocrática, nos termos do acórdão assim ementado:

'Ementa: Tributário - ISSQN - Base de cálculo - Trabalho pessoal - Art. 146, III, a, *da CR-88 - DL 406/68, art. 9º, § 1º. - A lei ordinária municipal não pode definir a base de cálculo de ISSQN inobservado o art. 146, III,* a, *da Constituição da República, por se tratar de matéria restrita à lei complementar'.*

6. Sobreveio o presente recurso extraordinário, no qual se alega violação ao art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

7. No caso, não prosperam as razões da irresignação.

8. Conforme prescreve a Constituição Federal de 1988, cabe à lei complementar definir base de cálculo de tributos (CF, art. 146). Sucede que o Decreto-lei 406/68, recepcionado pela Constituição Federal, revogou os dispositivos da lei complementar que tratavam sobre ISS (CTN, arts. 71 e 73), passando a base de cálculo desse imposto a ser definida no art. 9º, § 1º, do Decreto-lei 406/68.

9. Assim, não pode a Lei Municipal nº 6.810/94 afrontar dispositivos da legislação federal que regula a matéria, nem a própria Constituição Federal, que recepcionou o Decreto-lei 406/68, vinculando inclusive o próprio legislador municipal.

10. A propósito do tema, esse egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 236.604, Rel. emin. Min. Carlos Velloso, deixou assentado que os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/68 foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, afastando a alegada ofensa aos princípios da isonomia tributária (CF, art. 150, III), capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º) e à proibição de instituir isenções de tributos da competência dos Municípios imposta à União (CF, art. 151, III).

11. Por outro lado, ao apreciar o RE nº 220.323, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, a Excelsa Corte afastou também a alegada violação ao art. 150, § 6º, da Constituição Federal, que, na redação dada pela Emenda nº 3/93, estabelece que qualquer redução da base de cálculo de impostos só poderá ser concedida mediante lei específica, uma vez que os dispositivos mencionados no DL nº 406/68 não reduzem a base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, mas apenas a disciplinam relativamente a serviços distintos (STF, Informativo nº 151).

Isto posto, opina o Ministério Público pelo não-conhecimento do recurso".

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - 1. O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu:

"*Constitucional - Tributário - ISS - Sociedades prestadoras de serviços profissionais - Advocacia - DL 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, CF, art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º.*

- I - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: art. 146, III, a. *Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, arts. 150, II, e 145, § 1º, CF/88.*

- II - RE não conhecido".

E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou:

"*Constitucional - Tributário - ISS - Sociedade prestadora de serviços profissionais: base de cálculo - DL 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, CF, art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993.*

- I - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput *do art 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993.*

- II - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68.

- III - RE não conhecido".

Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido.

2. Em face do exposto e com base nos mencionados precedentes, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. Primeira Turma, 12.03.2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presente à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli.

Ricardo Dias Duarte, p/Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 03.05.2002.)

-:::-

PODER PÚBLICO - TRANSAÇÃO - VALIDADE

- Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.

- Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não-onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279/STF).

- Recurso extraordinário não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 253.885/0-MG - Relatora: Ministra ELLEN GRACIE

Recorrente: Município de Santa Rita do Sapucaí. Advogados: José Rubens Costa e outros. Recorridas: Lázara Rodrigues Leite e outras. Advogados: Júlio Cezar Caponi e outros.

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 unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília-DF, 4 de junho de 2002.
- *Ministro Sydney Sanches* - Presidente.
- *Ministra Ellen Gracie* - Relatora.

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Trata-se de recurso extraordinário, alínea *a*, interposto pelo Município de Santa Rita do Sapucaí, contra acórdão do Tribunal Estadual que manteve sentença homologatória de transação celebrada entre a Municipalidade e as recorridas, servidoras públicas municipais.

Alega o recorrente ofensa ao art. 37 da Constituição, dentre outros dispositivos constitucionais não prequestionados. Aduz, para tanto, que o princípio da legalidade, aplicado à Administração, explicita a subordinação da atividade administrativa à lei, e, portanto, não havendo lei a autorizar a transação, tal não poderia ter sido celebrada, ainda mais porque o Poder Público é mero executor do interesse público, que é fixado em lei, não podendo dele dispor.

Sem contra-razões, foi o recurso admitido pela decisão de fls. 716/717. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 738/739, manifestou-se pelo não-conhecimento do extraordinário.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Não assiste razão ao recorrente.

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.

Neste sentido, esta Corte, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, *RTJ*, 68/382, considerou plenamente válida a possibilidade de transação, ao concluir pela legalidade do Juízo Arbitral, inclusive nas causas contra a Fazenda.

Por outro lado, o acórdão recorrido, para concluir pela validade da transação firmada entre a Municipalidade e as recorridas, considerou que, no caso, o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo, assim, que se falar em ofensa ao art. 37 da Constituição Federal. O referido aresto está assim fundamentado:

"*(...) Quanto à necessidade de autorização legislativa para formalização da transação, expressa no pensamento, sempre respeitado, de Hely Lopes Meirelles - fls. 602-TJ - tornar-se-á ela necessária apenas quando e se 'tais atos importarem renúncia de direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias para o Município'.*

Ora, no caso, como o salienta, com lucidez, a douta PGJ:

'O acordo celebrado não é oneroso e nem gera gravame patrimonial ao município, sendo despicienda autorização legislativa para tanto. Não é o caso de comprometimento de bens, afetação de verbas, criação de cargo novo ou inusitado aumento de despesas. É mero ressarcimento decorrente de sua responsabilidade administrativa. É pagamento de salário, pois, com caráter alimentar, reconhecido como indevidamente retido' - fls. 648-TJ.

Merecem o necessário destaque, também, coadjuvando o posicionamento do MP de segundo grau, estas observações extraídas das contra-razões das autoras:

'O acordo celebrado pelas partes, quase três (3) anos depois *do início da ação, nada mais fez do que antecipar a justiça (grifo nosso).*

Ao reconhecer a procedência da ação o Município-requerido apenas tentou minimizar os desastrosos efeitos ocasionados às autoras, ora apeladas, pela perseguição política impingida pela administração anterior'.

E, concluindo:

'O acordo celebrado entre as autoras e o requerido evitou que o Município suportasse os ônus da sucumbência, o que lhe acarretaria verdadeiro prejuízo', e - acrescentamos nós - os acréscimos naturais que adviriam da atualização dos valores retidos.

Finalmente, a transação firmada entre as partes, tendo como motivo dominante e predominante o reconhecimento do pedido das autoras, envolve, em substância, a aplicação do velho princípio da autotutela estatal, tão bem analisado por Hely Lopes Meirelles, verbis:

'A anulação dos atos administrativos pela própria administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e legalidade de seus atos.

Pacífica é, hoje, a tese de que, se a administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473)'.

E, ainda:

'Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo a revogação, *e não a* anulação*), não se exigem formalidades especiais,* nem há prazo determinado para a invalidação, *salvo quando norma legal o fixar expressamente'* (Direito Administrativo Brasileiro, *19ª ed., p. 190). (Da obra o primeiro destaque e nossos os últimos.)*

Some-se a essas lições a autorizada posição, a respeito, da renomada comentadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando, dissertando sobre a autotutela estatal, define-a como controle que a Administração 'exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular *os* ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário*' (primeiro grifo nosso e os últimos da autora).* (Direito Administrativo. *4ª ed., p. 66, extraído do parecer da PGJ - fls. 641-TJ.)*

Esse poder - finalize-se - absorve toda e qualquer questão ou objeção que se contenha no recurso do MP.

Eis por que, conhecendo, de ofício, de toda a matéria debatida nos autos, confirmo a decisão homologatória da jurisdição de primeiro grau, tendo como prejudicado o recurso do MP".

Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não-onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279/STF).

Ante o exposto, *não conheço* do recurso.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. Primeira Turma, 04.06.2002.

Presidência do Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão o Ministro Sepúlveda Pertence e a Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Ministros Moreira Alves e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte - p/Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 21.06.2002.)

-:::-

Legislação

DA UNIÃO

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37, DE 12 DE JUNHO DE 2002

- Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 100 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º, renumerando-se os subseqüentes:

"Art. 100 (...)

§ 4º. São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório." (NR)

Art. 2º. O § 3º do art. 156 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.156 (...)

§ 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados." (NR)

Art. 3º. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 84, 85, 86, 87 e 88:

"Art. 84. A contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, prevista nos arts. 74, 75 e 80, I, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será cobrada até 31 de dezembro de 2004.

§ 1º. Fica prorrogada, até a data referida no *caput* deste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.

§ 2º. Do produto da arrecadação da contribuição social de que trata este artigo será destinada a parcela correspondente à alíquota de:

I - vinte centésimos por cento ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde;

II - dez centésimos por cento ao custeio da previdência social;

III - oito centésimos por cento ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º. A alíquota da contribuição de que trata este artigo será de:

I - trinta e oito centésimos por cento, nos exercícios financeiros de 2002 e 2003;

II - oito centésimos por cento, no exercício financeiro de 2004, quando será integralmente destinada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 85. A contribuição a que se refere o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não incidirá, a partir do trigésimo dia da data de publicação desta Emenda Constitucional, nos lançamentos:

I - em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para operações de:

a) câmaras e prestadoras de serviços de compensação e de liquidação de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001;

b) companhias securitizadoras de que trata a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997;

c) sociedades anônimas que tenham por objeto exclusivo a aquisição de créditos oriundos de operações praticadas no mercado financeiro;

II - em contas correntes de depósito, relativos a:

a) operações de compra e venda de ações, realizadas em recintos ou sistemas de negociação de bolsas de valores e no mercado de balcão organizado;

b) contratos referenciados em ações ou índices de ações, em suas diversas modalidades, negociados em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros;

III - em contas de investidores estrangeiros, relativos a entradas no País e a remessas para o exterior de recursos financeiros empregados, exclusivamente, em operações e contratos referidos no inciso II deste artigo.

§ 1º. O Poder Executivo disciplinará o disposto neste artigo no prazo de trinta dias da data de publicação desta Emenda Constitucional.

§ 2º. O disposto no inciso I deste artigo aplica-se somente às operações relacionadas em ato do Poder Executivo, dentre aquelas que constituam o objeto social das referidas entidades.

§ 3º. O disposto no inciso II deste artigo aplica-se somente a operações e contratos efetuados por intermédio de instituições financeiras, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de mercadorias.

Art. 86. Serão pagos conforme disposto no art. 100 da Constituição Federal, não se lhes aplicando a regra de parcelamento estabelecida no *caput* do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado, que preencham, cumulativamente, as seguintes condições:

I - ter sido objeto de emissão de precatórios judiciários;

II - ter sido definidos como de pequeno valor pela lei de que trata o § 3º do art. 100 da Constituição Federal ou pelo art. 87 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III - estar, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data da publicação desta Emenda Constitucional.

§ 1º. Os débitos a que se refere o *caput* deste artigo, ou os respectivos saldos, serão pagos na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, com precedência sobre os de maior valor.

§ 2º. Os débitos a que se refere o *caput* deste artigo, se ainda não tiverem sido objeto de pagamento parcial, nos termos do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão ser pagos em duas parcelas anuais, se assim dispuser a lei.

§ 3º. Observada a ordem cronológica de sua apresentação, os débitos de natureza alimentícia previstos neste artigo terão precedência para pagamento sobre todos os demais.

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I - quarenta salários mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II - trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido

neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3° do art. 100.

Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do 3° do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do *caput* do mesmo artigo:

I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços Anexa ao Decreto-lei n° 406, de 31 de dezembro de 1968;

II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I."

Art. 4°. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 12 de junho de 2002.

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado Aécio Neves
Presidente
Deputado Barbosa Neto
2° Vice-Presidente
Deputado Nilton Capixaba
2° Secretário
Deputado Paulo Rocha
3° Secretário
Deputado Ciro Nogueira
4° Secretário

Mesa do Senado Federal

Senador Ramez Tebet
Presidente
Senador Edison Lobão
1° Vice-Presidente
Senador Carlos Wilson
1° Secretário
Senador Antero Paes de Barros
2° Secretário
Senador Ronaldo Cunha Lima
3° Secretário
Senador Mozarildo Cavalcanti
4° Secretário

-:::-

EMENDA CONSTITUCIONAL N° 38, DE 12 DE JUNHO DE 2002

- Acrescenta o art. 89 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3° do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1°. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 89:

"Art. 89. Os integrantes da carreira policial militar do ex-Território Federal de Rondônia, que comprovadamente se encontravam no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele ex-Território na data em que foi transformado em Estado, bem como os Policiais Militares admitidos por força de lei federal, custeados pela União, constituirão quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e vantagens a eles inerentes, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias, bem como ressarcimentos ou indenizações de qualquer espécie, anteriores à promulgação desta Emenda.

Parágrafo único. Os servidores da carreira policial militar continuarão prestando serviços ao Estado de Rondônia na condição de cedidos, submetidos às disposições legais e regulamentares a que estão sujeitas as corporações da respectiva Polícia Militar, observadas as atribuições de função compatíveis com seu grau hierárquico."

Art. 2°. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 12 de junho de 2002.

Mesa da Câmara dos Deputados
Mesa do Senado Federal
Deputado Aécio Neves
Presidente
Senador Ramez Tebet
Presidente
Deputado Barbosa Neto
2° Vice-Presidente
Senador Edison Lobão
1° Vice-Presidente
Deputado Nilton Capixaba
2° Secretário
Senador Carlos Wilson
1° Secretário
Deputado Paulo Rocha
3° Secretário
Senador Antero Paes de Barros
2° Secretário
Deputado Ciro Nogueira
4° Secretário
Senador Ronaldo Cunha Lima
3° Secretário
Senador Mozarildo Cavalcanti
4° Secretário

-:::-

LEI Nº 10.444, DE 7 DE MAIO DE 2002

- Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art.273. (...)

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

(...)

§ 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º. Se o autor, a titulo de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado". (NR)

"Art. 275. (...)

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;"(NR)

"Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."(NR)

"Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A)." (NR)

"Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º." (NR)

"Art. 461. (...)

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva." (NR)

"Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º. No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º. A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade." (NR)

"Art. 604. (...)

§ 1º. Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

§ 2º. Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador." (NR)

"Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante do titulo executivo extrajudicial, sera citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo." (NR)

"Art. 624. Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos." (NR)

"Art. 627. (...)

§ 1°. Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exeqüente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§ 2°. Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos." (NR)

"Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo." (NR)

"Art. 659. (...)

§ 4°. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5°. Nos casos do § 4°, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário." (NR)

"Art. 814. (...)

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se." (NR)

Art. 2°. A Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 461-A:

"Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1°. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2°. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3°. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1° a 6° do art. 461." (NR)

Art. 3°. A Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a denominar-se "Da Audiência Preliminar".

Art. 4°. O art. 744 da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a integrar o Capítulo III do Título III do Livro II, vigorando seu *caput* com a seguinte redação:

"Art. 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias." (NR)

Art. 5°. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

Brasília, 7 de maio de 2002; 181° da Independência e 114° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Miguel Reale Júnior

-:::-

LEI N° 10.482, DE 3 DE JULHO DE 2002

- Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1°. Os depósitos judiciais e extrajudiciais de valores referentes a processos litigiosos ou administrativos em que a Fazenda dos Estados ou do Distrito Federal seja parte, efetuados no período de 1° de janeiro de 2001 à véspera da publicação desta Lei, inclusive os valores relativos a tributos inscritos em dívida ativa e respectivos acessórios, poderão ser repassados pela instituição financeira depositária à conta única de cada Estado ou do Distrito Federal, até o limite de cinqüenta por cento dos depósitos existentes na data de publicação desta Lei, na instituição financeira que efetuar o repasse.

Art. 2°. Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, referentes a tributos de competência dos Estados e do Distrito Federal serão efetuados, a partir da data da publicação desta Lei, em estabelecimento oficial dos

mencionados entes federativos ou, na sua ausência, em instituição financeira oficial da União e repassados à conta única de cada Estado ou do Distrito Federal, até o limite de cinqüenta por cento dos depósitos de natureza tributária existentes em favor de cada Estado ou do Distrito Federal, na instituição financeira que efetuar o repasse.

Art. 3°. Os Estados e o Distrito Federal constituirão fundo de reserva, a ser mantido na instituição financeira que tiver repassado os recursos de que tratam os arts. 1° e 2°.

§ 1°. O fundo de reserva deverá conter, no mínimo, cumulativamente:

I - vinte por cento dos recursos repassados nos termos do art. 1°;

II - vinte por cento dos recursos repassados nos termos do art. 2° ou, a partir do primeiro ano da publicação desta Lei, montante correspondente aos vinte maiores depósitos de que trata o mesmo artigo, prevalecendo o que for maior.

§ 2°. O fundo de reserva terá remuneração de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais.

§ 3°. O fundo de reserva será recomposto pelo Estado ou Distrito Federal, em até vinte e quatro horas, após comunicação da instituição financeira, sempre que o seu saldo estiver abaixo dos limites estabelecidos no § 1° deste artigo, ou reduzido sempre que estiver acima dos mesmos limites em decorrência do disposto no art. 5°.

Art. 4°. Os recursos repassados aos Estados e ao Distrito Federal na forma desta Lei serão aplicados exclusivamente no pagamento de precatórios judiciais relativos a créditos de natureza alimentar.

Art. 5°. Mediante ordem judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, acrescido da remuneração que lhe foi originalmente atribuída, será, depois de encerrado o processo litigioso ou administrativo:

I - colocado à disposição do depositante pela instituição financeira responsável, que poderá debitar o fundo de reserva em quantia correspondente, avisando ao Estado ou ao Distrito Federal, para que o recomponha na forma do § 3° do art. 3°;

II - transformado em pagamento definitivo, total ou parcial, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo, inclusive seus acessórios, quando se tratar de decisão favorável ao Estado ou ao Distrito Federal.

Parágrafo único. Quando os recursos a serem liberados forem superiores ao saldo do fundo de reserva, o Estado ou o Distrito Federal deverá restituir à instituição financeira o valor excedente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, observado o disposto no art. 3°.

Art. 6°. Os Estados e o Distrito Federal estabelecerão regras de procedimentos inclusive orçamentários, para a execução desta Lei.

Art. 7°. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de julho de 2002; 181° da Independência e 114° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Pedro Malan

-:::-

LEI N° 10.506, DE 9 DE JULHO DE 2002

- Altera o art. 16 da Lei n° 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1°. O *caput* do art. 16 da Lei n° 8.935, de 18 de novembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses.

(...)" (NR)

Art. 2°. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de julho de 2002; 181° da Independência e 114° da República.

FERNANDO HERIQUE CARDOSO

Miguel Reale Júnior

-:::-

LEI N° 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002

- Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Art. 2º. (VETADO)

§ 1º. Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

§ 2º. Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

§ 3º. As bolsas a que se referem o § 2º deverão estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º. A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º. No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o § 2º do art. 1º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os

prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

Art. 5°. É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

Art. 6°. O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

Art. 7°. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4° desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Art. 8°. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no § 2° do art. 1°.

Art. 9°. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 10. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n° 2.182-18, de 23 de agosto de 2001.

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Art. 12. A Lei n° 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, a modalidade do pregão, inclusive por meio eletrônico, observando-se o seguinte:

I - são considerados bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado.

II - quando o quantitativo total estimado para a contratação ou fornecimento não puder ser atendido pelo licitante vencedor, admitir-se-á a convocação de tantos licitantes quantos forem necessários para o atingimento da totalidade do quantitativo, respeitada a ordem de classificação, desde que os referidos licitantes aceitem praticar o mesmo preço da proposta vencedora.

III - na impossibilidade do atendimento ao disposto no inciso II, excepcionalmente, poderão ser registrados outros preços diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido."

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de julho de 2002; 181° da Independência e 114° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Pedro Malan
Guilherme Gomes Dias

-:::-

DO ESTADO

DECRETO N° 42.831, DE 09 DE AGOSTO DE 2002

- Altera redação de dispositivos, que menciona, e acrescenta artigo ao Decreto n° 42.758, de 17 de julho de 2002.

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 90, inciso VII, da Constituição do Estado, e tendo em vista a Lei Complementar n° 64, de 25 de março de 2002,

DECRETA:

Art. 1°. O § 1° do artigo 4°, o artigo 11, o § 2° do artigo 43, o § 2° do artigo 45 e o artigo 47 do Decreto n° 42.758, de 17 de julho de 2002, passam a ter a redação que se segue:

"Art. 4°. (...)

§ 1°. Ficam assegurados os direitos e as garantias da legislação vigente até 25 de março de 2002, data da Lei Complementar n° 64, ao servidor a que se refere o *caput* deste artigo, aplicando-se-lhe, em qualquer caso, o disposto neste Decreto, à exceção dos artigos 10, 20, 28, 49 e 50."

(...)

"Art. 11. O servidor poderá afastar-se da atividade preliminarmente à aposentadoria, nos termos do § 6° do artigo 26 da Constituição do Estado, a partir da data do protocolo do requerimento da aposentadoria na unidade administrativa competente do órgão ou da entidade a que esteja vinculado."

(...)

"Art. 43. (...)

§ 2°. Os membros a que se referem os itens 7, 8, 11 e 12 do parágrafo anterior são escolhidos pelo Governador do Estado a partir de lista tríplice elaborada pelas entidades representativas dos servidores estaduais."

(...)

"Art. 45. (...)

§ 2°. Constitui motivo para cancelamento automático da licença remunerada de que trata este artigo o óbito do menor adotado ou a perda da guarda judicial."

(...)

"Art. 47. O servidor efetivo que até a data da publicação da Emenda à Constituição Federal n° 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha cumprido os requisitos para a obtenção dos benefícios de aposentadoria com base nos critérios da legislação então vigente e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária de que trata o artigo 4°, § 2°, I, deste Decreto, a partir da data do protocolo de requerimento formalizado perante a respectiva unidade de pessoal, até cumprir as exigências para aposentadoria integral previstas no artigo 8°, I, *a*, da Lei Complementar n° 64, de 25 de março de 2002."

Art. 2°. O Decreto n° 42.758, de 17 de julho de 2002, fica acrescido do artigo 57, com a redação abaixo, renumerando os atuais artigos 57 e 58 para 58 e 59, respectivamente:

(...)

"Art. 57. Para o servidor efetivo em afastamento preliminar à aposentadoria, na data da vigência deste Decreto, ficam mantidas as regras vigentes até a data da publicação da Lei Complementar n° 64, de 25 de março de 2002."

(...)

Art. 3°. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 18 de julho de 2002.

Art. 4°. Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 09 de agosto de 2002.

ITAMAR FRANCO
Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves
José Pedro Rodrigues de Oliveira
Mauro Santos Ferreira

-:::-

Do Tribunal de Justiça

AVISO N° 009/GACOR/2002, DE 18 DE MARÇO DE 2002

O Desembargador Murilo José Pereira, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais e

Considerando que têm chegado a este Órgão expedientes noticiando irregularidades envolvendo cartas precatórias;

Resolve expedir aviso para que os Senhores Juízes de Direito, antes de ordenarem o cumprimento de cartas precatórias, que tenham por objeto a alteração de dados constantes de documentos de propriedade de imóveis ou veículos, comuniquem-se com o Juízo deprecante, solicitando a confirmação da autenticidade da carta precatória expedida.

Belo Horizonte, 18 de março de 2002.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

(a) Desembargador
Murilo José Pereira
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

AVISO CONJUNTO N° 001/2002, DE 12 DE MARÇO DE 2002

O Desembargador José Guido de Andrade, 1° Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e o Dr. Jacson Rafael Campomizzi, Procurador-Geral de Justiça Adjunto, com fundamento no art. 11, § 1°, VI, do RITJMG, e no art. 89, § 1°, III, da LC 34/94,

Considerando a constatação de que, na Procuradoria-Geral de Justiça, os feitos são distribuídos aos Procuradores de Justiça 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento pela Superintendência Judiciária, prazo necessário para o registro e a distribuição, e

Considerando, ainda, o fato de que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, deve ser pessoal e realizada mediante a entrega dos autos com vista, consoante o disposto no art. 236, § 2°, do CPC, no art. 41, IV, da Lei 8.625/93, no art. 18, II, *h*, da LC 75/93 e no art. 106, III, da LC 34/94,

Avisam que, na Procuradoria-Geral de Justiça, para que ocorra a intimação pessoal do Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, os autos dos processos com vista ao Procurador de Justiça deverão ser remetidos, mediante carga, à Superintendência Judiciária da Procuradoria-Geral de Justiça, que ficará encarregada da imediata distribuição dos feitos judiciais.

O Procurador de Justiça será considerado intimado no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento do feito judicial pela Superintendência Judiciária, na pessoa de um representante do Ministério Público, consoante os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade da Instituição.

Belo Horizonte, 12 de março de 2002.

(a) Desembargador José Guido de Andrade
1° Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

(a) Jacson Rafael Campomizzi
Procurador-Geral de Justiça Adjunto

-:::-

PORTARIA CONJUNTA N° 30/2002, DE 24 DE ABRIL DE 2002

- Dispõe sobre o procedimento a ser adotado para imprimir celeridade à realização de exames de DNA previstos na Lei n° 12.460/97, regulamentada pelo Decreto n° 41.420/00 e de que trata o Termo de Responsabilidade Mútua celebrado entre o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Estado da Saúde, Órgão Gestor do Sistema Único de Saúde - SUS, e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O Secretário de Estado da Saúde, Dr. Carlos Patrício Freitas Pereira, o Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Gudesteu Biber Sampaio, e o Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador Murilo José Pereira, no uso de suas atribuições legais,

RESOLVEM:

Art. 1°. Nas ações de investigação de paternidade, o pedido de realização do exame de DNA será feito pelo Juiz de Direito através de ofício dirigido à Secretaria de Estado da Saúde -

Avenida Afonso Pena, 2300 - CEP 30.130.007 - Belo Horizonte.

Art. 2°. O ofício deverá conter:

a) nome e prenome completos das partes que se submeterão ao exame, ou seja, filho, mãe e suposto pai;

b) número do processo;

c) afirmação de ter sido deferida a Justiça Gratuita no processo.

Art. 3°. O atendimento dos pedidos obedecerá à ordem cronológica de seu protocolo na Secretaria de Estado da Saúde.

Art. 4°. A Secretaria de Estado da Saúde comunicará também à Unidade Coordenadora instituída pela Corregedoria-Geral de Justiça, dia, a hora e o local em que as partes deverão estar presentes para realização da coleta de sangue.

Art. 5°. O agendamento das coletas pela Secretaria de Estado da Saúde submete-se à disponibilidade da pauta do Laboratório responsável por sua realização.

Art. 6°. O pedido de remarcação de exame pelo Juiz de Direito será considerado nova solicitação e obedecerá ao disposto no item 03 desta Portaria Conjunta.

Art. 7°. Os Juízes de Direito deverão comunicar à Unidade coordenadora, por ofício, quando houver cancelamento do pedido.

Art. 8°. A Secretaria de Estado da Saúde e o Laboratório deverão remeter à Unidade Coordenadora os ofícios ou pedidos que contiverem omissões ou equívocos para adequá-los ao estabelecido na presente portaria.

Art. 9°. Corrigidas eventuais lacunas a Unidade Coordenadora fará a remessa do ofício à Secretaria de Estado da Saúde para prosseguimento da prova.

Art. 10. Para dar andamento aos pedidos pendentes, a Unidade Coordenadora remeterá à Secretaria de Estado da Saúde, mensalmente, 100 (cem) requisições, que serão atendidas na forma da Lei n° 12.460/97 e Decreto n° 41.420/00.

Art. 11. Qualquer das partes signatárias poderá convocar as demais para propor melhorias no atendimento às requisições, complementando o disposto nesta Portaria Conjunta.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2002.

Dr. Carlos Patrício Freitas Pereira
Secretário de Estado da Saúde

Des. Gudesteu Biber Sampaio
Presidente do Tribunal de Justiça

Des. Murilo José Pereira
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

Índice Numérico

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
188.004-6/00	PCCO	Cons. Lafaiete	Kelsen Carneiro	509
198.178-6/00	AResc	Belo Horizonte	Orlando Carvalho *	41
199.855-8/00	ApCrim	Divinópolis	Mercêdo Moreira	516
209.461-3/00	ApCível	Barbacena	Pinheiro Lago	47
210.061-8/00	Agravo	Montes Claros	Pinheiro Lago	51
214.218-0/00	ApCível	Contagem	Pinheiro Lago	55
218.085-9/00	ApCível	Mariana	Francisco Lopes de Albuquerque	59
218.240-0/00	ApCível	Carangola	Aluízio Quintão	66
219.595-6/00	ApCrim	Belo Horizonte	Kelsen Carneiro	529
221.034-2/00	ApCível	Perdões	Kildare Carvalho	71
221.071-4/00	ApCível	Araguari	Hyparco Immesi	76
221.610-9/00	ApCrim	Contagem	Odilon Ferreira	536
223.319-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	82
224.026-5/00	ApCível	Timóteo	Célio César Paduani	87
227.131-0/00	ApCrim	Silvianópolis	Odilon Ferreira	543
227.269-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	90
227.889-3/00	ApCível	Ferros	Abreu Leite	95
229.136-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	102
229.445-2/00	ApCível	Passos	Cláudio Costa	105
229.543-4/00	ApCível	Ouro Preto	Hyparco Immesi	110
229.590-5/00	ApCrim	Belo Horizonte	Edelberto Santiago	548
229.998-0/00	ApCível	Tupaciguara	Aloysio Nogueira	117
230.406-1/00	ApCível	Areado	Abreu Leite	119
230.416-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	123
231.324-5/00	ApCível	Passa-Quatro	Bady Curi	126
231.382-3/00	ApCível	Machado	Francisco Lopes de Albuquerque	129
231.436-7/00	ApCível	São Lourenço	Abreu Leite	133
232.412-7/00	ApCível	Belo Horizonte	José Domingues F. Esteves	143
232.567-8/00	ApCível	Itanhandu	Jarbas Ladeira	147
232.869-8/00	ApCrim	Itabira	Roney Oliveira	552
232.939-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	151

233.195-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	153
233.547-9/00	ApCível	Vazante	Bady Curi	156
233.714-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Nilson Reis	161
234.004-0/00	ApCível	Miradouro	Dorival Guimarães Pereira	164
234.112-1/00	ApCível	Barbacena	Brandão Teixeira	168
234.578-3/00	ApCível	S. Rita do Sapucaí	Brandão Teixeira	174
234.894-4/00	ApCível	Lagoa Santa	Orlando Carvalho	184
234.905-8/00	ApCível	Itaúna	Francisco Figueiredo	187
235.097-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	189
235.218-5/00	ApCível	Lagoa Santa	José Domingues F. Esteves	193
235.777-0/00	ApCível	Viçosa	Carreira Machado	197
235.796-0/00	ApCível	Belo Horizonte	José Domingues F. Esteves	199
236.087-3/00	ApCível	Carmo da Mata	Dorival Guimarães Pereira	206
236.400-8/00	ApCível	Itajubá	Nilson Reis	216
236.465-1/00	ApCrim	Mantena	Mercêdo Moreira	555
236.487-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	219
237.483-3/00	ApCível	Uberaba	Brandão Teixeira	226
237.789-3/00	Agravo	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	233
239.313-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Garcia Leão	236
240.009-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Nilson Reis	238
240.598-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	241
240.727-8/00	ApCível	Sete Lagoas	Dorival Guimarães Pereira	246
241.098-3/00	ApCível	Januária	Hugo Bengtsson	251
241.520-6/00	ApCível	Contagem	Almeida Melo	253
241.854-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	255
241.981-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	259
242.774-8/00	RecAg	Belo Horizonte	Odilon Ferreira	558
243.285-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	266
243.391-0/00	ApCível	Belo Horizonte	José Francisco Bueno	271
243.557-6/00	ApCível	Gov. Valadares	Francisco Figueiredo	274
244.308-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	278
244.539-3/00	ApCrim	Cataguases	Mercêdo Moreira	560
244.626-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Almeida Melo	280
245.254-8/00	Agravo	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	283
245.325-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	285
245.539-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	290
245.620-0/00	ApCrim	Contagem	Zulman Galdino	563
246.638-1/00	ApCível	Uberaba	Lúcio Urbano	292
246.812-2/00	ApCível	Cons. Lafaiete	Antônio Carlos Cruvinel	298
246.967-4/00	ApCível	Juiz de Fora	Almeida Melo	301
247.335-3/00	ApCível	Caratinga	Isalino Lisbôa	308
247.666-1/00	AgInstr	Belo Horizonte	Francisco Lopes de Albuquerque	310
247.935-0/00	RecAg	Ouro Branco	Roney Oliveira	568
248.267-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	316
248.516-7/00	ApCível	Varginha	Lucas Sávio V. Gomes	319
248.768-4/00	PCCO	Galiléia	Kelsen Carneiro *	37
249.277-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Lucas Sávio V. Gomes	322

249.311-2/00	ApCível	Gov. Valadares	José Francisco Bueno	325
249.420-1/00	RevCrim	Timóteo	Mercêdo Moreira *	570
249.649-5/00	MandSeg	Belo Horizonte	Bady Curi	327
249.672-7/00	ApCrim	Belo Horizonte	Gomes Lima	579
249.779-0/00	Agravo	Itapajipe	Lucas Sávio V. Gomes	330
249.787-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	334
250.351-4/00	MandSeg	Belo Horizonte	Kildare Carvalho *	336
250.419-9/00	ApCível	Passos	Sérgio Braga	340
251.111-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	343
251.254-9/00	ApCível	Manga	Fernando Bráulio	346
251.340-6/00	Agravo	Lagoa Santa	Sérgio Lellis Santiago	349
251.502-1/00	ApCível	Arinos	Antônio Carlos Cruvinel	352
251.974-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Wander Marotta	355
252.118-5/00	PCCO	Januária	Herculano Rodrigues	591
252.284-5/00	ApCível	Francisco Sá	Pedro Henriques	360
252.514-5/00	ApCível	Uberlândia	Edivaldo George	365
252.849-5/00	ApCível	Monte Carmelo	Sérgio Braga	368
253.373-5/00	ApCível	Varginha	Silas Vieira	372
253.608-4/00	ApCível	Bocaiúva	Silas Vieira	375
253.674-6/00	ApCrim	Malacacheta	Roney Oliveira	597
253.742-1/00	Agravo	Belo Horizonte	Alvim Soares	379
254.147-2/00	ApCrim	Ibiraci	José Antonino Baía Borges	600
254.444-3/00	ApCrim	Juiz de Fora	Luiz Carlos Biasutti	604
255.142-2/00	ApCível	Lagoa da Prata	Antônio Carlos Cruvinel	381
255.187-7/00	AgInstr	Montes Claros	Garcia Leão	383
255.395-6/00	ApCível	Aiuruoca	Aloysio Nogueira	385
255.577-9/00	Agravo	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	388
256.169-4/00	ApCível	Alvinópolis	Silas Vieira	390
256.191-8/00	ApCível	Sabará	Aloysio Nogueira	394
256.337-7/00	ApCrim	Ferros	Sérgio Resende	614
256.799-8/00	ApCível	Belo Horizonte	José Francisco Bueno	397
257.154-5/00	MandSeg	S. João Del-Rei	Isalino Lisbôa	399
257.210-5/00	RSEstr	Belo Horizonte	Zulman Galdino	618
257.621-3/00	MandSeg	Araxá	Garcia Leão	401
257.688-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	404
257.735-1/00	ApCível	S. Seb. do Paraíso	Francisco Figueiredo	409
258.056-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	410
258.935-6/00	ApCrim	Ponte Nova	Kelsen Carneiro	623
259.919-9/00	ApCrim	Belo Horizonte	Gomes Lima	627
259.921-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	413
260.499-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	415
260.611-9/00	ApCível	Pedro Leopoldo	Jarbas Ladeira	419
260.826-3/00	ApCrim	Juiz de Fora	Jane Silva	630
260.846-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	421
261.634-0/00	ApCrim	Sete Lagoas	Sérgio Resende	648
261.692-8/00	ApCrim	Belo Horizonte	José Antonino Baía Borges	652
262.550-7/00	ApCrim	Sabará	Jane Silva	656

262.968-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Edivaldo George	425
263.352-7/00	CNJur	Pouso Alegre	Sérgio Resende	661
264.004-3/00	RSEstr	Passos	Reynaldo Ximenes Carneiro	663
264.311-2/00	PCCO	Baependi	Herculano Rodrigues	667
264.327-8/00	RecAg	Juiz de Fora	Luiz Carlos Biasutti	675
264.519-0/00	ApCrim	Pompéu	Reynaldo Ximenes Carneiro	678
264.800-4/00	ApCrim	Guaxupé	Márcia Milanez	682
264.854-1/00	ApCrim	Betim	Jane Silva	687
265.022-4/00	ApCrim	Cambuí	José Antonino Baía Borges	692
266.575-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	427
267.400-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	430
267.853-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	434
268.777-0/00	ApCrim	Montes Claros	Tibagy Salles	694
268.866-1/00	Agravo	Belo Horizonte	Carreira Machado	438
269.072-5/00	RSEstr	Belo Horizonte	Zulman Galdino	699
269.448-7/00	ApCível	Tupaciguara	Maria Elza	442
270.179-5/00	ApCrim	Barbacena	Reynaldo Ximenes Carneiro	702
270.277-7/00	Agravo	Belo Horizonte	Pedro Henriques	445
271.224-8/00	ApCível	Bom Despacho	Maria Elza	450
271.531-6/00	ApCível	Sete Lagoas	Maria Elza	454
271.655-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Jurema Brasil M. Miranda	458
271.670-2/00	RecAg	Gov. Valadares	Luiz Carlos Biasutti	706
271.671-0/00	RSEstr	Araxá	Herculano Rodrigues	709
271.727-0/00	ApCível	Boa Esperança	Wander Marotta	468
271.751-0/00	Agravo	São Lourenço	Pedro Henriques	472
271.953-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Jurema Brasil M. Miranda	477
271.973-0/00	Agravo	Guaxupé	Edivaldo George	483
272.360-9/00	ApCrim	Novo Cruzeiro	Edelberto Santiago	711
273.777-3/00	ApCível	Guaranésia	Wander Marotta	485
275.941-3/00	CNJur	Juiz de Fora	Tibagy Salles	715
277.033-7/00	*HC*	S. J. Nepomuceno	Márcia Milanez	719
277.493-3/01	AgReg	Bocaiúva	Sérgio Braga	500
278.817-2/00	*HC*	Belo Horizonte	Gomes Lima	726
279.248-9/00	Agravo	Passa-Quatro	Jurema Brasil M. Miranda	502
282.168-4/00	ApCível	Três Pontas	Geraldo Augusto	505
293.402-4/00	*HC*	Betim	Márcia Milanez	728
293.580-7/00	*HC*	Belo Horizonte	Edelberto Santiago	732
294.487-4/00	*HC*	Diamantina	Tibagy Salles	734

Observação: Os acórdãos assinalados com asterisco são originários da Secretaria de Feitos Especiais - SEFES.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
4.330-MG	Recurso Ord. em MS	Jorge Scartezzini	739
33.623-MG	Conflito de Competência	Felix Fischer	742
246.786-MG	Recurso Especial	Francisco Peçanha Martins	747
283.679-SP	Recurso Especial	Gilson Dipp	751

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
79.375/4-MG	*Habeas Corpus*	Maurício Corrêa	759
81.424/7-PE	*Habeas Corpus*	Néri da Silveira	769
220.327/9-MG	Rec. Extraordinário	Moreira Alves	772
253.885/0-MG	Rec. Extraordinário	Ellen Gracie	779

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002 783
Emenda Constitucional nº 38, de 12 de junho de 2002 787
Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002 788
Lei nº 10.482, de 3 de julho de 2002 791
Lei nº 10.506, de 9 de julho de 2002 793
Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 793

DO ESTADO

Decreto nº 42.831, de 9 de agosto de 2002 798

Do Tribunal de Justiça

Aviso nº 009/GACOR/2002, de 18 de março de 2002 800
Aviso Conjunto nº 001/2002, de 12 de março de 2002 800
Portaria Conjunta nº 30/2002, de 24 de abril de 2002 801

ÍNDICES

Índice numérico 803
Índice alfabético e remissivo 809

-:::-

Índice Alfabético e Remissivo

- A -

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - Impossibilitada fica a absolvição sumária do reclamante quando as teses relativas às excludentes de ilicitude da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal não restaram comprovadas estremes de dúvidas. - Competência - Denúncia - Recurso em Sentido Estrito - Qualificadora - Concurso Material - Prisão Preventiva - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. **618**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - V. **Acordo Judicial, Ministério Público** e **Cerceamento de Defesa** **71**

- Após o advento da Constituição Federal/88, o campo de atuação do Órgão Ministerial foi ampliado, sendo possível, atualmente, a defesa do patrimônio público, não só por meio de ação popular, mas também por meio de ação civil pública de que cuida o art. 129, III, da CF, tendo o Ministério Público legitimidade para propor a referida ação, objetivando o ressarcimento ao erário de quantias injustamente recebidas dos cofres públicos por agentes políticos. - Vice-Prefeito - Ressarcimento de Danos ao Erário - Vencimentos e Subsídios - Ministério Público - Prefeito - Subsídios e Vencimentos. **95**

- Se já constam dos autos elementos documentais hábeis à demonstração *salienter tantum* de que o tráfego pesado de veículos tem efeito deformador no solo, o que pode culminar não só por romper as galerias, mas também pressionar os numerosos muros de arrimo da cidade, e se, ademais, os aparelhos sonoros, sempre utilizados no mais alto volume nos eventos do calendário, produzem vibrações, com danosas repercussões sobre suas frágeis e vetustas edificações - comprometendo o seu patrimônio arquitetônico e histórico -, deixa de ser imprescindível, para o desate do feito, a elaboração de estudo de impacto ambiental. - Dano ao Patrimônio Arquitetônico e Histórico - Estudo de Impacto Ambiental. **110**

- Tratando-se de ação proposta pelo representante do Ministério Público Estadual, é desnecessária a intervenção ministerial, como fiscal da lei.

- O representante do Ministério Público Estadual, na condição de Curador de Defesa do Meio Ambiente, encontra-se inequivocamente legitimado pela norma constitucional inserta no art. 129, III, da Constituição Federal, para propositura de ação civil pública visando à proteção do meio ambiente.

- O depósito irregular de lixo causa danos ao meio ambiente, podendo o Poder Público ser responsabilizado pelos mesmos, tanto por ação como por omissão.

- Constatada a existência de prejuízos ao meio ambiente causados pelo depósito irregular de lixo em local inapropriado, tendo agido o município contrariamente às normas definidas pelas autoridades ambientais competentes, é plenamente admissível, além de inevitável, sua condenação, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas à recuperação da área degradada, em cumprimento aos arts. 2º, VIII, e 4º, VII, da Lei Federal nº 6.938, de 1981.

- Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o município, ambas as partes estão isentas do pagamento das custas processuais, por força do disposto no art. 10, incisos I e III, da Lei Estadual nº 12.427, de 1996. - Meio Ambiente - Ministério Público - Dano Ambiental..... **168**

- É inadmissível a utilização da ação civil pública, com vistas a declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei municipal instituidora de taxas de iluminação pública, porquanto o conhecimento da questão da constitucionalidade, *incidenter tantum*, levaria à declaração da inconstitucionalidade da lei com efeitos *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, estando a ação civil pública, nesta hipótese, funcionando como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, com o fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei, o que não se pode admitir. - Declaração Incidental de Inconstitucionalidade - Iluminação Pública - Inconstitucionalidade. ... **206**

- O fato de o município ser o gestor do SUS, mesmo que no sistema de gestão plena, não é idôneo a que se lhe impute uma responsabilidade que não é somente sua, qual seja, a de arcar com os ônus financeiros da ampliação do número de leitos nas UTIs neonatais e berçários de alto risco cobertos pelo Sistema Único de Saúde, mas, ao revés, deve ser suportado também pela União e pelo Estado, na medida de suas respectivas participações no orçamento do SUS. Assim, não é despropositado o chamamento da União Federal à lide para figurar como litisconsorte passiva necessária na ação civil pública, movida pelo Ministério Público, por intermédio da Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão, Infância e Juventude, que visa à necessidade da referida ampliação. - Decisão Sucinta - Intimação do Ministério Público - SUS - Ampliação de Leitos em UTI's Neonatais e Berçários - Litisconsorte Passivo Necessário - Atos Processuais - Decisão Interlocutória - Princípio da Instrumentalidade das Formas. **233**

- V. **Obrigação de não Fazer** e **Pátrio Poder**. **280**

AÇÃO PENAL NULA - V. **Renúncia ao Direito de Representar**. **692**

AÇÃO POPULAR - A ação popular é via processual inadequada para agressão de projeto de lei municipal, o qual goza de mera expectativa de vir a integrar o ordenamento jurídico do município, devendo ser decretada a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, declarando-se extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, c/c art. 22 da Lei nº 4.717/65. ..... **164**

AÇÃO RESCISÓRIA - Para que a ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum rescindendo* seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos. **41**

ACORDO JUDICIAL - O acordo judicial homologado em autos de ação civil pública, que traz expressa aplicação de multa em caso de descumprimento da obrigação, é apto à execução forçada, pois o art. 584, III, do CPC lhe confere força de título executivo judicial. - Ministério Público - Sentença - Cerceamento de Defesa - Ação Civil Pública - Julgamento Antecipado da Lide **71**

- A transação produz efeitos entre as partes e quanto à relação de direitos entre elas existentes. Homologado o acordo por sentença trânsita em julgado, resta acobertado pela coisa julgada, só podendo ser desconstituído pela via da ação anulatória ou por ação rescisória. - Separação Judicial - Retratação Unilateral de Acordo - Acordo Judicial - Coisa Julgada. **415**

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - V. **Servidor**. **184**

ADOÇÃO - Deve ser declarada nula a adoção do menor requerida por tios-avós, no procedimento citatório da mãe, tida revel, por utilizarem da citação edilícia, após terem sido eles, adotantes, citados por aquela mãe para ação de reversão de guarda e fixação de direito de visitas. A forma ardilosa e feita às pressas, denotando singular má-fé dos adotantes, já que a mãe poderia ser citada até mesmo no rosto daqueles autos, aponta para nulidade do ato citatório e do processo. - Guarda de Menor - Direito de Visitas. **187**

ADVOGADO - V. **Licitação**. **667**

AGRAVANTE - V. **Circunstância Agravante**. **579**

AGRAVO - V. **Recurso**. **330**

AGRAVO DE INSTRUMENTO - V. **Mandado de Segurança**. **379**

ÁGUA E ESGOTO - A relação de fornecimento do serviço de água e esgoto entre a empresa pública e seus clientes é uma relação de consumo, pelo que se lhe aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto ao limite de 2% para multa moratória, conforme estabelecido pelo § 1º do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor. - Código de Defesa do Consumidor - Consumidor. **133**

ALIENAÇÃO DE BEM - V. **Falência**. **193**

ALIMENTOS - O nascimento de outro filho do devedor de alimentos pode autorizar a redução da pensão alimentícia devida ao filho havido do relacionamento anterior, na medida em que tal circunstância implica diminuição de sua capacidade financeira, já que deve ser mantida a igualdade de assistência entre todos os filhos menores.

- A obrigação de sustento dos filhos é dos pais. Portanto, está a mãe também obrigada. **394**

- A maioridade do filho, por si só, não constitui causa suficiente para acolher o pedido de exoneração de pensão alimentícia. Se o alimentando prova a necessidade dos alimentos, por estar

cursando ensino superior e não possuir atividade remunerada que lhe dê condições de prover sua manutenção, e o pai, por outro lado, não prova a impossibilidade de prestá-los, é de se manter a pensão.

- Em ação de exoneração de alimentos, não está o juiz adstrito ao que foi pedido na inicial, podendo, em vez de exonerar, simplesmente reduzir a verba alimentar. 421

- V. **Prisão Civil**..... 732

ALTERAÇÃO DE SUBSTÂNCIA MEDICINAL - V. **Crime Contra a Saúde Pública**. 604

AMEAÇA - Para a caracterização do crime de ameaça, é indispensável a presença do dolo específico, consubstanciado na intenção de intimidar, de infundir medo. Ameaças proferidas em estado emocional de exaltação não caracterizam o delito do art. 147 do Código Penal, pois ausente o propósito específico e refletido de causar sobressalto, temor ou inquietação de ânimo à vítima.

- O delito do art. 147 do Código Penal se apura mediante ação pública condicionada, exigindo-se, portanto, a representação da vítima. - Desacato - Falsa Identidade - Representação da Vítima 623

AMPLIAÇÃO DE LEITOS EM UTI'S NEONATAIS E BERÇÁRIOS - V. **Ação Civil Pública**. 233

AMPUTAÇÃO DE MEMBRO - V. **Responsabilidade Objetiva do Estado**. 105

ANULATÓRIA DE TÍTULOS - Tendo sido as duplicatas emitidas legalmente e preenchidas com o valor devidamente contratado, bem como tendo ocorrido o cumprimento dos serviços pela parte apelada, não há que se falar em rescisão do contrato nem em anulação das duplicatas, como também da suspensão ou impedimento do protesto das mesmas, por inexistência de elementos a justificar a medida. - Protesto - Título de Crédito..... 425

APELAÇÃO - V. ***Habeas Corpus***. 726

APELAÇÃO CRIMINAL - Não obstante a apelação manejada contra a decisão do Júri não tenha indicado o dispositivo legal em que se funda, resta sanada a irregularidade se o recorrente, em suas razões recursais, delineia os motivos e fundamentos para a reforma do julgado, sendo de se conhecer do recurso. - Homicídio Qualificado - Meio Cruel. 597

- A teor do art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP, não se admite, pelo mesmo motivo, segunda apelação. - Júri - Custas do Processo Criminal - Nulidade - Assistência Judiciária - Jurado. 711

APOSENTADO - V. **Contribuição Previdenciária**. 90

APOSENTADORIA - V. **Contribuição Previdenciária**. 90

- V. **Horas Extras** 102

APREENSÃO DE MERCADORIAS - É inadmissível a apreensão de mercadorias para compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo, já que existe procedimento próprio e adequado para a cobrança do crédito tributário. - ICMS - Mercadoria. 216

ARMA DE FOGO - V. **Roubo**. 687

ARREMATAÇÃO - Tratando-se de arrematação, que é uma conseqüência de alienação forçada, em processo de execução, e não de uma transferência contratual, o arrematante adquire a propriedade do bem praceado na situação em que ele se encontra, não havendo lugar para a reclamação contra eventuais vícios redibitórios. Na execução, o executado não é vendedor, não consentiu na alienação, não podendo ser responsável por fato que não praticou. Assim, em ação anulatória de arrematação, com pedido sucessivo de indenização, proposta em face da massa falida, é de ser mantida a sentença que dá pela improcedência do pedido sucessivo, quando não configurada a responsabilidade civil da mesma.

- Identificado e individuado o imóvel objeto da arrematação, no edital de praça, com base no título dominial da massa falida, não há por que se falar em indenização contra esta, decorrente de questão relacionada com as construções no imóvel, quando no edital não constou que tais construções estavam averbadas no registro de imóveis, o que significa que o arrematante não foi iludido com má-fé. - Honorários de Advogado - Sentença Declaratória Negativa - Indenização - Massa Falida. 82

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - V. **Custas do Processo Criminal**. 558/711

ASSISTÊNCIA MÉDICA DEFICIENTE E ERRÔNEA - V. **Responsabilidade Objetiva do Estado**. 105

ATO JUDICIAL - V. **Mandado de Segurança**. 399

ATOS PROCESSUAIS - V. **Sociedade de fato e Intimação do Ministério Público**. 59/233

AUTO DE INFRAÇÃO - A legitimidade do auto de infração só se verifica com a notificação do infrator, possibilitando, assim, a instauração de processo administrativo, onde lhe seja assegurado o direito de defesa. - Certidão de Dívida Ativa. 427

AVALISTA - Havendo provas suficientes da obrigação adquirida como avalista e demonstrada a inadimplência do devedor principal, lícito é ao credor da nota promissória requerer a inclusão do nome do avalista junto ao Serasa, independentemente do ajuizamento de qualquer ação.

- Não é considerado consumidor o avalista que garante a obrigação firmada entre o banco e seu devedor principal. - Nota Promissória. 442

AVISO CONJUNTO DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TJMG E DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- Nº 001, de 2002 800

AVISO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- Nº 009/GACOR, de 2002 800

- B -

BACEN - Mandar inscrever o nome dos inadimplentes no rol dos que não honram débitos inescusáveis é ato de reserva do Banco Central, como órgão integrante do Cadin (Cadastro Informativo), nos termos do Decreto Federal nº 1.006/93. Não há restrição legal a que nesse rol se inscrevam as

pessoas jurídicas de direito público que, eventualmente, podem contar com ajuda federal, conforme o *caput* do art. 3º, incisos e parágrafos, do édito citado. - Cadastro de Inadimplentes - Cadin. 241

BENFEITORIA - V. **Possessória**. 330

BIS IN IDEM - V. **Pena**. 536/630

BUSCA E APREENSÃO - Deve ser concedida a segurança impetrada pelo Ipsemg, quando demonstrada a nulidade da decisão que deferiu pedido de busca e apreensão dos computadores de seus advogados, sem qualquer fundamentação, ficando evidente o risco de prejuízo para aquela autarquia. - Mandado de Segurança - Ipsemg..... 327

- C -

CADASTRO DE INADIMPLENTES - Os §§ 2º e 5º do art. 2º da Medida Provisória nº 1.621-35/98 não estabelecem que a falta de notificação do inadimplente da sua inclusão no rol do Cadastro Informativo-Cadin é fato gerador da nulidade da inscrição. As sanções previstas no § 5º do mesmo art. 2º da referida Medida Provisória nº 1.621-35/98 são nominalmente e em essência de outra etiologia, onde não se compreende a conseqüência da nulidade da inscrição. A norma se reporta a sanções meramente pessoais por desídia funcional. Bacen..... 241

CADIN - V. **Cadastro de Inadimplentes** e **Bacen**..... 241

CARTA DE ARREMATAÇÃO - Impõe-se a procedência da dúvida suscitada, com a determinação ao oficial do registro de imóveis de levar a registro a carta de arrematação depois de comprovado o cancelamento das demais penhoras. - Penhora - Imóvel - Registro de Imóveis. 87

CARTA PRECATÓRIA - V. **Sentença**. 604

CASA PRÓPRIA - V. **Financiamento Habitacional** e **Sistema Financeiro de Habitação**. 430

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - V. **Penhora**. 126

CERCEAMENTO DE DEFESA - Constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide em embargos à execução da multa aplicada em ação civil pública, onde há questões fáticas a serem esclarecidas em torno da responsabilização pelo atraso da licença ambiental. - Acordo Judicial - Ministério Público - Sentença - Cerceamento de Defesa - Ação Civil Pública - Julgamento Antecipado da Lide - Multa - Licença Ambiental - Execução de Multa - Execução por Título Judicial - Embargos à Execução de Multa. 71

- Se, no momento processual adequado, foi dada a oportunidade para a produção da prova e as partes dela desistiram, não há falar-se em cerceamento de defesa. - Pensão Previdenciária - Honorários de Advogado - Fazenda Pública. 189

- O indeferimento, pelo juízo deprecado, de perguntas que não guardam relação com o processo e envolvem apreciação subjetiva não constitui cerceamento de defesa, máxime se não representarem prejuízo para a defesa. - Crime de Racismo - Colunista de Jornal - Texto Humorístico - Racismo. 548

- V. ***Habeas Corpus***. 726

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - A certidão da dívida ativa do débito fiscal goza de presunção legal de certeza e liquidez, ostentando efeito de prova pré-constituída, somente ilidida por elementos probatórios inequívocos a cargo do executado. - Execução Fiscal - Dissolução Irregular da Sociedade - Crédito Fiscal - Responsabilidade Solidária - Sócio-Gerente. 285

- A ausência de regular notificação pessoal ao contribuinte infrator para defender-se no processo administrativo enseja a irregularidade da inscrição da dívida ativa e da conseqüente CDA, que, por isso mesmo, não serve para embasar posterior execução fiscal.

- A certidão da dívida ativa devidamente inscrita goza de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, porém não é título abstrato, devendo, necessariamente, ser comunicada ao contribuinte a origem do lançamento efetuado. - Auto de Infração - Execução Fiscal. 427

CHEQUE - V. **Falência**. 322

CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - V. **Qualificadora**. 579

CIRURGIA - V. **Saúde**..... 336

CO-AUTORIA - O simples fato de alguém presenciar a cena do crime, na qualidade de irmão de criação do agente, sem que tenha subjetivamente aderido ou premeditado a conduta delitiva, não basta para caracterizar a co-autoria, que exige a cooperação voluntária e consciente, bem como um nexo psicológico com a ação típica do delinqüente principal. Inexistindo indícios suficientes à comprovação do nexo psicológico entre a conduta do executor material do delito e daquele que presenciou a cena do crime, não se autoriza o *jus accusationis*. - Pronúncia. 663

CÓDIGO CIVIL
- Art. 162 483
- Art. 166 477
- Art. 377 ..... 156/381
- Art. 530 375
- Art. 1.062 278
- Art. 1.316 349
- Art. 1.577 156
- Art. 1.605, § 2º 156

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - V. **Água e Esgoto**. 133

- A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não tem o condão de afastar por completo os efeitos do princípio consubstanciado no aforismo *pacta sunt servanda*, merecendo prosperar as cláusulas contratuais que não se mostram, de forma inequívoca, ilegais ou abusivas. - Duplo Grau de Jurisdição - Financiamento Habitacional - Sistema Financeiro de Habitação - Financiamento Habitacional - Índice de Correção - Código de Defesa do Consumidor - *Pacta Sunt Servanda* - Casa Própria - Saldo Devedor. 430

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
- Art. 52, § 1º 133

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 4º, I 458
- Art. 9º, II 477
- Art. 20 ..... 199/458
- Art. 20, § 1º 438
- Art. 20, § 3º 82/189
- Art. 20, § 4º 82/189/199

Art. 43 325
Art. 82, III 450/454
Art. 130 330
Art. 131 193
Art. 132 340
Art. 165 233
Art. 219, § 5º 477
Art. 236, § 2º 233
Art. 249, §§ 1º e 2º 233
Art. 267, § 3º 129
Art. 267, § 3º, VI 344
Art. 267, I 419
Art. 267, VI 419/164
Art. 296 147
Art. 303, III 483
Art. 333, II 458
Art. 407 59
Art. 458 71
Art. 475, § 2º 184/505
Art. 475, II 430
Art. 485, V 41
Art. 515 747
Art. 526 330
Art. 578, parágrafo único 502
Art. 584, III 71
Art. 659, § 4º 129
Art. 711 87
Art. 737, I 129
Art. 791, III 129
Art. 922 330
Art. 995, II 47
Art. 1.109 372

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 28 719
Art. 41 ..... 591/618
Art. 44 37
Art. 49 37
Art. 168, § 2º 529
Art. 302, III 728
Art. 310, parágrafo único 728
Art. 383 630
Art. 436, parágrafo único, III 711
Art. 484, III 555
Art. 593, III, *d* 702
Art. 593, § 3º, *in fine* 711
Art. 617 630
Art. 804 ..... 558/627/711

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
- Art. 257, § 3º 355
- Art. 285, § 3º 238

CÓDIGO PENAL
- Art. 14, II 614
- Art. 21 682
- Art. 29 627
- Art. 33 579
- Art. 36 579
- Art. 44 ..... 509/564
- Art. 59 509
- Art. 61 579
- Art. 65, III, *d* 630
- Art. 69 ..... 618/630
- Art. 107, V 692
- Art. 119 516
- Art. 121, *caput* 769
- Art. 121, § 2º, II 614
- Art. 121, § 2º, IV 614
- Art. 129, *caput* 529
- Art. 129, § 1º, I 529
- Art. 147 623
- Art. 163, parágrafo único, III 543
- Art. 171, *caput* 516
- Art. 225, § 1º, I 692
- Art. 229 ..... 627/648
- Art. 230 648
- Art. 273 605
- Art. 273, § 1º 605
- Art. 275 605
- Art. 307 623
- Art. 331 623
- Art. 342 709
- Art. 351, § 1º 543
- Art. 351, § 4º 678

CÓDIGO PENAL MILITAR
- Art. 9º, parágrafo único 618

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
- Art. 97 266
- Art. 111, II 226
- Art. 134, VII 285
- Art. 135, I 285
- Art. 135, II 285

- Art. 184 126
- Art. 186 126
- Art. 202, V 345

COISA JULGADA - Descabe cogitar-se de coisa julgada, quando em seara de outro processo o pedido ainda se encontra em fase recursal. - Litispendência - Coisa Julgada Material. 283

- V. **Acordo Judicial** e **Pena**. 415/536

COISA JULGADA MATERIAL - A coisa julgada material não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam à preclusão, vedado o seu reexame no mesmo processo, mas não em outro. - Coisa Julgada - Litispendência. 283

COLUNISTA DE JORNAL - V. **Crime de Racismo**. 548

COMPANHEIRATO - V. **Concubinato**. 259

COMPETÊNCIA - V. **Meio Ambiente**. 174

- Sendo a competência da Justiça Militar determinada pelos critérios *ratione materiae* e *ratione personae*, cabe a ela processar e julgar os policiais e bombeiros militares da ativa nos crimes militares definidos em lei.

- Apesar da defeituosa redação do parágrafo único introduzido pela Lei nº 9.299/96 ao art. 9º do CPM, excluindo do âmbito de atuação da Justiça Castrense as causas relativas a crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, não se trata de mera regra de competência, o que levaria à declaração de sua inconstitucionalidade, por violação ao art. 124 da CF/88, mas, sim, da retirada da natureza militar daqueles delitos pelo legislador ordinário. A alteração foi de conteúdo material, não sendo inconstitucional, vez que cabe à lei ordinária definir quais são os delitos militares. Não se pode confundir crime militar com crime praticado por militar. - Denúncia - Absolvição Sumária - Recurso em Sentido Estrito - Qualificadora - Concurso Material - Prisão Preventiva - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. 618

- V. **Policial Militar** (STJ). 742

COMPETÊNCIA CRIMINAL - Concurso material de crimes - Máximo de pena cominada a um deles que excede a 2 anos - Utilização da nova definição de delito de menor potencial ofensivo dada pela Lei nº 10.259/01 - Impossibilidade de julgamento do feito pela Justiça especializada - Determinação da competência ao Juízo suscitado 661

- A Lei nº 10.259/2001 não alterou a competência da Justiça comum para processamento do crime de porte para uso de entorpecentes, diante das Leis 6.368/76 e 10.409/2002, havendo marcante incompatibilidade entre o procedimento exigido para os crimes definidos na Lei de Tóxicos e o célere rito dos Juizados Especiais, pelo que há de se declarar competente a Justiça comum para julgar e processar agente que comete delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76. - Tóxico - Juizado Especial Criminal. 715

COMPETÊNCIA DO JUIZ - V. **Sentença**. **472**

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - Nos termos do art. 106, I, *j*, da Constituição Estadual, compete, originariamente, ao Tribunal de Justiça processar e julgar as causas e os conflitos entre o Estado e os municípios, entre estes e entre as respectivas entidades da administração indireta.

- A interpretação teleológica da alínea *j* do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais, introduzida pela Emenda à Constituição nº 38, de 7 de janeiro de 1999, atribui competência originária e extraordinária ao Tribunal de Justiça nas causas e conflitos que possam causar ruptura à integridade do Estado ou grave instabilidade política. Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam que se instaure a competência originária do Tribunal de Justiça. - Taxa. **301**

CONCUBINATO - Se os companheiros - segundo prova testemunhal e documental - tiveram três filhos reconhecidos e viveram em comum desde o nascimento do primeiro deles, configura-se o companheirato. Por outro lado, não se caracteriza o concubinato impuro, impeditivo do reconhecimento do companheirato, se o companheiro, embora civilmente casado com outra, dela se acha, de há muito, separado de fato. Só se caracterizaria o concubinato impuro, se o companheiro casado estivesse vivendo com sua esposa e, simultaneamente, mantivesse o companheirato, isto é, também com a companheira. - Companheirato. **259**

CONCURSO DE PESSOAS - V. **Queixa-crime**. **37**

- Nos termos do art. 29 do Código Penal, quem concorrer para o crime se sujeita às penas a ele cominadas. - Prestação de Serviços à Comunidade - Prostituição - Custas do Processo Criminal - Sentença. **627**

CONCURSO MATERIAL - A menção do art. 69 do CP, por dizer respeito à eventual aplicação da pena, cuja incumbência é do juiz-presidente, e não dos jurados, deve ser decotada de ofício.- Competência - Denúncia - Recurso em Sentido Estrito - Qualificadora - Prisão Preventiva - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. **618**

- V. **Tóxico**. **630**

CONCURSO PÚBLICO - Nasce o direito à nomeação do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas, se, dentro do prazo de validade do concurso público, ocorre a sua contratação precária para ocupar o cargo existente, com manifesto desprezo ao resultado do certame. **119**

- Se a Carta Magna, em seu art. 37, I, determina que, para o acesso aos cargos públicos, há de se observar o que dispõe a "lei", sendo que esta, Lei nº 8.112/90, determina que os requisitos somente deverão ser preenchidos quando da investidura no cargo - o que ocorre com a posse -, vulnera direito líquido e certo dos candidatos ao certame o ato que anula suas inscrições, ao argumento de que o edital previa a entrega de documentos no momento da inscrição. **143**

- A autoridade competente, ao baixar provisões regulamentadoras de caráter secundário, disciplinando as matérias de sua competência específica, deve conter-se nos limites traçados pela lei, eis que, ao exorbitar seus termos ou desvirtuar sua finalidade, incorre em ineficácia. Reveste-se de ilegalidade e traduz-se em exigência discriminatória, inoportuna e sem propósito a norma contida no Anexo E, alínea *a*, Grupo XIV, da Resolução nº 3.444/98, que cogita no sentido de que o candidato aos quadros da Polícia não seja portador de qualquer cicatriz cirúrgica, ainda que esta em nada venha a afetar o exercício da função. Se a cicatriz corneana não interfere na capacidade visual para ser classificada como lesão ou alteração incapacitante, descabida é a desclassificação do candidato ao Curso de Formação de Oficiais da PMMG, pelo motivo declinado, não representando impedimento à sua participação no referido curso.

- A inaptidão ou incapacidade para o exercício de determinada atividade ou profissão pressupõe a falta de preparo físico, emocional ou intelectual e deve ser avaliada a partir de fatos que concretamente representem empecilho ao perfeito desempenho da atividade. A escolha de elementos aleatórios como indicação de padrão de saúde que nada indicam sobre a efetiva capacitação do candidato enseja a eliminação arbitrária de concorrentes capazes, em afronta ao princípio da igualdade de todos e da acessibilidade a cargos públicos. - Exigência Discriminatória - Polícia Militar. **255**

CONDUTOR - V. **Infração de Trânsito**. **355**

CONFISCO DE VEÍCULO - V. **Tóxico**. **630**

CONFISSÃO - A atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, é aplicável na condenação com base na confissão do réu.- Prova Ilícita - Personalidade do Réu - Pena - Tóxico - Regime Prisional - Concurso Material - Sentença - *Bis In Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo - *Emendatio Libelli*. **630**

CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - Deve-se tomar por verdadeira a confissão policial validamente colhida, se é ela que guarda sintonia com o conjunto probatório. - Crime contra os Costumes - Laudo Pericial - Lesão Corporal Grave - Palavra da Vítima - Estupro. **600**

- A confissão extrajudicial não pode ser desprezada, notadamente quando guardar coerência e compatibilidade com os demais elementos dos autos.

- Cabe ao réu demonstrar que a confissão perante a autoridade policial fora obtida por meio ilícito, porque a presunção há de ser em favor da autoridade policial, que age no estrito cumprimento do dever legal. - Legítima Defesa - Latrocínio. **656**

CÔNJUGE - V. **Prestação de Contas**. **419**

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
- Art. 31 ..... **410**
- Art. 36, § 5º **278**
- Art. 39, § 11 ..... **278**
- Art. 106, I, *j* **301**
- Art. 142, I **174**
- Art. 214, IV **174**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 5º, V **292**
- Art. 5º, XXVII **485**
- Art. 5º, XLIII **579/630**
- Art. 5º, XLVI **579**

- Art. 5º, XLVIII 579
- Art. 5º, LXXIII 164
- Art. 29, V 95
- Art. 37 95
- Art. 37, I 143
- Art. 37, II 184
- Art. 37, IX 184
- Art. 37, XXI 793
- Art. 37, § 4º 66
- Art. 37, § 6º 397
- Art. 38 95
- Art. 38, II 95
- Art. 40, § 5º 278
- Art. 40, § 8º 236
- Art. 103 206
- Art. 124 618
- Art. 128, § 5º 591
- Art. 129, III 95/168
- Art. 145, II 301
- Art. 145, § 1º 266
- Art. 146, III, *a* 76
- Art. 150, I 266
- Art. 196 336
- Art. 201, V 410
- Art. 205 446
- Art. 226, § 3º 340
- Art. 227 308
- Art. 227, § 6º 156
- Art. 236 793
- Art. 34 - ADCT 76

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967
- Art. 173, III - ADCT 509

CONSUMIDOR - V. **Água e Esgoto**. 133

CONSUNÇÃO - V. **Crime de Dano**. 543

- V. **Roubo**. 687

CONTESTAÇÃO - V. **Possessória** 330

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - O ex-servidor público estadual, dito inativo ou aposentado do Poder Executivo, ficou sujeito passivo da contribuição social/previdenciária instituída pela Lei nº 12.278/96, nos termos da faculdade concedida aos Estados e Municípios pela Constituição Federal, para custeio do sistema de previdência e assistência social por todos os servidores, sem distinção entre servidor em atividade e ex-servidor ou aposentado, tal como vinha sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça. A alteração da referida lei e de outras de idêntico conteúdo para os outros Poderes do Estado, com a superveniência da Lei nº 13.441, de 05.01.2000, tem a eficácia *ex nunc*, não havendo base jurídica para sua retroação a situações anteriores, como no caso de descontos de proventos havidos, que até então configuram atos jurídicos perfeitos e intocáveis também na via judicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional específico. - Proventos - Aposentadoria - Aposentado. 90

- O art. 15 da Lei nº 9.380/86, que dispõe sobre o Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais-Ipsemg, prevê que, na hipótese de o município não recolher ao Ipsemg, por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, contribuições ou quantias devidas, o convênio ficará automaticamente caduco. Disso decorre que, promovida execução fiscal pelo Ipsemg contra o município conveniado, visando ao recebimento de parcelas de contribuição social previdenciária não recolhidas, do débito inscrito na dívida ativa constante da CDA, só subsiste a parte referente aos 12 primeiros meses, sendo de se acolherem os embargos do devedor, para decotar da execução o valor das contribuições previdenciárias referentes ao período posterior à caducidade do convênio de que se origina a obrigação, devendo a execução prosseguir em relação ao valor das contribuições relativas ao período anterior à rescisão automática do acordo. - Execução Fiscal. 385

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - A contribuição sindical tem caráter tributário e, como tal, depende de lei que regule sua cobrança. Não havendo previsão legal para descontar tal contribuição de todos os servidores públicos, o desconto compulsório só alcança servidores sindicalizados e os celetistas, sendo impossível a cobrança pelo sindicato das contribuições relativas aos servidores não sindicalizados. - Sentença - Servidor. 147

CONVÊNIO ICMS (Interestadual)
- Nº 66, de 1988 76

CRÉDITO FISCAL - O crédito fiscal prefere aos demais, ressalvado o trabalhista, por força da aplicação dos arts. 184 e 186 do CTN, que indicam, inclusive, a preferência do crédito fiscal sobre o crédito hipotecário. - Penhora - Execução Fiscal - Cédula de Crédito Rural - Impenhorabilidade - Hipoteca. 126

- V. **Execução Fiscal**. 285/346

CRIME CONTINUADO - V. **Crime contra a Ordem Tributária**. 652

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - Deixando a defesa de oferecer provas que demonstrem a veracidade de suas alegações, a preliminar suscitada, por ela, de inviabilidade do processo, não procede, vez que lançada no vazio.

- O elemento subjetivo nos crimes contra a ordem tributária é o dolo específico, consubstanciado na intenção de suprimir ou reduzir tributos, de modo que, havendo dano patrimonial contra o Fisco, com o propósito de fraudar a Fazenda Pública, o crime será de sonegação; mas, se o dano patrimonial for de direito privado, com intenção de apenas apropriação de determinada quantia de particular, o delito será outro, que não o da lei específica.

- Tendo os agentes, com a apropriação sem o consentimento dos particulares dos valores recebidos, obtido vantagem ilícita, em prejuízo destes, mantendo-os em erro, mediante meio fraudulento, consistente na falsificação das guias do DARF, com o objetivo de fazê-los acreditar que o dinheiro foi empregado corretamente no recolhimento dos impostos, não há que se falar em crime contra a ordem tributária, e sim em crime contra o patrimônio. O crime praticado é de estelionato, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal.

- Embora se admita que os acusados, na qualidade de despachantes, estavam obrigados a realizar o pagamento do tributo devido, essa obrigação, por não ser decorrente de lei, e sim de contrato (contrato de prestação de serviços), não se enquadra no dispositivo legal previsto na Lei nº 8.137/90, art. 2º, inciso II. - Estelionato - Crime Patrimonial - Prescrição. 516

- Aumentar crédito do ICMS por uma nota fiscal, cujo valor expresso não corresponda a uma venda real, ou seja, superior ao desta, significa suprimir ou reduzir tributo. A reprovabilidade dessa conduta fundamenta-se no fato de o agente haver descontado um tributo devido, mediante utilização de crédito fictício, e ter ficado com o valor pertencente ao erário.

- Sabendo os apelantes da falsidade material dos documentos fiscais, tendo em

vista a não-comprovação do recebimento das mercadorias correspondentes às operações comerciais, não há dúvida de que agiram com dolo, não vingando, assim, a tese de que não sabiam da inidoneidade das empresas com as quais estariam negociando.

- Se os recorrentes são primários, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis são inerentes à espécie do delito por eles praticado, não há razão para se indeferir o pedido de aplicação de sanções alternativas aos recorrentes. - Nota Fiscal - Pena. **563**

- O sócio-gerente responsável pela empresa não se exime da responsabilidade penal pelo "calçamento" de notas fiscais, com a conseqüente sonegação do imposto devido, ao argumento de que possui poucos conhecimentos contábeis e de administração e de que seus empregados adotaram tal procedimento sem seu conhecimento.

- O "calçamento" de notas fiscais por dois anos seguidos, com a conseqüente sonegação do imposto devido, constitui crime continuado, que deve ser reconhecido, vez que descrito na denúncia. - Prestação Pecuniária - Nota Fiscal - Crime Continuado..... **652**

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - Configurado está o crime previsto no art. 273 do Código Penal, quando, além da alteração do produto farmacêutico com modificação de sua composição química, reduzindo-lhe o valor terapêutico pela supressão parcial de elementos químicos que deviam integrá-lo, foi este produzido fora dos padrões técnicos estabelecidos, em laboratório clandestino, desprovido de maquinários, tanto que reconhecido por um dos apelantes.

- Comprovado *quantum satis* nos autos que os apelantes entregaram a consumo medicamento que sabiam falsificado, caracterizada está a conduta descrita no art. 273, § 1º, e não a do art. 275 do CP. - Inquérito Policial - Prova Extrajudicial - Sentença - Laudo Pericial - Carta Precatória - Alteração de Substância Medicinal. **604**

CRIME CONTRA OS COSTUMES - Em crimes contra o costume, à palavra da vítima se deve emprestar especial relevo, mormente quando corroborada por outros elementos de prova. - Confissão Extrajudicial - Laudo Pericial - Lesão Corporal Grave - Palavra da Vítima - Estupro. **600**

CRIME DE DANO - Não há crime de dano na conduta do detento que, procurando evadir-se do presídio, provoca estragos no cárcere, porquanto nesta hipótese falta ao preso o dolo específico, a indispensável vontade de causar prejuízo ao patrimônio público, *animus nocendi*, sem o qual o crime de dano não se configura, sendo atípica a danificação de paredes e grades da cela por detentos que visam lograr a fuga.

- Se a destruição da parede e do cadeado da cela pelo preso foi dirigida finalisticamente para a consecução de fuga própria e para facilitar e promover a de outro preso, o crime de dano qualificado causado ao patrimônio público (art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP) constitui crime-meio para a efetivação e facilitação das fugas, devendo-se aplicar ao caso o princípio da consunção, restando absorvido o crime consunto (o de dano) pelo crime consuntivo, de facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança, previsto no art. 351, § 1º, do CP). - Fuga de Preso - Estado de Necessidade - Consunção. **543**

CRIME DE RACISMO - A conduta prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, que proclama: "*praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*", constitui tipo penal que enfrenta fortes controvérsias na sua caracterização, especialmente quando o conceito de "discriminação ou preconceito" - elementos-chaves da conduta - depara com um nebuloso subjetivismo. Por isso, não se pode concluir que o autor tenha praticado, induzido ou incitado a discriminação racial com seu texto humorístico, garimpando frases isoladas, desconectadas do texto e/ou contexto, sob pena de cometer injustiça.

- O colunista de jornal que redige texto humorístico satirizando pessoas ou fatos então em destaque, cujo objetivo é, por meio de jogos de palavras e pilhéria, fazer humor, sem o propósito de ofender, não havendo no texto incitação à discriminação ou preconceito contra a raça negra, inexistindo nas frases conotação de cunho racista, não comete o crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, pois a conduta de incitar do tipo exige que o agente tenha vontade consciente dirigida no sentido de estimular a discriminação ou preconceito racial, exigindo o dolo direto ou mesmo o eventual.

- Inegável que o racismo é prática torpe e imoral, que merece o repúdio de toda a sociedade, porque afronta os mais elevados valores da dignidade humana. Mas também é inegável que uma condenação, em tal hipótese, não pode permitir qualquer dúvida, subjetivismo ou resultar da imposição cega do chamado "politicamente correto". Se a Constituição Federal repudia o crime de racismo, retirando-lhe a prescrição e a fiança, também protege a livre manifestação do pensamento, afastando a censura. Não se pode, a pretexto de combater palavras e textos de cunho supostamente racistas impostos pela cartilha do chamado "politicamente correto", estabelecer transversa censura. - Cerceamento de Defesa - Colunista de Jornal - Texto Humorístico - Racismo. **548**

CRIME DE RESPONSABILIDADE - O Decreto-lei nº 201/67 sempre foi considerado válido e constitucional, resguardado que se encontrava pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1967 (art. 173, III), não se mostrando incompatível com a Constituição vigente, que apenas impossibilitou, após a sua promulgação, o uso de decreto-lei, mas não revogou aqueles já existentes.

- O não-cumprimento imediato de ordem judicial, da qual conste expressamente que a providência deve ser realizada incontinenti, configura o crime previsto no inc. XIV do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67. Assim, o prefeito municipal que não atende à segurança deferida, deixando de cumprir determinação judicial, ao não reintegrar os servidores que havia demitido, comete o referido crime, sendo irrelevante o fato de a desobediência ter-se dado no seu mandato anterior, uma vez que o fim do mandato não constitui causa de extinção da punibilidade.

- A justificativa apresentada para o descumprimento da ordem judicial somente impede a configuração do delito previsto no inc. XIV do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, quando a mesma se mostra satisfatória. Mostrando-se ela meramente protelatória, fica caracterizado o delito.
- A motivação da recusa do prefeito ou da impossibilidade de cumprir a ordem judicial deve ser aceita pela autoridade

competente. A aceitação é condição indispensável para que não se tenha por tipificada a infração penal, pois as alegações do prefeito, por si sós, não afastam a sua responsabilidade. - Pena - Ordem Judicial - Substituição da Pena - Perda do Cargo - Inabilitação Temporária para o Exercício da Função - Prefeito. **509**

- A conduta do prefeito municipal consistente na apropriação de verbas públicas destinadas ao pagamento de diárias de viagem e a repasse à câmara municipal se amolda, em tese, ao tipo previsto no art. 1º, inciso I, do Dec.-lei nº 201/67. - Denúncia - Prefeito - Despesas de Viagem - Julgamento - Verbas Públicas. **591**

- Provado que a defesa do prefeito - que fora pessoalmente denunciado, juntamente com o município, na ação civil pública - não se procedeu pelo profissional contratado pela prefeitura, afigura-se improcedente a denúncia no tocante à imputação da prática do delito previsto no art. 1º, II, do Dec.-lei nº 201/67.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não caracteriza, em tese, o delito previsto no art. 1º, II, do Dec.-lei nº 201/67 o fato de utilizar-se o prefeito dos serviços jurídicos da municipalidade, para sua defesa em processo no qual é acusado por crime funcional ou de responsabilidade, não constituindo *prima facie* uso indevido de serviços públicos, em face das peculiaridades do exercício da profissão de advogado e a magnitude do direito de defesa. - Licitação - Prefeito - Advogado. **667**

CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL - V. **Competência.** **618**

CRIME HEDIONDO - V. **Regime Prisional.** **570/579/630**

- V. **Regime de Cumprimento de Pena.** **759**

CRIME PATRIMONIAL - Não se tratando de crime contra a ordem tributária, resta irrelevante a alegação da defesa do co-réu, no sentido de se tratar de delito cometido na forma tentada, bem como de terem sido pagos os tributos. - Crime contra a Ordem Tributária - Prescrição - Estelionato. .. **516**

CURADOR ESPECIAL - A intervenção de curador especial no processo, para defender o réu revel, só é possível quando a revelia resultar de citação por edital ou com hora certa, nos termos do art. 9º, II, do CPC. Tratando-se de execução fiscal, não cabe nomeação de curador especial, máxime quando ocorrer a citação válida e eficaz do devedor, porquanto o título executivo representado pela CDA possui presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do valor nela contido, o que dispensa qualquer defesa, sendo que o devedor é citado para pagar ou nomear bens à penhora, constituindo os embargos um incidente que se aforará nos casos restritos, delineados no ordenamento jurídico. - Prescrição Intercorrente - Execução Fiscal. **477**

CUSTAS DO PROCESSO - A teor da Súmula nº 58 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o juridicamente miserável não fica imune à condenação às custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento sujeita-se a condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50. - Prestação de Serviços à Comunidade - Concurso de Pessoas - Prostituição - Custas do Processo Criminal - Sentença. **627**

CUSTAS DO PROCESSO CRIMINAL - A teor do art. 12 da Lei nº 1.060/50, o réu juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento não será exigido na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando prescrita a obrigação, se, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, contados da sentença final, o sentenciado não puder satisfazê-la.

- Não há que se falar em preclusão do direito do condenado de questionar as custas, pelo fato de ter transitado em julgado a sentença que o condenou no pagamento das mesmas, eis que a exeqüibilidade ou não da cobrança das custas é matéria de execução e só nesta deve ser considerada, não na sentença condenatória. - Assistência Judiciária. **558**

- Consoante Súmula nº 58 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 do CPP). Todavia, o pagamento sujeita-se à condição e ao prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50. - Apelação Criminal - Júri - Nulidade - Assistência Judiciária - Jurado. **711**

- D -

DANO À IMAGEM - V. **Dano Moral.** **292**

DANO AMBIENTAL - V. **Ação Civil Pública.** **168**

DANO AO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO E HISTÓRICO - V. **Ação Civil Pública.** **110**

DANO ESTÉTICO - V **Responsabilidade Objetiva do Estado.** **105**

DANO MATERIAL - V. **Responsabilidade Objetiva do Estado.** **105**

- V. **Responsabilidade Civil.** **450**

DANO MORAL - Simples instauração de inquérito administrativo, com o fito de apurar ato delituoso, não possui o condão de causar dano de ordem moral aos investigados, mormente quando o aludido inquérito, em sua parte conclusiva, não aponta o agente do delito. - Julgamento Antecipado da Lide - Prova - Inquérito Administrativo - Provas Desnecessárias. **47**

- V. **Responsabilidade Objetiva do Estado.** **105/271**

- O corte de energia elétrica de usuário, por empresa energética, em outro imóvel que não o que se encontrava em débito, mas em residência do credor, cujas contas de eletricidade estavam em dia, com intuito de pressionar arbitrariamente e criar situação de pânico ou atormentar, pode, eventualmente, causar dano à imagem, mas acarretará sempre dano moral, sendo devida a indenização.

- O art. 5º, V, da Constituição Federal estabelece três, e não duas, modalidades de dano indenizável: o dano material, o dano moral e o dano à imagem, pois a conjunção "ou" contida no referido dispositivo não tem caráter expletivo, no sentido de que dano moral seja igual a dano à imagem. Destarte, não se pode confundir dano à imagem com dano moral. Dano à imagem, tecnicamente, é

o que agride a honra, enxovalha o nome do indivíduo, arranha-lhe a boa fama e coloca-o em situação de vexame, abalando-lhe a credibilidade com os desaires que a lei penal capitula como calúnia, injúria e difamação. Dano moral é o dano derivado do ato que, sem propriamente ofender a imagem, ilicitamente aflige, atormenta, acabrunha, traz amargura, desespero; é o que, sem causa justa, ilegitimamente provoca lágrimas legítimas e desculpável ranger de dentes; em suma, a injusta quebra da paz. Esse é o verdadeiro bem que a norma constitucional visou como resguardável e que, se ofendido, acarreta ao ofensor o dever de indenizar, a título de dano moral. - Energia Elétrica - Dano à Imagem. **292**

Em ação de indenização por danos morais, mesmo que uma das partes seja pessoa jurídica de direito público, é desnecessária a intervenção do Ministério Público, por inexistir na espécie interesse público do Estado, mas interesse patrimonial deste, sendo inaplicável o art. 82, III, do CPC.

A pessoa jurídica de direito público é parte legítima para propor ação de indenização por danos morais contra seu ofensor.

A prova da existência do dano é essencial e indispensável para viabilizar a procedência do pedido de indenização. - Indenização - Ministério Público - Pessoa Jurídica de Direito Público. **454**

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - Sendo as provas no sentido de ter o acusado praticado o delito que lhe foi imputado, não há como considerar como manifestamente contrária ao caderno probatório a decisão popular. - Qualificadora - Regime Prisional - Circunstância Agravante - Crime Hediondo - Homicídio - Agravante. **579**

- Só é admissível a anulação do julgamento realizado pelo Júri por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando o veredicto proferido constituir decisão teratológica, sem nenhuma sintonia com o conteúdo probatório, colocando-se, de fato, marcadamente divorciada de tudo aquilo que foi apresentado e sustentado em plenário, não quando o Conselho de Sentença opta por uma das teses apresentadas pelas partes durante o julgamento, que encontra respaldo no conteúdo probatório. - Regime Prisional. **694**

- Impõe-se a cassação do veredicto popular quando este estiver inteiramente dissociado do contexto probatório constante dos autos, nos termos do que dispõe o art. 593, III, *d*, do CPP, constituindo tal hipótese exceção à regra ao caráter soberano atribuído constitucionalmente ao Júri, já que não lhe é dado proferir decisões arbitrárias e teratológicas, em confronto com a própria realidade fática e em desacordo com o próprio senso comum. - Legítima Defesa da Honra - Júri. **502**

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - V. **Decisão Sucinta**. **233**

DECISÃO SUCINTA - A decisão sucinta, mas suficiente para demonstrar as razões que levaram o magistrado a formar sua convicção, não é carente de fundamentação. Por outro lado, tratando-se de decisão interlocutória, o art. 165 do CPC possibilita a sua concisão. - Intimação do Ministério Público - Ação Civil Pública - SUS - Ampliação de Leitos em UTI's Neonatais e Berçários - Litisconsorte Passivo Necessário - Atos Processuais - Decisão Interlocutória - Princípio da Instrumentalidade das Formas. **233**

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - Padece de possibilidade jurídica, por não encontrar agasalho no direito objetivo, o pedido do Ministério Público que visa à declaração de inconstitucionalidade de lei com efeitos *erga omnes*, em ação civil pública, pois isso só é possível em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Sofrendo o pedido de impossibilidade jurídica, é o autor carecedor da ação, o que impõe a extinção do processo, sem julgamento do mérito. - Ação Civil Pública - Iluminação Pública - Inconstitucionalidade. **206**

- Em face da supremacia da norma constitucional, a declaração de inconstitucionalidade incidental pode ser reconhecida por iniciativa própria do juiz, podendo o magistrado exercer o controle difuso de constitucionalidade da norma, independentemente da provocação da parte ou do Ministério Público, cabendo-lhe, de ofício, suscitar e conhecer a questão. - Inconstitucionalidade - Prisão Civil por Dívida Tributária. **219**

DECLARATÓRIA NEGATIVA DE EXISTÊNCIA DE DÉBITO - Na ação declaratória negativa de existência de débito, o autor não tem o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo do aludido débito. O réu, pretenso credor, é que deverá provar esse fato. Ao autor, nesse caso, incumbirá provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do mesmo débito, que porventura tenha alegado na inicial. Se o autor afirma que as duplicatas que se pretende anular não provêm de relação jurídica entre as partes, compete ao réu a exibição da prova relativa à origem da emissão das notas, por constituir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC.

- Inexistindo prova de que o estabelecimento bancário recebera as duplicatas na condição de endosso-mandato, é ele parte legítima para figurar no pólo passivo de ação declaratória de inexistência de relação jurídica subjacente que ensejou a emissão das referidas cártulas. E, mesmo que se considere a hipótese de endosso-mandato, se o título é levado a protesto para assegurar o direito de regresso contra o endossante, possui a instituição bancária *legitimatio ad causam* para responder pelos efeitos do protesto, sendo que a legitimidade, nesse caso, decorre do possível constrangimento imposto ao suposto devedor com o protesto indevido.

- Ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento jurídico objetivo, de modo abstrato, não prevê providência ou pedido formulado no caso concreto. Havendo permissão abstrata e expressa na legislação vigente (art. 4º, I, do CPC) para se ajuizar demanda no sentido de se obter do Judiciário declaração de inexistência de relação jurídica que enseja emissão de duplicatas mercantis, não se caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido.

- Tratando-se de duplicata despida de aceite, impossível é afastar a sua abstração ou autonomia do crédito, mesmo que tenha circulado, parando em mãos de terceiros de boa-fé, uma vez que, em tais circunstâncias, não se desvincula do negócio subjacente. Antes do aceite, a duplicata não se desprende do negócio subjacente que lhe deu origem. O aceite é, pois, imprescindível para que a duplicata se revista de abstração.

Sendo aceita, desprende-se da sua origem. Assim, a instituição financeira, ao descontar duplicatas desprovidas de aceite, assume o risco desse procedimento, não merecendo qualquer reparo a sentença que reconhece a inexistência de relação jurídica subjacente, declarando a inexigibilidade das duplicatas relativamente ao sacado, evidenciando, em tais circunstâncias, apenas a obrigação que vincula sacador-endossante-endossatário. E, uma vez desfeita a compra e venda mercantil, inexigíveis se tornam as duplicatas referentes a esse negócio jurídico, ficando assegurado, todavia, à instituição financeira endossatária o direito de regresso contra a firma sacadora-endossante.

A *ratio* do princípio da sucumbência está na causação, sem motivo justo, ainda que de boa-fé, de um processo. Figurando o banco endossante, ao lado da empresa emitente, no pólo passivo da relação processual em que se pretende a declaração da inexigibilidade do título de que é portador, apresentando resistência, injustificadamente, à pretensão da empresa sacada, deve ele arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, de acordo com a regra expressa no art. 20 do CPC. - Legitimidade Passiva - Possibilidade Jurídica do Pedido - Duplicata sem Aceite - Sucumbência. **458**

DECRETO ESTADUAL
- Nº 39.387, de 1998 - Art. 11 ..... **266**
- Nº 39.387, de 1998 - Art. 12 ..... **266**
- Nº 39.387, de 1998 - Art. 15 ..... **266**
- Nº 39.387, de 1998 - Art. 16 ..... **266**
- Nº 41.420, de 2000 ..... **801**
- Nº 42.758, de 2002 ..... **798**
- Nº 42.831, de 2002 ..... **798**

DECRETO FEDERAL
- Nº 20.910, de 1932 ..... **434**
- Nº 74.170, de 1974 ..... **404**
- Nº 1.006, de 1993 - Art. 3º, *caput*, incisos e parágrafos **241**

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 1º (Lei de Falências) **368**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 1º, § 3º **298**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 20 ..... **298**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 36 ..... **349**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 37 ..... **349**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 49 ..... **349**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 74 ..... **349**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 82 ..... **322**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 177 ..... **349**
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 186, VI **699**
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, § 2º **509**
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, I **591**
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, II **667**
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, XIV **509**

DEFESA - V. **Júri**. **552**

DEFICIENTE FÍSICO - V. **ICMS**. **226**

DEFINIÇÃO JURÍDICA DA INFRAÇÃO - V. ***Emendatio Libelli***. **630**

DENÚNCIA - Não há que se falar em imprestabilidade ou invalidade da denúncia oferecida contra prefeito municipal, por não haver sido subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça, se a mesma está assinada pelo Promotor de Justiça e subscrita também pelo Procurador, cuja atribuição para denunciar prefeitos foi delegada pelo Procurador-Geral de Justiça por intermédio de resolução, providência que encontra respaldo na Constituição Federal, em seu art. 128, § 5º; na Lei Complementar nº 34/94, em seu art. 69, inciso XIII; e na Lei nº 8.625/93, art. 29, inciso IX.

- Presentes os indícios suficientes da autoria e da materialidade do delito, é de se receber a denúncia oferecida contra o prefeito municipal, se a mesma atende aos pressupostos do art. 41 do CPP, mostrando-se formalmente correta, encontrando os fatos ali articulados, que se amoldam aos tipos propostos, ressonância na documentação que a acompanha. - Prefeito - Crime de Responsabilidade - Despesas de Viagem - Julgamento - Verbas Públicas. **591**

- O fato de determinada circunstância qualificadora não ter sido descrita na exordial acusatória, explícita ou implicitamente, não conduz à sua inépcia, mas, sim, à decotação daquela, quando de eventual pronúncia, sem qualquer prejuízo ao acusado. - Competência - Absolvição Sumária - Recurso em Sentido Estrito - Qualificadora - Concurso Material - Prisão Preventiva - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. **618**

- V. ***Emendatio Libelli***. **630**

- O titular da ação penal deve agir de forma prudente para que, mesmo agindo *pro societate*, não ofenda o *status dignitatis* do acusado, agindo de forma arbitrária. Portanto, a denúncia deve vir acompanhada de um mínimo de lastro probatório, para que o cidadão não seja obrigado a conviver com a situação constrangedora que é responder a uma acusação criminal.

- "*Sem que o* fumus boni juris *ampare a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção*".

- Em consonância com a melhor interpretação do art. 28 do CPP e da Súmula nº 524 do STF, havendo prova nova, o RMP de primeiro grau poderá oferecer outra denúncia. - *Habeas Corpus* - Trancamento da Ação Penal - Prova Nova. **719**

DEPENDENTE - V. **IPSM**. **343**

DESACATO - Comete o crime do art. 331 do Código Penal quem, depois de ser submetido à revista pessoal por policial, atira-lhe um objeto, atingindo-o no rosto, ficando caracterizada a ofensa constitutiva do desacato, que é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. - Ameaça - Falsa Identidade - Representação da Vítima. **623**

DESAPROPRIAÇÃO - É perfeitamente possível a venda do bem objeto de desapropriação no curso da ação, continuando a figurar no pólo passivo o proprietário inicialmente indicado.

- Na desapropriação, se o processo transcorreu sem irregularidades, tendo a sentença julgado com base em perícia que oferece elementos suficientes para a fixação do valor da justa indenização, é de ser mantida.

- Em desapropriação, quando a indenização for maior que a oferta, o ente público deve ser condenado a pagar os honorários advocatícios calculados sobre a diferença, nos termos da Súmula nº 617 do STF.

A correção monetária, na desapropriação, deve ser aplicada a partir da data da avaliação até a do pagamento, consoante Súmula 561 do STF.

São devidos os juros compensatórios, em desapropriação, devendo ser calculados até o pagamento, com início na imissão da posse, por configurarem compensação, pela perda antecipada da posse. A Medida Provisória nº 2.109-52/01, referente a esta matéria, diminuiu o percentual desses juros, de 12% (doze por cento) para 6% (seis por cento) ao ano.

Nas desapropriações, os juros moratórios são devidos do trânsito em julgado até o pagamento à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a teor da Súmula nº 70 do STJ. **246**

DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME - V. **Lesão Corporal Grave**. **529**

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - V. **Execução Fiscal**. **346**

DESPESAS DE VIAGEM - Para que as despesas de viagem do chefe do Executivo possam ser consideradas regulares, devem estar acompanhadas de documentos comprobatórios hábeis a justificá-las, conforme exigido pelos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64, ou mesmo de um relatório dos gastos feitos, consoante Súmula nº 82 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. - Denúncia - Prefeito - Crime de Responsabilidade - Julgamento - Verbas Públicas. **591**

DIREITO DE VISITAS - Revelando-se a sutileza peculiar de que o caso se revestiu, a discussão atinente à regulação da visita da mãe ao filho pode ser atribuída ao juiz monocrático, que sobre a mesma ainda não se manifestou. - Adoção - Guarda de Menor. **187**

- Se da ata da audiência juntada não se verifica qualquer conciliação a respeito de direito de visitação da menor, não há falar-se em perda de objeto do agravo, permanecendo latente a controvérsia a justificar o exame do recurso.

- Embora tenha o pai a guarda da filha, tratando-se de direito de visita, o interesse da menor deve prevalecer sobre qualquer outro. Assim, se no momento o melhor para ela é também a participação de sua mãe, ora agravante, na criação, sendo que isto não exclui futuras revogações para o caso de ficarem evidenciados fatos desabonadores a qualquer dos pais e que prejudiquem o perfeito desenvolvimento da criança, deve-se assegurar à mãe da menor o direito de visitação.

- Reconhecido o direito de visita da agravante, não há falar-se em litigância de má-fé. - Sentença. - Competência do Juiz. **472**

DIREITOS AUTORAIS - A Constituição Federal de 1988 assegurou, de forma ampla, a liberdade de associação. Os titulares de direitos autorais podem associar-se para defesa de seus direitos sobre as obras intelectuais criadas, promovendo a cobrança dos respectivos direitos patrimoniais, sem qualquer intervenção estatal para autorização de funcionamento, bem como de qualquer fiscalização. O sistema de organização e funcionamento das associações de titulares de direitos autorais não pode, em nenhuma hipótese, sofrer qualquer tipo de controle do Estado, podendo os criadores exercer diretamente seus direitos.

- Embora o Ecad, na dicção do art. 99 da Lei nº 9.610/98, sobre os direitos autorais, detenha legitimidade *ex lege* para atuar no pólo ativo de ações de cobrança postuladas para arrecadar os valores devidos aos autores de obras musicais filiados às associações que o integram, essa legitimidade somente pode ser considerada em tese, uma vez que o Ecad só se legitima para cobrar os direitos autorais se fizer prova da filiação das entidades a que estão vinculados os autores-credores das obras musicais.

- A Constituição Federal de 1988 não retirou do Ecad a legitimidade para promover a arrecadação e distribuição dos direitos autorais. O que houve foi a ampliação dessa legitimidade, permitindo-se a fiscalização e cobrança dos direitos autorais por outros legitimados, inclusive pelo próprio autor da obra, nos termos do art. 5º, XXVII, da CF/88.

- O Ecad, embora legitimado para arrecadar e distribuir direitos relativos à execução pública de composições musicais ou literomusicais e de fonogramas, não pode fixar o preço do produto de forma unilateral e com utilização de parâmetros absolutamente inadequados, apossando-se das atribuições antes conferidas ao CNDA. Não havendo autorização legal para que fixe preços, ao Ecad não é lícito arvorar-se nesse direito com elaboração de parâmetros na maioria das vezes de forma abusiva. Com o advento da Constituição Federal/88 e da Lei nº 9.610/98, não mais se justifica a atividade monopolista do Ecad, que se arvora no direito de arrecadar e distribuir, com exclusividade, em todo o território nacional a receita auferida a título de direitos autorais.

- A forma adotada pelo Brasil para a fixação de preços e arrecadação de direitos autorais é absolutamente arbitrária e monopolista, pretendendo o Ecad gozar de uma soberania que nem o Estado possui, pautada que está a Administração pelo princípio da legalidade. Se há proteção aos direitos autorais, também os do consumidor são tutelados, devendo haver razoabilidade e proporcionalidade entre as várias esferas da tutela prestada pelo Direito.

- A fixação dos preços de direitos autorais com aplicação de parâmetro físico constitui critério absolutamente inadequado, já que leva em consideração a área sonorizada e conduz ao risco de retirar todo o lucro dos usuários, tornando-lhes inviáveis as atividades, principalmente quando se considera que o faturamento bruto real e o espaço físico englobam vários elementos além das obras sujeitas a pagamento de direitos autorais.

- O art. 99, § 4º, da Lei nº 9.610/98 facultou ao Ecad manter fiscais encarregados de zelar pelas retribuições devidas em decorrência da execução de obras musicais. Entretanto, quando se apresenta em juízo com pleito de recebimento das retribuições, exibe autos de infração, na maioria das vezes sem qualquer valor probante, por não conterem a assinatura do representante legal da empresa infratora, além da ausência de qualquer testemunha. Ora, tratando-se de entidade privada, é inadmissível aceitá-los como válidos e/ou portadores de legitimidade (características próprias do Poder Público), pois seus agentes, evidentemente, não gozam de fé pública, em evidente afronta aos consumidores do produto musical.

- O Ecad apresenta-se em juízo munido de uma espécie de clone de "certidão de dívida ativa", que seria absolutamente indiscutível pelos consumidores, e a

cuja tarefa se reservaria a prova em contrário, à feição dos privilégios que a lei prevê para os créditos tributários. Procura criar, na realidade, um tipo novo de título de crédito, que se poderia chamar de "certidão de dívida ativa de direitos autorais", não autorizada legalmente. - Ecad - Obras Musicais - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. **485**

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - V. **Execução Fiscal** **117/285/346**

DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS - A exigência de contratação de farmacêutico responsável abrange apenas as farmácias e as drogarias, não se estendendo às distribuidoras de medicamentos e produtos correlatos, que não os fornecem diretamente ao consumidor, não aviam receitas, nem manipulam fórmulas.

O Decreto nº 74.170/74 extrapolou os limites da Lei Federal nº 5.991/73, não podendo prevalecer no ponto em que estendeu a exigência de contratação de farmacêutico responsável às distribuidoras de medicamentos. - Medicamento - Farmacêutico Responsável. **404**

DIVÓRCIO - V. **Separação Judicial**. **409**

DUPLICATA SEM ACEITE - V. **Declaratória Negativa de Existência de Débito**. **458**

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - Por imposição da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que alterou os dispositivos do CPC quanto ao reexame necessário, não está sujeita à remessa obrigatória a condenação ou direito controvertido de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, como agora preconiza o § 2º do art. 475 do CPC. - Julgamento Antecipado da Lide - Servidor - Prestação de Serviços - Administração Pública - Reexame Necessário. **184**

- Se o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais-BDMG foi excluído da lide, prosseguindo-se o feito apenas contra o Estado de Minas Gerais, a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475, II, do CPC. - Código de Defesa do Consumidor - Sistema Financeiro de Habitação - Financiamento Habitacional - Índice de Correção - *Pacta Sunt Servanda* - Casa Própria - Saldo Devedor. **430**

- Conforme disposição expressa contida no § 2º do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em vigor desde 27 de março de 2002, não está mais sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que, embora proferida contra a União, o Estado, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, contenha condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. - Servidor Público Municipal - Prestação de Serviços. **505**

- E -

ECAD - V. **Direitos Autorais**. **485**

EMBARGOS À EXECUÇÃO - V. **Penhora**. **129**

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MULTA - V. **Julgamento Antecipado da Lide**. **71**

EMBARGOS DO DEVEDOR - Cabe ao embargante erigir, na petição inicial de embargos do devedor, toda a matéria que entende pertinente, sob pena de preclusão, não se admitindo a inovação em sede recursal, em face do princípio do duplo grau de jurisdição. - Multa Fiscal - Execução Fiscal - Preclusão. **390**

- V. **Prescrição**. **483**

EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL
- Nº 38, de 1999 ..... **301**

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL
- Nº 20, de 1998 ..... **308**
- Nº 37, de 2002 (Altera os arts. 100 e 156 da CF e acrescenta os arts. 84, 85, 87 e 88 ao ADCT) **783**
- Nº 38, de 2002 (Acrescenta o art. 89 ao ADCT) **787**

EMENDATIO LIBELLI - A alteração da definição jurídica da infração deve ser feita como simples *emendatio libelli*, o que é permitido no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no art. 617, c/c o art. 383, ambos do Código de Processo Penal. A *emendatio libelli* é precedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia, pois a hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal não a exige. Neste caso não ocorre qualquer cerceamento à acusação, nem fere direito de ampla defesa, que é feita em relação aos fatos narrados na denúncia, e não quanto à capitulação jurídica. - Prova Ilícita - Personalidade do Réu - Pena - Tóxico - Confissão - Regime Prisional - Concurso Material - Sentença - *Bis In Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo. **630**

ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES V. **Execução Fiscal**. **346**

ENERGIA ELÉTRICA - V. **Dano Moral**. **292**

ENSINO - Foge ao âmbito de atuação do Poder Judiciário apreciar critério de correção de questões de provas realizadas por alunos de estabelecimento de ensino. O Poder Judiciário apenas pode intervir quando houver ilegalidade no ato ou quando este for contrário ao direito, não podendo interferir para substituir o examinador e corrigir prova feita por aluno. Portanto, deve-se cassar a liminar concedida pelo juiz em ação cautelar inominada determinando a revisão das referidas provas, ante a ausência dos requisitos para a sua concessão, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. - Medida Cautelar Inominada - Provas Realizadas por Alunos. **383**

- V. **Tutela Antecipada**. **445**

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - V. **Direitos Autorais**. **485**

ESTADO DE NECESSIDADE - V. **Fuga de Preso**. **543**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - V. **Pátrio Poder**. **274**

ESTELIONATO - O crime de estelionato não depende de representação do ofendido, já que se trata de crime de ação penal pública plena. - Crime Contra a

Ordem Tributária - Crime Patrimonial - Prescrição. 516

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - Não comete crime quem se encontra em estrito cumprimento de dever legal. Mas, para que ocorra esta excludente, o agente deve manter-se dentro do estrito cumprimento do dever que lhe incumbe, podendo mesmo usar força, se preciso for, para o cumprimento da lei. Entretanto, há de usá-la na medida do necessário. Qualquer excesso penetra no domínio do ilícito punível. - Tortura - Pena - Menor - Reincidência - Maus Antecedentes - *Bis in Idem* - Coisa Julgada - *Reformatio in Pejus*. 536

ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - V. **Ação Civil Pública**. 110

ESTUPRO - V. **Crime contra os Costumes**. 600

- Com o advento da Lei nº 9.099/95, a ação penal nos casos de estupro com lesões corporais leves deixou de ser pública incondicionada conforme previa a Súmula nº 608 do STF e passou a ser de iniciativa privada, sendo que, na hipótese de a vítima ou os pais não poderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, passou a ação a ser pública, mas condicionada à representação (CP, art. 225, § 1º, I, e § 2º). - Renúncia ao Direito de Representar - Extinção da Punibilidade - Ação Penal Nula. 692

EXAME COMPLEMENTAR - V. **Lesão Corporal Grave**. 529

EXAME DE CORPO DE DELITO - Não se pode exigir exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade do suposto crime no momento da lavratura do auto de prisão. O paciente foi detido com base no art. 302, III, do CPP, que não exige que o preso em flagrante seja encontrado com nenhum tipo de instrumento. - Prisão Provisória - Prisão em Flagrante - Liberdade Provisória. 728

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. **Execução Fiscal**. 438

EXCLUDENTE DE ILICITUDE - V. **Excludente de Ilicitude**. 618

EXECUÇÃO DE MULTA - V. **Ministério Público**. 71

EXECUÇÃO FISCAL - Não pode a Fazenda Pública redirecionar a execução contra o coobrigado, quando não demonstrada a dissolução irregular da devedora, que chegou a oferecer bens à penhora suficientes para o adimplemento da obrigação. - Dissolução Irregular da Sociedade. 117

- V. **Penhora e Crédito Fiscal**. 126

- V. **Penhora**. 129

- A dissolução irregular da sociedade de pessoas, sem regular satisfação de suas obrigações, acarreta a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos fiscais da sociedade extinta (arts. 134, VII, e 135, I e II, ambos do CTN), sejam eles gerentes ou não, respondendo os seus bens particulares pelo pagamento dos encargos surgidos durante o período da atividade da empresa.

- O sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora infringe a lei e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa, sendo inexigível prévia apuração da responsabilidade.

- Inexistindo uma especificada impugnação ao direito de crédito da Fazenda-embargada, por intermédio de refutação frontal e direta dos fatos e dos efeitos jurídicos dos fatos que motivaram a criação do título executivo, e nos quais se estriba a pretensão de executar, há de se presumir que os mesmos são verdadeiros, deixando de ser, conseqüentemente, fatos controvertidos. - Certidão de Dívida Ativa - Dissolução Irregular da Sociedade - Crédito Fiscal - Responsabilidade Tributária - Sócio-Gerente. 285

- Os sócios que agem comissiva ou omissivamente no que tange ao encerramento irregular das atividades da empresa respondem solidariamente, para além dos limites das quotas de capital por eles integralizado e com os bens de seu patrimônio particular, pelas obrigações sociais, o que, por si só, justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em casos de prática pelos sócios dos chamados atos *ultra vires*, ainda que omissivos.

- O encerramento irregular das atividades da empresa constitui fraude contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, credora de obrigações tributárias, e equivale a ato ilícito capaz de acarretar a responsabilidade ilimitada do sócio não gerente pelas obrigações sociais, tendo-se em vista a sua conivência. - Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada - Sócio Não-Gerente - Responsabilidade Solidária - Obrigação Tributária - Encerramento Irregular das Atividades - Desconsideração da Personalidade Jurídica. 346

- A taxa (tributo) e tarifa ou preço público podem ser perseguidos judicialmente pela via de execução fiscal regulada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, sendo despicienda a distinção entre ambas as modalidades.

- Se a dívida tributária não tiver origem no processo tributário administrativo (PTA), a inexistência deste, na execução fiscal, não causa a extinção do processo sem julgamento do mérito, nem invalida ou afasta a presunção de liquidez e certeza de que goza a dívida ativa da Fazenda Pública regularmente inscrita.

- Nem toda inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública resulta de um procedimento administrativo. Nos casos de lançamento direto, se o contribuinte não formula impugnação nem efetua o pagamento, enseja a inscrição, independentemente do procedimento administrativo. É perfeitamente justificável, assim, a expressão "sendo o caso", inserta no inciso V do art. 202 do Código Tributário Nacional.

- Na execução fiscal, cabe ao sujeito passivo da relação processual desfazer a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa. - PTA. 365

- V. **Contribuição Previdenciária**. 385

-V. **Multa Fiscal e Embargos do Devedor**. 390

- V. **Certidão de Dívida Ativa**. 427

- A decisão que, em ação de execução fiscal, acolhe exceção de pré-executividade para excluir co-executado da lide comporta agravo de instrumento, por se tratar de decisão interlocutória, já que não põe termo no processo, mas resolve uma questão incidental, no curso do mesmo.

Na decisão proferida em execução fiscal, acolhendo exceção de pré-executividade para excluir co-executado da lide, não cabe a condenação em honorários de advogado, só se admitindo a condenação nas despesas processuais, nos termos do art. 20, § 1º, do CPC, por se tratar de decisão interlocutória de incidente processual. A condenação em honorários só será pronunciada na sentença que puser termo ao processo, julgando ou não o mérito.

V.v.: - Na execução fiscal, acolhida a exceção de pré-executividade para excluir co-executado da lide, o processo termina para ele, ensejando-lhe, com a extinção do processo, por ilegitimidade de parte, sem julgamento do mérito, o direito de reembolsar-se das despesas processuais e da verba honorária, pois foi obrigado a contratar advogado e postular a exclusão. - Exceção de Pré-Executividade. **438**

- V. **Curador Especial** e **Prescrição Intercorrente**. **477**

- Embora o executivo fiscal possa ser promovido no foro do domicílio do executado, faculta-se à Fazenda Pública ajuizá-lo no lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato gerador do débito, a teor do art. 578, parágrafo único, do CPC. Reconhecida a possibilidade de a Fazenda Pública optar pelo foro do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, prevalece a competência do Juízo do local em que ocorreu o fato gerador do imposto, objeto da cobrança, máxime se este local coincide com o da nova sede da empresa excipiente. - Foro Competente. **502**

EXECUÇÃO PENAL - V. **Remição**. **506**

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - V. **Acordo Judicial**. **71**

EXIGÊNCIA DISCRIMINATÓRIA - V. **Concurso Público**. **255**

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - V. **Prescrição da Pretensão Punitiva**. **529**

- V. **Renúncia ao Direito de Representar**. **692**

- F -

FAIXAS ILEGAIS - V. **Mandado de Segurança**. **334**

FALÊNCIA - V. **Honorários de Advogado**. **253**

- Por exigência legal, para que se possa requerer a falência, com base em uma triplicata, é imperioso que a mesma contenha o aceite e, se não contiver, deverá ser protestada e vir acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria, para que possa conferir certeza à obrigação. É o que prescreve o art. 1º, em seu § 3º, do Decreto-lei nº 7.661/45, combinado com o art. 15, inciso II, *b*, da Lei nº 5.474/68. O legislador não fez qualquer previsão que permita a dilação probatória; ao contrário, exigiu que a duplicata ou triplicata devem estar acompanhadas de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, sendo que o processo de falência não comporta suspensão, por absoluta falta de previsão legal.

- É improcedente o pedido de falência que não se encontra instruído com título hábil à declaração da quebra.

- Configura-se o dolo previsto no art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) com o requerimento de falência de devedor sem título executivo formalmente perfeito, capaz de conduzir à certeza da obrigação e de atender às exigências contidas no art. 1º, § 3º, do já referido decreto-lei e no art. 15, inciso II, *b*, da Lei nº 5.474/68.

- Se o valor fixado para a indenização de que trata o art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45 se encontra prudente e criteriosamente arbitrado, atendendo aos princípios da razoabilidade e de expiação para o agente autor da ilicitude, não há que se falar em fixação de valor exacerbado e muito menos insuficiente para a reparação das perdas e danos. - Julgamento Antecipado da Lide - Livre Convencimento do Juiz - Provas Desnecessárias - Prova - Indenização. **298**

- É dever do credor provar a origem do crédito que almeja habilitar no processo falimentar em razão das disposições do art. 82 do Dec.-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), mesmo se o seu crédito se lastreia em cheque dotado de autonomia cambiária, a qual é restringida pelo mencionado preceito normativo, cujo alcance, revestido de interesse público, visa à proteção da massa de credores, em detrimento do interesse individual do particular. - Cheque - Habilitação de Crédito. **322**

- A declaração de falência acarreta para o devedor incapacidade de estar em juízo, como autor ou réu, somente em relação às obrigações e direitos compreendidos na execução falimentar, continuando ele a ser o sujeito da relação fundamental deduzida na lide, porque não perde a propriedade dos bens e tem sua própria pessoa estreitamente ligada à falência. Desta forma, sua intervenção no processo falencial, para requerer o que entender, a bem dos seus direitos e interesses, há de ser amplamente garantida.

- A lei de regência assegura vários direitos ao falido, podendo ele fiscalizar a administração da massa e requerer ao juiz medidas conservatórias dos bens arrecadados, entre as quais a continuação do negócio, na forma do art. 74. Poderá ainda intervir como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis (art. 36), independentemente da orientação adotada pelo síndico. É também seu direito exclusivo o de requerer a concordata suspensiva da falência (art. 177).

- O art. 37 da Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661/45) outorga aos representantes da sociedade falida os mesmos direitos e impõe as mesmas obrigações que tem o comerciante singular falido. São eles equiparados, para todos os efeitos, ao devedor falido. Para esse efeito, podem, pois, contratar advogado às suas expensas, providência não obstada por qualquer dispositivo da Lei de Falências, por serem, afinal, os representantes legais da pessoa jurídica.

- Acerca da extinção do mandato, tal não se opera automaticamente na forma da lei civil, que não incluiu a falência ou a insolvência entre as causas extintivas do art. 1.316 do Código Civil, mesmo porque a falência não acarreta a incapacidade civil do falido, porquanto as restrições que sofre dizem respeito a atos relativos aos bens, interesses e obrigações da massa.

- Nos termos do art. 49 do Dec.-lei nº 7.661/45, o mandato conferido pelo devedor, antes da falência, poderá ser revogado pelo síndico da massa falida, mas somente em relação aos negócios e interesses da massa por ele administrados, operando-se a extinção/revogação, a critério do síndico, apenas para fins

comerciais, isto é, para gestão de um ou mais negócios mercantis. 349

Se o título de crédito é hábil a amparar uma execução forçada, também o é para arrimar o pedido de falência, podendo o credor optar pela via da ação executiva ou pela via da ação falimentar para receber o seu crédito, não cabendo ao juiz tal escolha. Sendo o título executivo líquido, certo e exigível, pode o credor requerer a falência do devedor, ante a sua impontualidade, não havendo necessidade de que antes se promova a ação executiva, mesmo porque a via da ação falimentar é um meio mais seguro e eficaz que o ordinário, oferecendo efeitos imediatos como a arrecadação dos bens do devedor. - Título de Crédito 368

FALSA IDENTIDADE - Não comete a infração de falsa identidade o agente que, visando a ocultar o seu passado criminoso, identifica-se falsamente para a autoridade policial, pois tal atitude consiste no instinto de autodefesa, inerente ao ser humano, incompatível com o dolo específico exigível para a caracterização do delito previsto no art. 307 do Código Penal. - Desacato - Ameaça - Representação da Vítima. 623

FALSO TESTEMUNHO - Se a par da ausência de compromisso por parte dos denunciados - o que, para muitos autores, constitui elemento do crime de falso testemunho -, não foram eles intimados para depor como testemunhas em processo administrativo formalmente instaurado, como pretende a denúncia, mas simplesmente convidados a prestar esclarecimentos em sindicância realizada pela Corregedoria do Ministério Público, o fato de haverem optado pelo silêncio, recusando-se a responder às indagações que lhes foram formuladas, não se amolda ao tipo previsto no art. 342 do Código Penal, afigurando-se correta, portanto, a decisão que rejeitou a denúncia.

- O crime de falso testemunho, na modalidade de calar a verdade, é de difícil configuração. Na maioria das vezes, torna-se inviável a verificação de que a reticência foi dolosa. 709

FALTA DISCIPLINAR - Na apuração de falta disciplinar, é imprescindível que sejam observadas as normas legais para caracterizar a legalidade da punição aplicada. - Processo Administrativo Disciplinar - Sindicância - Princípio do Contraditório e Ampla Defesa. 316

- V. **Sindicância**. 316

FALTA GRAVE - V. **Remição**. 506

FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL - V. **Distribuidora de Medicamentos**. 404

FAZENDA PÚBLICA - V. **Honorários de Advogado**. 189/199

FÉRIAS - Se a Constituição Federal de 1988 criou em favor dos trabalhadores em geral os benefícios das férias regulamentares e da licença-maternidade, que são garantias independentes e autônomas, inspiradas em causas e motivações diferentes, não pode a Administração, sem lei que a autorize, conceder à gestante, servidora do magistério, o gozo de férias individuais fora do período de férias coletivas, quando estas coincidirem com a licença-maternidade. - Licença maternidade - Magistério. 151

FILHO ADOTIVO - A Lei do Divórcio alterou a situação dos filhos adulterinos, estabelecendo a igualdade entre estes e os filhos legítimos, mas não alterou a situação dos adotivos, que permaneceram com restrições legais relativas à sucessão. - Sucessão. 156

- V. **Partilha**. 381

FINANCIAMENTO HABITACIONAL - O Código de Defesa do Consumidor é perfeitamente aplicável na hipótese de contrato de financiamento habitacional, uma vez que as relações existentes entre os clientes e o banco apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo, e, via de conseqüência, o Codecon é aplicado em todas as operações bancárias, sejam elas de contrato de financiamento ou até mesmo relativas aos serviços oferecidos pelas instituições financeiras a seus clientes.

- A amortização do saldo devedor nos casos de financiamento habitacional deverá obedecer às normas constantes do contrato firmado entre as partes. Duplo Grau de Jurisdição - Código de Defesa do Consumidor - Sistema Financeiro de Habitação - Índice de Correção - *Pacta Sunt Servanda* - Casa Própria - Saldo Devedor. 430

FLAGRANTE - V. **Prova Ilícita**. 630

FORO COMPETENTE - V. **Execução Fiscal**. 502

FUGA DE PRESO - Provadas a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 351, § 1º, do CP (promover ou facilitar, por mais de uma pessoa e mediante arrombamento, a fuga de pessoa legalmente presa), a condenação é de rigor, não excluindo a culpabilidade nem justificando a atitude criminosa a alegação de que o crime fora praticado por estado de necessidade, se este não restar comprovado nos autos. - Crime de Dano - Estado de Necessidade - Consunção. 543

- Se o agente incumbido da guarda ou custódia de presos não mais estava no exercício da função quando houve a fuga, não se configura o delito previsto no art. 351, § 4º, do CP, uma vez que o seu momento consumativo, em se tratando de modalidade culposa, dá-se quando a evasão efetivamente se concretiza sob a égide da responsabilidade do funcionário então designado, pois, a se entender de forma contrária, seria de rigor a responsabilização de todos aqueles que fazem a guarda do presídio no período em que os presos realizavam os atos preparatórios de fuga.

- Ao soldado da Polícia Militar incumbe somente efetuar a guarda externa do presídio, pelo que inviável responsabilizá-lo pela serração das grades internas da cela onde se deu a fuga do preso, cuja custódia, em tese, cabe à Polícia Civil, por intermédio de seu carcereiro. 678

FUNÇÃO PÚBLICA - A dispensa de servidor da função pública não pode gerar qualquer reparação civil, quando houver decisão judicial transitada em julgado dando pela legitimidade da mesma. - Responsabilidade Objetiva do Estado - Dano Moral - Indenização. 271

- G -

GUARDA DE MENOR - Não se altera a guarda do menor que desde que nasceu se acha com os tios-avós, devendo pre-

valecer o interesse da criança. - Adoção - Direito de Visitas. 187

- H -

- *HABEAS CORPUS* - Havendo laudos periciais conflitantes, torna-se imperioso analisá-los e confrontá-los, possibilitando, assim, o julgamento do *writ*. - Denúncia - Trancamento da Ação Penal - Prova Nova. 719

- Se o menor, na mesma data da decisão que lhe impôs medida socioeducativa de internação, manifestou por escrito e de forma expressa o desejo de dela recorrer, não tendo o juiz determinado a intimação pessoal do defensor público para que o mesmo formalizasse o recurso ou oferecesse as razões recursais, não pode o magistrado, alegando intempestividade, inadmitir o recurso de apelação, sob pena de inaceitável cerceamento de defesa e tratamento indigno dado ao menor, que não pode ficar desamparado e penalizado com a incúria do Estado. Em tais casos, deve-se conceder a ordem de *habeas corpus* impetrado para dar seguimento ao recurso. - Menor - Apelação - Cerceamento de Defesa. 726

- V. **Regime Prisional**. 734

- *Habeas corpus* - Processual Penal - Paciente condenado, por incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, à pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto. - 2. Alegação de constrangimento ilegal consistente no fato de ter sido expedido mandado de prisão do paciente, apesar de o TJPE haver decidido que a expedição do mandado se daria somente após o trânsito em julgado. - 3. Liminar deferida. Informação da Corte *a quo* do trânsito em julgado da decisão. - 4. Parecer da PGR no sentido de que seja considerado prejudicado o *writ*. - 5. *Habeas corpus* julgado prejudicado. Liminar cassada. (STJ). 769

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - V. **Honorários de Advogado e Falência**. 253

- V. **Falência**. 322

HIPOTECA - V. **Penhora**. 126

- O direito real de hipoteca somente tem seus efeitos em vigor a partir da inscrição no registro imobiliário, não tendo relevância o momento em que o imóvel foi transferido por contrato de compra e venda. - Livre Convencimento do Juiz - Falência - Restituição de Bem Imóvel - Registro de Imóveis - Alienação de Bem - Prova - Julgamento Antecipado da Lide. 193

HOMICÍDIO - V. **Qualificadora**. 579

HOMICÍDIO QUALIFICADO - Para que fique configurada a qualificadora do meio cruel, é mister que o homicídio seja praticado com o propósito de aumentar, sadicamente, o sofrimento da vítima, infligindo-lhe padecimento mais grave que o necessário para produzir sua morte. O fato de ter o acusado desferido vários disparos contra a vítima não basta, isoladamente, para caracterizar o emprego de meio cruel. - Apelação Criminal - Meio Cruel. 597

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Na sentença declaratória negativa, a verba honorária terá de ser arbitrada com base no art. 20, § 4º, do CPC, não no art. 20, § 3º, do mesmo código, hipótese a ser aplicada exclusivamente na sentença de natureza condenatória. - Arrematação - Sentença Declaratória Negativa - Indenização - Massa Falida. 82

- Sendo vencida a Fazenda Pública, a verba honorária poderá ser fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do art. 20 do CPC, consoante disposição contida no § 4º do mesmo dispositivo processual, que não restringe o arbitramento do julgador. - Cerceamento de Defesa - Fazenda Pública - Pensão Previdenciária. 189

- Os honorários advocatícios, a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, quando vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados tendo em vista, igualmente, os outros critérios estabelecidos nos seus demais parágrafos do referido artigo, a fim de que seu montante não ultrapasse o próprio valor cobrado na demanda. - Obrigação Acessória - Fazenda Pública. 199

- Cabem honorários de sucumbência no litígio que decorre de habilitação de crédito, em falência, por não se tratar de caso estrito de habilitação, que é procedimento administrativo, mas de controvérsia incidental. A verba honorária é devida em decorrência do direito subjetivo do advogado de recebê-la em contraprestação ao seu trabalho, conforme dispõe o art. 22 da Lei nº 8.906/94. - Habilitação de Crédito - Falência. 253

HONORÁRIOS DE PERITO - Tratando-se de honorários periciais, o juiz não está adstrito ao valor estipulado pelo perito, ficando ao prudente arbítrio do julgador fixá-lo, podendo, inclusive, reduzir a proposta apresentada em níveis condizentes ao caso colocado sob julgamento, sob pena de se inviabilizar o direito de acesso à Justiça.

- Tendo em vista o critério da eqüidade, o juiz, na fixação dos honorários do perito, deve considerar em cada caso a profundidade e a extensão do trabalho, o significado econômico da perícia para as partes, o valor da causa, o objeto do exame e as suas particularidades. - Perito. 388

HORAS EXTRAS - É possível a incorporação aos proventos de aposentadoria da medida de horas extras percebidas regularmente pelo servidor, por vários anos, se há previsão legal (art. 11, § 4º, da Lei Estadual nº 10.745/92) e se foi obedecido o limite máximo de horas mensais em regime extraordinário admitido por lei (art. 11, § 1º, da mesma lei). - Proventos - Aposentadoria. 102

- I -

ICMS - Malgrado seja dever funcional do agente fiscal verificar a normalidade no transporte de mercadorias e o recolhimento do ICMS, não lhe é lícito apreender ou reter as mercadorias por tempo além do necessário à coleta de elementos indispensáveis à verificação de eventual ilícito tributário. - Apreensão de Mercadorias - Mercadoria. 216

- A isenção do pagamento do ICMS na aquisição de veículo automotor por pessoa portadora de deficiência física incide somente quando o veículo for de fabricação nacional, adaptado e com características especiais de modo a permitir o uso exclusivo de adquirente portador de paraplegia que esteja impossibilitado de dirigir veículos comuns, nos termos do item 32 do anexo I do RICMS/1996. O benefício isencional não incide na aquisição de veículo comum, para manuseio por ter-

ceiro, a serviço do deficiente físico, nem se estende ao deficiente incapaz de dirigir qualquer tipo de veículo, ainda que adaptado, pois a lei considera fundamentalmente a possibilidade material de o próprio deficiente poder conduzir o veículo que comporta adaptação para esse exercício.

- Tratando-se de isenção de pagamento do ICMS na aquisição de veículo automotor por deficiente físico, embora não se possa ser indiferente à afirmação de que o tratamento concedido àquela pessoa que possui maior deficiência física acaba sendo mais gravoso do que o concedido àquela pessoa cuja deficiência alcança menor escala, também não se deve desconsiderar que isso é questão de ordem política, refletindo a orientação do legislador, que não pode ser substituído pelo julgador, em respeito aos demais preceitos do ordenamento jurídico pátrio. - Isenção Tributária - Veículo Automotor Adaptado para Deficiente Físico - Deficiente Físico. 226

DENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - Não contunde o princípio da identidade física do juiz previsto no art. 132 do CPC a designação, por portaria do TJMG, de substituto a juiz que se aposentou logo após presidir a audiência, mesmo porque o juiz aposentado não tem mais jurisdição e, por isso, perde a competência para julgar a causa. - União Estável. 340

LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - V. **Partilha**. 381

LUMINAÇÃO PÚBLICA - V. **Ação Civil Pública**. 206

MÓVEL - V. **Penhora, Carta de Arrematação** e **Registro de Imóveis**. 87

IMPENHORABILIDADE - V. **Penhora**. 126

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - O prefeito que desvia a finalidade do contrato de publicidade firmado entre a prefeitura e a rádio local para realizar propaganda radiofônica, em proveito pessoal, comete a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/92, ficando sujeito às sanções do art. 12, inciso III, da mesma lei.

- As penalidades por atos de improbidade administrativa, tal como estão previstas na lei, hão de ser aplicadas, levando-se em conta o alcance das expressões de orientação complementar postas na disposição do art. 37, § 4º, da CF, isto é, "*na forma e gradação previstas em lei*" e "*sem prejuízo da ação penal cabível*". O juiz, ao aplicar a pena, deve analisar amplamente a conduta do agente público, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, escolher, dentre as sanções legais, as aplicáveis ao caso concreto, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo necessidade, portanto, de que as penas previstas na lei sejam aplicadas cumulativamente.

- Demonstrado que o agente público desviou a finalidade do contrato de publicidade celebrado entre a prefeitura municipal e a rádio local, para realizar propaganda radiofônica em proveito pessoal, conduta que se revela contrária ao direito e prejudicial ao administrado, a dupla penalidade consistente na perda da função pública e no ressarcimento aos cofres públicos dos valores desviados constitui dosagem adequada à espécie, com repercussão exemplar na comunidade. - Penalidade. 66

INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO - V. **Pena** 509

INCONSTITUCIONALIDADE - V. **Ação Civil Pública** e **Declaração Incidental de Inconstitucionalidade**. 196

- Afigura-se inconstitucional a Lei Federal nº 8.866/94, por violar princípios e garantias fundamentais, ao coagir o devedor tributário ao pagamento do tributo, sob pena de prisão, criando, assim, uma ficção jurídica, abolida por nosso Texto Maior. - Declaração Incidental de Inconstitucionalidade - Prisão Civil por Dívida. 219

INDENIZAÇÃO - V. **Arrematação**. 82

- V. **Função Pública**. 271

- V. **Falência**. 298

- V. **Responsabilidade Civil**. 450

- V. **Dano Moral**. 454

ÍNDICE DE CORREÇÃO - V. **Financiamento Habitacional** e **Sistema Financeiro da Habitação**. 430

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - Não se pode admitir que, identificado tempestivamente o condutor (o infrator), outra pessoa seja penalizada, isto é, venha a suportar os ônus decorrentes da indevida anotação de pontos em seu prontuário. A penalidade de trânsito deve ser imposta a quem praticou a infração, mesmo que o infrator não seja proprietário do veículo. Segundo o princípio da pessoalidade, a pena não pode ir além da pessoa do infrator e a ele cabe, na direção do veículo, a responsabilidade pelas infrações que cometer, a teor do art. 257, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

- Se a multa foi aplicada por um agente da BHTrans que não identificou o condutor do veículo nem pediu que ele assinasse o auto de infração, caberia ao Detran/MG notificar a autora, proprietária do veículo, daí decorrendo o prazo de recurso. - Condutor - Multa de Trânsito. 355

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - V. **Dano Moral**. 47

INQUÉRITO POLICIAL - Na fase indiciária, hão que ser observados, igualmente, os direitos humanos dos indiciados e o poder discricionário da autoridade que preside a investigação, preservando-se, desta forma, a sua feição inquisitiva, devendo eventuais abusos ocorridos nesta fase ser coibidos oportunamente, mediante condutas administrativas e/ou penais, *a posteriori* ao arbítrio eventualmente perpetrado. - Prova Extrajudicial - Laudo Pericial - Sentença - Crime contra a Saúde Pública - Carta Precatória - Alteração de Substância Medicinal. 604

INTERDIÇÃO - A interdição judicial é uma medida extrema, sendo recomendável a cautela, uma vez que coloca o indivíduo na zona limítrofe da sanidade, porque retira dele a capacidade de gerir seus bens e de dirigir sua pessoa.

- Não provado nos autos distúrbio mental da interditanda, capaz de prejudicá-la na regência de sua pessoa, inexistindo também provas da sua prodigalidade, o fato de ela dispor de seus vencimentos de professora como quer, de pagar escola para uma sobrinha, ou mesmo de ter algumas dívidas não justifica a

decretação de sua interdição. - Prodigalidade. 197

- Se do interrogatório do interditando se denotam segurança e condições de autodeterminar-se, tendo o laudo pericial, realizado por profissional da área médica, concluído que, apesar de aquele ser portador de psicose grave, tal anomalia não o impossibilita de exercer os atos da vida civil, resta comprovada a sua capacidade para a prática de tais atos, sendo despicienda a dilação probatória.

- Cabe à medicina fazer o diagnóstico da alienação, competindo à Justiça saber se a doença mental de que o paciente é portador o torna incapaz de reger sua pessoa e seus bens. - Psicose Grave..... 251

INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Não há que se falar em vício bastante para nulificar o ato (art. 249, §§ 1° e 2°, do CPC), se a intimação da Promotoria de Justiça pela via postal surtiu o efeito próprio de sua manifestação sobre o recurso, máxime quando sua intimação pessoal com vista dos autos não for adequada ao tipo de recurso formulado diretamente ao Tribunal, além de não ser de previsão da norma adjetiva específica (art. 236, § 2°, do CPC). Pelo princípio da instrumentalidade das formas, apenas os atos imperfeitos deverão ser anulados, se o objetivo não tiver sido atingido. O que interessa é o objetivo do ato, não o ato em si. - Decisão Sucinta - Ação Civil Pública - SUS - Ampliação de Leitos em UTI's Neonatais e Berçários - Litisconsorte Passivo Necessário - Atos Processuais - Decisão Interlocutória - Princípio da Instrumentalidade das Formas 233

INVENTARIANTE - Impõe-se a remoção da inventariante, nos termos do art. 995, II, do CPC, quando o inventário estiver inconcluso há mais de quinze anos, por desídia da mesma, a qual tumultua o processo por meio de procedimentos meramente procrastinatórios, tentando impedir a conclusão do inventário, por ter herdeiros havidos fora do casamento do *de cujus*, os quais foram reconhecidos como filhos do falecido em ação de investigação de paternidade, mormente porque está na administração do patrimônio, da qual os filhos havidos da relação extraconjugal estão alijados, em flagrante prejuízo aos mesmos, que não podem desfrutar do quinhão que lhes pertence.

- Havendo controvérsia decorrente do surgimento de outros herdeiros, que foram reconhecidos como filhos do *de cujus* em investigação de paternidade, impõe-se a nomeação de inventariante judicial, pessoa eqüidistante das partes e acima dos interesses conflitantes. - Investigação de Paternidade - Inventariante Judicial. 51

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - V. **Inventariante**. 51

- O direito de investigar a paternidade constitui interesse indisponível e imprescritível, razão pela qual a investigação de paternidade, por se cuidar de uma ação de estado, não se materializa na coisa julgada. Negada anteriormente a paternidade por falta de prova segura, não tendo sido reconhecido ou negado o vínculo biológico da geração do filho e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, a sentença que julgou a pretérita ação investigatória não faz coisa julgada material, permanecendo o direito do investigado de intentar nova ação de investigação de paternidade, quando entender que possui elementos de prova suficientes para comprovar suas alegações, ainda que tenha sido aforada uma anterior, com sentença julgando improcedente o pedido. 310

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM* C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - A legitimidade passiva da ação de investigação de paternidade *post mortem* é conferida a todos os herdeiros do suposto pai. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário, constituindo pressuposto processual necessário e indispensável à validade da composição da relação processual e desenvolvimento do processo. A sentença proferida sem que haja sido formado o litisconsórcio se revela ineficaz. - Legitimidade Passiva *ad Causam* - Nulidade Processual - Litisconsócio Passivo Necessário. 319

IPSEMG - V. **Busca e Apreensão**. 327

IPSM - Tendo a mãe do segurado do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais-IPSM vínculo empregatício como segurada do INSS, do qual recebe auxílio-doença por afastamento temporário do serviço, faltando-lhe, portanto, a condição de pessoa sem meios de subsistência e sem amparo de natureza previdenciária, é o seu filho carecedor do pedido de sua inclusão, como sua dependente, no rol dos beneficiários daquele órgão previdenciário, pela ausência de uma das condições da ação, consistente na possibilidade jurídica do pedido, impondo-se, por isso, a decretação da extinção do processo sem o julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI e seu § 3°, do CPC, com a ressalva do direito do autor de renovar o seu pedido, uma vez ocorrentes as condições exigidas para a sua propositura. - Dependente. 343

-V. **Pensão Previdenciária**. 403

IPVA - Tratando-se de Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), não há que se falar em inconstitucionalidade dos arts. 7°, § 2°, e 10 da Lei Estadual n° 12.735/97, bem como dos arts. 11, 12, 15 e 16 do regulamento instituído pelo Decreto n° 39.387/98 e ainda do art. 2° da Resolução n° 3.113/2000, do Secretário de Estado da Fazenda, e da respectiva tabela anexa, os quais não desrespeitam o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1°, da CF) nem contrariam o princípio da legalidade tributária contido nos arts. 150, I, da CF e 97 do CTN. A adoção de alíquotas diferenciadas não induz, necessariamente, progressividade do imposto. Por outro lado, inocorre ofensa ao princípio da capacidade contributiva por ser uniforme a alíquota, em determinado segmento, de modo a variar o montante do imposto apenas em função da diversidade do valor venal dos veículos. Outrossim, a correção da tabela de valores, para efeito da cobrança do imposto, não implica alteração do respectivo fato gerador nem da sua base de cálculo. 266

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA - As normas concessivas de isenção tributária não comportam interpretação ampliativa, nem tampouco integração por eqüidade, não se acomodando à filiação analógica, devendo ser interpretadas em sentido estrito e literalmente, a teor do art. 111, II, do CTN, só devendo a isenção ser reconhecida pelo Judiciário em benefício do contribuinte, quando

concedida de forma expressa e clara pela lei. - ICMS - Veículo Automotor Adaptado para Deficiente Físico - Deficiente Físico. **226**

ISS - Sociedades Prestadoras de Serviços Profissionais. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu:

"*Constitucional - Tributário - ISS - Sociedades prestadoras de serviços profissionais - Advocacia - DL 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, CF; art. 151, III; art. 150, II; art. 145, § 1º.*

- I - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III; art. 34, ADCT/88; arts. 150, II, e 145, § 1º, CF/88.

- II - RE não conhecido".

- E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou:

"*Constitucional - Tributário - ISS - Sociedade prestadora de serviços profissionais: base de cálculo - DL 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993.*

- I - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput *do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993.*

- II - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68.

- III - RE não conhecido".

- Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido. (STF). **782**

ITBI - A progressividade de alíquota do ITBI prevista no art. 8º da Lei Municipal de Belo Horizonte nº 5.492/98 e suas modificações são inconstitucionais, pois violam a Carta Magna, desrespeitando o princípio da igualdade dos contribuintes e o da capacidade contributiva.

- O ITBI é de natureza real, e não de natureza pessoal; logo, todos os contribuintes, ricos, pobres ou médios, indistintamente, sujeitam-se a uma mesma alíquota. **290**

- J -

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - V. **Competência Criminal**. **715**

JULGAMENTO - V. **Prefeito**. **591**

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - V. **Cerceamento de Defesa**. **71**

- Tratando-se de matéria unicamente de direito e existindo nos autos elementos necessários para se proferir a sentença, o julgamento antecipado da lide se impõe, por ser tal diligência dever do juiz, e não mera faculdade de assim proceder. - Dano Moral - Prova - Inquérito Administrativo **47**

- É perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide quando, cuidando-se de questão de fato e de direito, não houver necessidade de produzir-se prova em audiência, em obediência aos princípios da economia e da celeridade processual. - Duplo Grau de Jurisdição - Servidor - Prestação de Serviços - Administração Pública - Reexame Necessário. **184**

- Quando a questão de mérito é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não seja necessária a dilação probatória, em razão de nos autos já haver elementos capazes para formar um juízo seguro sobre a matéria, o julgamento antecipado da lide constitui um dever do magistrado, e não mera faculdade. - Livre Convencimento do Juiz - Falência - Provas Desnecessárias - Prova - Indenização **193/298**

JURADO - V. **Júri**. **711**

JÚRI - Anula-se o julgamento do Júri, *ex officio*, quando a atuação do defensor público nomeado se fez de forma deficiente, máxime se o réu possui advogado regular e legitimamente constituído nos autos, que não teve seus poderes destituídos.

- No âmbito do processo penal, deve-se garantir ao réu pleno exercício do seu direito de defesa, que deve ser efetiva, real, e não apenas formal. Se o defensor, não obstante tenha apresentado defesa prévia e alegações finais, o fez apenas formalmente, fica caracterizada a falta de defesa, e não apenas a deficiência desta. - Defesa. **552**

- É de se anular o julgamento quando houve ausência do quesito obrigatório sobre o excesso doloso, em face da expressa previsão legal, que obriga o questionamento da matéria.

- Negado o excesso culposo, não se poderia presumir o reconhecimento implícito do excesso doloso, pois, caso fosse esse quesito também negado pelo Júri, daria ensejo ao excesso escusável e conseqüente absolvição em função da ausência de culpabilidade. - Quesito. **555**

- Precedência da tese desclassificatória de homicídio doloso para culposo em relação àquela relativa à legítima defesa putativa - Inversão desta ordem - Impossibilidade. - Por questão de lógica processual, o quesito sobre desclassificação do crime deve preceder aos demais quesitos, já que, sendo aceita a tese de desclassificação pelo Conselho de Sentença, a competência não mais será do Tribunal do Júri, mas sim do Juiz singular. - Mérito - Homicídios tentados duplamente qualificados e homicídio consumado duplamente qualificado (art. 121, § 2º, II e IV, e art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, do CP). - Cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos - Inadmissibilidade - Versão apresentada pelo réu que não possui o mínimo lastro probatório - Inteligência da Súmula 28 do TJMG - Regime prisional - Retificação - Crimes hediondos - Lei 8.072/90 - Regime integralmente fechado estabelecido ao autor de homicídio qualificado na forma tentada ou consumada - Apelação criminal - Recurso ministerial provido, desprovido aquele aviado pela defesa. **614**

- V. **Decisão Contrária à Prova dos Autos**. **702**

- Inocorre nulidade do julgamento realizado pelo Júri, quando há participação de vereador no Conselho de Sentença, uma vez que o art. 436, parágrafo

único, III, do CPP, tão-somente isenta os vereadores do serviço do Júri, o que não implica impedimento ou suspeição dos mesmos.

- Se a defesa não fez consignar em ata o impedimento, fazendo assentar, tão-somente, que o jurado era vereador na comarca, ocorre, no mínimo, preclusão.

- A oportunidade para se discutir sobre o impedimento ou suspeição de jurados é no momento do sorteio. Após esta ocasião, os jurados convocados são os que constam do respectivo termo, sendo inadmissível que as partes silenciem sobre tal nulidade, no momento oportuno, para alegá-la após o julgamento que lhe seja desfavorável, com o fito de torná-lo inválido. - Apelação Criminal - Custas do Processo Criminal - Nulidade - Assistência Judiciária - Jurado. **711**

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - Nos termos do art. 1.109 do CPC, não está o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita relativamente à atividade processual nos procedimentos de jurisdição voluntária. - Separação de Corpos - Separação de Fato..... **372**

JUSTIÇA MILITAR - V. **Competência**. **618**

- L -

LATROCÍNIO - O latrocínio é crime complexo, decomposto em crime-meio e crime-fim, no qual a lei penal imprimiu caráter de unidade às duas infrações (homicídio e subtração patrimonial). Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde por latrocínio consumado (art. 157, § 3º, *in fine*, do CP), e não por homicídio qualificado consumado em concurso material com a subtração patrimonial (furto ou roubo). Se o agente, após matar a vítima, apreende para si os pertences desta, fica caracterizado o crime de latrocínio, sendo irrelevante, para a configuração do delito, o fato de a lesão ao patrimônio não ser o motivo inicial da conduta criminosa, sendo impossível, portanto, a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio. - Confissão Extrajudicial - Legítima Defesa. **656**

LAUDO PERICIAL - É válido o *acd* elaborado por dois peritos devidamente compromissados e que, de forma clara e precisa, respondem aos quesitos formulados. - Crime contra os Costumes - Confissão Extrajudicial - Lesão Corporal Grave - Palavra da Vítima - Estupro. **600**

- Não se vislumbra qualquer nulidade no laudo pericial pelo fato de a análise ter sido realizada em alguns frascos já abertos, apreendidos com consumidores, se, conforme consta dos autos, químicos e técnicos da Fundação Ezequiel Dias periciaram uma amostra *única e inviolada* do medicamento apreendido, constatando a sua falsificação. - Inquérito Policial - Prova Extrajudicial - Sentença - Crime Contra a Saúde Pública - Carta Precatória - Alteração de Substância Medicinal. **604**

LEGÍTIMA DEFESA - Argüida a tese de legítima defesa em prol do réu, a ele cabe a sua comprovação. - Confissão Extrajudicial - Latrocínio. **656**

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - Hodiernamente, afigura-se inconcebível a tese da legítima defesa da honra, eis que não se pode admitir que honra, bem em tese juridicamente protegido pela excludente da ilicitude, possa se sobrepujar à vida, bem supremo do ser humano.

- A honra constitui atributo personalíssimo e nessa qualidade é insuscetível de ser maculada pela conduta de outrem, razão pela qual o ato de infidelidade da mulher não atinge a honra de seu companheiro, sendo inadmissível o homicídio perpetrado por legítima defesa da honra, eis que não se justifica a utilização de "pena de morte" para hipótese de infidelidade conjugal. - Decisão Contrária à Prova dos Autos - Júri. **702**

LEGITIMIDADE PASSIVA - V. **Declaratória Negativa de Existência de Débito**. **458**

LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - V. **Investigação de Paternidade *post Mortem* c/c Petição de Herança**. **319**

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL
- Nº 59, de 2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais) **472**

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL
- Nº 24, de 1975 ..... **76**
- Nº 34, de 1994 - Art. 69, XIII **591**
- Nº 87, de 1996 ..... **76**

LEI DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
- Nº 5.492, de 1998 - Art. 8º **290**

LEI ESTADUAL
- Nº 9.380, de 1986 - Art. 8º (Lei Orgânica do Ipsemg) **410**
- Nº 6.763, de 1975 - Art. 56, II **390**
- Nº 9.380, de 1986 - Art. 15 ..... **385**
- Nº 10.366, de 1990 - Art. 25, II **413**
- Nº 10.745, de 1992 - Art. 11, § 1º..... **102**
- Nº 10.745, de 1992 - Art. 11, § 4º **102**
- Nº 12.278, de 1996 ..... **90**
- Nº 12.427, de 1996 - Art. 10, I **168**
- Nº 12.427, de 1996 - Art. 10, III **168**
- Nº 12.460, de 1997 ..... **801**
- Nº 12.729, de 1997 ..... **390**
- Nº 12.735, de 1997 - Art. 7º, § 2º **266**
- Nº 12.735, de 1997 - Art. 10 ..... **266**
- Nº 13.441, de 2000 ..... **90**

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 12 ..... **558/627/711**
- Nº 1.533, de 1951 - Art. 8º **379/400**
- Nº 1.533, de 1951 - Art. 12 ..... **379**
- Nº 4.320, de 1964 - Art. 62 ..... **591**
- Nº 4.320, de 1964 - Art. 63 ..... **591**
- Nº 4.348, de 1964 - Art. 4º **379**
- Nº 4.717, de 1965 - Art. 1º **164**
- Nº 4.717, de 1965 - Art. 22 ..... **164**
- Nº 5.474, de 1968 - Art. 15, II, *b* **298**
- Nº 5.869, de 1973 (CPC) **788**
- Nº 5.991, de 1973 ..... **404**
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 212 (Lei de Registros Públicos) **375**
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 213 ..... **375**
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 12 (Lei Antitóxicos) **630/751**
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 14 ..... **630**
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 16 ..... **715**
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 18, III **630**
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 18, IV **751**
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 34 ..... **630**
- Nº 6.515, de 1977 ..... **55/156**
- Nº 6.830, de 1980 ..... **365**
- Nº 6.830, de 1980 - Art. 16, § 1º **129**
- Nº 6.938, de 1981 ..... **174**
- Nº 6.938, de 1981 - Art. 2º, VIII **168**
- Nº 6.938, de 1981 - Art. 4º, VII **168**
- Nº 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal) **630/667/706**
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 33 ..... **630**

- Nº 7.210, de 1984 - Art. 36 630
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 50, II..... 706
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 111..... 734
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 117, III 675
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 127..... 706
- Nº 7.347, de 1985 207
- Nº 7.716, de 1989 - Art. 20 ..... 548/759
- Nº 8.038, de 1990 - Art. 25 379
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 233 (Estatuto da Criança e do Adolescente) 536
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 249 274
- Nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos)..... 614/630/759
- Nº 8.072, de 1990 - Art. 2º, § 1º 579
- Nº 8.112, de 1990 143
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 1º, II 563
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 2º, I..... 563
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 2º, II 516
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 11 66
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 12, III 66
- Nº 8.625, de 1993 - Art. 29, IX 591
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 13 (Lei de Licitações) 667
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 89, *caput* 667
- Nº 8.866, de 1994 219
- Nº 8.906, de 1994 - Art. 22 253
- Nº 8.935, de 1994 - Art. 16 793
- Nº 9.034, de 1995 570
- Nº 9.099, de 1995 692
- Nº 9.099, de 1995 - Art. 89, § 5º 699
- Nº 9.299, de 1996 618
- Nº 9.437, de 1997 - Art. 10, § 1º, III 687
- Nº 9.455, de 1997 536
- Nº 9.605, de 1998 - Art. 70 174
- Nº 9.605, de 1998 - Art. 72, VII 174
- Nº 9.610, de 1998 - Art. 99 485
- Nº 9.610, de 1998 - Art. 99, § 4º..... 485
- Nº 9.868, de 1999 207
- Nº 10.217, de 2001 570
- Nº 10.259, de 2001 ..... 661/715
- Nº 10.352, de 2001 ..... 184/330/505
- Nº 10.409, de 2002 715
- Nº 10.444, de 2002 (Altera a Lei nº 5.869/73 - CPC) 788
- Nº 10.482, de 2002 791
- Nº 10.506, de 2002 (Altera o art. 16 da Lei nº 8.935/94, que regulamenta o art. 236 da CF) 793

LEI NOVA - V. **Recurso**. 330

LESÃO CORPORAL GRAVE - O tempo hábil para a realização do exame complementar comprobatório da qualificadora do art. 129, § 1º, I, do CP, é logo que decorra o prazo legal de trinta dias. É inidôneo o exame que vier a ser efetivado antes do decurso de tal prazo, assim como aquele realizado muito depois de sua expiração, a não ser quando a vítima não se encontrava habilitada para as suas ocupações habituais, à época de sua realização. Não se presta para o fim de comprovação da referida qualificadora o exame pericial realizado 47 dias depois do fato, ou seja, 17 dias após o trigésimo, lapso temporal por demais longo e incompatível com a exigência de quase-imediatidade consubstanciada na expressão legal "logo que" contida no § 2º do art. 168 do CPP.

- Para que se afirme a lesão corporal qualificada pela incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias (art. 129, § 1º, I, do CP), o exame de sanidade complementar não pode ser lacônico, impreciso, devendo os seus subscritores *quantum satis* fundamentar as bases em que se assentam as suas afirmações, descrevendo circunstancialmente os danos, bem como as repercussões na vida normal do ofendido, de modo a fornecer ao magistrado o máximo de certeza. Assim, para o reconhecimento da qualificadora, não basta que os peritos assentem a conclusão na simples existência de fratura, que nem sempre leva à incapacitação por período superior a 30 (trinta) dias, máxime em se tratando de fratura de nariz, que permite à vítima recuperação em prazo inferior a este período.

- Diante da dúvida existente nos autos acerca da ocorrência da qualificadora prevista no inciso I do § 1º do art. 129 do CP, em face da precariedade da prova testemunhal e pericial, deve-se desclassificar a infração para a sua forma simples (art. 129, *caput*, do CP). - Prescrição da Pretensão Punitiva - Desclassificação de Crime - Exame Complementar - Extinção da Punibilidade. 529

- A perda de um dente, comprometedora da função mastigatória, devidamente atestada pelos peritos e cabalmente comprovada no processo, importa no reconhecimento da presença de lesão corporal de natureza grave, ainda que seja possível a implantação de uma prótese, pois ninguém está obrigado a se submeter a procedimentos médicos, muitas vezes dolorosos e de risco, bem como a usar próteses para substituir a função natural de um elemento dental. - Crime Contra os Costumes - Confissão Extrajudicial - Laudo Pericial - Palavra da Vítima - Estupro. 600

LIBERDADE PROVISÓRIA - O paciente não faz jus ao benefício da liberdade provisória (art. 310, parágrafo único, do CPP) quando ainda persistem razões de cautela para a manutenção da prisão provisória, em face das circunstâncias em que foi cometido o crime, reveladoras de que a liberdade do paciente ameaçaria a ordem pública. - Prisão Provisória - Prisão em Flagrante - Exame de Corpo de Delito 728

LICENÇA AMBIENTAL - V. **Cerceamento de Defesa**. 71

LICENÇA-MATERNIDADE - V. **Férias**. 151

LICITAÇÃO - Nos termos da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), para que se configure hipótese de inexigibilidade de concernente aos serviços arrolados no seu art. 13, a par da notória especialização do contratado, há de se tratar de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração. Se o serviço for singelo, corriqueiro e, portanto, executável por qualquer profissional, não há razão para que seja afastada a realização do certame. A atuação de um advogado como procurador de um município em uma ação civil pública não se enquadra nesta última situação. Ao contrário. Exige-se, para tanto, profissional especializado, experimentado, capaz de defender em toda a sua plenitude os interesses da Administração Pública.

- Demonstrada a notória especialização do advogado contratado sem licitação pela prefeitura para patrocinar a defesa da Administração municipal em causa complexa, qual seja, em ação civil pública promovida contra município, resta configurada a hipótese legal de inexigibilidade do certame, não havendo que se falar em infração ao art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93. - Crime de Responsabilidade - Prefeito - Advogado. 667

LIMINAR - V. **Mandado de Segurança**. 379

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - V. **Ação Civil Pública**. 233

- V. **Investigação de Paternidade *post Mortem* c/c Petição de Herança**. 319

LITISPENDÊNCIA - Inocorre a litispendência se, no feito posteriormente intentado, diverso é o pedido. - Coisa Julgada - Coisa Julgada Material. 283

LIVRAMENTO CONDICIONAL - O condenado que durante a vigência do livramento condicional comete outros delitos, sendo novamente condenado, operando, inclusive, o trânsito em julgado da decisão condenatória, infringindo a norma legal, perde o direito de desfrutar o benefício, nos termos do art. 86 do Código Penal, não havendo que se falar em constrangimento ilegal, quando, em tais casos, é revogado o livramento condicional. - Regime Prisional - *Habeas Corpus* - Pena - Unificação de Pena. **734**

LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ - O juiz, na livre apreciação das provas, pode, diante do princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC), julgar o feito no estado em que se encontrar, quando estiverem atendidos os pressupostos para sua ocorrência, sem que tal provimento venha transgredir a regra constitucional do contraditório e da irrestrita defesa. - Hipoteca - Falência - Restituição de Bem Imóvel - Registro de Imóveis - Alienação de Bem - Prova - Julgamento Antecipado da Lide. **193**

- O momento adequado para o juiz decidir acerca de questão controvertida é aquele em que, de acordo com o seu livre convencimento motivado, se sente com a convicção formada, podendo, para tal mister, inclusive, dispensar a produção de provas que entenda desnecessárias, sem incorrer em limitação ao direito de defesa das partes ou em infringência ao princípio do contraditório. - Julgamento Antecipado da Lide - Falência - Provas Desnecessárias - Prova - Indenização. **298**

- M -

MAGISTÉRIO - V. **Férias**. **151**

MANDADO DE SEGURANÇA - V. **Busca e Apreensão**. **327**

- Demonstrada, pelo município, a correção do procedimento que resultou na imposição das multas pela colocação de faixas ilegais na via pública, incabível a concessão da segurança, por ausência do direito líquido e certo. - Faixas Ilegais. **334**

- V. **Saúde**. **336**

- O mandado de segurança não comporta incidentes que lhe retirem o caráter de remédio constitucional pronto, rápido e eficaz, já que possui rito específico e célere. Conseqüentemente, as decisões interlocutórias, nele proferidas, não impugnáveis por meio de recursos previstos na legislação de regência (Lei nº 1.533/51), não operam preclusão e podem ser examinadas, em grau de recurso, pelo tribunal competente. Conclui-se, pois, ser incabível a interposição de agravo de instrumento na ação mandamental, por não se tratar de recurso expressamente previsto na legislação específica referente ao mandado de segurança.

- É impraticável, no sistema jurídico processual brasileiro, a suspensão de liminar concedida em mandado de segurança, de forma oblíqua, mediante o deferimento de efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra aquela liminar.

- Descabe qualquer outro remédio processual contra o deferimento de liminar em mandado de segurança, senão aquele previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64, em combinação com o art. 25 da Lei nº 8.038/90, cujo procedimento não pode ser substituído por liminar em outra segurança.

- Os recursos cabíveis no *mandamus*, em primeira instância, são os definidos na lei específica (Lei nº 1.533/51 - arts. 8º e 12), razão pela qual a jurisprudência tem proclamado ser inviável o agravo de instrumento no mandado de segurança. - Liminar - Agravo de Instrumento. **379**

- Havendo recurso próprio para atacar o ato judicial, incabível é o mandado de segurança, não sendo possível a substituição recursal pela edificação da ação mandamental. Só se pode falar em uso do *mandamus* contra ato judicial, nos casos de ilegalidade do ato e de violação de direito líquido e certo, bem como quando a determinação judicial for manifestamente teratológica e houver prejuízo irreparável ou de difícil reparabilidade, desde que o recurso de que se disponha não seja eficaz e enérgico para obstar à concretização de tal prejuízo.

- Sendo incabível o mandado de segurança, indefere-se a petição inicial, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51. - Ato Judicial. **399**

- V. **Ministério Público**. **401**

- Constituindo-se a concessão - ou não - de liminar em mandado de segurança numa discrição do juiz, não cabe agravo de instrumento contra a mesma. - Agravo de Instrumento. **500**

- V. **Parecer da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.** (STJ). **739**

MASSA FALIDA - V. **Arrematação**. **82**

MAUS ANTECEDENTES - V. **Pena**. **536**

MEDICAMENTO - V. **Distribuidora de Medicamentos**. **404**

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - V. **Ensino**. **383**

MEDIDA PROVISÓRIA

- Nº 1.621-35, de 1998 - Art. 2º, § 2º **241**
- Nº 1.621-35, de 1998 - Art. 2º, § 5º **241**
- Nº 2.109-52, de 2001 ..... **246**

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - Por não possuírem as medidas socioeducativas caráter retributivo, vez que visam simplesmente à educação do adolescente infrator, a elas não se aplica o instituto da prescrição.

- Incensurável a decisão que impôs ao apelante a medida educativa de liberdade assistida, quando a confissão extrajudicial do apelante, além de ratificada em Juízo, encontra total apoio nos demais elementos de convicção carreados aos autos. **560**

MEIO AMBIENTE - V. **Ação Civil Pública**. **168**

- O exercício do poder de polícia sobre as atividades poluidoras do meio ambiente é atribuição comum da União, dos Estados e dos Municípios. A cada um desses entes compete atuar nos limites de seu território e de sua competência e, em conjunto, colaborar nas providências de âmbito nacional de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal. Esta orientação foi adotada pela Lei nº 9.605/1998 (art. 70), que atribuiu competência a todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama).

- O poder de polícia do Ibama é de ordem supletiva, ou seja, o Ibama deve atuar a partir do momento em que o órgão estadual ou municipal não age. O licenciamento ambiental cabe ao Ibama somente no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional (Lei nº 6.938/1981).

- A polícia militar florestal, ao atuar pelo órgão ambiental estadual, lavrando auto de infração ambiental, exerce fiscalização nos limites da competência que lhe é atribuída pela Constituição Estadual, em seu art. 142, I, c/c o art. 214, IV. O fato de aquela autoridade policial, errônea e desnecessariamente, ter-se utilizado de impressos do Ibama para fazer a autuação em nada altera a atribuição da competência do ato, eis que, neste caso, ao órgão ambiental estadual é que cabe exercer o poder de polícia, o que afasta qualquer discussão em torno da competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o mandado de segurança impetrado contra o ato da autoridade policial.

- O fato de a empresa haver obtido licença de localização e de exploração minerária não a exime de atender às determinações legais referentes à preservação do meio ambiente, sobremaneira de possuir prévia autorização do órgão ambiental competente para promover desmatamento em áreas de preservação permanente. Portanto, se a referida empresa não observa as prescrições ambientais definidas em lei, sujeita-se às sanções previstas no art. 72 da Lei de nº 9.605/1998, dentre as quais o embargo da obra ou atividade (inciso VII). - Poder de Polícia Ambiental - Competência. **174**

MEIO CRUEL - V. **Homicídio Qualificado**. **597**

MENOR - Não obstante o contido no art. 227 da CF/88, modificado pela Emenda Constitucional nº 20/98, é possível conceder autorização para o trabalho de menor, portando 15 anos de idade, em estabelecimento conceituado na comarca, em face do benefício que o trabalho lhe trará, com vistas exclusivas ao seu desenvolvimento pessoal e profissional, amadurecimento, experiência, atributos indispensáveis ao seu ajustamento psicossocial, máxime se provado que o trabalho não o impedirá de continuar seus estudos. A questão não pode ser vista apenas sob o ponto de vista legal. O grave quadro social que se instaurou no País, levando grande número de famílias brasileiras a viver abaixo da linha de pobreza, sem teto, sem vestuário, sem alimento e sem acesso à escola, saúde e lazer, lamentavelmente impede que o menor de 16 anos viva exclusivamente às expensas de seus pais e se dedique somente à escola e ao lazer, até aquisição da maioridade legal, como certos preceitos legais declamam. Na difícil fase da adolescência e juventude dos tempos atuais, é mais positivo para o menor dedicar seu tempo desde cedo ao trabalho saudável, com direitos trabalhistas e direito à escola respeitados, que deixá-lo entregue à ociosidade. - Trabalho. **308**

-V. **Tortura**. **536**

- V. ***Habeas Corpus***. **726**

MENOR INFRATOR - V. **Pátrio Poder**. **274**

MERCADORIA - V. **ICMS** e **Apreensão de Mercadorias**. **216**

MINISTÉRIO PÚBLICO - O Ministério Público tem legitimidade para executar multa aplicada em autos de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, por ser o titular da referida ação. - Acordo Judicial - Sentença - Cerceamento de Defesa - Ação Civil Pública - Julgamento Antecipado da Lide - Multa - Licença Ambiental - Execução de Multa. **71**

- V. **Ação Civil Pública**. **95/168**

- Tem o Ministério Público legitimidade ativa *ad causam* para, via mandado de segurança, exercitar a defesa das suas competências ou do exercício de suas prerrogativas, sempre que usurpadas ou ameaçadas de sê-lo.

- Se fatos levados ou chegados ao conhecimento do juiz, de algum modo, fizerem recair suspeitas de que membros do Ministério Público estão cometendo delito, imediatamente deverá ele dar notícia desses fatos aos órgãos competentes daquela instituição, e não, definitivamente, investigá-los ele próprio, pois, se o fizer, indubitavelmente estará usurpando atribuições e funções privativas do Ministério Público. - Mandado de Segurança. **401**

- V. **Responsabilidade Civil**. **450**

- V. **Intimação do Ministério Público**. **233/454**

MULTA - V. **Ministério Público**. **71**

MULTA DE TRÂNSITO - A legitimidade da cobrança de multa de trânsito cesssa, quando houver interposição de recurso administrativo junto à Jari, pendente de decisão, diante do efeito suspensivo do mesmo, nos termos do art. 285, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, ficando vedado ao chefe do Detran deixar de fornecer o novo certificado de registro e licenciamento do veículo pela ausência de pagamento das multas pendentes. É ilegal condicionar a renovação do referido certificado ao pagamento de multas de trânsito, máxime se contra as mesmas houver sido interposto recurso administrativo que ainda pende de decisão. A Administração possui outros meios de cobrar os seus créditos, não podendo vincular a expedição do certificado de registro ao pagamento de multas. **238**

- V. **Infração de Trânsito**. **355**

MULTA FISCAL - A multa de 50% (cinqüenta por cento), prevista no artigo 56, II, da Lei nº 6.763/75 e na Lei nº 12.729/97, não detém efeito confiscatório, mas caráter intimidatório, sendo impingida ao contribuinte em razão da falta de recolhimento do imposto no tempo legal, constituindo, inclusive, forma de coibir a sonegação fiscal. - Embargos do Devedor - Execução Fiscal - Preclusão. **390**

- N -

NOTA FISCAL - V. **Crime Contra a Ordem Tributária**. **563/652**

NOTA PROMISSÓRIA - V. **Avalista**. **442**

NULIDADE - V. **Júri**. **711**

NULIDADE PROCESSUAL - V. **Investigação de Paternidade *post Mortem* c/c Petição de Herança**. **409**

- O -

OBRA PÚBLICA - O dano causado por obra pública, ensejando a desvalorização de imóveis, gera para a Administração

a responsabilidade objetiva, assegurando ao proprietário o direito à indenização. - Responsabilidade Objetiva do Estado. 161

OBRAS MUSICAIS - V. **Direitos Autorais**..... 485

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - A obrigação acessória, tal como prestar informação, entregar livros e documentos, bem como não recusar cumprimento de intimações, no interesse da fiscalização, deve estar disposta em lei, no sentido formal e material, para que seja válida, não podendo ser disciplinada em legislação infralegal, como decreto ou portaria.

- Não há, na seara do direito tributário, a relação de que o acessório segue o principal. Assim, a pessoa jurídica, independentemente de ser contribuinte do tributo, deve cumprir a obrigação acessória. Todavia, para que tal obrigação seja exigida, deve estar disposta em lei, no sentido formal, não sendo válida a sua exigência, quando estiver disciplinada em qualquer outra norma jurídica infralegal, como portaria ou mesmo decreto. - Honorários de Advogado - Fazenda Pública. 199

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - A imposição de obrigação de não fazer, em medida de natureza cominatória, na qual se discute violação de interesses individuais, não se dá mediante ação civil pública, cujo objetivo é a tutela dos bens coletivos indivisivelmente considerados. - Pátrio Poder - Ação Civil Pública. 280

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA V. **Execução Fiscal**. 285/346

ORDEM JUDICIAL - V. **Crime de Responsabilidade**. 509

- P -

PACTA SUNT SERVANDA - V. **Código de Defesa do Consumidor**. 430

PALAVRA DA VÍTIMA - V. **Crime Contra os Costumes**. 600

PARECER DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - 1. É imprópria a via mandamental para atacar parecer técnico proferido por servidor público, no caso concreto, pelo Diretor-Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, porquanto tal ato é meramente opinativo, não se revestindo, pois, de natureza decisória.

- 2. Precedentes (ROMSs nºs 2.176-GO e 1.587-GO).

- 3. Recurso conhecido, porém, desprovido. (STJ) 739

PARTILHA - Afigura-se parte ilegítima para propor ação de anulação de partilha o filho adotivo cujo adotante faleceu antes da promulgação da CF/88, que equiparou os filhos adotivos aos legítimos, uma vez que a capacidade sucessória é fixada pela lei vigente à época da transmissão dos direitos hereditários, nos termos do art. 1.577 do Código Civil, não podendo lei posterior ao óbito modificar o poder aquisitivo dos herdeiros. - Ilegitimidade Ativa *ad Causam* - Filho Adotivo. 381

PÁTRIO PODER - A prática de atos infracionais pelo adolescente que é viciado em drogas não faz presumir que seu genitor tenha descumprido os deveres inerentes ao pátrio poder.

- A imposição da pena administrativa prevista no art. 249 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não prescinde da comprovação de que o representado tenha sido negligente na educação do filho. - Menor Infrator - Estatuto da Criança e do Adolescente. 274

- O pátrio poder é exercido individualmente pelos pais, não sendo aplicável, para sua limitação, a técnica processual semelhante à das *class actions*, cuja decisão proferida estende seus efeitos à classe, categoria ou coletividade envolvidas. - Obrigação de Não Fazer - Ação Civil Pública. 280

PENA - Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária.

- Sendo favoráveis ao acusado as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, não se revestindo a infração de maior gravidade, e considerando, ainda, o fato de sua conduta não ter resultado em prejuízo para o erário, pode o Tribunal deixar de decretar em desfavor do prefeito a perda do cargo e a inabilitação temporária para o exercício de função pública previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67 - Ordem Judicial - Substituição da Pena - Perda de Cargo - Inabilitação Temporária para o Exercício da Função - Prefeito. 509

- Todo reincidente possui antecedentes comprometedores; logo, a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes do agente não pode prevalecer em relação à reincidência considerada na segunda fase da fixação da reprimenda, sob pena da configuração de um inconveniente *bis in idem*.

- Mesmo que tenha havido erro na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o crime fora cometido com violência contra pessoa, tal decisão deve prevalecer, dada a ocorrência da coisa julgada, ante a inércia recursal do Ministério Público neste sentido, sendo vedada a *reformatio in pejus*. - Tortura - Estrito Cumprimento do Dever Legal - Menor - Reincidência - Maus Antecedentes - *Bis in Idem* - Coisa Julgada - *Reformatio in Pejus*..... 536

- V. **Crime Contra a Ordem Tributária**. 563

- V. **Tóxico** e **Revisão Criminal**. 570

- Não há que se falar em nulidade da sentença pela ocorrência do *bis in idem* na aplicação da pena, porque o Tribunal de Justiça pode e deve rever a pena imposta sempre que ela apresentar excessos, não havendo nada que o impeça, eis que já houve a apreciação da matéria no primeiro grau de jurisdição. - Prova Ilícita - Personalidade do Réu - Tóxico - *Ementatio Libelli* - Confissão - Regime Prisional - Concurso Material - Sentença - *Bis in Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo..... 630

-V. **Regime Prisional**. 734

PENALIDADE - V. **Improbidade Administrativa**. 66

PENHORA - Constando dos autos a existência de mais de uma penhora sobre o imóvel, os credores, sob pena de nulidade, devem ser intimados para a instauração do concurso e para se manifestarem sobre o pedido, bem como para

requererem o que for de seu interesse, não comportando o procedimento administrativo discussão sobre nulidade das penhoras anteriores nem a ordem de pagamento aos credores prevista no art. 711 do CPC.

- Cabe ao arrematante comprovar o cancelamento das demais penhoras junto ao registro de imóveis. - Carta de Arrematação - Imóvel - Registro de Imóveis. **87**

- Não é de se acolher a alegação de impenhorabilidade do bem, por estar ele gravado com garantia de cédula rural, pois o fato de ter sido ele dado em garantia não prevalece no caso, nos termos dos arts. 184 e 186 do CTN, não se anulando a penhora. - Crédito Fiscal - Execução Fiscal - Cédula de Crédito Rural - Impenhorabilidade - Hipoteca. **126**

- A penhora de imóvel só se perfaz com sua inscrição no Registro Imobiliário (art. 659, § 4º, do CPC), pelo que, constatada a inexistência daquele registro e a irregularidade de que se revestiu a própria constrição, sobretudo por haver recaído sobre frações ideais de imóveis cuja propriedade não está comprovada nos autos da execução fiscal, não se pode considerar seguro o juízo.

- A garantia do juízo é pressuposto de admissibilidade da ação incidental de embargos (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80), e o exame, ou reexame, desse pressuposto pode-se fazer de ofício, em qualquer grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC).

- A desconstituição da penhora, após o recebimento dos embargos do devedor, longe de caracterizar fato extintivo do processo de embargos, importa na respectiva suspensão até que a execução seja reativada com nova penhora.

- Nos casos de superveniente desfazimento de penhora, cuja efetivação tenha propiciado o oferecimento de embargos, com razões de mérito direcionadas para a desconstituição do título exeqüendo, o art. 737, I, do CPC não pode ser interpretado isoladamente, sob pena de negativa de vigência do art. 791, III, do mesmo Código, que manda suspender a execução "*quando o devedor não possui bens penhoráveis*". - Registro de Imóveis - Embargos à Execução - Execução Fiscal. **129**

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - Comprovado ser a doença determinante da incapacidade anterior à morte do segurado, é devida ao dependente a pensão previdenciária a partir do seu requerimento administrativo. - Cerceamento de Defesa - Honorários de Advogado - Fazenda Pública. **189**

- V. **Sentença**..... **236**

- O entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o art. 40, § 5º, da CF é auto-aplicável, com similar na Carta Estadual (art. 36, § 5º, c/c art. 39, § 11).

- A correção monetária das parcelas de pensão previdenciária municipal vencidas deve ocorrer por índices regularmente publicados pela Corregedoria de Justiça, e não por índices utilizados pela Justiça do Trabalho. Quanto aos juros moratórios, incidem a contar da citação inicial, à taxa de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil. **278**

- A teor do art. 8º da Lei Orgânica do Ipsemg (Lei Estadual nº 9.380/60) e diante do que dispõem os arts. 201, V, da CF/88 e 31, III, da Constituição do Estado de Minas Gerais, o ex-cônjuge supérstite separado judicialmente, homem ou mulher, tem direito à pensão por morte do segurado, se com ele mantinha união de fato, até a data do óbito, mister se não excluído do direito a alimentos. **410**

- Comprovado o companheirismo da beneficiária, que fica caracterizado pelo fato de possuir 4 (quatro) filhos com a mesma pessoa, presumindo-se a estabilidade, continuidade e publicidade da relação, deve-se excluí-la do rol de pensionistas do IPSM, conforme disposto no art. 25, II, da Lei nº 10.366/90. - IPSM..... **413**

PERDA DO CARGO - V. **Pena.** **509**

PERÍCIA - A teor do art. 130 do CPC, cabe ao magistrado aquilatar a necessidade de realizar-se a perícia, devendo prevalecer a decisão a esse respeito, caso a parte não apresente fundadas razões da inocuidade de tal prova. - Recurso - Possessória - Agravo - Lei Nova - Contestação - Benfeitorias. **330**

PERITO - V. **Honorários de Perito.** **388**

PERSONALIDADE DO RÉU - A errônea interpretação da personalidade do réu pode ser revista em grau de recurso. - Prova Ilícita - Pena - Tóxico - *Ementatio Libelli* - Confissão - Regime Prisional - Concurso Material - Sentença - *Bis in Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo. **630**

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - V. **Dano Moral, Bacen** e **Cadastro de Inadimplentes.** **241/454**

PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL - V. **Meio Ambiente.** **174**

PODER PÚBLICO - Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.

- Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não-onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279/STF).

- Recurso extraordinário não conhecido. (STF)..... **779**

POLÍCIA MILITAR - V. **Concurso Público.** **255**

POLICIAL MILITAR - V. **Competência.** **618**

- Compete à Justiça Comum processar e julgar a contravenção de disparo de arma de fogo, que o Código Penal Militar não define como crime, praticada por policial militar que não estava em serviço.

- Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Comum para apreciar a contravenção penal. (STJ). **742**

PORTARIA CONJUNTA DA PRESIDÊNCIA DO TJMG E DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

- Nº 30, de 2002 ..... **801**

POSSESSÓRIA - A natureza dúplice das ações possessórias permite que o réu, na sua contestação, requeira contra o autor os seus direitos sobre o bem reintegrando, sem que necessite valer-se de outra via judicial, a tanto, segundo se extrai do art. 922 do CPC.

- As benfeitorias porventura edificadas no imóvel reintegrando nele continuam após a desocupação, permanecendo íntegro o direito do posseiro de ser indenizado pelas mesmas. - Recurso - Perícia - Agravo - Lei Nova - Contestação - Benfeitorias. **330**

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - V. **Declaratória Negativa de Existência de Débito**. **458**

PRECLUSÃO - V. **Embargos do Devedor**. **390**

PREFEITO - V. **Vice-Prefeito**. **95**

- V. **Crime de Responsabilidade e Pena.** **509**

- O Decreto-lei nº 201/67 prevê a possibilidade de os prefeitos municipais serem desde logo processados e julgados criminalmente pelo Poder Judiciário, sem a necessidade de autorização da câmara municipal. - Denúncia - Crime de Responsabilidade - Despesas de Viagem - Julgamento - Verbas Públicas. **591**

- V. **Crime de Responsabilidade e Licitação**. **667**

PRESCRIÇÃO - Consoante norma contida no Decreto nº 20.910, de 06.01.1932, que tem força de lei, exceto quando se trata de direito real, as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra as Fazendas federal, estadual e municipal prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram. Contudo, segundo o art. 4º do mesmo decreto, não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Outrossim, havendo processo administrativo pendente de julgamento, fica interrompido o prazo prescricional.

- Afastada a conclusão de primeiro grau pelo decreto da prescrição da ação, não deve o Tribunal prosseguir no julgamento e apreciar as demais questões de mérito propriamente dito, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição, o que é vedado. **434**

- O melhor e mais adequado momento para o devedor argüir a prescrição é quando dos embargos de devedor, entretanto, da conjugação das normas dos arts. 162 do Código Civil e 303, III, do Código de Processo Civil, ainda que não lance mão dos embargos, poderá o devedor fazê-lo posteriormente, por meio de simples petição. - Embargos do Devedor. **483**

- Em se tratando de crime continuado, a prescrição, nos termos do que dispõe o art. 119 do Código Penal, deve observar a pena isoladamente aplicada, sem o respectivo aumento. - Crime contra a Ordem Tributária - Crime Patrimonial - Estelionato. **516**

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - Verificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, julga-se extinta a punibilidade, ficando cancelados todos os efeitos da condenação. - Lesão Corporal Grave - Desclassificação de Crime - Exame Complementar Extinção da Punibilidade. **529**

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - O juiz não pode, de ofício, decretar a prescrição antecedente ou intercorrente da ação de execução fiscal alegada por defensor público, cuja intervenção no feito fora totalmente desvaliosa, por se tratar de demanda que encerra direito patrimonial disponível, havendo necessidade de que a prescrição seja argüida pela parte interessada, nos termos dos arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

- A prescrição intercorrente da ação de execução fiscal não pode ser decretada, quando não demonstrada a desídia do credor em promover a citação do exeqüente para os termos da ação, não podendo lhe impor o ônus de tal prescrição, se não deu causa ao atraso no procedimento. - Curador Especial - Execução Fiscal. **477**

PRESO PROVISÓRIO - V. **Trabalho Interno**. **568**

PRESTAÇÃO DE CONTAS - Tratando-se de ação de prestação de contas proposta pela mulher casada sob regime de comunhão universal de bens contra o marido, há impossibilidade jurídica do pedido, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, incisos I e VI, do CPC, uma vez que tal pretensão somente é possível após a dissolução da sociedade e conseqüente partilha.

- A existência de bens em comum do ex-marido com o irmão e cunhada não confere à mulher o direito de ajuizar ação de prestação de contas contra estes, por inexistir relação jurídica com os mesmos. - Cônjuge. **419**

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - V. **Servidor**. **184**

- V. **Servidor Público Municipal**. **505**

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - O serviço a ser prestado à comunidade, sua natureza, condições e local devem ser determinados pelo juízo da execução, pelo que há de se rejeitar a preliminar relativa à nulidade da sentença por não ter o juiz especificado o referido serviço, quando da substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. É que, muitas vezes, o sentenciante não consegue descobrir e avaliar adequadamente a capacidade, a disponibilidade e o melhor modo de aproveitar o potencial do sentenciado de modo a transformar a prestação de serviços em fator efetivo de regeneração, de recuperação do mesmo, provocando e facilitando sua reinserção na comunidade. - Concurso de Pessoas - Prostituição - Custas do Processo Criminal - Sentença. **627**

PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - A prestação pecuniária, quando fixada em valor elevado, que possa inviabilizar a execução da pena alternativa, deve ser revista, podendo ser reduzido o seu *quantum* - Crime contra a Ordem Tributária - Nota Fiscal - Crime Continuado. **652**

PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - V. **Intimação do Ministério Público**. **233**

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - V. **Processo Administrativo Disciplinar**. **316**

PRISÃO CIVIL - A teor da Súmula nº 60 do TJMG, tratando-se de prisão civil por dívida de alimentos, o âmbito de cognoscibilidade do *habeas corpus* se restringe ao aspecto da legalidade, devendo-se verificar se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e se foi prolatada por juízo competente. Presentes tais requisitos, não se autoriza o reconhecimento da ilegalidade do ato judicial.

- Se o paciente não reúne condições de saldar o débito e se está a postular a revisão dos alimentos pactuados, tais questões não são matéria afeta ao juízo criminal.

- Dívida de alimentos antiga é, tão-somente, aquela vencida há mais de três meses antes do início da execução, a teor da Súmula nº 59 do TJMG. - Alimentos. **732**

PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA - V. **Inconstitucionalidade**. **219**

PRISÃO DOMICILIAR - Tendo a agravada sido internada na Santa Casa de Misericórdia, onde deu à luz, conforme seu atestado de conduta carcerária, enquadra-se ela, hoje, no inciso III do taxativo rol do art. 117 da LEP, qual seja, "*condenada com filho menor*".

- O benefício da prisão domiciliar não significa dispensa das normas de conduta do regime. Assim, as restrições, obrigações e horários a serem impostos pelo juiz da execução deverão ser observados pela condenada, sob pena de revogação do regime.

- V.v.: - Conforme comando do art. 117 da LEP, a prisão domiciliar só pode ser deferida aos réus que cumprem pena no regime aberto e nas situações ali elencadas. **675**

PRISÃO EM FLAGRANTE - Se pouco tempo após o fato (explosão de uma bomba em um supermercado) foi acionada a Polícia, que logo foi em busca do suposto autor do delito, a circunstância de a explosão ter ocorrido durante a madrugada e a prisão na parte da tarde não implica a nulidade do *apf*, em consonância com o art. 302, III, do CPP. - Prisão Provisória - Exame de Corpo de Delito - Liberdade Provisória. **728**

PRISÃO PREVENTIVA - Se os motivos ensejadores da prisão preventiva do acusado ainda persistem, deve a mesma ser mantida. - Concurso Material - Competência - Denúncia - Recurso em Sentido Estrito - Qualificadora - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. **618**

PRISÃO PROVISÓRIA - Indícios de autoria são suficientes para a manutenção da prisão provisória. O caráter cautelar da constrição não exige plena certeza da autoria. Pensar de tal forma seria transformar o que é provisório em definitivo. - Prisão em Flagrante - Exame de Corpo de Delito - Liberdade Provisória. **728**

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados, também, no processo administrativo-disciplinar, e não apenas nos processos judiciais. - Falta Disciplinar - Sindicância - Princípios do Contraditório e Ampla Defesa. **316**

PRODIGALIDADE - V. **Interdição**. **197**

PRONÚNCIA - Indícios duvidosos, vagos ou incertos, sem conexão com o fato e a sua autoria, não são suficientes para a pronúncia. - Co-autoria. **663**

PROSTITUIÇÃO - O proprietário e/ou gerente de casa de prostituição responde pelo crime do art. 229 do Código Penal, não havendo necessidade de lucro ou mediação para que fique configurado o delito. - Prestação de Serviços à Comunidade - Concurso de Pessoas - Custas do Processo Criminal - Sentença. **627**

- Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal) - Absolvição - Impossibilidade - Réus que alegam não ser de sua propriedade o bordel - Elementos de convicção que apontam em sentido contrário, sendo certo que os mesmos, ao menos, gerenciavam o "negócio" - Co-autoria comprovada - Condenação mantida. - São co-autores do crime de casa de prostituição todos os que auxiliam a sua manutenção, tais como gerente e empregados, desde que ajam com conhecimento de causa. - Rufianismo - Delito não caracterizado - Donos de bordel que tiram vantagem indiretamente do meretrício alheio, pela venda de bebidas e aluguel de quartos - Ausência de participação direta nos lucros de prostituta - Inteligência do art. 230, CP - Apelação criminal - Recursos defensivo e ministerial desprovidos. - Rufianismo. **648**

- Aplica-se o art. 21 do Código Penal, que trata do erro sobre a ilicitude do fato, quando a acusada é pessoa simples, que se prostituiu durante parte de sua vida e, no momento, aluga quartos de sua residência para encontros entre prostitutas e clientes, em plena zona do meretrício. **682**

PROTESTO - V. **Anulatória de Títulos**. **425**

PROVA - Sendo o juiz o destinatário das provas, tem ele ampla liberdade para avaliar a necessidade de produção das mesmas, cabendo-lhe, outrossim, deferir aquelas que, segundo seu discernimento, sejam necessárias e indeferir as que possam ser tidas como inócuas ou irrelevantes. - Julgamento Antecipado da Lide - Dano Moral - Inquérito Administrativo - Provas Desnecessárias. **47**

- V. **Livre Convencimento do Juiz**. **193/298**

- V. **Recurso em Sentido Estrito**. **618**

PROVA EXTRAJUDICIAL - A generalidade das provas extrajudiciais só produz efeito quando é confirmada, ao menos *quantum satis*, pela prova colhida no ambiente judicial, sob o crivo do contraditório. - Inquérito Policial - Laudo Pericial - Sentença - Crime Contra a Saúde Pública - Carta Precatória - Alteração de Substância Medicinal. **604**

PROVA ILÍCITA - A falta de comprovação de que as lesões encontradas no réu foram feitas por policiais impede que a confissão seja tomada como prova ilícita, ao argumento de que fora obtida mediante espancamentos e torturas, não sendo capaz de invalidar o flagrante, máxime quando a sentença não está baseada apenas nas declarações do réu

feitas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas em suas próprias declarações em juízo e por todas as provas ali colhidas. - Personalidade do Réu - Pena - Tóxico - *Ementatio Libelli* - Confissão - Regime Prisional - Concurso Material - Sentença - *Bis In Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo. 630

PROVA NOVA - V. **Denúncia**. 719

PROVA TESTEMUNHAL - O rol de testemunhas deve ser apresentado, em cartório, 5 dias antes da audiência, não bastando, para se dar cumprimento ao disposto no art. 407 do CPC, o simples protocolo da petição em comarca distante, pelo sistema de protocolo integrado. - Sociedade de Fato - Atos Processuais - Sistema de Protocolo Integrado. 59

PROVAS DESNECESSÁRIAS - V. **Prova** e **Livre Convencimento do Juiz**. 47/193/298

PROVAS REALIZADAS POR ALUNOS - V. **Ensino**. 383

PROVENTOS - V. **Contribuição Previdenciária**. 90

- V. **Horas Extras**. 102

PSICOSE GRAVE - V. **Interdição**. 251

PTA - V. **Execução Fiscal**. 365

- Q -

QUALIFICADORA - Havendo duas qualificadoras que integram o crime de homicídio, uma delas funciona como causa de aumento, devendo a outra incidir como circunstância agravante.

-V.v.: - Na hipótese de incidência de duas qualificadoras integrantes do crime de homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ante expressa proibição do legislador contida no art. 61 do Código Penal. - Decisão Contrária à Prova dos Autos - Regime Prisional. - Circunstância Agravante - Crime Hediondo - Homicídio - Agravante. 579

- Deve ser acolhido o pleito defensivo no tocante à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, se tal circunstância, além de não se encontrar descrita, explícita ou implicitamente, na denúncia, é improcedente, de forma manifesta. - Competência - Denúncia - Concurso Material - Prisão Preventiva - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Recurso em Sentido Estrito - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. 618

QUEIXA-CRIME - O prazo decadencial do direito de queixa começa a fluir a partir da data em que o ofendido toma conhecimento das ofensas feitas.

- Para viabilizar o oferecimento da queixa-crime por procurador com poderes especiais, o art. 44 do CPP não exige que a procuração contenha a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, bastando a simples menção ao mesmo ou ao artigo de lei violado.

- Tratando-se de ação penal privada, não pode o querelante, havendo concurso de pessoas, propor a queixa-crime apenas contra algumas delas, deixando outras de fora, pois a não-propositura contra um dos autores ou partícipes do crime, de identidade conhecida e em relação a quem militam também os necessários elementos de convicção, importa em renúncia tácita, que aos demais se estende (art. 49 do CPP), levando à rejeição da inicial e à extinção da punibilidade de todos. - Concurso de Pessoas - Renúncia Tácita. 37

QUESITO - V. **Júri**. 555

- R -

RACISMO - V. **Crime de Racismo**. 548

RECONHECIMENTO DE AUTOR DE CRIME - V. **Roubo**. 687

RECURSO - É regra do direito intertemporal que a interposição do recurso se faz pela égide da lei existente quando proferida a decisão; logo, não se aplica a lei nova que passou a considerar o atendimento do art. 526 do CPC como requisito de admissibilidade do agravo, se à época de sua interposição a Lei nº 10.352/2001 ainda não se encontrava em vigor. Em decorrência, o eventual descumprimento do referido dispositivo não é óbice à apreciação do agravo, mas impedirá apenas o exercício do juízo de retratação pelo juiz singular. - Perícia - Possessória - Agravo - Lei Nova - Contestação - Benfeitorias. 330

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Não se deve examinar profundamente a prova em grau de recurso em sentido estrito, sob pena de haver prejulgamento da ação penal. - Competência - Denúncia - Qualificadora - Concurso Material - Prisão Preventiva - Absolvição Sumária - Prova - Excludente de Ilicitude - Justiça Militar - Crime Doloso contra a Vida Praticado por Militar contra Civil - Policial Militar. 618

REEXAME NECESSÁRIO - V. **Duplo Grau de Jurisdição**. 184

REFORAMATIO IN PEJUS - V. **Pena**. 536

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - 1. Esta corte já firmou orientação no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual determina que a pena aplicada aos autores de crimes hediondo seja cumprida integralmente no regime fechado.- 2. Também a Lei nº 9.455/97 não derrogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, restando inviável a progressão prisional nas hipóteses de condenação por crime hediondo.

- 3. *Habeas corpus* indeferido. (STJ) 759

REGIME PRISIONAL - Em se tratando de crime considerado hediondo pela Lei nº 8.072/90, não há que se falar em progressão de regime prisional.

- V.v.: - Cabe a progressão de regime mesmo nos crimes hediondos, não só porque a possibilidade de alcançar a progressão é direito constitucional de todo condenado, que pode efetivamente conquistá-la, desde que passe a reunir os requisitos legais, de natureza objetiva e subjetiva, como porque está evidente que o legislador da Lei 9.034/95, mesmo com as modificações contidas na Lei 10.217/2001, derrogou a proibição contida na Lei 8.072/90. - Tóxico - Revisão Criminal - Pena - Crime Hediondo. 570

- A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime integralmente fechado, não sendo possível a progressão. A iterativa e dominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no sentido de que, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execução Penal, os quais estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberdade, não há inconstitucionalidade alguma na referida lei na parte em que preconiza o regime fechado integral para o cumprimento de pena por crime hediondo, já que o texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII) estabelece princípios rigorosos no trato de tais crimes. O Supremo Tribunal Federal também já deixou consignado que a determinação contida no mencionado art. 2º, § 1º, da mesma Lei nº 8.072/90 é constitucional e não ofende o disposto nos incisos XLVI e XLVIII do art. 5º da CF, sobre individualização e execuções de pena.

V. v.: - A Lei dos Crimes Hediondos, ao estabelecer o regime integralmente fechado, dentre outras restrições, ultrapassou a consideração do legislador constituinte feita no art. 5º, inc. XLIII. A progressão do regime prisional, nos crimes hediondos, é perfeitamente constitucional, mas não o é a malsinada Lei nº 8.072/90, quando estabelece regime único de cumprimento de pena para todos os agentes dos crimes hediondos, porquanto viola o princípio da individualização da pena. 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. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição. Deve ser renovada durante o cumprimento da reprimenda, estendendo os benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram para merecê-los, o que é impossível, se determinado definitivamente o regime integralmente fechado. A referida lei retirou do preso a esperança de progressão que favorece a ressocialização; não resolveu o problema da criminalidade; e desencadeou avalanche de fugas e rebeliões. - Decisão Contrária à Prova dos Autos - Qualificadora - Circunstância Agravante - Crime Hediondo - Homicídio - Agravante. **579**

- A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) estabelece no seu art. 2º, § 1º, que a pena por crimes nela arrolados, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, não sendo possível a progressão. A referida lei, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal (arts. 33 e 36) e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que estabelecem a forma progressiva de regime na pena privativa de liberdade, não é inconstitucional, já que o art. 5º, XLIII, da CF estabelece princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos.

- V.v.: - A Lei dos Crimes Hediondos, ao estabelecer o regime integralmente fechado, dentre outras restrições, ultrapassou a consideração do legislador constituinte feita no art. 5º, XLIII. A progressão do regime prisional nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, mas não o é a malsinada Lei nº 8.072/90, quando prescreve regime único de cumprimento de pena para todos os agentes dos crimes hediondos, porquanto viola o princípio da individualização da pena. 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. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento de sua imposição. Deve ser renovada durante o cumprimento da reprimenda, estendendo benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram para merecê-los, o que é impossível, se determinado, definitivamente, o regime fechado. A referida lei retirou do preso a esperança de progressão que favorece a ressocialização; não resolveu o problema da criminalidade; e desencadeou avalanche de fugas e rebeliões. - Prova Ilícita - Personalidade do Réu - Pena - Tóxico - Confissão - Concurso Material - Sentença - *Bis In Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo - *Emendatio Libelli*. **630**

- Na sentença condenatória que impõe ao réu cumprimento de pena em regime aberto, não pode o magistrado determinar que o condenado se recolha diariamente, após as 20 horas, e nos finais de semana, na cadeia pública local, sob pena de transformar o regime prisional em semi-aberto. A falta de estrutura da comarca não justifica tal procedimento, pois, se não possui estrutura para proporcionar ao condenado condições adequadas para o cumprimento de sua pena, quer por ausência de vagas na casa do albergado, quer por inexistência do próprio estabelecimento, o bom senso recomenda uma solução conciliadora que nem faça desaparecer o caráter educativo da pena nem a descaracterize por meio de imposição de gravame ao sentenciado, diante de uma situação a que ele não deu causa. Nesta hipótese, consoante entendimento já pacificado no STJ, deve-lhe ser deferido o direito ao gozo de prisão domiciliar, sem prejuízo de adotar o magistrado um efetivo controle sobre o cumprimento da pena pelo reeducando, seja pela assinatura de "livro de ponto", na cadeia pública ou no fórum, diariamente, seja pela determinação, nos finais de semana, de que compareça a atividades educativas, organizadas por entidades públicas ou paraestatais, tal como é previsto na casa do albergado. - Decisão Contrária à Prova dos Autos. **694**

- A progressão de regime prisional deve ser discutida em sede de recurso de agravo, por se tratar de questão relativa à execução de pena, não sendo o *habeas corpus* via adequada para se decidir sobre tal matéria, por necessidade de análise de questões subjetivas, consoante entendimento já consolidado no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Súmula 50 do Grupo de Câmaras Criminais). Não obstante, é de conhecer do *mandamus*, considerando-se a suposta coação ilegal a que se diz submetido o impetrante em sua liberdade de ir e vir, especialmente no apontado direito de cumprir a pena em regime mais favorável do que aquele determinado pelo juízo da execução penal.

- Se o condenado, durante o benefício do livramento condicional, sofre outra condenação pela prática de crime contra o patrimônio e tráfico de substância entorpecente, procedendo-se à unificação das penas, sendo efetuado o somatório das penas a ele impostas, determinando-se que o regime de cumprimento de pena de reclusão seria o fechado, não é ilegal a decisão do juiz que, fundamentadamente, com o sustento legal do disposto no art. 111 da Lei 7.210/84

(Lei de Execução Penal), determina seu recolhimento à prisão para fins de cumprimento da pena em regime fechado. - Livramento Condicional - *Habeas Corpus* - Pena - Unificação de Pena. 734

REGISTRO CIVIL - A pretensão de se obter cidadania estrangeira é motivo justificado para o pedido de retificação às margens do assentamento do registro civil de descendente de estrangeiro, mormente se amparado por documentos que comprovam a ascendência e a alteração da grafia original de prenomes e do patronímico familiar do requerente. 153

- Falece legitimidade ao interessado para requerer a retificacão, em registro civil, de nomes de ascendentes já falecidos, por atingir direitos personalíssimos destes, mormente se a reforma atingir também outros descendentes, que se obrigariam à retificação, não havendo que se falar, neste caso, em substituição processual, segundo a regra do art. 43 do CPC. 325

REGISTRO DE IMÓVEIS - V. **Penhora, Carta de Arrematação e Imóvel.** 87

- V. **Penhora**. 129

- V. **Hipoteca**. 193

- A retificação do registro de imóveis a que aludem os arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) diz respeito apenas aos erros formais do título, sendo inadmissível que, pelo processo retificatório, o requerente venha a obter considerável aumento de área, porquanto se estaria admitindo uma forma de aquisição de propriedade não prevista no art. 530 do Código Civil. 375

REINCIDÊNCIA - V. **Pena**. 536

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Se o estacionamento particular invade área comum do povo, ainda que o projeto de sua construção tenha sido pré-aprovado pela prefeitura, constatada a invasão, tem o município o direito e o dever de desfazer o erro, preservando o bem público, que não pode ser objeto de desfrute pelo particular, reintegrando-o em sua posse. 468

REMIÇÃO - Enquanto não apurada, em processo disciplinar, a falta cometida, não pode o apenado fazer jus à remição.

- Se, devidamente apurada, a fuga do presídio não foi considerada falta grave diante de suas circunstâncias, conforme decidido pelo juiz de execução, não constando, inclusive, de sua ficha funcional, inexiste a vedação legal contida na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a impor ao agravado a perda do direito ao tempo remido. - Falta Grave - Execução Penal. 706

RENÚNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAR - É nula a ação penal intentada pelo Ministério Público, se a mãe da vítima, que havia representado contra o acusado, retratou-se, antes da denúncia, renunciando ao direito de representar, o que causa a extinção da punibilidade, por força do disposto no art. 107, V, do CP. - Estupro - Extinção da Punibilidade - Ação Penal Nula. 692

RENÚNCIA TÁCITA - V. **Queixa-crime** 37

REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - V. **Ameaça**. 623

RESOLUÇÃO DA PMMG
- Nº 3.444, de 1998 - Anexo E, alínea *a*, Grupo XIV 255

RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS
- Nº 3.113, de 2000 266

RESPONSABILIDADE CIVIL - Em ação de indenização por danos materiais, ainda que uma das partes seja pessoa jurídica de direito público, é desnecessária a intimação do Ministério Público para intervir na causa, uma vez que o interesse existente é meramente patrimonial, e não público do Estado, sendo inaplicável ao caso a norma do art. 82, III, do Código de Processo Civil.

- Os fundamentos necessários para imputação da responsabilidade civil são a conduta indevida do agente, a ofensa a um bem jurídico e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano. Restando suficientemente comprovados todos esses fundamentos, fica caracterizado o dever de reparar o dano.

- O valor da indenização, em caso de responsabilidade civil por danos materiais, deve limitar-se ao dano material causado ao bem. - Danos Materiais - Ministério Público - Indenização. 450

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - Sujeita-se o Poder Público à responsabilidade objetiva de reparação de danos físicos, morais e estéticos, quando a assistência médica dispensada por seu preposto à paciente não atende aos cuidados normais e acarreta, por negligência, imperícia ou imprudência do profissional, a amputação de membro inferior da paciente.

- Segundo a teoria dos antecedentes causais, tudo aquilo que contribui para o resultado, *in concreto*, é causa, não se distinguindo entre causa e condição. Se, remotamente, a causa da lesão foi a queda da paciente, seu inadequado e ulterior tratamento constitui uma concausa eficiente, sem a qual não teria ocorrido a amputação. - Assistência Médica Deficiente e Errônea - Amputação de Membro - Dano Material - Dano Moral - Dano Estético. 105

- V. **Obra Pública**. 161

- A responsabilidade civil objetiva do Estado em face de atos de seus agentes que causem danos a terceiros se circunscreve à atuação daqueles, apenas e tão-somente, no exercício das funções públicas ou a pretexto de exercê-las, devendo-se distinguir a conduta funcional da conduta pessoal dos agentes administrativos. Assim, se atos injuriosos ou difamatórios praticados por diretora de escola contra servidor ocupante de função pública na escola não decorrem do exercício funcional, situando-se no âmbito das relações pessoais, não podem gerar indenização por danos morais em face do Estado. Os atos lesivos que conduzem à responsabilidade objetiva do Estado são aqueles decorrentes da função administrativa, não os pessoais dos servidores. - Função Pública - Dano Moral - Indenização. 271

- O Estado responde objetivamente pelos atos praticados por seus agentes, bastando que se prove o nexo causal entre o fato lesivo e o dano para que surja a obrigação de indenizar. Provado que o

detetive, mesmo não estando em serviço, utilizou-se dessa prerrogativa para intimidar e conduzir a pessoa à delegacia, sob a mira de uma arma, agredindo-a fisicamente, atentando contra sua reputação, pudor e tranqüilidade, é o Estado responsável pelos danos de ordem moral resultantes de tal atitude, sendo ele parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização, diante do disposto no § 6º do art. 37 da CF. 397

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - V. **Execução Fiscal**. 285/346

- V. **Saúde**. 336

RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO - V. **Ação Civil Pública**. 95

RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS POR OBRA PÚBLICA - Se o único fundamento do aresto recorrido está fincado em cláusulas de convênio firmado entre o recorrente e o Estado de Minas Gerais, não cabe reexaminá-lo em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula nº 05/STJ.

- Não tendo o tema abordado pelo art. 515 do CPC sido mencionado pelo v. aresto hostilizado, cabia à Municipalidade recorrente, antes de manifestar apelo especial, opor embargos declaratórios, suscitando a apreciação da matéria; não o fazendo, carece o recurso do requisito indispensável à sua admissibilidade, o prequestionamento.

- Recursos especiais não conhecidos. (STJ). 747

RESTITUIÇÃO DE BEM IMÓVEL - V. **Falência**. 193

RETRATAÇÃO UNILATERAL DE ACORDO - V. **Separação Judicial**. 415

REVISÃO CRIMINAL - Não demonstrando o requerente circunstância que autorize a diminuição da pena que lhe foi fixada e tendo já sido a matéria apreciada pelo Tribunal em recurso de apelação, não sendo o caso de erro técnico, não há como ser deferido o pedido revisional. - Regime Prisional - Tóxico - Pena - Crime Hediondo. 570

RICMS/1996 (ANEXO I)
Item 32 227

ROUBO - O reconhecimento, por parte da vítima, do autor ou autores do roubo não é essencial para a elucidação do crime, pois muitas vezes este crime é praticado às escondidas, procurando os agentes disfarçar suas características físicas, não sendo razoável adotar-se o referido critério.

- O disparo de arma de fogo para assegurar a detenção da coisa, imediatamente após a sua subtração, caracteriza roubo impróprio.

- A ausência de resíduos provenientes do disparo com a arma de fogo não exclui a possibilidade do emprego de arma para a prática do crime de roubo, se há outra prova demonstradora daquele uso.

- O tipo penal do roubo próprio ou impróprio, cometido com emprego de arma de fogo, disparada em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, descarta automaticamente o tipo penal previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97, consumindo-o ou exaurindo seu conteúdo proibitivo, em razão do princípio da consunção, claramente expresso na última parte do referido inciso III daquele mesmo parágrafo e artigo, que diz: "*desde que o fato não constitua crime mais grave*". - Reconhecimento de Autor de Crime - Roubo Impróprio - Consunção - Arma de Fogo. 687

ROUBO IMPRÓPRIO - V. **Roubo**. 687

RUFIANISMO - V. **Prostituição**. 648

- S -

SALDO DEVEDOR - V. **Financiamento Habitacional**. 430

SAÚDE - O Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais é parte legítima para figurar como autoridade coatora no mandado de segurança impetrado por paciente de hospital credenciado do SUS, buscando autorização para compra de todos os materiais indispensáveis à realização de cirurgia, bem como a realização de todos os procedimentos clínicos e cirúrgicos que se fizerem necessários para a manutenção de sua vida. É que o art. 196 da Constituição Federal, ao determinar o dever do Estado de promover a saúde de todos, estabelece a responsabilidade partilhada entre os três entes da Federação. A União, os Estados e os Municípios respondem solidariamente pela prestação dos serviços, não havendo necessidade de que as demandas, ainda mais de caráter urgente, sejam dirigidas aos três entes.

- O Estado de Minas Gerais, como responsável solidário, deve custear cirurgia de alta complexidade, em caso de iminente risco à vida do paciente internado em hospital credenciado pelo SUS. Entraves burocráticos, como a discussão sobre qual ente federado seria o responsável por custear o tratamento, não podem agravar ainda mais a enfermidade do paciente. Por outro lado, não procedem os argumentos da falta de previsão orçamentária e ausência de recursos financeiros, pois as ações e serviços de saúde são realizados por intermédio do SUS, financiado pelos recursos oriundos do respectivo tesouro e com os recursos transferidos pela União aos Estados e pela União e Estados aos Municípios. Desta forma, é obvio que não exista previsão específica para custear tal tratamento, mas existem os recursos destinados a custear a saúde pública, estando devidamente comprovado o direito líquido e certo do impetrante, sendo de se conceder a segurança. - Cirurgia - Responsabilidade Solidária - Mandado de Segurança - SUS. 336

SENTENÇA - Distinta é a sentença órfã da fundamentação daquela com fundamento diverso do articulado pela parte, não estando o julgador adstrito aos fundamentos colocados pelos litigantes, considerando-se o princípio da persuasão racional do juiz, que aprecia os elementos da lide de acordo com o seu livre convencimento, dentro dos critérios críticos e racionais. Não é nula, por falta de fundamentação, a sentença que, embora sucinta, contém as razões que levaram o juiz a formar sua convicção, preenchendo todos os requisitos necessários à sua validade, tal como determinado pelo art. 458 do CPC. - Acordo Judicial - Ministério Público - Cerceamento de Defesa - Ação Civil Pública - Multa - Licença Ambiental. 71

- O art. 296 do CPC admite a retratação da sentença na hipótese de indeferimento da inicial, caso em que o juiz pode vol-

tar atrás e reformar sua própria decisão, admitindo a lide. - Contribuição Sindical - Servidor. 147

- Sentença que determina o pagamento de pensão previdenciária em valor integral, consoante garantia constitucional estabelecida no art. 40, § 8º, da CF/88, possui natureza mandamental quanto às prestações futuras, devendo ser cumprida com a simples notificação do responsável. - Pensão Previdenciária. 236

- A argüição de nulidade da decisão em face da incompetência do magistrado de primeiro grau não pode subsistir se, conforme as informações prestadas, era ele o único magistrado à disposição para examinar os pedidos naquele momento, o que encontra consonância com o disposto nos arts. 71 e demais da Lei Complementar nº 59/2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais). - Direito de Visitas - Competência do Juiz. 472

- A juntada de cartas precatórias após a prolação da sentença em nada nulifica o decreto condenatório, se nenhuma influência teve na decisão.

- Ausente a alegada nulidade da sentença, por falta de apreciação de suas alegações finais, argüida pelo defensor do apelante, quando se observa que o juiz de primeiro grau, criteriosamente, bem examinou as questões suscitadas pelo acusado, fundamentando suficientemente a sua decisão, apoiando-se em dados objetivos relevantes e indicando com clareza os motivos de fato e de direito em que se fundamentou. - Inquérito Policial - Prova Extrajudicial - Carta Precatória - Alteração de Substância Medicinal - Crime Contra a Saúde Pública - Laudo Pericial. 604

- V. **Prestação de Serviços à Comunidade**. 627

- V. **Pena**. 630

SENTENÇA DECLARATÓRIA NEGATIVA - V. **Honorários de Advogado**. 82

SEPARAÇÃO DE CORPOS - É possível a concessão de alvará de separação de corpos, não obstante já se encontrar o casal separado de fato. - Jurisdição Voluntária - Separação de Fato. 372

SEPARAÇÃO DE FATO - V. **Separação de Corpos**. 372

SEPARAÇÃO JUDICIAL -Verificando-se que o sentimento das partes envolvidas na demanda é mesmo o da separação, é incoerente o provimento que vai em sentido contrário a essa vontade, sob pena de se estar forçando um relacionamento que, neste momento, tem tudo para dar errado.

- Com o advento da Lei nº 6.515/77, ampliou-se o poder discricionário do julgador para, em causas de separação judicial, também ser decretada a separação nos casos de irreversível separação de fato e incompatibilidade dos cônjuges, para a qual ambos terão concorrido, ainda que não perfeitamente delineadas as respectivas culpas. 55

- É impossível a conversão, no meio da instrução, de uma ação de separação judicial, como tal contestada, em ação de divórcio, mesmo sob o rótulo de praticidade. A impossibilidade decorre da diferença entre as teses discutidas: a primeira, culpa; e a segunda, do tempo; sendo, assim, totalmente diversas as provas a serem colhidas. Além disso, há ainda o entrave burocrático do próprio registro das ações a impedir a sua identificação. As ações poderiam, em tese, ser até paralelas, desde que postulada a segunda depois da separação, mas não convertidas num mesmo processo.

- Comprovada a infidelidade do varão adúltero, é de se reconhecer e dar provimento ao apelo, para se decretar a separação judicial proposta sob tal fundamento. - Divórcio. 409

- O acordo celebrado livremente e homologado em separação judicial, dispondo sobre promessa de doação aos filhos do casal, não pode ser unilateralmente retratado por um dos cônjuges, sendo irrelevante que a referida doação não tenha sido levada a registro público, já que não se trata de retratação de promessa de doação simples e pura, como ato unilateral e gratuito, mas sim de doação retribuitória, inserida em negócio jurídico oneroso e bilateral de maior porte. Referida alteração só é viável mediante anuência do outro cônjuge ou no caso de comprovado vício de consentimento. - Acordo - Retratação Unilateral de Acordo - Acordo Judicial - Coisa Julgada. 415

SERVIDOR - V. **Contribuição Sindical**. 147

- A irregularidade de contratação de trabalhador pela Administração Pública, em razão de ausência de concurso público, não sendo caso de serviço temporário e excepcional (art. 37, incisos II e IX, da CF), não afeta os direitos adquiridos do trabalhador, eis que a prestação de serviços não pode ser devolvida. Outrossim, surgiu entre trabalhador e Administração uma relação obrigacional que impôs a um o dever de prestar os serviços e ao outro o dever de pagar por eles. Destarte, devidas são as parcelas trabalhistas, cabendo à Administração Pública ressarcir-se mediante ação regressiva contra o administrador responsável pela contratação irregular. - Duplo Grau de Jurisdição - Julgamento Antecipado da Lide - Prestação de Serviços - Administração Pública - Reexame Necessário. 184

- A Administração Pública tem o poder para movimentar seus servidores para atender a necessidade de interesse público. Todavia, é inadmissível que tal poder sirva à prática de atos arbitrários e abusivos, sem a devida motivação, como é o caso de remoção de servidor concursado para zona rural, a fim de que as vagas deixadas fossem ocupadas por novos servidores contratados, o que viola os princípios da razoabilidade e da moralidade, segundo os quais se deve aplicar a cada situação a providência mais adequada, sem a intenção deliberada de prejudicar ou de favorecer alguém. 352

- O desvio de finalidade que macula a prerrogativa administrativa de remover servidores, em nome do interesse público, deve ser demonstrado de plano, em sede de ação mandamental, sob pena de denegação da ordem. 360

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - Demonstrado o vínculo, tem-se por incontestável o direito do servidor de reaver a contraprestação pecuniária pelos serviços efetivamente prestados, devidamente corrigidos monetariamente desde a retenção indevida e acresci-

dos dos juros de mora, contados da citação, descontados os encargos legais e os convencionais, não havendo que se falar que a prova do crédito referido é do servidor, uma vez que esta cabe à Administração, já que a prova do pagamento é ônus de quem o tenha efetuado. - Duplo Grau de Jurisdição - Prestação de Serviços. **505**

SINDICÂNCIA - A sindicância é um verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo-disciplinar. Entretanto, é comum a sua utilização para apurar pequenas faltas dos servidores, o que não afasta a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade da punição imposta. - Processo Administrativo Disciplinar - Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa - Falta Disciplinar. **316**

SISTEMA DE PROTOCOLO INTEGRADO - V. **Prova Testemunhal**. **59**

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - Se os recursos do Sistema Financeiro de Habitação são provenientes de recursos da poupança, os empréstimos devem ser corrigidos com os mesmos índices com que esta é corrigida, sob pena de se afetar o equilíbrio da equação financeira entre as partes. - Duplo Grau de Jurisdição - Código de Defesa do Consumidor - Habitação - Financiamento Habitacional - Índice de Correção - Código de Defesa do Consumidor - *Pacta Sunt Servanda* - Casa Própria - Saldo Devedor. **430**

SOCIEDADE DE FATO - Mesmo que tenha havido erro na indicação do sujeito passivo da ação declaratória de sociedade de fato, com pedido de meação de bens, podem ser aproveitados os atos processuais já praticados, se a pessoa física do herdeiro único se confunde com a figura do inventariante, representante legal do espólio.

- Provadas longa convivência, *more uxorio*, e a conjugação de esforços na formação de patrimônio comum, configurando *affectio societatis*, reconhece-se à companheira sobrevivente o direito à meação dos bens que ajudou a adquirir e que estão em nome do companheiro falecido. - Atos Processuais - Sistema de Protocolo Integrado - Prova Testemunhal. **59**

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - V. **Execução Fiscal**. **346**

SÓCIO-GERENTE - V. **Execução Fiscal**. **285/346**

SÓCIO NÃO GERENTE - V. **Execução Fiscal**. **285/346**

SUBSÍDIOS E VENCIMENTOS - V. **Vice-Prefeito**. **95**

SUBSTITUIÇÃO DA PENA - V. **Pena**. **509**

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Conforme a CF/88, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de substituição tributária, especialmente sobre a definição dos fatos geradores do tributo (art. 146, inciso III, alínea *a*). No que concerne ao ICMS, a CF/88, no Ato das Disposições Transitórias, estabeleceu prazo para a edição de lei complementar (60 dias, a contar de sua promulgação), findo o qual a matéria seria regulada por convênio (interestadual), nos termos da LC nº 24, de 07.01.1975.

Ora, a referida lei complementar dispõe que os convênios "... *serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal*". Assim, com o advento do Convênio nº 66/88, seu baixado Anexo Único estabeleceu que a lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a "*produtor, extrator, gerador, inclusive de energia industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo imposto devido nas operações subseqüentes*". Posteriormente ao convênio, editou-se a Lei Complementar nº 87/96, através da qual foram definidos os contribuintes do tributo (ICMS) e disposto acerca do regime de substituição tributária (normas gerais). Logo, no período compreendido entre o Convênio nº 66/88 e a LC nº 87/96, a substituição tributária progressiva ou "para frente" nele regulada tem validade e eficácia constitucionalmente asseguradas (previsão expressa a respeito no ADCT da CF/88). **76**

SUCESSÃO - A sucessão regula-se pela lei vigente à data de sua abertura, por força do art. 1.577 do Código Civil. Aberta a sucessão antes do advento da Constituição Federal de 1988, estando em vigor à data do óbito do autor da herança a norma do art. 377 do Código Civil, o filho adotivo regido pela lei civil não é herdeiro, não incidindo no caso a norma do art. 227, § 6º, da CF/88, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil, entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito, não podendo a referida norma constitucional retroagir para assegurar o direito à sucessão aberta antes da entrada em vigor da Constituição Federal/88. - Filho Adotivo. **156**

SUCUMBÊNCIA - V. **Declaratória Negativa de Existência de Débito**. **458**

SÚMULA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Nº 82 ..... **591**

SÚMULAS DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMG

- Nº 28 ..... **614**
- Nº 50 ..... **734**
- Nº 58 ..... **627/711**
- Nº 59 ..... **732**
- Nº 60 ..... **732**

SÚMULAS DO STF

- Nº 279 ..... **779**
- Nº 282 ..... **747**
- Nº 339 ..... **123**
- Nº 356 ..... **747**
- Nº 524 ..... **719**
- Nº 561 ..... **246**
- Nº 608 ..... **692**
- Nº 617 ..... **246**

SÚMULAS DO STJ

- Nº 05 ..... **747**
- Nº 70 ..... **246**

SUS - V. **Ação Civil Pública e Saúde**. **233/336**

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - O art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95 dispõe que, "*expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade*". A lei não dispõe que se possa revogar a suspensão por descumprimento de condição ocorrido antes de terminado o período probatório, mas sim que a revogação não pode ocorrer após esgotado tal prazo. **699**

- T -

TAXA - Taxa exigida pela prestação de serviços inespecíficos, não mensuráveis, indivisíveis e insuscetíveis de serem referidos a determinado contribuinte não se compatibiliza com o disposto no art. 145, II, da Constituição Federal. - Competência Originária. **301**

TEXTO HUMORÍSTICO - V. **Crime de Racismo**. **548**

TÍTULO DE CRÉDITO - V. **Falência**. **368**

- V. **Anulatória de Títulos**. **425**

TORTURA - É de se rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade do art. 233 da Lei nº 8.069/90, uma vez que a matéria já foi objeto de decisão pelo Pretório Excelso, que reconheceu a existência jurídica do crime de tortura contra crianças e adolescentes no sistema penal brasileiro, considerando constitucional o referido artigo.

- Não obstante o art. 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) tenha sido expressamente revogado pela Lei nº 9.455/97, que definiu o crime de tortura, ele ainda incide sobre fato ocorrido antes do advento da referida lei, a qual agravou consideravelmente as penas previstas para tal delito, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal.

- A tortura tratada pelo art. 233 da Lei nº 8.069/90 foi classificada e apenada de acordo com o resultado dela decorrente (lesão corporal leve, lesão corporal grave, lesão corporal gravíssima e morte), não se fazendo necessárias, quando vigente referido dispositivo, as exigências subjetivas hoje previstas na Lei nº 9.455/97, não havendo que se falar em especial fim de agir, voltado para a obtenção de informação ou confissão. - Estrito Cumprimento do Dever Legal - Pena - Menor - Reincidência - Maus Antecedentes - *Bis in Idem* - Coisa Julgada - *Reformatio in Pejus*. **536**

TÓXICO - O concurso de pessoas e a prática do delito de tráfico no interior da cadeia pública ensejam os aumentos de pena previstos nos incisos III e IV do art. 18 da Lei Especial (Lei nº6.368/76). - Regime Prisional - Revisão Criminal - Pena - Crime Hediondo. **570**

- Se duas pessoas se unem para traficar drogas e vêm a fazê-lo, devem responder pelo crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, com a majorante específica do art. 18, III, da mesma lei, e não pelo crime do art. 12 em concurso material com o do art. 14, todos da Lei nº 6.368/76. Só haverá cúmulo material do delito de tráfico com o previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, se, mesmo existindo a associação para a prática de tal delito, o agente vier a praticá-lo isoladamente, sem o conhecimento e contribuição das pessoas que participam da referida associação. Nesta hipótese, ele será punido pela associação criminosa e pelo crime de tráfico que isoladamente cometeu, aplicando-se a regra do art. 69 do Código Penal.

- A utilização eventual de veículo para o tráfico de drogas não autoriza o seu confisco. O art. 34 da Lei nº 6.368/76, que deve ser interpretado restritivamente, só tem aplicação quando o veículo é utilizado de forma permanente para o transporte da droga. - Prova Ilícita - Personalidade do Réu - Pena - *Ementatio Libelli* - Confissão - Regime Prisional - Concurso Material - Sentença - *Bis in Idem* - Flagrante - Definição Jurídica da Infração - Denúncia - Confisco de Veículo - Crime Hediondo..... **630**

- V. **Competência Criminal**. **715**

- V. **Tráfico de Entorpecentes dentro de Estabelecimento Prisional.** (STJ). **751**

TRABALHO - V. **Menor**. **308**

TRABALHO INTERNO - O preso provisório recolhido nas dependências de unidade militar pode exercitar atividades laborais *intra muros*, por constituir o trabalho do preso medida fundamental para sua recuperação, além de ser um direito do indivíduo que se encontra privado de sua liberdade. - Preso Provisório. **568**

TRÁFICO DE ENTORPECENTES DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL - I. O crime de tráfico de entorpecentes se exaure na modalidade de trazer consigo a substância entorpecente, não se podendo falar em tentativa.

- II. O tipo penal previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas.

- III. Para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes imputado à recorrida, basta o dolo genérico de levar consigo a droga, com o *animus* de traficar.

- IV. A causa de aumento de pena prevista no inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76 incide sempre que qualquer dos crimes referidos pela Lei Antitóxicos seja cometido nos lugares ali relacionados, não importando se o agente do crime é custodiado, ou não, pela instituição carcerária.

- V. Afastada a incidência da figura da tentativa, deve ser restabelecida a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes.

- VI. Dirimida a questão acerca da incidência do inc. IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76, deve ser determinada a inclusão do respectivo aumento na dosimetria da pena imposta em primeiro grau de jurisdição.

- VII. Recurso que deve ser provido para, reformando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença monocrática quanto à condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, anulando-a tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da causa especial de aumento de pena do art. 18, inc. IV, da Lei nº 6.368/76.

- VIII. Recurso provido nos termos do voto do Relator. (STJ). **751**

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - V. ***Habeas Corpus*** e **Denúncia**. **719**

TUTELA ANTECIPADA - Restando suficientemente provado que o não-comparecimento do aluno às aulas, sem fazer as comunicações determinadas pelo Regimento Interno da Escola, se deu por motivo de força maior e caso fortuito, uma vez que se encontrava doente (quadro depressivo), é de se conceder a tutela antecipada pleiteada para que possa se matricular, dando seqüência ao seu curso enquanto tramita a ação de primeiro grau, inclusive

porque a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205 da CF/88), sendo o ensino um processo bilateral, que envolve a participação efetiva e continuada dos corpos discente e docente e de toda a comunidade, pelo que a ausência às aulas representa, em princípio, uma perda irreparável para o aluno. - Ensino. **445**

- U -

UNIÃO ESTÁVEL - Consagrando o princípio jurídico da monogamia, art. 226, § 3º, a Constituição Federal de 1988 protege a união estável como entidade familiar, repelindo a relação extraconjugal paralela e sem que o casamento tenha tido término e nem mesmo tenha ocorrido uma separação de fato, tudo impedindo que se reconheça tal concubinato impuro ou adulterino como uma união estável, protegida pela ordem constitucional. - Identidade Física do Juiz. **340**

UNIFICAÇÃO DE PENA - V. **Regime Prisional**. **734**

- V -

VEÍCULO AUTOMOTOR ADAPTADO PARA DEFICIENTE FÍSICO - V. **ICMS**. **226**

VENCIMENTOS - O Estado pode conceder reajustes de vencimentos a determinadas classes de funcionários, procedendo a revisão setorial de vencimentos para corrigir distorções no serviço público, o que não fere o princípio da isonomia, por não se tratar de revisão geral de vencimentos.

- A teor da Súmula nº 339 do STF, ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, não cabe aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. **123**

VENCIMENTOS E SUBSÍDIOS - V. **Vice-Prefeito**. **95**

VERBAS PÚBLICAS - V. **Crime de Responsabilidade**. **591**

VICE-PREFEITO - O vice-prefeito, tal como o próprio prefeito, não pode acumular a remuneração de servidor público ou de secretário municipal com os subsídios pelo exercício do cargo eletivo (CF, arts. 29, V, e 38, II), devendo restituir ao município o que recebeu indevidamente, acrescido de juros e correção monetária.

- O exercício da função de vice-prefeito é o exercício de um mandato popular, é ato de administração do Poder Executivo municipal e, independente da vontade do mandatário, deve obrigatoriamente obedecer não só ao princípio da legalidade, como também ao da moralidade. Receber dos cofres públicos o pagamento como escriturário sem exercer esta função, sem prestar este serviço ao município e ao mesmo tempo receber o pagamento de remuneração pelo cargo de vice-prefeito de município ou pelo de secretário de obras não é lícito, não é moral, não atende aos princípios insculpidos no art. 37 da CF. - Ação Civil Pública - Ressarcimento de Danos ao Erário - Vencimentos e Subsídios - Ministério Público - Prefeito - Subsídios e Vencimentos. **95**

-:::-

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